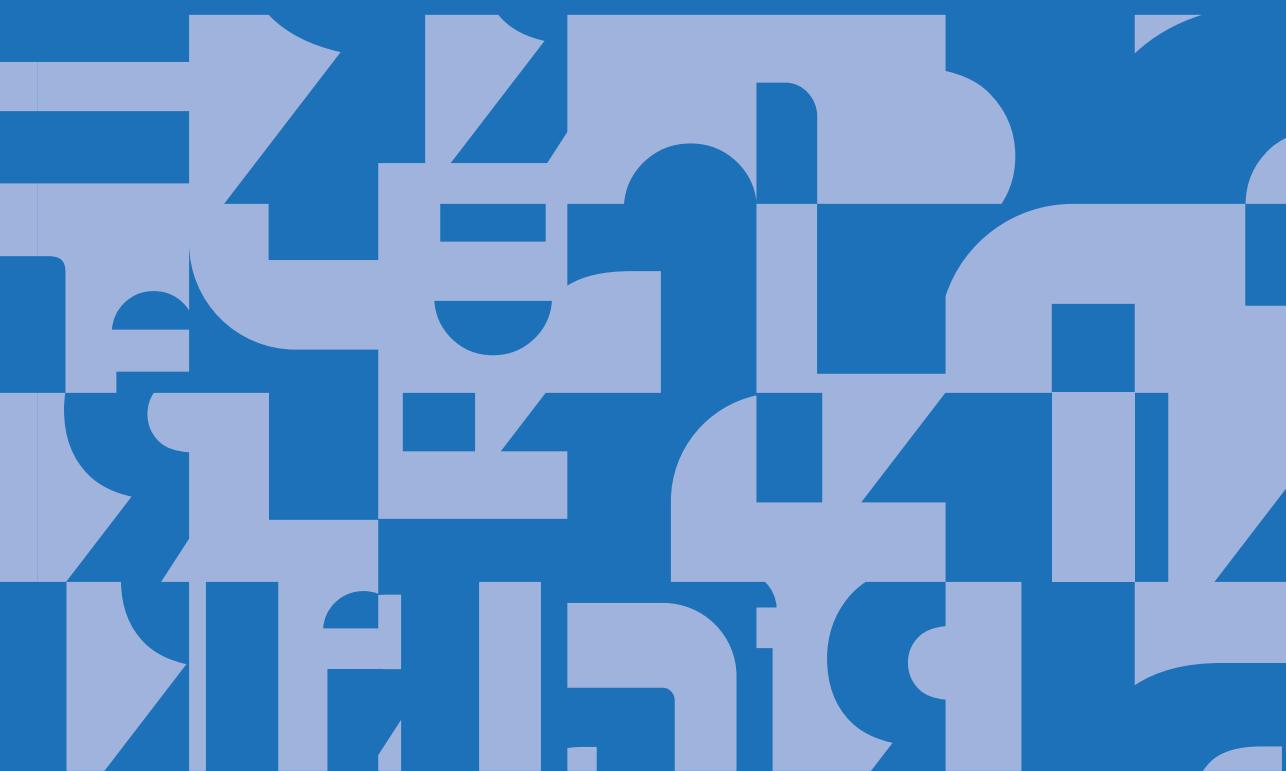




ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa



volume 62

247

julho a setembro de 2025

SENADO FEDERAL



A aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação

The Appearance of Good and the Authoritarianism in Law: When Legal Theory Meets Theory of Action

Martin Magnus Petiz¹

Resumo

Herbert Hart usava exemplos de sistemas jurídicos autoritários para argumentar que não há conexão necessária entre Direito e moral. Na Filosofia prática, há o argumento análogo de que um agente racional pode desejar o mal, guiar-se deliberadamente por ele e agir sem considerar valores morais; esse argumento apoia a tese juspositivista da separação entre Direito e moral. Joseph Raz criticou ambas as teses e defendeu que as decisões jurídicas pressupõem a reivindicação de autoridade legítima, e não simplesmente a aplicação da força bruta ou da coerção institucionalizada. Sem essa justificação, nada diferenciaria o Direito de uma quadrilha de assaltantes. Segundo Raz, para entender as ações autoritárias por meio do Direito, é preciso compreender primeiro o que significa *agir com sentido* no contexto jurídico. Contra a tese da separação, a tese da aparência do bem vincula a ação jurídica à sua reivindicação de legitimidade.

Palavras-chave: autoridade; razão prática; teoria do valor; positivismo jurídico; Joseph Raz.

Abstract

Herbert Hart used examples of authoritarian legal systems to argue that there is no necessary connection between Law and morality. In Practical Philosophy, there is a similar argument that a rational agent can desire evil, deliberately act in the same way, and act without regard to moral values; this argument supports the legal positivist thesis of the separation of Law and morality. Joseph Raz criticised both these theses and argued that legal decisions presuppose the claim of legitimate authority and not simply the application of brute force

¹ Martin Magnus Petiz é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. E-mail: martin_petiz@usp.br

or institutionalized coercion. Without this justification, there would be no distinction between Law and a gang of robbers. According to Raz, to understand authoritarian actions through Law, one must first understand what it means to act *meaningfully* in the legal context. As opposed the thesis of separation, the thesis of the appearance of good links legal action to its claim to legitimacy.

Keywords: authority; practical reason; theory of value; legal positivism; Joseph Raz.

Recebido em 11/7/24

Aprovado em 26/11/24

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p105

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Joseph Raz (1939-2022) foi um dos maiores expoentes da teoria do Direito anglo-saxã no período posterior às contribuições de Herbert Lionel Adolphus Hart, ou H. L. A. Hart (1907-1992), autor de *O conceito de Direito*, publicado em 1961. Surgiu uma nova geração de filósofos (dentre os quais estava Raz) preocupados com o estudo dos conceitos fundamentais do Direito como tarefa fundamental da atividade jurídica. Ao aproximar Direito e Filosofia, Raz objetivou complementar a teoria da obrigação de Hart e explicou a natureza do Direito por meio da Filosofia prática. Sua concepção de Direito como autoridade prática capaz de emitir razões preemptivas⁴ tem sido aprofundada com o fim de se compreender melhor o papel do Direito no raciocínio prático de cidadãos, poderes privados e autoridades.

O fato de haver governos corrompidos pelo autoritarismo – muitos deles, senão todos, viabilizados pelo Direito – leva os teóricos a depreenderem a tese da *separação* entre Direito e moral e a sustentarem que essa dissociação é não só desejável como também logicamente necessária. Este estudo aborda apenas o segundo aspecto da tese da *separação*, por meio da Tese da Ação sob o Pretexto do Bem (TAPB). Manter o espírito crítico diante de sistemas

² PETIZ, Martin Magnus. A aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 105-131, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p105. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p105

³ Petiz, M. M. (2025). A aparência do bem e o autoritarismo no Direito: quando a teoria do Direito encontra a teoria da ação. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 62(247), 105-131. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p105

⁴ Isto é, razões que excluem alguma razão da deliberação prática do agente, em nome de razões dadas pelo Direito, com as quais a outra razão estava em conflito.

jurídicos injustos é um dos papéis mais relevantes da teoria do Direito – e, neste trabalho, argumenta-se que isso é possível e é mais bem realizado quando se compreendem as ações autoritárias sob o aspecto do bem que almejam realizar por meio do Direito. A hipótese é que as mais maléficas ações cometidas por autoridades com o uso do Direito podem ser compreendidas como “sob o ‘disfarce’, o ‘pretexto’ ou a ‘aparência’ do bem”. Esse argumento faz parte de um projeto de teoria do Direito que busca, de um lado, reaproximar o Direito da sua reivindicação intrínseca de realização da justiça e, de outro, oferecer subsídios racionais para uma teoria da decisão jurídica (Lopes, 2009).

Para sustentar essa hipótese, apresentam-se os argumentos de Raz em cotejo com uma teoria muito comprometida com a objetividade do pensamento prático: a *teoria da ação clássica* (ou *teleológica*) de Elizabeth Anscombe (1919-2001), uma das influências de Raz nessa área. Para reforçar o argumento, mencionam-se as objeções de Michael Stocker (1939-2024), o qual salienta dois desafios: o da neutralidade e o da maldade pura. Um autor juspositivista e convencionalista como Hart considera bem-sucedidos esses dois desafios, o que justificaria o apego da teoria do Direito à tese da separação. Entretanto, aqui se defende a TAPB, que dispõe de meios adequados para responder a ambos os desafios, quando se separam em tipos ideais as distintas formas de ação que autoridades podem adotar para atingir seus fins mediante o Direito. Com isso se evidencia que toda ação jurídica precisa reivindicar a realização da justiça – valor que lhe confere legitimidade para exigir ações mediante comandos e regras.

O estudo contém quatro seções, além desta introdução e das considerações finais. Na segunda seção, examina-se a concepção de autoridade como serviço de Raz e revela-se como ela pressupõe que toda autoridade jurídica é reconhecida como tal apenas quando reivindica legitimidade, uma exigência inteligível somente quando obedece às teses da justificação e da capacidade discursiva. O descumprimento de uma delas leva à ausência de domínio do conceito de *Direito*, com a consequente ininteligibilidade das *expressões de intenção* de quem venha a emitir comandos em seu nome.

Na terceira seção, apresenta-se a TAPB. Ela pressupõe *fazer o bem e evitar o mal* como princípio mais básico e indedutível do campo da ação a que todo agente racional deve aderir se quiser agir. No final da seção, destacam-se alguns tipos ideais de casos “defeituosos” no campo da ação, com referência ao caso central de ato fundado na razão, quando os desejos são direcionados à realização das melhores razões disponíveis para agir, sem interferências externas indevidas – como a coerção, por exemplo.

Na quarta seção, apresentam-se os desafios de Stocker. O desafio da *neutralidade* parece fundar as ações em fatos, e não em valores que conduzem a algum bem; mas isso só é parcialmente verdadeiro. O desafio da *maldade pura* é o mais sério para a TAPB, pois afirma a ausência de vínculo lógico entre *ação intencional* e *bondade*. Stocker propõe distinguir entre *ação boa* e *ação atrativa*, o que justificaria a tese convencionalista de fundamentação do Direito de Hart.

E, na quinta seção, intenta-se responder ao desafio de Stocker e Hart com base numa correção da TAPB. Segundo Raz, como não basta definir o primeiro princípio da razão prática, é preciso acrescentar que erros conceituais são possíveis porque: a) o agente não vê o bem da sua ação como um bem, pois não domina o conceito de *valor* ou de *razão para a ação*; e b) o agente tem “segundas intenções”, que fazem sentido por referência ao bem com base no qual atua.

2 As intenções das autoridades jurídicas

O Direito é uma prática voltada para a regulação da conduta de cidadãos e autoridades: ele habilita as suas decisões e dá-lhes uma qualidade *jurídica* por meio de regras que lhes conferem poderes juridicamente reconhecidos; isso também garante que suas decisões serão aplicadas à força por outras instituições dotadas de poder coercitivo reconhecido pelo Direito. Do exercício regular de poderes jurídicos surgem deveres e direitos para outros cidadãos e autoridades⁵.

Num contexto em que colidem as vontades de muitos agentes, as autoridades têm o papel de coordenar como as pessoas devem agir. Se um grupo de agentes racionais decide que quer montar uma associação de Filosofia do Direito, naturalmente deverão contribuir com algum valor para a criação e a manutenção de sua estrutura. Porém, quanto será razoável pagar? Mensalmente, trimestralmente ou anualmente? Disso nasce a necessidade de uma autoridade que faça uma escolha – e, com base nela, todos terão razão para obedecer ao que se decidiu⁶.

O caráter regulador do Direito só funciona por meio de uma habilidade comunicativa que perdura⁷. Num Estado moderno e ocidental, pessoa alguma é um *leviatã* para poder governar sozinha, guiando-se apenas por sua vontade. A crescente complexidade das relações atingiu um ponto em que as autoridades precisam coordenar esforços para governar. Nem mesmo a pessoa mais poderosa de uma nação pode coagir as demais a se conformarem à sua vontade o tempo todo; por outro lado, nem o líder mais carismático pode fiar-se na afeição de sujeitos hipnotizados por seu discurso eloquente como único recurso para governar (Anscombe, 1981a, p. 18). Em algum momento, a cooperação voluntária é necessária (Hart, 2009, p. 253); e essa cooperação, segundo Hart (2009, p. 54, 79), precisa basear-se

⁵ Também existem tais regras para os cidadãos no planejamento de suas vidas privadas, especialmente por meio de contratos. Como aqui o foco é compreender o exercício de poderes pelas autoridades, essa perspectiva do cidadão fica em segundo plano. Sobre regras secundárias e regras que atribuem poderes, ver Hart (2009, p. 11, 37, 65).

⁶ É possível dizer que os agentes já tinham razão para agir voluntariamente; no entanto, sem a autoridade, cada um agiria de modo diverso, o que afetaria a capacidade de coordenação do grupo. Tomada a decisão, alguns agentes podem manifestar preferência por uma solução distinta, mas alguma decisão é melhor que decisão alguma. O exemplo é de Raz (1986, p. 49).

⁷ Deve-se considerar que a maior parte das prescrições jurídicas tem sido comunicada por textos oficiais, e não por comandos diretos.

em regras⁸, pois só assim um agente racional pode voluntariamente nortear suas ações de acordo com uma prescrição jurídica. Mesmo num sistema jurídico extremamente injusto, pelo menos o exército ou a polícia privada do governo tirânico deverá orientar-se conforme os comandos da autoridade no poder⁹.

Assim, há uma condição para a existência de autoridade jurídica que tende a unir positivistas jurídicos com teorias muito diferentes, de Hart a Kelsen (2009, p. 27-28), de Austin (1998, p. 24-26) a Joseph Raz: o Direito é capaz de orientar a conduta discursivamente. O elemento da regra, por outro lado, introduz a noção de *justificação* para o exercício da autoridade. Segundo Gardner (2012), a análise da autoridade moral do Direito é uma questão de segunda ordem sobre a normatividade jurídica; uma questão de primeira ordem seria identificar uma norma jurídica aplicável. Isso é uma questão de fato, de pertencimento e, no máximo, de interpretação; mas sempre se pode questionar se o sistema em que a norma se insere realmente vincula a ação. Essa é a questão da obrigação geral de obediência ao Direito: no campo da ação, as reivindicações normativas precisam poder ser falseadas. No caso das normas, a decisão jurídica volta-se à identificação da norma aplicável - tarefa para os intérpretes do Direito. Para uma questão jurídica de segunda ordem, no entanto, há uma análise logicamente anterior. Lança-se uma pergunta moral, sobre *qual é a ação correta* (Gardner, 2012, p. 133). Sempre se pode questionar por que uma prescrição obriga nesses dois níveis. Unidas, as teses da capacidade discursiva e da capacidade de justificação comprovam como o Direito é capaz de oferecer razões para a ação de um agente racional disposto a cooperar voluntariamente, o qual pode compreender essas razões e orientar-se por elas¹⁰.

Contudo, o Direito não faz reivindicações *per se*, pois é uma prática que existe apenas nas ações inteligentes dos seus participantes, que obedecem a regras intersubjetivamente conhecidas para agir (Oakeshott, 1975, p. 55-58). Assim, suas reivindicações só se evidenciam pela linguagem que as autoridades usam¹¹. As instituições jurídicas designam-se como autoridades no exercício de suas funções e, na emissão de diretivas para orientar as ações, afirmam ter um direito de fazê-lo e de efetivar a obediência a elas (Raz, 1994, p. 215). Mesmo uma autoridade *de facto* visará convencer ao menos uma camada da população de que suas diretivas se revestem de autoridade. Ela será legítima se realmente for justificada no exercício

⁸ Conforme a distinção estabelecida por Hart (2009, p. 107) entre *ser obrigado à força* e *ter uma obrigação*.

⁹ De acordo com Hart (2009, p. 77-78), para haver Direito as autoridades precisam no mínimo aceitar a autoridade da regra de reconhecimento convencionalmente estabelecida. O autor o demonstra com o exemplo da passagem do poder de Rex I para o filho, Rex II, a qual se sustenta num *direito de governar*. Isso ocorre, inclusive, pela aceitação com base no terror imposto aos cidadãos, se Brutus assumir o poder ao usurpar o de Rex I (Hart, 1983, p. 362-363).

¹⁰ Segundo Hart (2009, p. 54, 79), a existência de teóricos do Direito comprometidos com uma explicação da obrigação jurídica baseada na aplicação de sanções pelas autoridades confundiria o papel do Direito com práticas puramente coercitivas.

¹¹ Obviamente, este trabalho não aborda a convenção linguística por meio da qual se representa a ideia de *Direito*. A ideia está na possibilidade de se compreender uma prática que fornece razões objetivas para a ação. Segundo Raz (2006, p. 325), a teoria do Direito deve investigar a práxis do Direito, e não a palavra *Direito*.

da sua autoridade prática e oferecer bons argumentos ou uma crença razoável de que suas prescrições estão baseadas em boas razões (Raz, 1994, p. 211). Isso pressupõe a capacidade de efetivamente levar adiante suas tarefas; é condição de legitimidade da autoridade que ela tenha sucesso (real ou provável) ao realizá-las de modo compatível com a garantia das condições necessárias à vida boa. Isso inclui a criação de instituições que auxiliem os cidadãos a regularem suas vidas com liberdade e que contribuam para a manutenção e a expansão de bens comuns, dentre outras tarefas (Raz, 2009a, p. 173, 2009b, p. 170-173). No entanto, a autoridade *de facto* carece da qualidade moral de justificação; por isso, não obriga moralmente (Raz, 1986, p. 26), mas tem todas as outras qualidades da autoridade legítima, tais como a capacidade de coordenação por meio de diretivas, a eficiência na aplicação de suas diretivas, a garantia da ordem etc. Isso leva Raz (1986, p. 23-25) a afirmar que todo sistema jurídico tem pelo menos a autoridade *de facto*, pois só assim pode haver alguma unidade e estabilidade jurídica¹².

A concepção de *autoridade* de Raz (2009a, p. 144-145) pressupõe que os agentes têm razões para ceder o poder de decisão a uma autoridade, em vez de decidir sozinhos sobre todas as questões¹³. Com isso, suas decisões oferecem razões preemptivas às partes: elas têm o dever moral – aparente ou justificado – de ignorar razões que colidam com as contidas na decisão da autoridade e não repetir o processo deliberativo para decidir como atuar. A fim de que a decisão de uma autoridade gere razões preemptivas para a ação, é preciso que se cumpram duas condições que, em conjunto, formam a concepção de *autoridade como serviço* de Raz (2009a, p. 136-137). Primeiro, a tese da *dependência*: as partes devem ser capazes de ver boas razões aplicáveis a elas na decisão jurídica. Essas razões já diziam respeito aos agentes, mas a autoridade facilitou que elas lhes fossem realmente aplicadas: essa é a tese da *justificação normal*. A autoridade pode estar em condição de resolver a situação prática em virtude de seu conhecimento tanto técnico quanto sistemático do Direito aplicável ou de sua capacidade de coordenar múltiplas ações sem as quais certos bens não seriam produzidos, garantidos ou fornecidos aos agentes. Em resumo, por ser reconhecido como autoridade, o Direito torna-se mediador capaz de resolver casos práticos cuja resolução seria impossível ou muito difícil sem ele. Com isso, as partes ficam em melhores condições de obedecer voluntariamente à razão, no momento da decisão e no futuro, sem imposição ou ameaça de sanções (Raz, 1994, p. 213-215).

Existem condições *discursivas* para o exercício da autoridade jurídica: não faz sentido que uma autoridade determine o comportamento de vulcões. Por outro lado, faz sentido a afirmação de que o Direito orienta as ações dos cidadãos, assim como não faz sentido o que não lhes possa ser comunicado. Só tem autoridade sobre eles aquilo que pode reivindicar *discursivamente* a autoridade – e vulcões não têm autoridade sobre pessoas. Em resumo,

¹² Embora possa ser injustificada moralmente, a autoridade *de facto* diferencia-se de um grupo de assaltantes por não exigir simplesmente que se cumpra a sua vontade: ela reivindica o direito de ser respeitada.

¹³ Primeiramente, não é possível decidir a cada instante com boas informações; em segundo lugar, uma autoridade prática permite maior coordenação social.

quem disser o contrário em qualquer desses dois sentidos demonstrará que: a) tem uma compreensão deficiente do conceito de *autoridade* ou de *vulcão*; ou b) está tentando enganar a alguém ao fingir que acredita nisso ou ao fazer uma brincadeira (Raz, 1994, p. 216-217).

Há também condições *justificadoras* da autoridade jurídica. Raz reconhece que existem casos em que o Direito é necessário por ser capaz de produzir uma diferença moral para o raciocínio prático. Esse é o caso, por exemplo, da garantia de um bem comum como o meio ambiente. Se há o costume de se poluir uma área florestal nela realizando churrascos, um indivíduo terá motivo para fazer um churrasco naquela área se tomar como base de sua ação apenas o que os outros nela fazem; embora tenha boas razões normativas para não realizar churrascos naquele local, sua abstenção individual não contribuirá para reduzir a poluição, se não for seguida da coordenação geral. O Direito é uma prática capaz de desfazer esse costume ao gerar incentivos para a ação que conduza ao bem comum – nesse caso, a garantia da proteção do meio ambiente (Raz, 1994, p. 347). Para Raz (1986, p. 35), uma das características centrais das diretivas dotadas de autoridade que permite ao Direito ter qualidade preemptiva é o fato de que se obedece às razões que elas oferecem para a ação, independentemente de seu conteúdo. O argumento é de Hart (1982, p. 254-255) e indica que as pessoas substituirão o legislador se começarem a decidir sozinhas em cada caso sobre o conteúdo da diretiva, e a tese da justificação normal perderá a sua utilidade, pois a coordenação social estará em risco (Raz, 1986, p. 37)¹⁴.

3 A tese da ação sob o pretexto do bem

As autoridades reivindicam legitimidade com a alegação de cumprirem as condições das teses da dependência e da justificação normal – só assim seriam competentes para emitirem razões preemptivas. Contudo, isso revela muito pouco sobre a qualidade moral do exercício da autoridade: autoridades podem estar simplesmente mentindo sobre o bem que buscam atingir no exercício das suas funções; um árbitro pode esconder provas e falsificar documentos para tomar uma decisão de usucapião, ou entrar em conluio com uma das partes; um administrador de uma associação pode desviar verbas para benefício próprio – afinal, a maldade é parte da natureza humana. Contudo, a maldade por meio do Direito pressupõe outro elemento – a capacidade discursiva – em função do fato sociológico da autoridade. As ações das autoridades são *intencionais* porque precisam fornecer aos agentes a crença em razões que justificam a orientação da conduta dos cidadãos pelo Direito. E, como razão adicional a essa razão conclusiva¹⁵, justifica o uso coercitivo da força

¹⁴ Um comando diferencia-se de um pedido, o qual é feito por alguém que não tem nem reivindica autoridade sobre outrem e cria uma razão para agir, que se soma às razões que já existiam, e busca desequilibrar o balançoamento para um dos lados.

¹⁵ Uma razão é *conclusiva* quando revela o que um agente deve fazer, pois não é cancelada nem superada por qualquer outra razão disponível (Raz, 1990, p. 27).

estatal o fato de a autoridade ter emitido uma diretiva sob o pretexto de realizar uma razão ou um bem.

Segundo Wittgenstein (2009, p. 96, tradução nossa), “mentir é um *jogo de linguagem* que é preciso aprender [para jogar] como qualquer outro”¹⁶. E mentir é sempre uma prática *parasítica*: aprende-se a mentir logicamente após o aprendizado da verdade (Winch, 1972, p. 62-63). Algo semelhante ocorre com o uso do conceito de *Direito*, segundo Raz (1994): se uma pessoa comprehende o conceito de *autoridade*, ela só poderá reivindicar ou atribuir a outrem essa qualidade se já tiver dominado o uso do conceito de *Direito*, que pressupõe seguir regras dotadas de autoridade independentemente de seu conteúdo. Como não é faticamente possível que todas as autoridades de um sistema jurídico mintam ou cometam erros sobre esse conceito, o caso normal de autoridade de fato envolve o exercício num grau razoável da aplicação do conceito por meio da reivindicação de *autoridade legítima* pelas autoridades. Raz (1994, p. 217) admite que as autoridades e as instituições nem sempre são confusas em termos conceituais; para o autor (Raz, 2009a, p. 37), as pessoas só conseguem entender que uma diretiva é *jurídica* (e não um *pedido*), se dominarem o conceito de *Direito*:

Não vejo nada de errado em personalizar o Direito. Nós nos referimos ao Direito como impondo requisitos e deveres, conferindo direitos e privilégios, e assim por diante. Essas expressões não são excepcionais. As ações, expectativas e intenções do Direito são suas em virtude das ações, expectativas e intenções das pessoas que ocupam cargos legais de acordo com o Direito; ou seja, sabemos quando e como as ações, intenções e atitudes de juízes, legisladores e outros funcionários legais, quando atuam como funcionários legais, devem ser vistas como ações, intenções e expectativas do Direito. Eles, agindo como autoridades, expressam a demanda e a expectativa de que as pessoas estejam cientes do Direito e que sejam guiadas por ele (Raz, 2009a, p. 38, tradução nossa)¹⁷.

As pessoas comprehendem as emissões de diretivas de autoridades como vinculantes por compartilharem o sentido dos conceitos jurídicos de *direito*, *dever* etc., que se relacionam ao conceito mais amplo de *Direito*. O Direito, como qualquer outra prática, é produto da ação intencional e orientada por propósitos de várias pessoas a interagirem (Raz, 2009a, p. 96). Assim também surgem os conceitos de *árbitro* e de *administrador*: com a interação dos agentes cuja finalidade é resolver conflitos e organizar a fruição de bens individuais ou comuns de um modo que todos possam organizar as suas vidas em conjunto. Da realização

¹⁶ No original: “Lying is a language-game that needs to be learned like any other one”.

¹⁷ No original: “I find nothing amiss in personalizing the law. We do refer to the law as imposing requirements and duties, conferring rights and privileges, and so on. Such expressions are unexceptional. The law’s actions, expectations, and intentions are its in virtue of the actions, expectations, and intentions of the people who hold legal office according to law, that is we know when and how the actions, intentions, and attitudes of judges, legislators, and other legal officials, when acting as legal officials, are to be seen as the actions, intentions, and expectations of the law. They, acting as officials, express the demand and the expectation that people be aware of the law and that they be guided by it”.

dessas atividades com tais intenções finalísticas¹⁸ os agentes conseguem depreender os conceitos de *direito, dever e obrigação* – e disso deriva o direito da autoridade de reivindicar obediência.

Obviamente, a autoridade pode falhar no exercício de suas funções por ser incapaz de exercê-la – por exemplo, um governo extremamente precário – ou por falhar na prática (Raz, 1994, p. 217-218). Governos autoritários tendem a enquadrar-se na segunda categoria, pois são eficientes em impor suas diretivas. Nesses casos, há falhas no cumprimento das teses justificatória ou discursiva da autoridade: ou elas descumprem as condições morais normativas para que suas diretivas tenham autoridade ou está ausente outra condição não normativa ou não moral que é pré-requisito para a autoridade. De acordo com o autor, as condições não morais dizem respeito à habilidade discursiva da autoridade, mas não incluem a *amoralidade* (ou seria a *imoralidade*?) entre elas. Embora o regime nazista fosse capaz de comunicar suas diretivas, elas descumpriam a condição da autoridade (Raz, 1994, p. 218), pelo menos quando não emitia comandos secretos que se aplicavam aos agentes sem que soubessem por que estavam sendo punidos¹⁹. Com isso, Raz (1994, p. 218) conclui que em geral o Direito cumpre tipicamente os atributos não morais, dados pela tese discursiva, para comunicar suas diretivas e orientar a conduta de cidadãos.

Porém, como funciona o caso da amoralidade por meio do Direito? Algumas distinções são necessárias aqui para se compreender melhor o argumento de Raz e por que ele não é um positivista analítico clássico²⁰.

3.1 Ação, intenção e conhecimento prático

Raz expõe suas teses sobre a autoridade jurídica com base na afirmação de que criar e aplicar o Direito por meio de diretivas é uma atividade tanto discursiva quanto intencional. O que isso revela sobre o Direito? Afinal, *intenção* parece ser uma categoria psicológica,

¹⁸ Para Raz (2009a), o Direito deriva a sua autoridade da realização com o sucesso real ou provável do fim de garantir da melhor maneira possível a realização de objetivos de vida considerados valiosos por todos os membros da comunidade política, mediante ações intencionais das autoridades. A realização dessa tarefa inclui a criação de instituições que contribuam, por exemplo, para a manutenção e a expansão de bens comuns ou para os cidadãos regularem suas vidas com liberdade.

¹⁹ Fuller (1958) dá o exemplo dos decretos secretos usados pelos nazistas para justificar ações estatais nos campos de concentração, dentre outras atrocidades. Ele afirma que decretos secretos importantes, capazes de invalidar direito tornado público, geravam a insuficiência da condição da *autoridade jurídica* no sistema jurídico nazista, tornando-o injusto. Um agente racional, diante disso, tinha a sensação de que nenhuma lei de fato vinculava, pois um decreto desconhecido podia invalidá-la a qualquer momento (Fuller, 1958, p. 651-652).

²⁰ Considera-se aqui *positivista jurídico analítico clássico* qualquer teórico do Direito que adote a tese de Bentham sobre a separação da teoria do Direito em *expositiva e crítica*; ver Waldron (2001, p. 412-413).

no sentido de que ninguém poderia dizer melhor sobre a intenção de um agente senão o próprio agente²¹.

Imaginem-se dois exemplos. No primeiro, alguém entra numa sala e, ao ver uma pessoa sentada a uma mesa a rabiscar com um lápis uma folha de papel, pergunta-lhe o que está fazendo, e ela responde que está “afetando as propriedades acústicas da sala”. “Essa resposta mostra que teremos problemas de comunicação”, diz Anscombe (1963, p. 8-9, tradução nossa) na obra *Intention*, de 1958. O exemplo mostra a diferença entre *motivos psicológicos* e *razões* para a ação: aquela justificativa não é inteligível naquele contexto, pois não se ajusta a padrão algum razoável e disponível para a compreensão do seu intento²². Para saber a intenção de alguém, é mais seguro simplesmente verificar o que ela está fazendo, em vez de procurar entender seu motivo psicológico (Anscombe, 1963, p. 52-53); se essa descrição se enquadra em algum padrão convencional e intersubjetivo que se pode entender, provavelmente se alcançará a resposta certa (Anscombe, 1963, p. 29)²³. Todavia, caso alguém não consiga enquadrar a resposta da outra pessoa num padrão racional de ação, pode questioná-la sobre o porquê de ela ter decidido fazer aquilo numa sala de aula e com lápis e papel. Se ela não der uma resposta adequada à pergunta, é possível duvidar de sua sanidade mental; ela provavelmente é irracional ou está pregando uma peça, pois age de modo voluntário, mas sem uma intenção inteligível para terceiros (Anscombe, 1963, p. 30)²⁴.

Segundo exemplo. Uma cidade tem seu abastecimento de água envenenado por uma toxina. Algumas pessoas morrem, inúmeras vítimas são hospitalizadas e os governantes declaram a situação de calamidade pública. Uma câmera de segurança registra um trabalhador despejando uma substância num poço da central de abastecimento da cidade. A polícia pergunta-lhe se sabia o que estava fazendo e ele responde que só queria ganhar o seu salário. Diante dessa resposta, pode-se identificar o superior que lhe tenha ordenado envenenar a água ou indagar se tal ação realmente fazia parte do contexto da sua atividade; mas, se esvaziar um frasco com estricnina num reservatório público de água potável não faz parte da sua atividade laboral, existem bons motivos para se afirmar que ele está mentindo sobre as suas intenções.

²¹ Segundo essa concepção, que se pode chamar *internalista*, intenções seriam estados mentais verificáveis apenas pelo próprio agente. A motivação de qualquer ação teria de ser causada por um estado mental produzido por um sentimento ou por uma indução externa, e gerar a intenção de fazer algo. Toda ação poderia ser descrita nesses termos, e leis gerais poderiam explicar como se forma essa relação causal entre sentimentos, emoções, estados mentais intencionais e ações. Um problema dessa concepção estava em que ou não há livre arbítrio, e toda ação está pré-determinada por causas que reveláveis por verificação empírica (o que nunca foi provado); ou essa concepção ignoraria a complexidade do fenômeno da ação, permeado de incertezas e exceções. Ver Winch (2020, p. 110-115).

²² A não ser que se conheça muito bem a pessoa e se saiba que ela está fazendo algo muito diferente, que se poderia enquadrar na descrição da ação de “inventar um novo instrumento musical com folha de papel e lápis”; ou talvez ela esteja apenas fazendo uma piada ou dando um exemplo filosófico.

²³ É anormal perguntar se uma pessoa que atravessa a rua o faz com essa intenção. Sabe-se de pronto que é isso que ela está fazendo, dado o entorno da sua ação, bem como sua provável resposta a uma pergunta sobre o porquê de ela fazer isso.

²⁴ Ações para as quais a resposta é “agi sem razão alguma” ou “simplesmente senti que queria fazê-lo” são exemplos de ações voluntárias e iracionais ou não intencionais.

Há três modos de se apreender uma razão para a ação com o fim de verificar se ela se justifica. Uma resposta à pergunta hipotética *por quê?* pode: a) fornecer uma história que explique um fato passado; b) propiciar a interpretação de uma ação; ou c) mencionar algo que se pretende realizar no futuro. Esses três tipos de expressões de intenção podem existir mediante três formas lógicas: como *intenção no passado*, como *intenção para o futuro* ou como um motivo geral²⁵. Há um motivo geral no sentido de propor que uma ação seja vista “sob certa luz”, e pode ser realmente muito subjetivo, pois depende do que motivou aquele agente naquelas circunstâncias (Anscombe, 1963, p. 20-21). Esse tipo de motivo pode mesmo virar uma *intenção para o futuro* se o agente se deixar dominar pelo motivo psicológico. Ainda assim, ele dificilmente virá no futuro na forma de causa mental, aproximando-se mais de um “princípio” pessoal do agente (Anscombe, 1963, p. 22).

No caso do suspeito mentiroso, importa não reduzir sua ação à autodescrição dos seus estados mentais, pois de fato há muitos modos como as pessoas podem descrever as próprias ações e estados mentais. Mais que isso: uma ação como *bombear água* pressupõe inúmeros passos até se chegar à ação que de fato se realiza; o suspeito contrai músculos, pega uma ferramenta, levanta uma manivela etc. Parece que cada movimento é uma ação particular com uma intenção específica. Entretanto, cada um desses movimentos serve de meio para um fim, e alguns fins servem de meios para outros fins; e, caso o agente seja racional, deve haver uma intenção final no encerramento da cadeia que mostre por que essa ação é desejável ou atrativa. O que define esse aspecto é a noção de *bem*: há uma característica de *desejabilidade* da ação que unifica esses movimentos e confere-lhes um sentido final (Anscombe, 1963, p. 40); tal característica dá unidade à ação e a seus passos intermediários (Anscombe, 1963, p. 46-47)²⁶. Pode-se submeter essa unidade a um teste para se verificar a intenção do agente com base nos elementos intersubjetivos que conferem sentido à ação. Não se pode querer qualquer coisa (Anscombe, 1963, p. 68): um agente racional deseja e, em suas ações, é atraído por algo que considera bom para si. A premissa geral do seu silogismo prático pressupõe essa forma lógica ao sempre conter algo de bom (Anscombe, 1963, p. 70-71). É claro que o agente pode cometer erros nas suas ações (Anscombe, 1963, p. 49): o trabalhador suspeito pode ter sido convincentemente enganado por outra pessoa de que o frasco de estricnina continha, na verdade, apenas cloro e flúor. O ponto geral é: toda ação racional e intencional presume uma característica de *desejabilidade* na premissa geral do silogismo prático, cuja conclusão natural é uma ação que faz sentido por referência a um padrão.

Neste estudo, presume-se que no Direito não se admitem ações irracionais das autoridades. Sempre se podem exigir justificativas para suas decisões que sejam controladas

²⁵ Poder-se-ia acrescentar a *intenção na ação* como forma corporificada de exprimir uma intenção, mas ela não necessariamente permite a aplicação do método do *por quê?*.

²⁶ Não se trata de não poder analisar cada movimento intermediário como uma ação em si mesma: a análise de uma ação depende da perspectiva adotada. Nesse caso, deseja-se entender a ação *bombear água envenenada* e, por isso, não basta analisar os passos intermediários de modo isolado sem referência ao fim mais amplo.

discursivamente. Desse modo, é possível também aplicar às ações jurídicas o modelo de controle da ação intencional proposto por Anscombe. Dessa forma, Raz tem razão em presupor a reivindicação de legitimidade como condição do exercício da autoridade jurídica; assim, toda diretiva particular é presumida como direcionada à realização de algum bem que faz sentido buscar por meio do Direito. Emitir comandos às marés, por exemplo, é uma expressão de intenção que visa a um bem, mas que não é racional no campo do Direito, pois é consabido que “não se cria Direito senão por meio de atos realizados com o conhecimento de que eles criarão uma lei. E não se pode criar uma lei intencionalmente se se estiver totalmente no escuro quanto à lei que se está criando” (Raz, 2009a, p. 120, tradução nossa)²⁷.

3.2 O primeiro princípio da razão prática

Segundo Anscombe (1963, p. 74), não é ilógico dizer que “há bem em se fazer o mal” ou que “o meu bem é mal”. A afirmação gera perplexidade, pois, dada a prevalência das ciências empíricas na modernidade, espera-se que qualquer fato objetivo disponha da possibilidade de ser verificado empiricamente. Se se afirma que o objetivo de toda ação é ser *boa* de certa forma, empiricamente se procurará ver o bem realizado em toda ação, como se fosse um fato bruto. Então, como se pode entender essa tese?

Para teóricos da ação adeptos de uma concepção clássica de *razão prática* (Foot, 2001, p. 81-98)²⁸, como Anscombe e Raz, toda ação racional e intencional busca obter algo. Anscombe (1963, p. 67-68) define *tentar obter* como o sentido mais primitivo de vontade: não se pode querer algo que não se busca de modo algum. Trata-se do que Grisez (2007, p. 186) denomina *primeiro princípio da razão prática*, a ideia de que certa ação só é inteligível com base no seu bem, isto é, naquilo que direciona o agente a certo bem. É o bem que faz surgir a intenção: ele há de ser feito e o mal há de ser evitado (Raz, 1999, p. 26, 46-47). Trata-se de um princípio análogo a princípios básicos e indedutíveis do conhecimento teórico, como o da *não contradição*: tudo que se conhecer depois em seus respectivos campos será um acréscimo à inteligibilidade dessas determinações²⁹.

A *verdade* é o objeto do juízo, do conhecimento teórico, e o *bem* é o objeto do querer, do conhecimento prático. A conexão conceitual entre *desejo* e *bem* é comparável à conexão entre *juízo* e *verdade*, mas não é simétrica a relação entre os pares de conceitos. Nos juízos sobre fatos, atingir a finalidade do conhecimento teórico não depende da perspectiva do agente

²⁷ No original: “One does not make law except through acts committed in the knowledge that they will make law. And one cannot make law intentionally if one is totally in the dark as to which law one is making”.

²⁸ Segundo essa concepção, os bens da ação são múltiplos e integrados sob o conceito de *eudaimonia*; dentre outros atributos intelectuais, exigem a virtude da *phronesis* para se tornarem compatíveis em cada ação particular.

²⁹ O princípio da *não contradição* não gera os demais princípios teóricos por dedução, e normalmente só é citado em argumentos *ad absurdum*. Por exemplo: a descoberta de que a Terra não pode ser o centro do universo porque orbita ao redor de uma estrela torna contraditória uma compreensão da Física alicerçada nessa premissa; assim, apenas uma das duas teorias pode ser verdadeira – o que conduz ao princípio do *terceiro excluído* (Grisez, 2007, p. 186).

sobre aqueles porque podem mostrar-se falsos depois da verificação empírica. Entretanto, a ação sob o pretexto do bem não depende da comprovação do bem para ser racional, mas da perspectiva do agente que se motiva pelo bem: “quando estamos explicando a verdade como um predicado de juízos, proposições ou pensamentos, temos que falar de uma relação com o que é realmente assim, não apenas com o que parece ser assim para a mente julgadora” (Anscombe, 1963, p. 76, tradução nossa)³⁰. O agente pode conceber um bem falso, mas precisa ser uma forma de bem dentre as possíveis para que se considere inteligível a sua ação (Anscombe, 1963, p. 76-77). Por isso, Raz (1999, p. 30) afirma que a inteligibilidade da ação depende de como as coisas apareciam para o agente ao tempo da ação; ou seja, a justificação ou a avaliação depende de como elas realmente eram.

Há uma diferença conceitual entre ações tomadas com diferentes contornos de bem, conforme aparecem ao agente racional. Interessa pensar nesses casos como tipos ideais e distinguir entre as ações do Irracional, do Cínico ou Acrático Contumaz e do Imoralista. O Irracional age sem saber por quê: “apenas ajo”, ele diz. Suas ações podem ser avaliadas como voluntárias e, por isso, responsabilizáveis, sobretudo em casos em que se pode mostrar como ele se colocou em ignorância. Ora, uma autoridade estatal tem responsabilidades conhecidas por todos e muito relevantes para se determinarem seus deveres especiais; portanto, os papéis sociais ajudam a entender o grau dessa responsabilidade (Anscombe, 1981b, p. 8-9). De modos diversos, o Cínico e o Acrático Contumaz incorrem na mesma forma lógica de ação sob o pretexto do bem. O Cínico define como princípio das suas ações não seguir regra alguma (Winch, 2020, p. 85-86); ou ele é tão descrente no valor das instituições que decide sempre agir com base no próprio interesse. O Acrático Contumaz, por sua vez, deixa-se levar por algum estado mental que o guia em toda a ação; por exemplo, um agente licencioso pode decidir agir sempre na busca da realização de seus apetites, porque sentiu-se bem quando assim agiu em algumas circunstâncias (Anscombe, 2005, p. 66-67), e o que era um motivo psicológico torna-se um princípio (Anscombe, 1963, p. 22). Tanto um quanto outro agem por um bem na ação, mas ele é definido pessoalmente com base em motivos gerais *seus*³¹. Por fim, o Imoralista é quem toma o mal como seu bem – o mal torna-se seu princípio de ação; por isso, sobre ele é lógico dizer que “o mal é o seu bem”, embora haja outros casos semelhantes que ainda apresentam certo grau de irracionalidade sem fornecer contraexemplos definitivos à TAPB.

³⁰ No original: “Whereas when we are explaining truth as a predicate of judgments, propositions, or thoughts, we have to speak of a relation to what is really so, not just of what seems so to the judging mind”.

³¹ As ações do Cínico e do Acrático Contumaz, por conseguinte, só serão inteligíveis se alguém os conhecer muito bem ou se elas se encaixarem em padrões conhecidos – como o universitário anarquista ou o ébrio habitual, respectivamente. Esse fato não afasta a sua responsabilidade por aquilo que razoavelmente deviam saber.

4 O argumento da maldade no Direito

É possível questionar-se: o que a teoria da ação tem a ver com a teoria do Direito e a autoridade jurídica? No final da seção anterior, comentou-se sobre a ação, a intenção e a possibilidade de o mal “ser o bem” de um agente; contudo, e se esse agente for uma autoridade jurídica? Há uma crítica comum direcionada à tese da conexão necessária entre o conceito de Direito e a moral. Segundo Hart (2009), a teoria do Direito deveria manter-se geral e descriptiva, dado que a fusão entre Direito e moral impediria uma análise adequada de sistemas jurídicos injustos. Sem a tese da separação, Hart (2009, p. 271-272) acreditava que se perderia a postura crítica da teoria do Direito em relação ao Direito positivo. Além disso, considerava absurda a associação de qualquer elemento normativo ao conceito de Direito, pois era óbvio para ele que muitos sistemas jurídicos obrigavam, mas ao mesmo tempo não eram justos. Em todo sistema jurídico particular, os agentes respondem de diversas formas às regras (Hart, 2009, p. 332). Neste estudo, enfatiza-se esse segundo aspecto da defesa de Hart da tese da separação entre Direito e moral, pois ela é atacada frontalmente pela TAPB.

Segundo Hart (2009, p. 115), existem membros do grupo que se relacionam com as regras como se fossem “observadores”, pois eles mesmos não as aceitam. Esse pode ser o ponto de vista da vítima – um agente racional oprimido pelo sistema jurídico e sem forças para reagir aos abusos impostos pela coerção estatal – ou do malfeitor, o “homem mau”, que age conforme as regras somente quando elas coincidem com seus interesses (Hart, 2009, p. 260). Apenas por temor, as “vítimas” seguem o Direito, entre cujas características está a possibilidade de que o poder coercitivo passe a ser usado para subjugar os demais (Hart, 2009, p. 251-252). De acordo com o autor, é plenamente cabível a coexistência desses pontos de vista com o Direito capaz de orientar a ação do “homem ignorante e confuso”, visto que é condição mínima de existência do sistema jurídico as autoridades aceitarem a regra de reconhecimento. Elas o fazem implicitamente quando declararam certas diretivas válidas perante um conjunto identificável de critérios de validade (Hart, 2009, p. 138-139). E os cidadãos só precisam obedecer às diretivas (Hart, 2009, p. 81). Mesmo entre as autoridades, não é necessário que tal aceitação se fundamente em nada além da convergência de comportamentos: uma autoridade pode obedecer à regra de reconhecimento simplesmente por receio de represálias de seus pares, da mídia etc. (Hart, 2009, p. 116). Desse modo, a identificação com razoável certeza de que as normas são juridicamente válidas num sistema não precisaria relacionar-se com qualquer reivindicação de legitimidade. As autoridades aceitam a regra de reconhecimento como paradigma para sua ação como consequência da vontade de mantê-la, o que pode ocorrer por várias razões – muitas delas não morais (Raz, 1990, p. 148). A partir do momento em que as autoridades oficiais começam a aplicar o mesmo critério, amplia-se a coordenação estatal e há cada vez menos razões para se desobedecer a seus comandos (Postema, 2011, p. 494-496). A regra de reconhecimento

em Hart (1982, p. 144) surgiria tão só da capacidade de coordenação das autoridades para concordar sobre os critérios de validade nas suas decisões.

Hart rejeitava a tese da justificação da autoridade de Raz por discordar de que as autoridades agissem reivindicando legitimidade. Elas podem aderir à prática estabelecida de julgar conforme ao Direito que consideram válido e ter apenas as razões geradas pelo cargo que ocupam para obedecer à regra de reconhecimento (Hart, 1982, p. 158-159). Alguém indicado para ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal (STF) poderia simplesmente obedecer ao acordo que os outros dez ministros mantinham sobre como interpretar a Constituição; e essa obediência pode ocorrer por respeito à tradição da Corte, por receio de enfrentar a maioria ou por mero interesse. Com isso, explicar-se-ia como algumas autoridades aceitam uma regra de reconhecimento sem concordar com ela por razões morais, ao mesmo tempo em que atuam de modo conivente com a injustiça do sistema. Afinal, numa ditadura militar, denúncias de tortura que chegam às cortes podem ser ignoradas (Pereira, 2005, p. 2-3)³²; se isso ocorre, alguma autoridade deu a ordem ou, no mínimo, permitiu que se instaurasse tal situação, como se pode afirmar sobre os esquadrões da morte no Brasil e sobre os desaparecimentos forçados na Argentina (Pereira, 2005, p. 3-4). No Brasil, também houve o elemento do enquadramento (*courtpacking*) (Carvalho, 2017, p. 7-11)³³, isto é, a ditadura interveio na composição do STF para atacar sua imparcialidade (Paixão; Barbosa, 2008, p. 58). Certamente as medidas adotadas abalaram o moral dos ministros que permaneceram no cargo³⁴, os quais, em questões sensíveis para o regime, deveriam decidir em prol dos detentores do poder.

É importante testar os argumentos da TAPB e contrapô-los à visão de um teórico da ação que não adere a ela. Ademais, é curioso notar que a negação da TAPB envolve aderir à ideia de que uma autoridade jurídica pode aderir ao direito para ser mal. Michael Stocker conferiu substratos para a concepção de Direito convencionalista de Hart e atacou Raz por outro flanco, o da teoria da ação. Stocker (2004) retoma uma tese muito parecida com a de Hart sobre ação e motivação; ele apresenta basicamente dois desafios à tese geral de Raz sobre a ação: a de que toda ação, para ser inteligível, precisa envolver a crença ou a aparência de crença, no caso de um comando, na realização de um bem. Aqui tais desafios denominam-se: a) desafio da *neutralidade*; e b) desafio da *maldade pura*. Com isso, busca-se mostrar que a crença na bondade da ação é irrelevante para sua inteligibilidade (Stocker, 2004, p. 323). Se estivesse correto, Stocker ajudaria a explicar o positivismo que desvincula Direito e moral.

³² No caso *Brandt*, o STF manteve condenação de Vinícius Oliveira Brandt à prisão por roubo e organização política clandestina com base em suas filiações a grupos de esquerda armada; no entanto, não considerou em sua decisão as alegações de que ele fora vítima de tortura (Pereira, 2005, p. 2-3).

³³ A ditadura aumentou o número de vagas no STF em 1965 por meio do Ato Institucional nº 2. Em 1969, ela aposentou à força três ministros contrários ao regime. Sobre o *courtpacking* como prática subinstitucional de autoridades (eleitas ou não) para assegurar seu poder e evitar interferência e controle judicial, ver Chavez (2008, p. 66-67).

³⁴ Se é que já não restavam na Corte apenas os ministros alinhados com o regime.

4.1 O desafio da neutralidade

A intenção geral de Stocker (2004, p. 310) é mostrar que a ação intencional e voluntária pode ocorrer com a apresentação de razões que não se relacionam com alguma crença na realização de um bem por meio da ação – como *justiça, amor, amizade, liberdade* etc.³⁵. Sob a perspectiva que ele rejeita e à qual associa Raz, toda ação precisa fundar-se numa razão *F*, e o agente, para agir de modo intencional e racional, precisa crer que essa razão é *boa* naquela circunstância particular. Contudo, há muitos casos em que simplesmente se toma uma decisão sem qualquer referência a uma propriedade *F*; se decide ler um livro, uma pessoa pode justificar que isso é necessário por uma obrigação de trabalho, ainda que o faça claramente a contragosto (Stocker, 2004, p. 306).

Como há graus de neutralidade na ação, é preciso diferenciar ações *intencionais e voluntárias* de ações apenas *voluntárias*. Se uma pessoa começa a quebrar pratos e, questionada sobre o porquê disso, responde que “simplesmente sentiu vontade”, essa ação é apenas voluntária, pois não se apresenta motivo algum para aquele comportamento. Se num Estado de Direito não se esperam tais ações de autoridades, podem-se desconsiderar esses casos nesta análise (Stocker, 2004, p. 310). Em princípio, ações totalmente ilógicas também podem ser excluídas (Stocker, 2004, p. 315)³⁶.

O exemplo das obrigações sociais ocorre por referência a fatos que mobilizam e atraem num sentido, mas *congelam* em outro. Alguém talvez não tenha vontade ler certo livro; em vez de enfrentar, por exemplo, *Engaging reason*, de Raz (1999), um livro complexo e exigente, talvez preferisse ler poesia ou contos de Machado de Assis. Nesse tipo de caso, identifica-se o bem, mas não há energia suficiente para perseguí-lo. Assim como alguém deixar de ler certa obra pode custar-lhe o emprego, um juiz que se deixa levar pelas ameaças da ditadura militar e ignora denúncias de tortura contribui para naturalizar uma prática horrenda. Há estruturas psicológicas que interferem na motivação de qualquer agente, como o humor, a energia, o interesse (Stocker, 1979, p. 739). Até o cansaço corporal ou mental pode causar essa fraqueza da vontade; e a depressão é o exemplo extremo disso: o bem não atrai de modo algum, mesmo que o agente o identifique (Stocker, 1979, p. 744).

Para Stocker (1979, p. 744-745), é um elemento comum da fraqueza de vontade que ela permita que se identifique a crença na atração pelo bem na ação, mas apenas para os outros. Ou seja, o bem nem sempre atrai para a ação: não raro, age-se por motivos meramente convencionais, habituais ou quase passivos, exatamente como Hart concebeu a atuação de muitos juízes em sistemas jurídicos injustos. Em corte coagida por uma ditadura, a única

³⁵ “I mention these *Fs* because they are often enough cited as making for intelligibility. I have in mind such claims as ‘I did that because I thought justice required it’, ‘I did that because my elders told me to’, ‘I did that because my conscience required it of me’, ‘I did that because I thought it good’, ‘I did that because it was pleasant’, and ‘I did that because I love her’” (Stocker, 2004, p. 310).

³⁶ Se John é xenófobo, mas doa dinheiro para os pobres, “simplesmente porque isso parece adequado”, sem recorrer a nenhuma convenção ou pressão social, isso é inteligível? Stocker supõe que é possível uma ação sob tal motivação, mas ela seria irracional, embora voluntária.

razão para a ação de um ministro seria fazer “o que os outros fazem” (Anscombe, 1963, p. 23-24)³⁷. O agente pode saber o que é bom para si e para os demais, mas “somente num determinado contexto presumido de humor e interesse do agente, a citação do bem (em que se acredita) torna um ato inteligível” (Stocker, 1979, p. 746, tradução nossa)³⁸.

Stocker identifica um segundo nível de neutralidade na ação, que ainda é racional. Trata-se do *egoísmo metafísico*: o agente tem alguma crença que exclui a possibilidade de se ver atraído por ações que realizem o bem para algum ou alguns grupos, mas ainda consegue realizar o bem para outras pessoas. É claro que essas pessoas podem ser apenas as que pertencem ao seu próprio grupo: é o caso do nacionalismo, do racismo, do *familismo* etc. Uma ação é boa somente se puder sê-lo para si ou para seu grupo, e o bem para o *outsider* é ignorado. Talvez o melhor exemplo disso no Direito seja o regime nazista, em que vigia um sistema jurídico dual: aplicava-se de modo respeitoso o *rule of law* somente para cidadãos alemães arianos ao mesmo tempo em que era usado para exterminar judeus ao excluí-los da condição humana (Dyzenhaus, 2022, p. 322-325). Pode haver também o *egoísmo avaliativo*: o agente que vê valor para pessoas além de si e do seu grupo, mas de modo algum é atraído por ele (Stocker, 1979, p. 745). Nesse caso, enquadra-se o “juiz anarquista”, exemplo levantado por Raz (1990, p. 148): um egóísta avaliativo pode infiltrar-se no Poder Judiciário e tomar decisões justas tão somente para alcançar fins pessoais – seja porque lhe geram algum benefício imediato (o que ocorre em casos como o de corrupção), seja porque no longo prazo ele pode assumir postos mais importantes na burocracia judicial e alcançar eficientemente seus fins.

Os exemplos de adesão passiva a obrigações sociais lembram muito a fundamentação convencionalista do Direito em Hart. Em virtude da ausência de energia ou de motivação, o agente conforma-se a regras estabelecidas, sem vislumbrar qualquer bem em tais ações. Nos casos de egoísmo, há a atração pelo bem, mas em certos casos ele é excluído em nome de considerações puramente instrumentais. Nessas circunstâncias, ele age apenas com crença em fatos: “se a parte demandante é judia, ela não tem direitos; então, devo julgar conforme a lei x de exclusão de cidadania”; ou “se eu, hoje juiz, tomar a decisão x, no longo prazo chegarei ao cargo de ministro e terei benefícios y e z”. Essas decisões não se referem diretamente a bens como motivação da ação, mas a fatos. No entanto, é óbvio que só fazem sentido porque entende-se que há certos bens por trás das ações: no caso convencionalista, o agente preocupa-se apenas com sua preservação física. O bem que torna inteligível sua ação é “não ter problemas com as autoridades dotadas de poder suficiente para me imporem consequências desagradáveis” (Anscombe, 2005, p. 147-148, tradução nossa). No caso de egoísmo metafísico, há um erro conceitual do agente que precisa ser esclarecido, embora ele acredite que haja um bem a perseguir, o dos membros do seu grupo. Por fim, o egóísta

³⁷ Anscombe deixa claro que esse tipo de resposta conta como razão para a ação que a torna inteligível.

³⁸ No original: “[O]nly against a certain assumed background of agent mood and interest does citing the (believed) good make an act intelligible”.

avaliativo presume uma condição discursiva nas suas ações que o faz perseguir um bem – o seu próprio bem.

Nenhum dos exemplos de Stocker presentes no desafio da neutralidade refuta a TAPB, pois em todos os casos citados há um bem envolvido na ação, visto como propriedade capaz de tornar a ação atrativa para o agente – mesmo que um teste de verificação externo à perspectiva do agente demonstre que, embora inteligíveis, suas ações eram extremamente injustas. O agente “fraco psicologicamente” assemelha-se ao tipo ideal do Acrático Contumaz, ao passo que os egoístas avaliativo e metafísico se enquadraram no tipo ideal do Cínico, que adere a princípios tomados de sua perspectiva sobre o bem fundado em motivos gerais, psicológicos e subjetivos sobre o que consideram bom fazer.

4.2 O desafio da maldade pura

O segundo desafio de Stocker apresenta-se sob duas formas. A primeira pressupõe alguma crença do agente na realização de um bem mediante sua ação. Esse caso aproxima-se dos exemplos anteriores de ação, mas a sua justificação não é neutra, pois envolve a crença num bem, embora na verdade a ação se mostre como a realização de pura maldade. Essa versão pode ser denominada *tese fraca da maldade pura*. A segunda versão ocorre quando o agente crê ter escolhido realizar o mal; trata-se da *tese forte da maldade pura*.

Na versão fraca, o agente forma estados intencionais com base na crença de ter razões para agir de certo modo. Contudo, na realidade, sua ação pode sofrer críticas por não haver razões suficientes para sua crença ser considerada justificada, de tal modo que o agente incorreria na realização da maldade mesmo crendo que fazia o bem (Stocker, 2004, p. 309). As ditaduras do Cone Sul fundamentaram muitas de suas ações em valores que se podem considerar objetivamente válidos: é inegável, por exemplo, que a segurança nacional seja um bem relevante e que mereça defesa. No entanto, a doutrina da segurança nacional no Brasil justificou tanto a tortura de pessoas consideradas “inimigas” do regime por reivindicarem eleições democráticas e abertas, quanto a censura da imprensa e violações do devido processo legal na perseguição de “inimigos internos” do regime³⁹. Algo semelhante se pode afirmar sobre extremistas que consideram justo o ato de matar quem não concorda com sua crença: julgam-no tão justo que ele legitimaria atrocidades contra pessoas com outras crenças. Para Stocker (2004, p. 309), a versão fraca já serviria para justificar a ausência de conexão entre a ação e o valor ou o bem.

Stocker vai além. Grandes exemplos contra a TAPB seriam os casos em que há uma ruptura entre a preocupação do agente com algum bem e o seu desejo. Se o agente deseja machucar alguém porque está com raiva, esse sentimento poderia conferir inteligibilidade à ação (Stocker, 2004, p. 316). Mesmo sentimentos bons poderiam sofrer algum tipo de

³⁹ Segundo Schinke (2015, p. 696-697), a doutrina da segurança nacional tinha forte aspecto moral. Ela “foi capaz de unir o viés de elitismo político, através da pregação de uma crença nos objetivos nacionais, com a imposição da força, como instrumento necessário para garantir que tais finalidades fossem alcançadas”.

corrupção que explicasse por que um agente racional considerou justificadas as ações más (Stocker, 2004, p. 309-310). Entretanto, haveria casos em que um agente racional atua intencionalmente sem consideração por bem algum. Tome-se como exemplo a tortura: defensores da tese do pretexto do bem diriam que há alguma crença num bem a intermediar ação e desejo, como o poder, o prazer etc. (Anscombe, 1963, p. 73); contudo, Stocker (2004, p. 323, tradução nossa) afirma não crer “que estejam corretos. Assim como ajudar o outro pode ser o objeto direto e adequado dos desejos e apetites, prejudicar os outros também pode”. É como se certos agentes fossem tomados de tal maneira por circunstâncias sociais que sua estrutura psíquica os torna indiferentes a qualquer avaliação moral (Stocker, 1979, p. 749).

Imagine-se que certo agente estatal de uma ditadura decidiu torturar alguém suspeito de pertencer às forças opositoras do regime. Um defensor da tese do pretexto do bem diria que o agente o fez por prezar outros bens, como a segurança nacional; mas Stocker considera que um sopesamento entre, por exemplo, a segurança nacional e o respeito ao opositor é implausível no caso de um agente indiferente à avaliação moral. Correto seria dizer que ele torturou o opositor simplesmente porque achou que “ele merecia” (Stocker, 1979, p. 743). Talvez, o agente estatal também quisesse apenas mostrar o quanto não se importa com a dor alheia (Stocker, 2004, p. 323):

Essas pessoas, em áreas maiores ou menores – talvez apenas em relação ao ato em questão – não se preocupam em moralizar ou racionalizar suas ações. Para elas, “eu poderia me safar” ou “assim ganhei uma vantagem sobre ele” ou “ele me prejudicou, então eu o prejudiquei em troca” ou “eu estava entediado” ou “eu não estava recebendo atenção suficiente”, tudo isso é inteligível. Mas muitas delas envolvem motivos ruins, e nenhuma precisa envolver motivos bons (Stocker, 2004, p. 324, tradução nossa)⁴⁰.

Embora a preocupação com o valor seja necessária para a vida em sociedade, Stocker não crê em que ela seja *logicamente necessária* para a inteligibilidade da ação humana. Com isso, abre-se um flanco para uma crítica juspositivista à TAPB, com a possibilidade de manutenção da cisão do vínculo entre Direito e moral – ou entre autoridade *de fato* e autoridade *legítima* – dada a ausência de nexo lógico entre a ação e a realização de algum bem. Segundo Stocker (2004, p. 326), a diferença fundamental estaria na separação entre o que é *atrativo* e o que é *bom* na ação: quando adquirem poder e influência, agentes insensíveis às várias formas de *bem* e *justiça* – como costumam ser ditadores e torturadores – podem manter um regime jurídico sem qualquer reivindicação de estarem realizando a *justiça* por meio do Direito.

⁴⁰ No original: “These people, in larger or smaller areas – perhaps only in regard to the act in question – are not concerned to moralize or rationalize their actions. For them, ‘I could get away with it’ or ‘I thus gained an advantage over him’ or ‘He harmed me, so I harmed him in return’ or ‘I was bored’ or ‘I wasn’t getting enough attention’ all make for intelligibility. But many of them involve reasonsbad, and none need involve reasonsgood”.

5 A autoridade do Direito sob o pretexto do bem

A tese de Stocker presume, assim como entende Hart sobre a ação de autoridades no contexto jurídico, que a ação intencional se conecta com uma qualidade que torna a ação atrativa. No caso de Hart, essa atração poderia configurar-se meramente por fatos sociais: as autoridades de um tribunal poderiam simplesmente notar que sofrerão consequências desagradáveis se não aderirem à prática nele estabelecida. Pode-se reduzir a atratividade nesse caso ao autointeresse ou ao desejo de autopreservação. Stocker concorda com isso e acrescenta: as autoridades podem agir não só com base em razões neutras desse tipo e de outros, mas também por razões derivadas da maldade pura. Contudo, pode-se questionar se isso realmente é possível sem que antes tal agente compreenda o bem que confere sentido ao Direito para guiar-se por ele.

A TAPB rejeita os dois desafios. Segundo Grisez (2007, p. 192), é *autoevidente* o primeiro princípio da razão prática⁴¹. Como nem todas as coisas são desejáveis por uma pessoa racional, confirma-se que a mobilização da vontade rumo a certos fins só ocorre em direção ao que conta como atrativo. O primeiro princípio da razão prática configura-se, pois, na máxima “*buscar o bem e evitar o mal*” (Grisez, 2007, p. 185)⁴². Há nesse argumento um salto lógico em relação ao que afirmam Stocker e Hart, que desvinculam *ação* e *bem*, e separam *bem* e *atração*. Convém, pois, examinar o problema das suas concepções de *ação*.

O Direito é uma prática que visa a regular a ação e a garantir o acesso de todos os cidadãos a bens necessários para seu desenvolvimento individual com autonomia e liberdade. Contudo, as práticas normativas não o fazem com base em razões para crer em fatos que provavelmente ocorrerão; é preciso que boas razões para a ação fundamentem sua *desejabilidade*. Raz assinala que uma convenção social tão somente afirma como as pessoas provavelmente agirão no futuro, o que se torna uma razão para a crença num fato. Nada nessa proposição denota razões para crer em que a convenção seja boa ou valiosa (Raz, 1986, p. 30-31); ela apenas revela que um grupo de autoridades tem meios para coagir os indivíduos a fazerem o que se deseja (Raz, 1986, p. 24)⁴³. Porém, a concepção de autoridade de Hart é falha por apoiar-se somente em razões convencionalistas para a ação, as quais são apenas crenças em fatos, pois um agente racional sob o jugo autoritário pode aderir ao fim de realizar a vontade dos detentores do poder como única justificativa para as suas ações, ao passo que o Direito exige bem mais que isso (Raz, 1994, p. 212). Assim, o Direito

⁴¹ Sem o primeiro princípio não há ação intencional, pois nenhum agente racional se mobiliza para uma ação antes de aprender a relacionar-se com seu ambiente para satisfazer a inclinações naturais. Com base na indução e na observação de regularidades naturais no mundo, o agente passa a usá-las como fatos que fundamentam a escolha dos meios para realizar os fins que o mobilizam.

⁴² Esse princípio da ação é o primeiro porque: a) é evidente para todos, mesmo se as pessoas o ignorarem ou neguem; e b) não se pode deduzi-lo de outro princípio.

⁴³ Raz (1986, p. 50-51) concorda com Stocker sobre a possibilidade de o apego de um agente racional ao conteúdo de convenções sociais injustas decorrer de sua fraqueza da vontade. O cansaço psicológico ou a mera impossibilidade de reação perante a coerção, como a de uma organização coercitiva, pode oferecer razões substantivas para a adesão a certas regras sociais.

não é uma instituição baseada somente na coerção pura e direta, pois também deve cumprir a tarefa de permitir que os agentes racionais sob o seu comando vejam no cumprimento do Direito positivo outros fins mais complexos e anteriores à mera obediência à vontade do detentor do poder⁴⁴.

Superada a primeira parte do desafio da neutralidade, cumpre perguntar: como manter a afirmação de que o Direito necessariamente se conecta com a moral e possibilita uma confusão conceitual de um agente racional sob a forma do egoísmo avaliativo ou metafísico? Afinal, Hart menciona a existência do ponto de vista da vítima em muitos sistemas jurídicos injustos. Veronica Rodriguez-Blanco afirma que a chave para a questão está na assimetria lógica entre desejo e crença. A crença num fato visa à verdade por si só; de modo distinto, o desejo não precisa ter o bem em vista, mas apenas alguma *característica de desejabilidade* da ação (Rodriguez-Blanco, 2014, p. 55). Essa característica deve conectar-se com o bem, mesmo que o agente imoralista negue a conexão (Raz, 2011, p. 77)⁴⁵.

Pense-se, por exemplo, num oficial nazista que acredita estar “apenas cumprindo ordens”. Ele pode não ver valor algum no que faz: seu único motivo para agir empurrando judeus para a câmara de gás é o fato de que, ao fazê-lo, obedece a ordens do Partido. A *atratividade* que ele vê na sua obediência confere-lhe a crença de que há características de *desejabilidade* em suas ações atrozes, mesmo se ele for ambivalente sobre o seu valor, tiver dúvidas ou não acreditar que está fazendo a coisa certa em alguns momentos (Raz, 2011, p. 64-65). Todavia, sua ponderação das razões disponíveis acarreta um erro conceitual: é óbvio que ele não está de fato realizando o fim do Direito quando, com base na ideologia do Partido, cumpre ordens horrendas como exterminar crianças judias. E, mesmo que ele negasse ter realizado um ato injusto, sua intenção final engloba a primeira descrição, dado que era razoável ele saber o que fazia na sua posição; ele não apenas “empurava crianças para uma sala” ou “obedecia a um comando”, mas concretizava uma ação injusta de homicídio ou genocídio, por exemplo (Raz, 2011, p. 65-66).

Não são pessoais os valores que norteiam uma autoridade em suas ações, pois a concepção clássica de ação rejeita o solipsismo. Uma ação é compreendida intersubjetivamente de acordo com o contexto apropriado, e não de acordo com estados mentais (Anscombe, 1963, p. 41-42). Há uma área em que o contexto confere uma justificativa para a ação das autoridades, ainda que erros sejam cometidos (Anscombe, 1963, p. 43). Por isso, Raz afirma que a definição de autoridade *legítima* é pressuposto lógico do conceito de autoridade *de facto*, pois o primeiro confere um padrão para avaliar quando o agente atua fora de

⁴⁴ Essa finalidade pode muito bem ser chamada de *justiça*. Essa denominação inspira-se em Lopes (2022, p. 289), para quem a justiça é o sentido que confere inteligibilidade à prática do Direito: “é preciso recuperar, em primeiro lugar, o sentido do discurso sobre a justiça e sua relação com o Direito, relação lógica e, portanto, conceitualmente necessária; por isso, os agentes dentro do ordenamento dela não conseguem escapar. [...] Em outras palavras, se o Direito é inteligível, não apenas observável ou memorizável, sugiro que a justiça é o elemento inteligível do Direito positivo. Desse ponto de vista, a lei é um critério para agir e para comparar (ou medir) as ações humanas entre si, e pressupõe que o agente pode apreender uma unidade sensata para os diversos critérios”.

⁴⁵ Isto é, o agente deve ver na ação escolhida a realização de alguma razão normativa, mesmo que não entenda que isso implica conexão com algum valor ou bem. Sempre é possível um domínio incompleto do conceito normativo.

contexto, a despeito de ser autoridade jurídica. Afora esse padrão, existem boas razões para desconsiderar os motivos psicológicos do agente e julgá-lo imputável, mesmo que ele afirme ser ignorante a respeito do que faz. A ação não é avaliada pelos motivos gerais do agente (do Cínico ou do Acrático Contumaz) – fornecidos por suas “melhores intenções” de acordo com os valores que *ele decidiu privilegiar* –, mas pelo sentido da prática em que sua ação é analisada.

A TAPB responde também ao caso de ditadores que acreditam estar realizando cruzadas pessoais para atingir um bem maior. Pense-se, de novo, na doutrina da segurança nacional. Um ditador poderia afirmar que sabia que certos “males menores” teriam de ser realizados, pelo menos enquanto o “inimigo interno” não fosse derrotado e a “normalidade” não fosse restabelecida. Com isso, ele podia admitir estar produzindo algumas ações más. Todavia, mesmo se fosse genuíno e firmasse um princípio de ação para ele, esse motivo geral não refuta a TAPB. A afirmação de que o ditador tomava a segurança nacional como o *bem* do Direito apenas descreve de modo mais amplo o conceito de *bem* na ação que ele acreditava estar realizando (Raz, 2011, p. 63). O Ato Institucional nº 5, de 1968 (AI-5), por exemplo, tinha essa finalidade a justificar a suspensão de inúmeras garantias fundamentais (Pereira, 2005, p. 21)⁴⁶. Porém, o ditador Costa e Silva (1967-1969) via um bem nessa ação quando o emitiu; e, embora equivocada, a referência à segurança nacional como *fim* do Direito explicava como ele compreendia seu papel como autoridade jurídica na realização de valores por meio do Direito, de tal modo que a ação o atraísse. Se o Direito visa à justiça, é certo dizer que o ditador *acreditou* que perseguia o fim do Direito com sua ação e, assim, tornou-a inteligível; porém, ela é incrivelmente injustificada, pois ele desconsidera outros bens contemplados pela justiça, como a liberdade individual ou a garantia de uma esfera pública qualificada⁴⁷.

Entretanto, imagine-se que não houvesse qualquer referência a um valor nas ações de Costa e Silva e que ele admitisse em seu gabinete que o AI-5 visava à maldade pura e simples. Se ele afirmasse isso e seguisse emitindo diretrizes jurídicas com o uso do vocabulário jurídico e na forma de tipos gerais e anteriores aos casos regulados – e se continuasse a permitir a existência de tribunais com poderes de emitir decisões definitivas, como de fato o fez –, não haveria alternativa senão afirmar que ele tinha um domínio incompleto do conceito de *razão para a ação* ou de *bem* no contexto do Direito; ou estava confuso, pois aplicava o conceito de Direito nas suas ações, embora não o admitisse (Raz, 2011, p. 71-72). É claro que, se ele descumprisse tais condições para usar o conceito em grau excessivo, poder-se-ia sustentar que o sistema era tão injusto que não vinculava a população ou uma parte dela, como aqui se acredita ter sido o caso. Não se pode negar, contudo, a conexão conceitual entre suas diretrizes jurídicas e a realização de um bem intrínseco ao Direito.

⁴⁶ O AI-5 eliminou o cabimento do *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional e permitiu ao governo ampla margem de manobra relativa a presos políticos.

⁴⁷ Afinal, uma pessoa justa pondera adequadamente razões de diferentes fontes (Foot, 2001, p. 12).

O que o ditador mais sanguinário faz por meio do Direito é inverter valores: ele segue algumas das razões dadas pela prática⁴⁸ para guiar-se por suas tendências psicológicas anômicas, dadas por um fim perverso que ele adota como princípio de sua ação (Raz, 1999, p. 32-35)⁴⁹. Tal ação não é um contraexemplo à conexão entre *Direito* e *justiça*, mas a reforça, pois, se toda autoridade precisa de algum grau de coordenação, seus comandos devem ser inteligíveis; se eles são inteligíveis, respeitam algum bem embutido no conceito de *Direito*; e, se for assim, é necessário identificar o sistema jurídico governado pelo Imoralista como caso degenerado de Direito, por referência ao caso central, em que o Direito realiza uma diferença moralmente valiosa para o raciocínio prático individual ao garantir a realização da justiça (Raz, 2009a, p. 170-171). Existe, por fim, a possibilidade de que as autoridades sejam mentirosas ou mal-intencionadas. Esse talvez seja o caso mais comum na prática – afinal, no caso brasileiro, durante os dez anos em que vigeu o AI-5 vigoraram Constituições com extensas listas de direitos fundamentais⁵⁰.

A emissão de um comando jurídico pode ser realizada para o mal por meio de “segundas intenções” nos seguintes termos: uma autoridade pode manifestar o intento de realizar no futuro certas ações por meio do Direito – garantindo direitos, por exemplo – sem ter a motivação de cumprir o conteúdo da expressão dessa intenção. Nas listas de garantias fundamentais, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 incluíam, por exemplo, a apreciação judicial de lesão a direito; no entanto, os inúmeros atos institucionais da ditadura continham cláusulas de imunização a atos das autoridades (Paixão; Barbosa, 2008, p. 58). Tratava-se de óbvia violação do que Fuller (1958, p. 653) chamava de *princípio da congruência*. Não é racional, contudo, manifestar um objetivo e nunca tentar obtê-lo, como afirma Anscombe. A ausência de medidas razoáveis para efetivar um direito é indício de má-fé de autoridades e de que o sistema jurídico pode não merecer a obediência racionalmente justificada. A emissão de um comando jurídico pressupõe que as autoridades dominem o conceito de *Direito*, o que só ocorre quando se compreendem em conjunto as teses da justificação e da capacidade discursiva – apenas assim podem ter a “segunda intenção” de não realizar o que prometem. Comandos mentirosos expõem razões para os cidadãos acreditarem que o sistema visa à justiça, e suas crenças podem revelar-se falsas quando se percebe que as autoridades nem sequer tentam realizar os valores previstos nesses comandos (Anscombe, 1963, p. 6-7). Nesse caso, a expressão de intenção da autoridade não se coaduna com seu estado

⁴⁸ Um exemplo é a capacidade do Direito de permitir a coordenação de múltiplas agências burocráticas para a realização de fins escolhidos pelas autoridades. Pense-se em quantas agências estatais o regime nazista precisava mobilizar para conseguir identificar, capturar, transportar, alojar e, por fim, assassinar judeus em campos de concentração. Isso não seria possível sem regras gerais anteriores que coordenassesem as ações dos oficiais envolvidos.

⁴⁹ Autointeresse, anarquismo, busca do poder etc.

⁵⁰ Pereira (2005, p. 22) considera que a ditadura militar procurou manter uma aparência de legalidade nas suas ações. Corrobora essa afirmação o fato de a Constituição de 1946 não ter sido suspensa com o golpe de abril de 1964 ou com a edição do AI-5 em dezembro de 1968 – e o Congresso foi fechado apenas por um curto período entre 1968 e 1969. A Constituição de 1967, aprovada por um Congresso controlado, foi revisada substancialmente em 1969, com ampla concentração de poderes no Poder Executivo. A despeito disso, era uma Constituição que também continha uma carta de direitos.

mental (Anscombe, 1963, p. 4). Apesar disso, uma “segunda intenção” e a capacidade de manipular os cidadãos só se condicionam à possibilidade de se emitirem comandos falsos desde que a autoridade já domine o conceito de *Direito*. O ditador comete erros conceituais sobre o Direito, mas domina-o num grau mínimo a ponto de saber o que faz. É preciso que o conceito de *Direito* já exista e esteja à disposição da sociedade, que normalmente o comprehende; afinal, o cidadão consegue crer num comando mentiroso e voluntariamente guiar-se por ele apenas se puder entender seu conteúdo. O mentiroso não é menos comprometido com a verdade que o agente de boa-fé; ocorre que a autoridade maldosa usa uma linguagem conhecida publicamente para fins pessoais (Winch, 1972, p. 62-65).

Desse modo, ações dotadas de más intenções – ou “segundas intenções” – por meio do Direito pressupõem um conhecimento prático que confere ao agente que as pratica um domínio do conceito de *Direito*⁵¹. Isso explica bem por que Raz confere antecedência lógica à definição de autoridade *legítima* em relação à autoridade *de facto*, mesmo diante dos desafios de Stocker no campo da teoria da ação.

6 Conclusão

Os defensores da TAPPB não veem problema lógico algum no fato de haver agentes racionais que intencionalmente moldam o mundo à sua mente e identificam seu bem com a realização do mal. Neste artigo, buscou-se rebater os desafios que Stocker apresenta à TAPPB, com o propósito de reforçar como a teoria do Direito de Raz – centrada na interação da autoridade com a razão prática – reivindica autoridade legítima pelo Direito para que diretrizes jurídicas particulares façam sentido. Em outras palavras, mostrou-se como uma autoridade, para ser capaz de emitir comandos *inteligíveis* no contexto jurídico, precisa dominar em algum grau o conceito de *Direito*, o que implica o conhecimento do bem que o Direito visa realizar. Assim, mesmo uma autoridade malévolas ou mal-intencionada só é capaz de impor deveres, conceder direitos etc., se tiver uma compreensão do conceito de *Direito* com base no seu bem.

A TAPPB sustenta-se perante os desafios de Stocker de duas maneiras. Primeiro, ao mostrar que o desafio da neutralidade não faz sentido; apenas demonstra desconhecimento de como o raciocínio prático funciona. Um Acrático Contumaz guia-se por um bem na ação, mas não pelo que *acredita* ter mais razões para seguir, dadas as circunstâncias externas à sua vontade; e os que impõem a sua vontade sobre ele devem ter aderido a algum bem como princípio da sua ação – o que pode ser contrário ao bem do Direito se tal princípio foi adotado com esteio num motivo geral, como vontade de poder, de honra etc.

⁵¹ Isso explicaria filosoficamente a interpretação sociológico-histórica de Pereira (2005, p. 29) sobre as ditaduras no Cone Sul, dado que nenhum ator político autoritário do período pôde redefinir as instituições judiciais como pretendia.

Em segundo lugar, demonstrou-se como o desafio da maldade pura tampouco obtém sucesso em rebater a TAPB no contexto jurídico, pois há uma assimetria entre a crença em fatos e as razões para a ação. O agente atua conforme o bem que aparece para ele, mas esse bem é dado por uma *característica de desejabilidade*; assim, basta que o agente acredite haver algo atrativo em sua ação para que a TAPB se sustente. Essa emenda à TAPB é fundamental para explicar como ditadores se utilizam do Direito para perseguir seus próprios fins ou para “combater um mal com outro mal”. O fato de Raz aderir à TAPB só reforça o quanto sua teoria do Direito se afasta de uma concepção juspositivista tradicional e relaciona cada vez mais o Direito à razão prática.

Referências

- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. *Intention*. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1963.
- _____. On promising and its justice, and whether it needs to be respected in *foro interno*. In: _____. *The collected philosophical papers of G.E.M. Anscombe*. Oxford, UK: B. Blackwell, 1981a. v. 3: ethics, religion and politics, p. 10-21.
- _____. Practical inference. In: GEACH, Mary; GORMALLY, Luke (ed.). *Human life, action and ethics: essays by G.E.M. Anscombe*. Exeter, UK: Imprint Academic, 2005. (St Andrews studies in philosophy and public affairs, v. 4).
- _____. The two kinds of error in action. In: _____. *The collected philosophical papers of G.E.M. Anscombe*. Oxford, UK: B. Blackwell, 1981b. v. 3: ethics, religion and politics, p. 3-9.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined: and the uses of the study of jurisprudence*. With an introduction by H.L.A. Hart. Indianapolis, IN: Hackett Pub., 1998.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 32, n. 94, p. 1-22, jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.17666/329415/2017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/6V4gXYHGNkmqDpMLmxLMgPL/?lang=pt>. Acesso em: 5 dez. 2024.
- CHAVEZ, Rebecca Bill. The rule of law and courts in democratizing regimes. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2008. p. 63-80. (Oxford handbooks of political science).
- DYZENHAUS, David. *The long arc of legality: Hobbes, Kelsen, Hart*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2022.
- FOOT, Philippa. *Natural goodness*. Oxford, UK: Clarendon; New York: Oxford University Press, 2001.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 71, n. 4, p. 630-672, Feb. 1958.
- GARDNER, John. *Law as a leap of faith: essays on law in general*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.
- GRIZEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática (1965). Tradução de José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 179-217, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revDireitogv/article/view/35188>. Acesso em: 5 dez. 2024.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1983.

_____. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1982.

_____. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Coleção justiça e Direito).

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do Direito: o Direito como prática*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2022.

_____. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de Filosofia política e do Direito*. Porto Alegre: Linus Editores, 2009. p. 43-80.

OAKESHOTT, Michael. *On human conduct*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1975.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do Direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, Belo Horizonte, v. 1, n. 6, p. 57-78, jan./dez. 2008.

PEREIRA, Anthony W. *Political (in)justice: authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press, 2005. (Pitt Latin American series).

POSTEMA, Gerald J. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. Dordrecht: Springer, 2011. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 11).

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009a.

_____. Can there be a theory of law? In: GOLDFING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (ed.). *The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. Malden, MA: Blackwell Pub., 2006. p. 324-342. (Blackwell philosophy guides, 18).

_____. *Engaging reason: on the theory of value and action*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

_____. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.

_____. *From normativity to responsibility*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011.

_____. *Practical reason and norms*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 1990.

_____. *The authority of law: essays on law and morality*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009b.

_____. *The morality of freedom*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1986.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. *Law and authority under the guise of the good*. Oxford, UK: Hart Pub., 2014. (Law and practical reason, v. 6).

SCHINKE, Vanessa Dorneles. Judiciário e autoritarismo: estudo comparado entre Argentina e Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 677-703, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revista.Direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1718>. Acesso em: 5 dez. 2024.

STOCKER, Michael. Desiring the bad: an essay in moral psychology. *The Journal of Philosophy*, [s. l.], v. 76, n. 12, p. 738-753, Dec. 1979. DOI: <https://doi.org/10.2307/2025856>.

_____. Raz on the intelligibility of bad acts. In: WALLACE, R. Jay; PETTIT, Philip; SCHEFFLER, Samuel; SMITH, Michael (ed.). *Reason and value: themes from the moral philosophy of Joseph Raz*. Oxford, UK: Clarendon; New York: Oxford University Press, 2004. p. 303-332.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2001. p. 410-433.

WINCH, Peter. *A ideia de uma ciência social e sua relação com a Filosofia*. Tradução de Rachel Meneguello. São Paulo: Ed. Unesp, 2020.

_____. *Nature and convention*. In: _____. *Ethics and action*. London: Routledge & Kegan Paul, 1972. p. 50-72. (Routledge library editions: ethics, v. 47).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Translated by G.E.M. Anscombe, P.M.S. Hacker and Joachim Schulte. Rev. 4th ed. by P.M.S. Hacker and Joachim Schulte. Chichester, UK: Wiley-Blackwell, 2009.

Financiamento

Este trabalho foi realizado com o apoio de bolsa do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril