

5

O sistema jurídico como sistema de razões para a ação

5.1

Normas e razões para a ação

No segundo capítulo, aponte e explique em linhas gerais as questões que devem ser suscitadas em uma teoria dos sistemas. Depois de uma breve análise da existência e da estrutura do direito, expus com mais calma os problemas que envolvem sua identificação. Com isso pretendi preparar o leitor para os dois capítulos seguintes, em que foi feita uma abordagem raziana das teorias sobre o sistema jurídico desenvolvidas por Austin, Kelsen e Hart. Os critérios de identidade propostos por cada um deles foram apontados e criticados. Concluiu-se que as teorias imperativistas do direito deixam de lado aspectos importantes do fenômeno jurídico, e que sua substituição por teorias que levem em conta o modo como o direito é aplicado se faz não só oportuna como também necessária. Duas teorias com esse corte foram apresentadas: as teorias de Hart e de Raz. Foi então sugerida uma reinterpretação raziana da regra de reconhecimento. Isso pareceu conveniente porque as críticas de Raz à regra de reconhecimento apontaram certas inconsistências ou obscuridades na obra de Hart, mas não comprometeram de maneira alguma seu enorme potencial explicativo.

Procurei demonstrar as vantagens de se interpretar a regra de reconhecimento a partir das críticas de Raz, assim como a desnecessidade de se abandonar o critério da regra e se adotar o princípio do reconhecimento autoritativo, proposto por Raz. A parte final do trabalho, porém, não depende da correção desse argumento. Afinal, a intuição básica de Hart de que toda definição do direito deve levar em conta o modo como os próprios participantes o enxergam (ponto de partida para a descrição do sistema jurídico como um sistema de razões para a ação) é também compartilhada por Raz e incorporada em seus critérios de identificação. Na verdade, acredito que a escolha de cada

um deles pelos respectivos critérios de identificação explica-se principalmente pela crença de ambos no fato de que o direito faz alguma diferença prática em nossas vidas. Se o direito faz realmente diferença, é necessário que seus critérios de identificação captem de alguma maneira o que é, afinal de contas, essa diferença. Uma forma de atingir esse objetivo é afirmar que o direito se relaciona de algum modo com razões para a ação ¹

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. Uma análise de sua natureza deverá dar conta de 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 “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)”.

O presente capítulo divide-se em duas partes: a primeira delas (item 4.1 e sub-itens) trata da estrutura geral das razões para a ação e pretende servir como explicação para o primeiro aspecto do problema; a segunda (item 4.2 e sub-itens) deve dar conta do outro aspecto apontado, vale dizer, deve ser capaz de explicar o modo como os diversos tipos de normas podem ser compreendidos em termos de razões para a ação.

5.2

Sobre a estrutura geral das razões para a ação

5.2.1

O papel das razões

¹ Em “Commands and Authoritative Legal Reasons” (Hart, 2001, pp. 243-268), artigo publicado inicialmente em 1982, Hart explica como manifestações autoritativas são vistas por aqueles a quem elas se dirigem. De acordo com ele, elas são tomadas como “razões de conteúdo independente e peremptório”. Conforme Farrel (1986, p. 58), o conceito de razões de conteúdo independente e peremptório é equivalente ao conceito de razões excludentes de Raz. Ao que tudo indica, Hart aceitou que o direito poderia ser explicado de forma satisfatória a partir do conceito de razões excludentes. Contudo, não fez mais do que algumas observações sobre o tema (por exemplo, o artigo citado). É por isso que minha explicação de razões para a ação será feita a partir das contribuições de Raz.

Assim como existem razões para a ação, também existem razões para crenças, desejos e 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. Neste capítulo me ocuparei somente das razões para a ação. Afinal, são elas – e não as outras – que servem de suporte para a explicação de Raz das normas jurídicas. Por comodidade, utilizarei em certos momentos o termo “razão” em vez da expressão “razão para ação”.

De acordo com Raz, as razões desempenham uma tarefa teórica e prática: teórica porque se prestam a explicar um determinado comportamento; e prática porque podem ser utilizadas para valorá-lo ou guiá-lo (Raz, 2002, pp. 15 e 16). A análise de sua dimensão prática deverá ser capaz de apontar o papel das normas no raciocínio jurídico.

A natureza das razões para a ação é objeto de alguma discussão. Embora no seu uso corrente as razões sejam tomadas normalmente como motivos, fundamentos ou causas que servem para explicar uma 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. Autores diferentes 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” (Grice, 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, pelo simples fato de serem enunciados. Em segundo lugar, o uso comum da linguagem não parece suportar uma tal interpretação. Afinal, é o fato de que irá chover ou minha crença nesse fato (e não o enunciado de que choverá) que é para mim 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 um determinado comportamento (Raz, 1978, p. 4). Se, contudo, a tarefa é prática, sua função é guiar ou valorar um determinado comportamento. Será chamada de razão-guia (guiding reason) toda razão utilizada para guiar um comportamento. Em um tal contexto, razões devem necessariamente ser identificadas com fatos. É o fato de que irá chover, e não minha crença nele, que é uma razão para levar o guarda-chuva ².

"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 deve-se 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,

² De acordo com Raz, o fato de que possamos 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)

tanto os fatos sobre o mundo quanto a validade de certos princípios morais são fatos (Raz, 1978, p. 4).

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 uma 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).

5.2.2

Razões completas, razões operativas e razões auxiliares.

Em uma conversa normal, dificilmente enunciamos de forma completa as razões para uma certa ação. Confira-se o seguinte exemplo³ : 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 agradecer 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 agradecer 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

³ Este exemplo é dado por Raz (2002, pp. 22 e 23).

sim *razões para as razões* para ir à estação. (e) e (f) explicam de duas formas 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 o dever de manter as promessas (e) 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); o dever de agradar os amigos (f), 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) $R(\Phi)p,x$ ⁴ 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 James chegará na estação (a); James ficará feliz se John for encontrá-lo lá (b); e John gostaria de agradar James (c) 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

⁴ O enunciado $R(\Phi)p,x$ deve ser lido da seguinte forma: p é uma razão para que x pratique Φ .

são. Um fato é uma razão para uma certa ação quando é visto por todos como uma 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 uma 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 redundantes⁵. 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,

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

porque John quer agradar James e porque James ficará feliz ao ser encontrado 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 uma certa ação ⁶. 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 uma 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, afirma Raz, se a crença na sua existência requer uma atitude crítica prática (Raz, 2002, p. 33). Tanto a chegada de James à estação (a) quanto sua felicidade ao ser encontrado (c) 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 eu queira ajudar Jim ⁷, e que existam duas coisas que o ajudariam. Suponha-se, ainda, que eu só possa fazer uma delas, e, portanto, tenha que escolher entre dois possíveis cursos de ação. Nesse caso, eu deveria pensar no quanto uma e outra ação

⁶ Em sentido contrário, Grice (1978, p. 172): “ (...) [R]easons 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”

⁷ O exemplo é de Raz (2002, p. 35).

ajudariam Jim, vale dizer, qual delas seria para ele mais benéfica. Esses fatos servirão para determinar o peso das duas razões conflitantes: prevalecerá aquela que trazer mais benefícios a Jim.

5.2.3

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, posso 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 ⁸.

⁸ 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;

Como se viu, uma razão supera a outra porque possui um peso maior do que ela. Essa situação deve ser 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 é 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 uma 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).

whereas the conjunct is not a reason to do what the *overriden* one by itself is a reason to do” (o grifo não está no original).

5.2.4

Razões de primeira ordem e razões de segunda ordem.

Pelo que se viu até agora, pode parecer que agimos sempre 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:

P1: é sempre o caso de que se deve, tudo considerado, fazer aquilo que se deve fazer de acordo com o balanceamento de razões (Raz, 2002, p. 36).

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 ⁹.

⁹ Exemplo retirado de Raz (2002, p. 37).

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. Sendo assim, Ann agiu por uma razão que não foi considerada 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 uma 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:

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 (Raz, 2002, p. 38).

E porque P2 conflita com P1, P3 se faz necessário:

P3: é sempre o caso de que, tudo considerado, deve-se agir com base em uma razão não derrotada¹⁰ (Raz, 2002, p. 38).

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

¹⁰ 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.

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).

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 entendidos (Raz, 2002, p. 41). Contudo, antes de considerar os diversos tipos de normas e suas relações, convém delinear de forma esquemática o que se altera no raciocínio prático em virtude da inclusão das chamadas razões de segunda ordem. Se se admitir 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 uma certa ação e uma 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)¹¹.

¹¹ Em “Las relas en juego”, Schauer critica a forma como Raz descreve o raciocínio com base em regras. Segundo Schauer, a idéia de que uma razão excludente sempre prevalece sobre uma

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 uma certa razão e outra, excludente, para se abster de agir com base na mesma razão. Em um tal caso, prevalecerá a razão de maior peso, tal como se dá no caso das razões de primeira ordem (Raz, 2002, p. 47).

5.3

Normas como razões para a ação

5.3.1

Sobre os diversos tipos de normas

A literatura jurídica e filosófica sobre classificação de normas é vasta. O significativo número de propostas pode ser explicado a partir de dois fatores. Em primeiro lugar, a classificação será diferente conforme seja diferente o aspecto da norma considerado. Se o aspecto relevante for a *finalidade social da norma* – como se dá, por exemplo, no caso de Hart – pode-se falar em regras primárias (cuja finalidade é servir de guia e de padrão de avaliação crítica para o comportamento dos indivíduos) e regras secundárias (cuja finalidade específica não é guiar o comportamento, mas constituir instituições com poderes para criar, alterar e revogar normas primárias); se for a *estrutura normativa* – como é para Kelsen – obtemos normas completas (aquelas que dispõem sanções) e fragmentos de normas (aquelas que só fazem sentido se combinadas com outras normas). Em segundo lugar, a própria escolha do que deve ser tomado como referência para a classificação reflete a intenção de quem classifica. Porque tinha por objetivo explicar o caráter institucional do direito, Hart adotou essa e não outra classificação; porque afirmou que toda norma dispõe uma

razão de primeira ordem não descreve de modo fiel a forma como nós lidamos com regras. Em certos casos, prossegue, uma razão de primeira ordem se mostra tão cogente que acaba por prevalecer sobre uma razão excludente. Conquanto se possa objetar que em um caso como esse a razão de primeira ordem não excluída não estaria contida no campo de aplicação da razão excludente, Schauer prefere acreditar que raciocinamos com base em normas não absolutas de alcance amplo: "Aunque cualquier desplazamiento puede siempre ser reformulado como si estuviese fuera del alcance de la norma desplazada, comúnmente empleamos normas no absolutas que poseen un alcance amplio en lugar de normas complejas y de alcance estrecho, que incluyen ya en su seno todas las posibilidades de desplazamiento como incidencias, calificaciones y excepciones" (Schauer, 2004, pp. 150 e 151).

sanção, Kelsen foi obrigado a sustentar que as normas não sancionadas não passam de fragmentos de normas.

O caso não é diferente para Raz. Exatamente porque está preocupado em entender o papel desempenhado pelas normas no raciocínio prático, aponta o operador deontico como critério relevante de diferenciação. Dessa forma, pode-se falar em normas imperativas, normas permissivas e normas que conferem poder. Nos itens que se seguem, utilizarei a distinção que von Wright faz dos elementos que compõem uma norma. O *caráter* de uma norma será determinado pelo seu operador deontico, vale dizer, pelo fato de que algo deva, possa ou tenha de ser feito ou não ser feito. Por *conteúdo* ou *ato normativo* deverá se entender aquilo que se deve, pode ou tem que fazer ou não fazer. Serão chamadas de *condições de aplicação* de uma norma aquelas condições que devam estar presentes para que se dê a oportunidade de se fazer aquilo que é o conteúdo da norma. Finalmente, deverá se entender por *sujeito normativo* o agente a quem a norma se dirigir (von Wright, *Norma y acción*, pp. 87-93).

5.3.1.1 Normas imperativas

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 uma 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 idéia, inicialmente intuitiva, pode ser demonstrada a partir de uma análise sobre como se justificam regras empíricas¹² (rules of thumb) e regras emitidas por autoridades. A natureza da justificação irá tornar claro o fato de que a norma (ou regra) 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

¹² 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.

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 do neném e aplicar o produto; por outro lado, pondera, [d] o uso freqüente de pomada não é prejudicial 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 (o neném 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 nas razões [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).

5.3.1.2 Normas não-imperativas

5.3.1.2.1 Permissões

5.3.1.2.1.1 A variedade de 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 meu padrão de referência for o uso comum da linguagem sou capaz de afirmar que uma 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 uma 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. O objeto do próximo item é expor essas idéias.

5.3.1.2.1.2

Permissões fracas, permissões baseadas em razões excludentes e permissões excludentes.

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. A proposta de Raz consiste na substituição do 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 *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 um 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 uma 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 uma 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).

5.3.1.2.1.3 Normas permissivas

Como foi visto nos itens anteriores, 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 uma 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 uma 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 uma 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).

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.

5.3.1.2.2 **Normas que conferem poder**

5.3.1.2.2.1 **Poder normativo e poder jurídico**

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 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 atestam o que foi dito ¹³. Suponha-se uma norma que exija de uma 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

¹³ Os dois exemplos foram retirados de Raz (2002, pp. 98 e 99).

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 um 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.

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 uma certa ação e outra, excludente, para não se agir com base em todas ou algumas razões contrárias (Raz, 1983d, p. 18). Uma 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 um tal ato não altere razões protegidas, ele habilita alguém a fazê-lo (porque autoriza a criação de normas imperativas e/ ou permissivas) e deve, por isso, ser compreendido como exercício de poder normativo (Raz, 1983d, p. 18). Em síntese, 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 exemplo¹⁴ : 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, 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 língua, perceberemos a impropriedade de sua utilização nesse caso. Como se falou no início deste item, 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 produz uma lei age no exercício de poder normativo, mas ninguém seria capaz de dizer que quem se muda exercita, neste ato, um poder normativo.

¹⁴ O exemplo é uma adaptação de outro, fornecido por Raz (2002, pp. 102 e 103).

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 uma 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 uma certa forma, outras mudanças devem se seguir...” (Kenny, apud Raz, 2002, p. 103). Nesse segundo caso, se trata de uma consequência 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 affets 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 consequência 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 consequência. Se no primeiro caso, a alteração se deixa 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.

5.3.1.2.2.2

Normas que conferem poder jurídico

Normas que conferem poder estipulam que a performance do ato normativo pelo sujeito normativo tem certas consequências 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 are 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 uma 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, no final das contas, 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”.

5.4 **Três exemplos**

Procurei demonstrar neste trabalho que uma definição adequada de direito deve levar em conta o fato de que o direito faz alguma diferença na vida das pessoas. Porque as normas jurídicas guiam o comportamento dos indivíduos, além de funcionarem como padrões para avaliação crítica, uma definição adequada de direito precisa dar conta de mostrar como as normas cumprem essas funções. A intuição inicial, apontada por Hart e posteriormente desenvolvida por Raz, consiste na afirmação de que normas relacionam-se com razões para a ação. Neste capítulo, preoquei-me em um primeiro momento em traçar um panorama geral da estrutura das razões para a ação, tal como exposto por Raz. Em seguida – e ainda com base no mesmo autor – descrevi o modo como as normas se relacionam com razões. Afirmou-se que normas de caráter diferente relacionam-se de forma diferente com razões para a ação.

Para complementar a explicação, três exemplos podem ser convenientes. A pergunta que deve ser feita em cada um deles é: o que significa, ao fim e ao cabo, afirmar que existe uma norma jurídica?

Primeiro exemplo: uma norma imperativa.

Uma norma imperativa é um conjunto formado por uma razão de primeira ordem para se praticar ou abster-se de praticar uma determinada ação e outra, excludente, para não se agir com base em certas razões conflitantes. Considere-se o artigo 121 do Código Penal brasileiro. De acordo com sua redação, aquele que matar alguém deverá ser condenado a uma pena de seis a vinte anos de reclusão. Da interpretação desse dispositivo extrai-se uma norma, segundo a qual matar alguém é proibido, ou seja, uma norma imperativa. Mas o que significa dizer que essa norma é uma norma imperativa? Se o esquema de Raz for seguido, pode-se dizer que o reconhecimento de que essa é uma norma jurídica imperativa significa que um indivíduo enxerga nela uma razão de primeira ordem para abster-se de matar qualquer outro indivíduo, assim como também uma razão de segunda ordem para desconsiderar certas razões que porventura possa ter para praticar a ação de matar.

Suponha-se um indivíduo qualquer, que se irrita com facilidade e possui uma índole violenta. Porque é irritadiço uma ofensa de menor importância pode desencadear nele desejos de vingança; e porque é violento, seu desejo de vingança pode ser o desejo de matar o ofensor. Se não existisse nenhuma norma proibindo o homicídio, esse indivíduo resolveria a questão com base no sopesamento das razões conflitantes. Por um lado, a ofensa e a dor causada por ela seriam para ele razões para matar; por outro, o pedido de sua esposa e o fato de que o ofensor é pai de família seriam razões para não matar. Depois de atribuir pesos diferentes às razões envolvidos, ele decidiria-se entre praticar ou não o homicídio. O fato de que existe uma norma que proíbe o homicídio, porém, confere a ele uma razão de primeira ordem para não matar e ainda uma outra, para desconsiderar certas razões que ele tenha para agir de outra forma. No exemplo citado, a razão excludente proíbe o agente de considerar a referida ofensa e a dor por ela causada como razões válidas para matar. Porque restam excluídas, não podem integrar o processo de ponderação.

É importante lembrar que uma razão excludente não exclui toda e qualquer razão conflitante, mas somente parte delas. A iminência de uma agressão injusta, o estado de necessidade ou mesmo o estrito cumprimento do dever legal são razões que, de acordo com o direito brasileiro, podem ser consideradas na hora de se decidir entre matar ou não matar, vale dizer, são razões que não se

encontram no campo de incidência da razão excludente que compõe a norma que proíbe o homicídio.

Segundo exemplo: uma norma permissiva.

A referência a uma norma permissiva é uma forma abreviada de afirmar a existência de uma autorização para desconsiderar razões contrárias a uma certa ação, vale dizer, a existência de uma permissão excludente. Continuemos no exemplo já citado. Existem incontáveis motivos para não se matar os outros. E, seguramente, ao lado da própria norma jurídica que proíbe o homicídio (e que fornece, portanto, mais uma razão para não matar), existem para a maioria das pessoas incontáveis razões para não praticá-lo. De acordo com o artigo 23 do Código Penal, não pratica crime quem age em legítima defesa, em estado de necessidade ou no estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Desse dispositivo pode-se extrair uma norma permissiva, de acordo com a qual um indivíduo fica autorizado a desconsiderar outras razões que ele tenha (inclusive aquela para não matar, fornecida pela norma que proíbe o homicídio) para não praticar um crime qualquer. Se o indivíduo em questão é agredido injustamente e se encontra em perigo de perder a vida, está, nos termos do dispositivo citado, autorizado a desconsiderar as razões que tenha para não matar, vale dizer, pode decidir entre matar e não matar com base no sopesamento das razões envolvidas.

É interessante notar que, ao autorizar o sopesamento das razões envolvidas, a norma permissiva recoloca o agente numa situação em que a decisão é tomada de acordo com considerações morais e/ ou prudenciais. Se nos lembrarmos que, de acordo com Habermas (2001, p. 115), uma das funções atribuídas ao direito é a de retirar do indivíduo o fardo moral de tomar decisões práticas, não será equivocado afirmar que as permissões devolvem ao agente a responsabilidade pela formação do juízo moral próprio.

Terceiro exemplo: uma norma que confere poderes.

Normas que conferem poder estipulam que a performance do ato normativo pelo sujeito normativo tem certas conseqüências normativas, ou seja, acarretam a modificação (normativa e não causal) de razões protegidas. Nos termos dos artigos 22, inciso I e 48 da constituição federal de 1988, cabe ao Congresso Nacional legislar sobre direito penal. A norma que se extrai da leitura

desses dispositivos é uma norma que confere poderes. Especificamente, é uma norma que confere poderes ao Congresso para criar, alterar e revogar normas de direito penal. Ter um tal poder significa que certos atos praticados pelo Congresso são vistos como o exercício de um poder normativo porque alteram razões protegidas.

Suponha-se que, em um primeiro momento, o homicídio fosse proibido; e que a única causa de exclusão da ilicitude da conduta a ele aplicável fosse a legítima defesa. Suponha-se, então, que o Congresso tenha chegado à conclusão que outras razões deveriam poder ser levadas em conta na hora de se decidir entre matar ou não, razões como o estado de necessidade ou o estrito cumprimento do dever legal. A forma de excluir essas razões do campo de incidência da razão exclusiva que se encontra na proibição do homicídio é alterar o Código penal, o que deverá ser feito através de uma lei ordinária. Dizer que existe uma norma que confere poderes ao Congresso Nacional significa, assim, dizer que se ocorrerem certos eventos (a produção de uma lei ordinária) as razões protegidas que alguém possa ter serão alteradas (depois da nova lei, não somente o perigo iminente, mas também o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal poderão ser considerados na hora de se decidir entre matar ou não matar).