



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

DANIELA RIGOTTO CARNEIRO

**A METODOLOGIA ANALÍTICA NA RELAÇÃO ENTRE
DIREITO E COERÇÃO**

Londrina
2026

DANIELA RIGOTTO CARNEIRO

**A METODOLOGIA ANALÍTICA NA RELAÇÃO ENTRE
DIREITO E COERÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Andrea Luisa Bucchile Faggion

Londrina
2026

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

C289 Carneiro, Daniela Rigotto.
A METODOLOGIA ANALÍTICA NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E COERÇÃO
/ Daniela Rigotto Carneiro. - Londrina, 2026.
170 f.

Orientador: Andrea Luisa Bucchile Faggion.
Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual de Londrina,
Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia,
2026.
Inclui bibliografia.

1. direito - Tese. 2. coerção - Tese. 3. análise conceitual - Tese. 4. filosofia do
direito - Tese. I. Faggion, Andrea Luisa Bucchile. II. Universidade Estadual de
Londrina. Centro de Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação
em Filosofia. III. Título.

CDU 1

DANIELA RIGOTTO CARNEIRO

A METODOLOGIA ANALÍTICA NA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E COERÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Andrea Luisa Bucchile
Faggion
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Thiago Lopes Decat
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Fábio César Scherer
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Londrina, 06 de maio de 2026.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha orientadora, Prof.^a Dra. Andrea Luisa Bucchile Faggion, por uma trajetória de orientação que ultrapassa este trabalho e se estende desde minha primeira iniciação científica, passando pelo trabalho de conclusão de curso na graduação e culminando nesta dissertação. Sua leitura sempre atenta, suas críticas rigorosas e seu compromisso genuíno com a formação intelectual foram decisivos em cada etapa do meu percurso acadêmico. Mais do que isso, agradeço pela generosidade intelectual, pela confiança constante e por ter sido, ao longo de todo esse percurso, uma fonte permanente de inspiração.

Aos Profs. Drs. Thiago Lopes Decat e Fábio César Scherer, agradeço a participação atenta e criteriosa nas bancas de qualificação e de defesa. Suas observações, questionamentos e sugestões contribuíram de modo significativo para o amadurecimento deste trabalho.

Aos meus pais e à minha irmã, agradeço por estarem sempre ao meu lado, pelo apoio incondicional, pela paciência nos momentos mais difíceis e por compreenderem as ausências e as exigências impostas por este percurso. Nada disso seria possível sem vocês. Este trabalho também é de vocês.

Ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina, agradeço pelo ambiente acadêmico estimulante e pela formação que tornou possível a realização desta pesquisa.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), agradeço o apoio financeiro, fundamental para o desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

CARNEIRO, Daniela Rigotto. **A metodologia analítica na relação entre direito e coerção**. 2026. x p. Dissertação de Mestrado (Ética e Filosofia Política) – Centro de Letras e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2026.

Na tradição moderna da filosofia do direito, autores como Thomas Hobbes, Immanuel Kant, Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen compreenderam, de diferentes maneiras, o direito em estreita conexão com a coerção, entendida como a ameaça de sanção em caso de descumprimento das normas jurídicas. Essa associação permaneceu amplamente estável até a inflexão teórica promovida por H.L.A. Hart que, ao deslocar o foco explicativo para o papel das regras sociais e da perspectiva interna dos participantes da prática jurídica, rompeu com a centralidade conceitual da coerção. Sob a influência de Joseph Raz, consolidou-se na tradição analítica a tese de que a coerção não constitui uma condição necessária para a existência do direito. Em reação a esse cenário, Frederick Schauer argumenta que a tradição analítica marginalizou indevidamente a coerção ao privilegiar propriedades essenciais em detrimento de características típicas e socialmente centrais do fenômeno jurídico. Leslie Green, por sua vez, sustenta que o abandono da análise conceitual comprometeria a própria identificação do objeto da teoria do direito. É nesse contexto que Kenneth Einar Himma propõe uma via intermediária: apoiando-se na chamada análise conceitual modesta, inspirada em Frank Jackson, busca demonstrar que é possível reintegrar a coerção como condição conceitualmente necessária do direito sem abandonar o método analítico. A dissertação examina criticamente essa proposta, reconstruindo os argumentos de Hart e Raz, as críticas de Schauer e a resposta de Green, e avaliando em que medida a estratégia metodológica de Himma é capaz de sustentar a tese de que sistemas jurídicos necessariamente envolvem mecanismos coercitivos. Conclui-se que sua abordagem oferece razões consistentes para reafirmar a centralidade estrutural da coerção em contextos humanos não ideais, sem, contudo, estabelecer de forma definitiva que ela constitua uma condição conceitualmente necessária do direito em sentido estrito. O trabalho, assim, contribui para esclarecer as relações entre normatividade, autoridade e força na teoria do direito e para delimitar com maior precisão os pressupostos metodológicos desse debate.

Palavras-chave: direito; coerção; análise conceitual.

ABSTRACT

CARNEIRO, Daniela Rigotto. **The analytical methodology in the relationship between law and coercion**. 2026. x p. Master's Thesis (Ethics and Political Philosophy) – Center for Letters and Human Sciences, State University of Londrina, Londrina, 2026.

In the modern tradition of legal philosophy, authors such as Thomas Hobbes, Immanuel Kant, Jeremy Bentham, John Austin, and Hans Kelsen understood, in different ways, law in close connection with coercion, understood as the threat of sanction in case of non-compliance with legal norms. This association remained largely stable until the theoretical shift promoted by H.L.A. Hart, who, by shifting the explanatory focus to the role of social rules and the internal perspective of participants in legal practice, broke with the conceptual centrality of coercion. Under the influence of Joseph Raz, the thesis that coercion is not a necessary condition for the existence of law was consolidated in the analytical tradition. In reaction to this scenario, Frederick Schauer argues that the analytical tradition unduly marginalized coercion by privileging essential properties to the detriment of typical and socially central characteristics of the legal phenomenon. Leslie Green, in turn, argues that abandoning conceptual analysis would compromise the very identification of the object of legal theory. It is in this context that Kenneth Einar Himma proposes an intermediate approach: relying on what he calls modest conceptual analysis, inspired by Frank Jackson, he seeks to demonstrate that it is possible to reintegrate coercion as a conceptually necessary condition of law without abandoning the analytical method. The dissertation critically examines this proposal, reconstructing the arguments of Hart and Raz, the criticisms of Schauer, and the response of Green, and evaluating to what extent Himma's methodological strategy is capable of supporting the thesis that legal systems necessarily involve coercive mechanisms. It concludes that his approach offers consistent reasons to reaffirm the structural centrality of coercion in non-ideal human contexts, without, however, definitively establishing that it constitutes a conceptually necessary condition of law in the strict sense. The work thus contributes to clarifying the relationships between normativity, authority, and force in legal theory and to more precisely defining the methodological assumptions of this debate.

Keywords: law; coercion; conceptual analysis.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O PAPEL DA COERÇÃO EM HART	14
2.1	CRÍTICA HARTIANA À REDUÇÃO DO DIREITO A COMANDOS.....	14
2.2	A FRAGILIDADE DA NOÇÃO DE SOBERANIA	18
2.3	A COMPLEXIDADE E DIVERSIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS	23
2.4	A TEORIA DO DIREITO HARTIANA.....	30
2.4.1	Regras Primárias e Secundárias.....	30
2.4.2	Obrigações	34
2.4.3	Os Pontos de Vista Interno e Externo e uma Modificação no Conceito de Obrigação.....	39
3	UMA DISCUSSÃO DA HERANÇA HARTIANA.....	44
3.1	O CONCEITO DE COERÇÃO.....	45
3.1.1	Força do Direito.....	45
3.1.2	Desnecessidade Conceitual da Coerção	48
3.2	UMA FILOSOFIA DA FILOSOFIA JURÍDICA	51
3.2.1	O Problema do "Essencialismo" para Schauer	51
3.2.2	O Problema do Abandono do Método Analítico para Green	59
3.2.3	Empirismo Ingênuo	64
3.3	<i>PUZZLED MAN</i> : POR QUE OBEDECEMOS À LEI?	67
3.3.1	<i>O Puzzled Man</i> Hartiano.....	68
3.3.2	Schauer Interpreta Hart.....	70
3.3.3	A Falha de Schauer segundo Green.....	80
3.3.4	A Réplica de Schauer a Green.....	84

3.3.5	<i>The Good, The Bad and The Puzzled Man: A Questão da Eficácia</i>	85
4	METODOLOGIA ANALÍTICA E O DEBATE ENTRE HIMMA E JACKSON	93
4.1	METODOLOGIA NA FILOSOFIA DO DIREITO: A TEORIA JURÍDICA INDIRETAMENTE AVALIATIVA EM JULIE DICKSON	94
4.1.1	O Dilema Metodológico na Filosofia do Direito.....	95
4.1.2	A Ilusão do Dilema entre Descrição e Avaliação.....	95
4.1.3	Critérios e Alcances da Filosofia do Direito Analítica.....	96
4.1.4	A Proposta da Teoria Jurídica Indiretamente Avaliativa.....	98
4.2	ANÁLISE CONCEITUAL DE FRANK JACKSON.....	101
4.2.1	Importância da Análise Conceitual.....	102
4.2.2	Análise Conceitual Modesta.....	103
4.3	A CENTRALIDADE DA COERÇÃO E A DEFESA DA METODOLOGIA ANALÍTICA EM HIMMA.....	106
4.3.1	A Formulação da Tese da Coerção em Himma.....	107
4.3.2	Coerção, Sanção e Sanção Coercitiva na Tese da Coerção.....	109
4.3.3	<i>Bad Man</i> Holmesiano e a Tese da Coerção.....	112
4.3.4	Uma Análise Conceitual Modesta em Himma.....	113
4.3.5	Direito Internacional como Suposto Contraexemplo à Tese da Coerção.....	117
4.3.6	Coerção como Condição Conceitualmente Necessária do Direito.....	120
4.4	ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA E A TESE DA COERÇÃO: O DEBATE ENTRE JACKSON E HIMMA.....	122
5	DIREITO, COERÇÃO E A SOCIEDADE DE ANJOS: O DEBATE ENTRE RAZ E HIMMA	127
5.1	A SOCIEDADE DE ANJOS EM RAZ.....	127
5.1.1	Sistema Jurídico Baseado em Sanções.....	128
5.1.2	Sistema Jurídico Desprovido de Sanções.....	130

5.1.3	Crítica Metodológica de Himma à Sociedade de Anjos.....	133
5.2	A CRÍTICA DE RAZ AO TESTE DA CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE DIREITO E MORALIDADE.....	138
5.2.1	A Rejeição da Obrigação Moral Geral de Obedecer ao Direito.....	139
5.2.2	Do que o Direito é Capaz: a Tarefa Moral e a Analogia com as Promessas.....	143
5.3	A CONCEPÇÃO FUNCIONAL DO DIREITO EM HIMMA.....	147
5.3.1	Direito e Sistemas Normativos.....	149
5.3.2	Função Conceitual e Orientação Normativa.....	150
5.3.3	Análise Conceitual e a Tese da Autoridade.....	153
5.3.4	Tese da Identificação, Argumentos da Autoridade e Experimento dos Anjos.....	154
5.3.5	Himma contra a Tese da Autoridade e o Alcance Conceitual do Experimento dos Anjos	156
5.4	ENTRE ANJOS E HUMANOS: O PONTO DE VISTA DE MIOTTO.....	158
6	CONCLUSÃO	162
	REFERÊNCIAS	168

1 INTRODUÇÃO

Na tradição moderna da filosofia do direito, a coerção foi historicamente considerada um elemento central para a definição do conceito de direito. Autores clássicos como Thomas Hobbes, Immanuel Kant, Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen, ainda que de maneiras distintas, compreenderam o direito como um sistema normativo que depende, em última instância, da ameaça de sanções impostas em caso de descumprimento. Em especial, na chamada Teoria Imperativa do direito, desenvolvida por Bentham e sistematizada por Austin na Inglaterra do século XIX, o direito foi concebido fundamentalmente como um conjunto de comandos emanados de uma autoridade soberana, respaldados pela ameaça de punição. Nesse contexto, a coerção não figurava apenas como um elemento contingente ou instrumental do direito, mas como parte constitutiva de sua própria natureza.

Durante esse período, apesar das divergências internas quanto à fundamentação última da autoridade jurídica, a associação entre direito e coerção permaneceu amplamente pacífica no debate filosófico. A ideia de que o direito envolve, de modo essencial ou estrutural, a ameaça de sanções impostas por uma autoridade institucionalizada não foi objeto de contestação sistemática significativa. Ainda que houvesse diferenças quanto ao papel exato da coerção, o pressuposto de que o direito se distingue de outros sistemas normativos por sua conexão com mecanismos coercitivos manteve-se relativamente estável até a inflexão teórica promovida por H.L.A. Hart em *The Concept of Law*, em 1961.

Embora o impacto da obra de Hart seja frequentemente descrito como uma ruptura radical, é importante destacar que ele não opera no vácuo teórico. Críticas à identificação entre direito e coerção já haviam sido formuladas antes dele, sobretudo em objeções dispersas à teoria imperativista, mas não chegaram a substituir a coerção como eixo explicativo central da normatividade jurídica. A originalidade de Hart consiste em sistematizar essas objeções e, ao fazê-lo, inaugurar uma nova agenda na filosofia analítica do direito.

É nesse contexto que o trabalho de Hart marca o início de uma nova era na teoria do direito, ao romper com a centralidade explicativa da coerção e deslocar o foco da análise para o papel das regras sociais. Para Hart, o que define uma obrigação jurídica não pode ser a ameaça de sanção que frequentemente a acompanha, pois isso tornaria indistintos os conceitos de "ter uma obrigação" e de "ser obrigado". Como o próprio autor exemplifica, uma pessoa pode ter a obrigação jurídica de respeitar o limite de velocidade em determinada via sem estar, naquele momento, obrigada a fazê-lo, caso não haja fiscalização; do mesmo modo, pode ser obrigada a entregar seus pertences a um assaltante armado sem que exista qualquer

obrigação jurídica correspondente. A obrigação jurídica, nesse sentido, não consiste na sanção, mas é aquilo que justifica a sanção quando esta é legitimamente aplicada.

A partir de Hart, sobretudo graças à influência de seu aluno Joseph Raz, o conceito de coerção — entendido como a ameaça de imposição de uma sanção por meio do uso da força — perdeu progressivamente centralidade na tradição analítica da filosofia do direito. Raz tornou-se amplamente conhecido por defender, em *Practical Reason and Norms* (1999), a possibilidade conceitual de um sistema jurídico completamente destituído de sanções coercitivas. Seu famoso experimento mental da "sociedade de anjos" sustenta que mesmo uma comunidade composta por agentes perfeitamente racionais e moralmente motivados necessitaria de instituições jurídicas, uma vez que tais agentes também enfrentariam problemas de coordenação que o direito se destina a resolver. A diferença entre uma sociedade de anjos e uma sociedade humana real residiria no fato de que, na primeira, haveria um respeito profundo e incondicional pelas instituições jurídicas, de modo que não existiria qualquer desejo de desobedecer às normas. Por essa razão, o direito dos anjos seria um direito sem sanções, o que indicaria que o conceito de direito não requer, conceitual ou analiticamente, o conceito de coerção.

Foi esse cenário, moldado principalmente pelas obras de Hart e Raz, que Frederick Schauer procurou perturbar com a publicação de *The Force of Law*, em 2015. Nessa obra, Schauer sustenta que a teoria do direito cometeu um grave erro ao minimizar a importância da coerção para a compreensão da natureza do direito. Segundo o autor, esse erro decorre da própria metodologia predominante na tradição analítica: a análise conceitual. Ao buscar identificar apenas propriedades essenciais do direito — isto é, condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito —, os filósofos analíticos teriam negligenciado propriedades que, embora não essenciais, são típicas e profundamente relevantes. Para ilustrar esse ponto, Schauer recorre a exemplos conhecidos: voar não é uma propriedade essencial das aves, mas é claramente uma de suas características mais importantes; do mesmo modo, o fato de o vinho ser feito de uvas não é uma condição necessária, mas é central para a nossa compreensão ordinária do que é vinho. Ainda assim, segundo Schauer, a metodologia analítica tenderia a relegar tais propriedades típicas a um papel secundário. Algo análogo teria ocorrido com a coerção no âmbito da teoria do direito.

A crítica de Schauer lança, assim, um desafio significativo à tradição analítica da filosofia do direito, ao sugerir que sua metodologia é incapaz de reconhecer aquilo que é, de fato, mais importante para a compreensão do fenômeno jurídico. Essa crítica, contudo, não permaneceu sem resposta. Leslie Green, por exemplo, em *The Forces of Law: Duty*,

Coercion, and Power (2015), advertiu que o abandono da análise conceitual em favor de um empirismo focado apenas no que é típico conduz a sérios problemas metodológicos. Para Green, antes de se identificar o que é típico do direito, é necessário determinar o que conta como direito, o que exige, inevitavelmente, um conceito dotado de condições necessárias e suficientes. Sem isso, corre-se o risco de um empirismo ingênuo, incapaz de delimitar adequadamente seu próprio objeto de investigação.

É nesse contexto de tensão entre a crítica de Schauer e a defesa da metodologia analítica que se insere a obra *Coercion and the Nature of Law* (2020), de Kenneth Einar Himma. Partilhando da preocupação de Schauer quanto à marginalização da coerção na teoria do direito, Himma propõe, contudo, uma estratégia distinta. Em vez de abandonar a tradição analítica, o autor busca mostrar que uma abordagem analítica — mais especificamente, a chamada "análise conceitual modesta", defendida por Frank Jackson, em *From Metaphysics to Ethics* (1998), — é plenamente capaz de reincorporar a coerção como um elemento conceitualmente necessário para a compreensão da natureza do direito. Nesse sentido, Himma concorda com Schauer quanto à importância da coerção, mas discorda radicalmente de sua crítica metodológica, enfrentando de forma direta os argumentos de Raz e da tradição hartiana contra qualquer relação conceitual entre direito e coerção.

Diante desse panorama, o objetivo central desta dissertação é examinar criticamente o problema metodológico que envolve a relação entre coerção e normatividade jurídica no âmbito da tradição analítica da filosofia do direito. Para tanto, o trabalho reconstrói o papel residual atribuído à coerção no pensamento de Hart, analisa as críticas formuladas por Schauer à tradição analítica e as respostas oferecidas por Green, e investiga de maneira sistemática a proposta de Himma de resgatar a centralidade do conceito de coerção sem abandonar o método analítico. Em particular, parte-se da hipótese de que a análise conceitual modesta mobilizada por Himma permite responder de modo convincente a aspectos decisivos da crítica raziana e justificar a centralidade estrutural da coerção para o direito em condições humanas não ideais, embora permaneça controvertido — e este trabalho busca explicitar por quê — se tal estratégia basta para demonstrar, em sentido estrito, a necessidade conceitual da coerção para a existência de sistemas jurídicos.

A relevância desse debate ultrapassa os limites internos da teoria do direito enquanto disciplina filosófica. A forma como compreendemos a natureza do direito influencia diretamente a maneira como concebemos a autoridade jurídica, a legitimidade das instituições, o papel das sanções e os mecanismos de organização social em sociedades complexas, plurais e marcadas pela escassez de recursos. Para além disso, compreender o que

é o direito é também compreender quem somos enquanto comunidade política, uma vez que nossas formas de convivência, cooperação e resolução de conflitos são profundamente estruturadas por normas jurídicas. Nesse sentido, investigar o papel da coerção no direito não é apenas um exercício teórico, mas uma reflexão fundamental sobre as bases normativas da vida social contemporânea.

2 O PAPEL DA COERÇÃO EM HART

Diante do panorama apresentado, neste capítulo, pretendemos investigar o problema da coerção no direito a partir da teoria de Hart, articulando esse exame com uma análise crítica da Teoria Imperativa do Direito. A investigação terá como fio condutor a crítica que Hart desenvolve em *The Concept of Law*, especialmente nos capítulos II, III, IV e V. O percurso será feito de modo a evidenciar a progressiva superação do modelo imperativo e a construção da teoria hartiana das regras. Desse modo, dividimos este capítulo em quatro seções principais.

Na primeira seção, examinaremos os limites da explicação do direito como um sistema de ordens coercitivas. Apontaremos como Hart desmonta os fundamentos do modelo austiniano, ao evidenciar que a analogia entre leis e ameaças é insuficiente para explicar a generalidade, a aplicação interna e a estabilidade do sistema jurídico. Na segunda, examinaremos a tentativa da Teoria Imperativa de localizar a origem do direito em um soberano habitualmente obedecido e juridicamente ilimitado. Nela, analisaremos como Hart mostra que essa concepção fracassa ao lidar com a continuidade normativa e com a complexidade das instituições modernas. A terceira seção apresentará a pluralidade normativa presente no direito moderno. Nessa parte, mostraremos como Hart distingue entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes, criticando a tendência da Teoria Imperativa de reduzir todas as normas a ordens baseadas em sanções. Por fim, na última seção, exporemos o coração da proposta hartiana: a ideia de que um sistema jurídico é caracterizado não pela mera existência de deveres, mas pela combinação entre regras primárias e secundárias. Com isso, o intuito do capítulo é mostrar como Hart constrói, passo a passo, uma concepção mais precisa, institucional e funcional do direito, que supera as limitações teóricas da Teoria Imperativa e oferece um modelo robusto para compreender a juridicidade em sistemas complexos.

2.1 CRÍTICA HARTIANA À REDUÇÃO DO DIREITO A COMANDOS

Hart inicia sua crítica à Teoria Imperativa examinando a base conceitual desta: a ideia de que toda lei é, essencialmente, um comando respaldado por sanções¹. Ele destaca que a

¹ Do original: "Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a species of commands" (Austin, 1995, *Lecture I*, p. 18).

formulação mais clara e abrangente dessa concepção foi apresentada por Austin na obra *The Province of Jurisprudence Determined* (Hart, 2012, p. 18). Inspirada em um modelo militar de autoridade, essa teoria desconsidera aspectos centrais do direito, como sua generalidade, sua permanência e seu reconhecimento, por parte dos cidadãos, como um sistema de normas vinculantes. Embora Hart siga de perto a estrutura da teoria de Austin, seu objetivo principal não é criticar Austin, mas avaliar os méritos de um tipo de teoria que continua a exercer forte atração, apesar de suas limitações. Ao distinguir entre ordens, comandos e leis, Hart evidencia que o direito possui uma dimensão normativa interna, que não pode ser reduzida a simples ameaças de sanção. Assim, ele começa a enfraquecer o fundamento lógico da teoria de Austin, ao mostrar que a obediência ao direito não se limita à submissão ao medo.

Para Hart (2012, p. 18-19), uma das fragilidades centrais do modelo austiniano está na analogia entre leis e ordens baseadas em ameaças. Existem muitas situações sociais em que normalmente se utiliza a forma imperativa da linguagem, embora isso nem sempre configure um comando no sentido relevante para o direito. Essas situações frequentemente se sobrepõem, e termos como súplicas, pedidos e advertências² servem apenas para estabelecer distinções aproximadas entre elas, revelando que o uso do imperativo, embora recorrente, assume funções variadas no discurso cotidiano. Há, no entanto, segundo Hart, uma situação em que o imperativo parece apropriado: quando há uma ordem baseada em ameaça. No exemplo do assaltante — "entregue o dinheiro ou eu atiro" —, não se trata de um pedido, mas de uma imposição respaldada pelo medo de um dano. A obediência, nesse caso, decorre exclusivamente da ameaça e não do reconhecimento de qualquer autoridade legítima.

Ainda que se diga que o assaltante "ordenou" e a vítima "obedeceu", Hart adverte que esse uso da linguagem pode ser enganoso, pois a situação carece do elemento institucional que confere legitimidade à ordem. Comandos, em seu sentido típico, pressupõem autoridade reconhecida, como ocorre em contextos militares, algo ausente na relação entre o assaltante e sua vítima. Sendo assim, para evitar confusões, Hart propõe um uso mais técnico e restrito das expressões "ordens respaldadas por ameaças" ou "ordens coercitivas", reservando-as exclusivamente para os casos em que a obediência é obtida por meio da ameaça de causar um mal. De modo correlato, os termos "obedecer" e "obediência" passam a incluir também a mera conformidade com esse tipo de ordem, independentemente de qualquer reconhecimento de autoridade legítima.

² Do original: "'plea', 'request', or 'warning'" (Hart, 2012, p.19).

Desse modo, Hart critica o uso do termo "comando" tal como proposto por Austin³. Hart observa que "comando" pressupõe uma estrutura hierárquica estável e autoridade reconhecida, como a de um general no exército, e não depende necessariamente da ameaça de punição para ser eficaz. Assim, para Hart, o comando é algo distinto da ordem do assaltante, justamente porque se fundamenta na autoridade e não na ameaça. Por essa razão, ele considera o conceito de comando inadequado como ponto de partida para a compreensão do direito, já que a autoridade legítima, embora presente nas estruturas jurídicas, é um dos aspectos que mais dificultam a formulação de uma explicação clara sobre sua natureza.

Ainda assim, Hart (2012, p. 20) reconhece um acerto metodológico em Austin: as ordens respaldadas por ameaças, como a do assaltante, envolvem elementos mais simples e acessíveis do que os relacionados à autoridade. Por isso, Hart decide iniciar sua análise do direito com esse tipo de situação, não por considerá-la satisfatória, mas porque os limites dessa abordagem revelam lições valiosas sobre a complexidade do fenômeno jurídico.

A partir dessa análise inicial, Hart (2012, p. 20-21) passa a examinar mais de perto a distinção entre leis, comandos e ordens, e mostra que, embora em sociedades organizadas haja ocasiões em que oficiais emitam ordens diretas, esse não é o modo-padrão de operação do direito. Seria inviável informar cada cidadão individualmente sobre seus deveres jurídicos. Em vez disso, o direito atua principalmente por meio de regras gerais, que não se dirigem a indivíduos específicos, mas descrevem tipos de conduta aplicáveis a grupos amplos. Mesmo as leis penais, que se assemelham a ordens baseadas em ameaças, mantêm essa generalidade.

Para Hart (2012, p. 21-23), ordens diretas de autoridades, como policiais ou fiscais, têm papel secundário no direito, pois servem apenas para reforçar a aplicação de regras já existentes. O funcionamento efetivo do direito está na elaboração e manutenção de normas gerais, cuja aplicação depende da interpretação institucional e contextual. Essa generalidade das normas leva Hart a criticar a Teoria Imperativa por negligenciar o caráter público e contínuo da validade jurídica. Ele observa que leis não são "endereçadas" individualmente, como ordens diretas, mas vinculam os destinatários mesmo sem comunicação específica. Estar "sujeito" à lei significa apenas estar vinculado às suas exigências. Além disso, Hart aponta que o modelo do "assaltante com uma arma" (*gunman situation*), usado para ilustrar ordens baseadas em ameaças, é inadequado para representar o direito, pois baseia-se em

³ Do original: "A law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class" (Austin, 1995, p. 28). "The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed [...] is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience" (Austin, 1995, p. 22). "A command is distinguished from other significations of desire by this peculiarity: that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire" (Austin, 1995, p. 21).

coerção pontual e efêmera, ao passo que as leis têm vigência contínua até serem alteradas ou revogadas.

A continuidade do direito, no entanto, exige mais do que permanência formal: requer aceitação social e um padrão estável de obediência. Hart introduz a noção de "hábito geral de obediência" (2012, p. 24) como elemento essencial para diferenciar o direito de uma mera coerção pontual, como no caso do assaltante. Para que o modelo coercitivo se aproxime do caráter duradouro das leis, é necessário pressupor uma crença contínua de que a punição será aplicada em caso de desobediência — crença que se sustenta, em parte, pela obediência voluntária da maioria e pela colaboração na punição dos infratores. No entanto, além dessa crença, é preciso que a maioria das pessoas obedeça à maioria das leis na maior parte do tempo. Embora Hart reconheça a vaguidade dessa ideia — comparável à dificuldade de definir exatamente quando alguém se torna calvo —, ele a considera indispensável para compreender o caráter estável e duradouro do sistema jurídico. Por fim, Hart observa que, para aproximar o modelo da ameaça da estrutura do direito, é preciso também considerar quem emite essas ordens gerais.

Hart então mostra que a Teoria Imperativa precisa adicionar diversas camadas para se aproximar do funcionamento real dos sistemas jurídicos. Nos Estados modernos, o sistema jurídico é estruturado a partir de duas propriedades fundamentais: a supremacia interna, segundo a qual existe, em uma estrutura hierarquizada e unificada, uma autoridade legislativa máxima dentro do território (como o Congresso Nacional); e a independência externa, que assegura que essa autoridade não esteja subordinada a nenhum outro poder estrangeiro. Hart observa que, segundo a visão de Austin, para que haja um sistema jurídico, seria necessário um soberano que emita ordens gerais respaldadas por ameaças, que seja geralmente obedecido, supremo em seu território e independente em relação a autoridades externas. No entanto, Hart conclui que essa formulação, por mais que seja ajustada — com acréscimos como generalidade, habitualidade, supremacia e independência —, continua inadequada para explicar o direito, pois ignora o papel fundamental das regras, especialmente das regras secundárias⁴, que estruturam a prática jurídica de forma distinta da simples coerção. A crítica, portanto, aponta que a concepção de direito como um conjunto de comandos respaldados por sanções falha ao não captar os elementos essenciais que definem sua natureza, o que conduz, no passo seguinte, à análise da própria noção de soberania tomada como fundamento da autoridade jurídica (Hart, 2012, p. 24-25).

⁴ Como as de reconhecimento, alteração e adjudicação, que veremos adiante.

2.2 A FRAGILIDADE DA NOÇÃO DE SOBERANIA

Prosseguindo em sua crítica, Hart volta-se à figura do soberano, pilar fundamental da teoria austiniana. Segundo Austin (1995, p. 166 e 212)⁵, o direito emana de um soberano que não está sujeito às leis que impõe, e cuja autoridade se sustenta na obediência habitual dos súditos. Hart contesta essa imagem, argumentando que ela falha ao explicar tanto a continuidade do direito em contextos de mudança política, quanto a própria posição institucional dos legisladores, que operam dentro de um sistema de regras e não fora dele. Ao desmontar o conceito de soberania como fonte absoluta da norma, Hart evidencia que a autoridade jurídica é exercida dentro de um quadro normativo e institucional, e não por um indivíduo que comanda de fora do sistema.

Até então, Hart vinha analisando as limitações da concepção do direito como um conjunto de ordens coercitivas, assumindo provisoriamente a existência de um soberano. Em seguida, ele passa a examinar diretamente essa noção, considerada pela Teoria Imperativa como a base de todo sistema jurídico, independentemente do regime político. Segundo essa doutrina, sempre haveria uma relação essencial entre um soberano que não obedece a ninguém e uma população que lhe obedece habitualmente. Hart identifica dois pontos centrais a serem questionados: primeiro, se o simples hábito de obediência é suficiente para explicar a continuidade da autoridade legislativa e a permanência das leis mesmo após a morte de quem as criou; e segundo, se o fato de o soberano estar acima da lei, ou seja, não submetido a deveres jurídicos, é condição necessária para a existência do direito, e se é possível compreender a existência ou ausência de limites legais ao poder legislativo apenas com base nos conceitos de hábito e obediência (Hart, 2012, p. 50-51).

Para Hart (2012, p. 51), a noção de "hábito de obediência", usada para definir o vínculo entre soberanos e súditos, é mais complexa do que parece. Mesmo ignorando o fato de que "obedecer" muitas vezes envolve respeito para com a autoridade e não apenas acatamento de ordens por medo de ameaças, ainda assim é difícil definir exatamente o que significa obedecer. Se alguém já faria determinada ação sem ter recebido uma ordem, isso ainda pode ser considerado obediência? Tal dúvida se torna ainda mais relevante em relação às leis, muitas das quais proíbem condutas que os cidadãos nem cogitam praticar. Assim, enquanto

⁵ Do original: "The position that 'sovereign power is incapable of legal limitation' will hold universally or without exception". "For if the sovereign for the time being were legally bound to observe it, that present sovereign would be in a state of subjection to a higher or superior sovereign" (Austin, 1995, p. 212). "If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society" (Austin, 1995, p. 166).

esse questionamento não for solucionado, a noção de "hábito generalizado de obediência" às leis de um país permanece vago.

Para ilustrar suas críticas, Hart (2012, p. 52) propõe o exemplo de um reino governado por um monarca absoluto Rex, que emite ordens gerais com base em ameaças. Apesar de suas ordens serem frequentemente obedecidas, essa obediência não é automática nem desprovida de reflexão. Como o comportamento da maioria tende a seguir os comandos de Rex, pode-se falar em certa regularidade, mas não necessariamente em um hábito cego.

Nesse cenário, cada indivíduo obedece a Rex de forma direta e individual, e a repetição desse comportamento é tomada como suficiente para conferir status jurídico às suas ordens. Hart reconhece, contudo, que esse modelo é excessivamente simplificado. Mesmo sociedades primitivas raramente operam sob uma figura de autoridade absoluta. Ainda assim, o exemplo de Rex ajuda a ilustrar como a obediência comum a uma figura central pode gerar certa unidade no sistema.

Para abordar a continuidade das leis, Hart (2012, p. 53-55) analisa a sucessão de Rex por seu filho, Rex II. Segundo a Teoria Imperativa, a autoridade de Rex II dependeria da formação de um novo hábito de obediência. Isso criaria um vázio jurídico entre a morte de Rex I e a consolidação da autoridade do sucessor. Hart observa que os sistemas reais evitam essa lacuna por meio de regras de sucessão, como o "direito de suceder", que conferem legitimidade normativa à transição de poder. Assim, a autoridade não se transfere automaticamente por hábito, mas é reconhecida por regras aceitas socialmente.

Para diferenciar hábitos de regras, por mais que ambos envolvam comportamentos repetidos pela maior parte do grupo⁶, Hart (2012, p. 55) propõe três critérios principais. Primeiro, por mais que o hábito exija apenas que um grupo de pessoas se comporte de maneira semelhante com frequência, ele não implica crítica ao desvio de comportamento: se alguém age de forma diferente, isso não é necessariamente visto como erro. Já nas regras, a quebra do padrão é considerada uma falha que justifica a crítica. Em segundo lugar, essa crítica é percebida como legítima tanto por quem a faz quanto por quem a recebe. Em suma, como foi muito bem sintetizado por Andrea Faggion (2024, p. 78), "o desvio de conduta é geralmente aceito como uma boa razão para que se faça a crítica, que é vista, portanto, como legítima ou justificada, da mesma forma que a pressão por conformidade é vista como legítima nos casos de ameaça de desvio das regras". Por fim, a diferença mais importante, segundo Hart, é o "aspecto interno das regras": quem as segue não o faz apenas por repetição

⁶ Ver Faggion, 2024, p.78.

inconsciente, mas porque acredita que aquele padrão deve ser seguido por todos. Essa atitude crítica reflexiva é o que distingue uma regra de um mero hábito. O que caracteriza o aspecto interno das regras, segundo Hart (2012, p. 56-57), é a adoção de uma atitude crítica reflexiva diante de certos comportamentos considerados padrões válidos para todos, expressa por meio de críticas, exigências de conformidade e justificações, geralmente com vocabulário normativo, como "ter o dever de".

Com base nisso, Hart (2012, p. 57-58) retorna ao direito. Imagine um grupo que reconhece como norma tudo o que Rex diz. Nesse caso, ele não apenas é obedecido: é aceito como autoridade legítima. Isso permite a continuidade da legislação mesmo após sua morte, desde que haja uma regra reconhecida de sucessão (como a primogenitura). Se a regra for aceita, o sucessor — Rex II — tem autoridade desde o início, independentemente de se formar um novo hábito de obediência. Assim, a autoridade legislativa depende da aceitação de regras, não de hábitos. Essa aceitação possibilita previsibilidade, permanência e justificação, qualidades que os hábitos isoladamente não conseguem fornecer (Hart, 2012, p. 59).

Hart reconhece um mérito na teoria de Austin ao apontar que, em sociedades simples e estáveis, como tribos, é plausível que a maioria das pessoas não apenas obedeça às leis, mas também compreenda e aceite a regra que confere autoridade a quem legisla. No entanto, essa suposição se mostra inadequada para os Estados modernos, nos quais é irrealista esperar que os cidadãos tenham consciência clara das regras constitucionais. Por isso, Hart propõe uma concepção mais complexa de aceitação das regras: as autoridades do direito (legisladores, juízes, advogados, etc.) as reconhecem ativamente ao aplicá-las, enquanto os cidadãos comuns as aceitam de forma passiva, por meio da obediência e do uso das instituições jurídicas. Esse contraste revela a força da teoria de Austin em captar o aspecto difuso da obediência cotidiana, mas também sua limitação ao ignorar o papel institucional e consciente dos operadores jurídicos. Para Hart, compreender o direito exige considerar esses dois aspectos como dimensões complementares de um mesmo sistema normativo.

Hart (2012, p. 61-63) também discute a persistência das leis ao longo do tempo, mesmo após a morte dos legisladores que as criaram, e critica a insuficiência da Teoria Imperativa para explicar esse fenômeno. O exemplo de uma condenação em 1944 com base em uma lei de 1735 mostra que a vigência das normas não depende da existência ou da obediência ao legislador original. Para Hart, a validade contínua das leis exige um critério normativo atemporal: uma regra que estabelece quem tem ou teve autoridade para legislar⁷. Essa regra,

⁷ Hart denominará essa regra como regra de reconhecimento, como veremos mais adiante, na seção 2.4.1.

aceita pelas autoridades do direito, garante a legitimidade das normas passadas mesmo após a morte do legislador, pois a autoridade deriva não da pessoa que cria a norma, mas da fonte institucional reconhecida no presente. A dinastia fictícia de Rex ilustra esse ponto: o reconhecimento da autoridade da linha de sucessão explica a permanência das leis independentemente de quem as criou.

Outro ponto criticado por Hart é a tentativa de justificar a vigência das leis antigas com base na ideia de ordens tácitas, como propôs Hobbes (2003, p. 185-186), seguido por Bentham e Austin. Segundo essa visão, leis antigas continuariam válidas porque o soberano atual autoriza tacitamente sua aplicação. Para Hart (2012, p. 64-66), isso leva a sérios equívocos, como condicionar a validade da norma à sua aplicação ou à ausência de revogação. A validade das leis, defende Hart, decorre de critérios normativos reconhecidos, não da vontade tácita ou da aplicação concreta.

Dando sequência à crítica, segundo o autor (Hart, 2012, p. 66-67), a Teoria Imperativa pressupõe que o soberano está fora da ordem jurídica, ou seja, não está sujeito a qualquer restrição jurídica em seu poder de legislar. Hart, contudo, argumenta que essa imagem é enganosa. A teoria não apenas afirma que há sociedades com soberanos ilimitados, mas sustenta que qualquer sistema jurídico exige um soberano dessa natureza. Mesmo admitindo que esse soberano possa se autolimitar por razões morais ou políticas (como o receio da desaprovação pública ou o senso de dever), tais limites seriam apenas fáticos, e nunca jurídicos. O problema, segundo Hart, é que isso reduz o direito a uma estrutura de comando unilateral e ignora a possibilidade — real e verificável — de que existam limitações jurídicas internas ao sistema, que não dependem da vontade ou da habitualidade da obediência.

Retomando o exemplo de Rex, Hart (2012, p. 68) propõe que, em vez de basear a validade das normas em hábitos de obediência, seria mais preciso pensar em regras amplamente aceitas por cidadãos e autoridades. Essas regras estabelecem que, desde que Rex siga certas formalidades, suas ordens são juridicamente válidas. No entanto, Hart afirma que a existência do direito não depende de um soberano absoluto: é possível imaginar restrições jurídicas substanciais ao poder de Rex, como normas constitucionais que invalidam leis que, por exemplo, autorizem prisão sem julgamento. Tais restrições não são morais ou convencionais, mas fazem parte do sistema jurídico, com efeitos concretos. Elas não implicam que Rex esteja subordinado a outro soberano, mas revelam incapacidades jurídicas que limitam sua atuação.

A partir disso, Hart (2012, p. 70-71) elabora cinco conclusões importantes para a compreensão do fundamento de um sistema jurídico que são obscurecidas pela visão

simplificada da doutrina da soberania. Primeiro, os limites ao legislador não são deveres de obediência, mas incapacidades jurídicas previstas nas próprias regras que lhe conferem poder para legislar. Segundo, para que uma norma seja reconhecida como jurídica, não é necessário vinculá-la a um soberano, mas apenas demonstrar que foi criada conforme uma regra válida e respeita as restrições jurídicas existentes. Terceiro, a autonomia de um sistema jurídico não exige um legislador absoluto, mas sim a ausência de normas que o subordinem a outro sistema. Quarto, há uma diferença entre uma autoridade legislativa juridicamente ilimitada e uma autoridade legislativa limitada que mesmo restrita, é suprema no sistema. Rex pode ser a maior autoridade legislativa, ainda que limitado por uma Constituição. Por fim, o fato de um legislador não obedecer habitualmente a outros pode ser um indício empírico de sua posição, mas não é um critério definitivo para determinar sua autoridade jurídica.

Hart (2012, p. 71-72) também analisa a dificuldade da Teoria Imperativa em lidar com sistemas jurídicos nos quais o órgão legislativo está sujeito a limitações jurídicas substanciais. O autor observa que, mesmo nesses casos, as leis aprovadas dentro desses limites são tratadas como válidas. Isso desafia a ideia de um soberano absoluto e levanta a questão: esse soberano realmente existe? Hart mostra que todo sistema jurídico possui regras — muitas vezes não escritas — que determinam quem pode legislar e como. Embora essas normas possam ser vistas apenas como requisitos para a validade dos atos legislativos, na prática, a distinção entre regras procedimentais e aquelas que impõem limitações reais ao conteúdo da legislação nem sempre é clara, o que dificulta separar exigências formais de restrições substantivas ao poder de legislar. Hart exemplifica as limitações jurídicas ao poder legislativo por meio das Constituições federais, como as do Brasil e dos Estados Unidos, que impõem restrições substanciais ao preverem competências específicas e a proteção de direitos fundamentais. Leis que contrariem essas disposições podem ser declaradas inconstitucionais pelos tribunais, como no caso da Quinta Emenda nos EUA ou do artigo 5º da Constituição brasileira.

Além disso, nem todas as limitações constitucionais são passíveis de alteração por meio de emendas. Certas disposições — as chamadas cláusulas pétreas — são imutáveis, mesmo em processos legislativos regulares. Em sistemas mais flexíveis, como o da África do Sul, pode-se até tentar identificar o legislativo como soberano, já que algumas limitações podem ser contornadas internamente. No entanto, em países com cláusulas imutáveis, essa identificação se torna insustentável. Hart (2012, p. 73-74) relembra que até mesmo Austin localizava a soberania fora do Parlamento, atribuindo-a ao eleitorado. Assim, para adaptar a teoria a democracias constitucionais, alguns autores propõem que o povo — ou o eleitorado — seja o soberano. Contudo, essa reformulação contradiz a definição original de soberano

como aquele a quem a maioria obedece habitualmente, tornando a teoria confusa e dependente da noção de regras — justamente o que ela tenta evitar.

Hart (2012, p. 75-78) mostra que atribuir a soberania ao eleitorado gera paradoxos, pois implicaria que a maioria da população obedece a si mesma, anulando a distinção entre soberano e súdito. Mesmo as tentativas de separar o indivíduo enquanto eleitor e enquanto cidadão comum fracassam, pois qualquer definição de quem pode votar depende de regras jurídicas prévias, que não podem ser ordens do soberano se elas mesmas o definem. Além disso, a ausência de reformas constitucionais não equivale à aprovação tácita do eleitorado, especialmente em sistemas com cláusulas pétreas. Hart conclui que essas inconsistências demonstram a falência estrutural da Teoria Imperativa, que não consegue explicar adequadamente os sistemas jurídicos contemporâneos, especialmente a relação entre regras, autoridade e soberania.

Em seu lugar, Hart propõe um modelo baseado na centralidade de regras institucionais que conferem autoridade normativa, indo além da lógica reducionista de ordens, hábitos e ameaças. Uma vez enfraquecido esse modelo de soberania como fonte absoluta do direito, torna-se necessário explorar mais a fundo o conteúdo efetivo das normas jurídicas. No tópico seguinte, será analisada a diversidade funcional das leis, entre aquelas que impõem deveres e aquelas que conferem poderes, revelando como a estrutura do direito vai muito além da lógica da coerção.

2.3 A COMPLEXIDADE E DIVERSIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

Enfraquecida a concepção do direito como comandos de um soberano, Hart volta-se à sua estrutura interna, destacando que o ordenamento jurídico não se limita a regras que impõem deveres, mas inclui também aquelas que conferem poderes, como as que autorizam a celebração de contratos, formalização de casamentos, emissão de sentenças ou elaboração de leis. Tais regras não impõem comportamentos sob ameaça, mas habilitam ações com efeitos jurídicos reconhecidos. Ao destacar essa pluralidade funcional das normas jurídicas, Hart mostra que o direito é mais que um mecanismo de controle: é um sistema que organiza e viabiliza a vida social.

Para construir e explicar seu argumento sobre a diversidade das leis, Hart (2012, p. 27) coteja o modelo simples de ordens baseadas em ameaças com um sistema mais moderno de direito e retira dessa comparação três objeções principais: a primeira, relativa ao conteúdo das leis; a segunda, relativa ao campo de aplicação das leis; e a terceira, referente ao modo de

origem das leis. Como o foco deste trabalho está na relação entre direito e coerção, a primeira objeção — referente ao conteúdo das leis — será examinada com maior atenção. Essa objeção é especialmente relevante porque mostra que nem todas as normas jurídicas impõem obrigações sob ameaça de sanção, o que desafia diretamente a concepção imperativa do direito como um sistema essencialmente coercitivo.

Sendo assim, no início do referido tópico, Hart faz uma analogia entre direito penal e ordens baseadas em ameaças. A ideia do autor é mostrar que, assim como as ordens coercivas, o direito penal é algo que pode ser obedecido e desobedecido e o que suas regras exigem é chamado de dever. Se esse dever for desobedecido, ou seja, se a lei for infringida, haverá uma sanção correspondente a essa violação. Um exemplo é o art. 129 do Código Penal brasileiro⁸, que prevê detenção para quem ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Assim, como nas ordens coercitivas, as normas penais estabelecem condutas a serem evitadas ou realizadas sob pena de punição. Segundo Hart (2012, p. 27), "a função social da lei penal é definir e prescrever certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou realizado por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos".

No entanto, essa analogia não se sustenta diante de outras espécies de normas jurídicas. Hart chama atenção para leis que conferem poderes, como as que regulam a sucessão testamentária no Título III do Código Civil brasileiro⁹. Essas normas não impõem condutas obrigatórias, mas facultam aos indivíduos a criação de efeitos jurídicos por meio de procedimentos específicos: "oferecendo-lhes poderes jurídicos para criar, através de certos procedimentos determinados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercivo do direito" (Hart, 2012, p. 28). Para Hart, o poder jurídico de organizar relações por meio de testamentos é uma das maiores contribuições do direito à vida social, sendo obscurecido quando se reduz a lei a ordens coercitivas. Embora conectadas, leis que conferem poderes não se confundem com as que impõem deveres: "enquanto as regras como as do direito penal impõem deveres, as que conferem poderes são fórmulas para criar deveres" (Hart, 2012, p. 33).

Ainda dentro do primeiro tópico, Hart apresenta três argumentos para mostrar que reduzir as leis a ordens baseadas em ameaças obscurece aspectos essenciais do direito. O primeiro é a crítica à concepção da "nulidade como sanção" (Hart, 2012, p. 33). Segundo ele, equiparar a nulidade — que decorre da inobservância de condições essenciais para o exercício de um poder jurídico — com uma punição, distorce o papel das regras que conferem poderes.

⁸ Decreto-Lei nº 2.848/1940.

⁹ Lei nº 10.406/2002.

A ideia dos defensores dessa visão é alargar o conceito de sanção até que a nulidade de um negócio jurídico seja incluída nele.

Desse modo, nesse trecho, Hart (2012, p. 33) discute a diferença entre as regras jurídicas que impõem deveres e as regras que conferem poderes, criticando uma tentativa de equipará-las. Hart argumenta contra a visão segundo a qual a nulidade de um ato jurídico, por descumprimento de uma condição essencial, poderia ser comparada a uma sanção penal. Para ele, a nulidade não tem a função de desencorajar comportamentos indesejáveis, mas apenas indica que certos atos — como um contrato sem a formalidade exigida ou um testamento sem testemunhas — não produzem efeitos jurídicos por não atenderem aos requisitos previstos em lei. Além disso, Hart explica que, no caso de regras que conferem poderes, como a exigência de testemunhas para validar um testamento, a nulidade está intrinsecamente ligada à própria regra. Sem a nulidade, a regra perderia seu sentido, pois é a nulidade que garante que os requisitos formais sejam cumpridos.

A nulidade, em certos casos, pode estar associada a fatores psicológicos, como a frustração decorrente da invalidação de um negócio jurídico. No entanto, Hart alerta que expandir o conceito de sanção a ponto de incluir a nulidade gera confusão: "em muitos casos, a nulidade pode não ser um mal para aquele que não satisfaz uma condição qualquer exigida para a validade jurídica" (Hart, 2012, p. 33-34). No direito penal, Hart distingue dois elementos: o comportamento proibido e a sanção destinada a desencorajá-lo. Já nas regras que conferem poderes, essa separação não se aplica. Por isso, equiparar a nulidade à sanção é, para Hart (2012, p. 35), não apenas inadequado, mas um equívoco conceitual, pois a nulidade integra o próprio sentido da regra — é ela que assegura a eficácia dos requisitos formais e torna a norma inteligível.

Um segundo argumento analisado por Hart é o que trata das "regras que conferem poderes como fragmentos de leis" (Hart, 2012, p. 35). Diferentemente da tentativa de reduzir regras a ordens baseadas em ameaças, aqui busca-se negar a essas regras o status de leis, restringindo o significado de "lei" apenas às normas coercitivas. Para os defensores dessa visão, regras jurídicas completas seriam apenas combinações de fragmentos dessas normas. Em uma versão mais extrema do argumento, nem mesmo as regras do direito penal são consideradas leis genuínas. Kelsen, por exemplo, afirma: "o direito é a norma primária que estipula a sanção" (1949, p. 61). Nesse contexto, não haveria uma lei que proibisse diretamente o homicídio, mas apenas uma norma que orienta os juízes a punir quem o comete. Assim, as leis deixariam de regular diretamente a conduta dos cidadãos para focar na atuação dos funcionários do Estado (Hart, 2012, p. 35-36).

Segundo essa perspectiva, o conteúdo das leis, geralmente entendido como normas voltadas aos cidadãos, seria apenas o antecedente ou a "cláusula condicionante" de regras dirigidas, na verdade, aos agentes públicos, incumbidos de aplicar sanções caso certas condições sejam atendidas. Assim, toda lei genuína teria a forma: "Se algo do tipo X ocorrer, deve-se aplicar a sanção Y" (Hart, 2012, p. 36). Hart observa que, com essa estrutura, até mesmo regras que conferem poderes — como as testamentárias¹⁰ ou contratuais — seriam reduzidas a instruções para tribunais, que devem impor consequências jurídicas diante do descumprimento de certas condições.

Na leitura de Hart (2012, p. 37), essa teoria representa uma mudança extrema na concepção do direito: as leis deixam de orientar diretamente a conduta dos cidadãos e passam a ser entendidas como ordens destinadas a autoridades para aplicação de sanções. Nessa perspectiva, não é necessário prever sanção para toda violação, mas toda lei genuína deve, de algum modo, orientar a aplicação de uma. Inclusive, funcionários que deixem de aplicar essas ordens podem ser punidos, como ocorre em diversos sistemas jurídicos.

Já na versão mais moderada da teoria, mantém-se a concepção tradicional do direito como um sistema de ordens baseadas em ameaças, agora dirigidas não apenas a funcionários, mas também aos cidadãos. Regras de direito penal, nesse caso, são consideradas leis completas por si mesmas, dispensando reformulações. No entanto, isso não se aplica a outros tipos de regras. As regras que conferem poderes jurídicos aos indivíduos, assim como na versão mais extrema da teoria, são vistas como simples fragmentos das verdadeiras leis completas, pois também são ordens baseadas em ameaças. O ponto-chave dessas regras é identificar a quem a lei impõe certas obrigações, sob a ameaça de punição por desobediência. A partir disso, regras como as testamentárias, que exigem testemunhas, e outras que conferem poderes jurídicos, podem ser reformuladas como condições necessárias para a criação de um dever jurídico. Elas se tornam cláusulas condicionantes de ordens baseadas em sanções.

De forma análoga, regras que conferem poderes legislativos são reformuladas como antecedentes de normas sancionatórias dirigidas aos cidadãos. Ambas as versões da teoria tentam reduzir a diversidade do direito à estrutura única da sanção. No entanto, ambas podem falhar se for demonstrado que uma lei sem sanções é perfeitamente concebível. A crítica central é que, ao priorizar a uniformidade, essas teorias acabam distorcendo as distintas funções sociais das regras jurídicas — algo mais evidente na versão extrema que reformula até o direito penal (Hart, 2012, p. 38). Esse é um modelo que visa simplificar tudo, mas o

¹⁰ Exemplo: um testamento particular feito no Brasil sem a presença das três testemunhas exigidas por lei (Art. 1876, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro).

preço que se paga por isso é alto, há uma distorção com relação à prática. Hart considera que é preciso prestar atenção ao ponto de vista daqueles que praticam o direito. Sendo assim, o terceiro e último tópico trata da "distorção como preço da uniformidade".

Segundo Hart (2012, p. 38-39), reformular o direito penal como mera ordem para aplicação de sanções distorce sua função original — embora essa distorção ajude a revelar aspectos importantes do direito. O papel do direito penal é orientar o comportamento social por meio de regras que devem ser compreendidas e seguidas espontaneamente pelos indivíduos. A intervenção das autoridades do direito ocorre apenas quando essas normas são violadas. Diferente de ordens diretas de uma autoridade, essas regras exigem que os indivíduos as conheçam e se orientem por elas por conta própria. Ainda que associadas a sanções, sua eficácia depende da autodisciplina dos sujeitos, sendo a sanção apenas um incentivo.

Para Hart (2012, p. 39), as regras que tratam da punição por violação são relevantes, mas secundárias: o objetivo principal do sistema jurídico é promover a conformidade autônoma ao comportamento que ele estabelece como padrão. Ainda que ligadas a sanções, essas regras dependem da autodisciplina dos indivíduos, e não apenas da coerção. Focar unicamente nas normas que impõem sanções desvia a atenção do modo como o direito realmente opera.

Hart ressalta que as regras do direito penal orientam tanto os cidadãos quanto os funcionários encarregados de aplicar punições. Ignorar esse duplo papel compromete a compreensão do direito como instrumento de controle social. Por exemplo, uma multa penal não é equivalente a um imposto: a primeira resulta da violação de um dever, enquanto a segunda não implica necessariamente em infração. Em alguns casos, essa distinção pode se tornar menos clara. Certos impostos são criados para desestimular condutas sem proibi-las expressamente, enquanto multas podem perder seu caráter sancionatório se se tornarem baixas demais. Nesses contextos, conforme Hart (2012, p. 39), as multas passam a ser vistas como "meros impostos", e a regra penal perde sua força como padrão de conduta.

Na sequência, Hart (2012, p. 40) observa que alguns defensores da Teoria Imperativa alegam que esse modelo torna a lei mais clara, pois ela atende ao *bad man* (homem mau) — aquele que só quer saber quais condutas evitam punições, sem se importar com a moralidade ou autoridade da lei. No entanto, Hart argumenta que o direito também deve orientar o *puzzled man* (homem intrigado), isto é, o indivíduo que deseja agir conforme a lei, mas precisa de clareza sobre o que ela exige. Além disso, o sistema jurídico deve permitir que as

pessoas planejem suas vidas conforme as regras, como ao celebrar contratos ou seguir procedimentos legais.

Compreender como os tribunais aplicam sanções é relevante, mas não esgota o significado do direito. Para Hart (2012, p. 40), os principais propósitos do sistema jurídico estão na orientação de condutas e no planejamento da vida social, não nas punições, que servem apenas como mecanismos corretivos. Ele ilustra isso com uma analogia: seria como um teórico do beisebol afirmar que todas as regras do jogo são, na verdade, comandos dirigidos aos árbitros. Essa inversão — tratar normas destinadas aos jogadores como instruções a funcionários — revela a distorção produzida pela teoria que reduz o direito a ordens sancionatórias.

Segundo Hart (2012, p. 41), essa tentativa de uniformizar as regras prejudica sua compreensão e o papel que elas cumprem na vida social. A versão moderada da teoria mantém intactas as regras impositivas, como as do direito penal, mas ainda reduz as normas que conferem poderes a simples ordens coercitivas — repetindo, nesse ponto, os mesmos problemas da versão mais extrema.

Hart (2012, p. 41), defende que ver todas as normas apenas como imposição de deveres negligencia aspectos fundamentais do direito. Para entender as regras que conferem poderes específicos, de acordo com Hart, é preciso vê-las sob a ótica de quem as exerce. Assim, essas regras aparecem, então, como um elemento adicional que o direito introduz na vida social, além do simples controle coercitivo. Isso ocorre, segundo Hart, porque a titularidade de tais poderes jurídicos transforma o cidadão particular, que sem essas regras seria apenas um destinatário de deveres, em um legislador privado. Ele adquire a capacidade de moldar o rumo da lei dentro de áreas como contratos, testamentos e outras estruturas de direitos e deveres que ele tem o poder de criar.

Sendo assim, Hart (2012, p. 41) questiona: por que as regras usadas de forma tão especial, que concedem uma vantagem tão grande e única, não deveriam ser reconhecidas como diferentes das que impõem deveres, cujas consequências são, em parte, definidas pelo exercício desses poderes? As regras que concedem poderes são pensadas, designadas e aplicadas de maneira diferente das que impõem deveres e são apreciadas por razões igualmente distintas.

Reduzir as regras que conferem e definem poderes legislativos e judiciais a meras condições que geram deveres causa um problema semelhante de obscurecimento na esfera pública, argumenta Hart. Para ele (Hart, 2012, p. 41), aqueles que exercem esses poderes para estabelecer medidas e decisões com autoridade utilizam essas regras em atividades voltadas a

objetivos completamente diferentes do mero cumprimento de deveres ou da submissão ao controle coercitivo. De acordo com o autor, apresentar essas regras como simples partes das regras de dever é, ainda mais no contexto público do que no privado, obscurecer as características únicas do direito e das atividades que ele permite. Segundo Hart (2012, p. 42), a introdução de regras que atribuem aos legisladores o poder de modificar e criar regras de dever, e aos juízes o poder de decidir quando essas regras foram violadas, é um avanço para a sociedade tão significativo quanto a invenção da roda.

Embora este trabalho se concentre nesta primeira objeção de Hart, relativa ao conteúdo das leis, é útil mencionar brevemente a segunda objeção, que diz respeito ao campo de aplicação das normas jurídicas. Hart (2012, p. 42-44) reconhece que as leis penais se aproximam do modelo de ordens coercitivas, mas argumenta que mesmo elas possuem características que esse modelo não explica bem. Em particular, o modelo ignora que o legislador pode estar vinculado às próprias normas que cria, fenômeno comum nos sistemas jurídicos contemporâneos. Hart contesta a imagem do direito como um conjunto de ordens verticais, impostas de cima para baixo, onde quem cria o direito está sempre fora do seu alcance, e propõe compreender a legislação como um exercício de poder normativo conferido por regras. Para ele, a autoobrigação do legislador é semelhante à da promessa: por meio de regras e procedimentos, o sujeito pode criar obrigações para si. Assim, elaborar uma lei é mais bem entendido como uma forma institucional de estabelecer padrões gerais de conduta — não como a emissão de comandos externos — sendo o legislador na maioria das vezes incluído no alcance das próprias normas que institui.

A terceira e última objeção levantada por Hart (2012, p. 44-45) ao modelo do direito como conjunto de ordens coercitivas diz respeito ao modo de origem das normas jurídicas. Segundo ele, mesmo quando esse modelo é aplicado às leis penais — que se assemelham a ordens por serem fruto de um ato deliberado em um momento específico que pode ser identificado no tempo —, ainda assim há normas que não nascem desse tipo de ato consciente. Um exemplo importante são os costumes jurídicos. Ao contrário das leis escritas, eles não resultam de um comando individual, mas de práticas sociais que adquirem força normativa quando reconhecidas por um sistema jurídico. Hart critica as tentativas de explicar esse reconhecimento como uma "ordem tácita" do soberano, sustentando que tal interpretação ignora a complexidade das intenções e das estruturas jurídicas envolvidas. Para ele, o reconhecimento jurídico do costume decorre de critérios normativos próprios e não da vontade, expressa ou presumida, de alguma autoridade central.

Essas observações sobre os costumes reforçam a tese de Hart de que o direito não pode ser reduzido a um modelo uniforme de ordens e sanções. A tentativa de preservar a Teoria Imperativa leva à distorção de conceitos como sanção, validade ou autoridade, além de obscurecer a diversidade real das normas jurídicas. Ao sistematizar suas críticas, Hart (2012, p. 46-49) identifica três objeções centrais à teoria: o fato de que leis podem vincular seus próprios autores; a existência de normas que não impõem deveres, mas conferem poderes; e a presença de normas costumeiras que não derivam de ordens conscientes. Em resposta a essas dificuldades, seus defensores recorreram a estratégias artificiais — como imaginar ordens tácitas ou multiplicar as figuras do legislador —, o que apenas evidencia a fragilidade do modelo. Assim, Hart propõe uma abordagem alternativa: em vez de buscar uniformidade conceitual forçada, é preciso reconhecer a pluralidade funcional das normas. A seção seguinte tratará dessa diversidade, articulando-a na distinção entre regras primárias e secundárias como fundamento conceitual do direito.

2.4 A TEORIA DO DIREITO HARTIANA

O modelo simples que entende o direito como um conjunto de ordens respaldadas por ameaças, como defendido pela Teoria Imperativa, mostrou-se incapaz de captar certos elementos essenciais de um sistema jurídico. Essa deficiência não é sanada nem mesmo com os artifícios propostos pelos defensores dessa teoria, como a ideia de ordens tácitas, ou a concepção de nulidade como forma de sanção. O problema, segundo Hart (2012, p. 79-80), está na própria estrutura da teoria, que se ancora em elementos como ordens, obediência e coerção, sem considerar o papel normativo exercido por regras. Por isso, ele propõe um recomeço: em vez de insistir nesse modelo simplificador, é preciso adotar um novo ponto de partida, reconhecendo o papel estruturante das regras jurídicas.

2.4.1 Regras Primárias e Secundárias

A análise de Hart (2012, p. 81) parte da distinção entre dois tipos fundamentais de regras jurídicas: as que impõem deveres e as que conferem poderes. As primeiras determinam condutas obrigatórias e, geralmente, estão acompanhadas de sanções quando são violadas. Já as segundas não obrigam a realizar ou se abster de ações, mas estabelecem formas por meio das quais novos direitos, deveres ou obrigações podem ser criados, como ocorre com regras sobre contratos, testamentos ou processos legislativos. Essa distinção permite compreender

por que não é adequado reduzir o direito a um conjunto de ordens sustentadas por ameaças: muitas normas não têm como função coagir comportamentos, mas organizar a estrutura normativa do sistema e viabilizar práticas jurídicas essenciais à vida social.

Contudo, Hart sustenta que essa distinção, embora importante, não é suficiente para explicar o que transforma um conjunto de regras em um verdadeiro sistema jurídico. É necessário compreender como essas diferentes espécies de normas se articulam, compondo uma estrutura integrada e funcional. Para isso, ele introduz o conceito de regras secundárias — normas que não regulam diretamente o comportamento dos indivíduos, mas que dizem respeito ao próprio funcionamento do sistema jurídico. Essas regras têm por função identificar, modificar e aplicar as regras primárias¹¹. A introdução desse segundo nível de normatividade representa uma inovação decisiva na teoria do direito, pois é por meio dele que os sistemas jurídicos garantem continuidade, coerência e adaptação ao longo do tempo.

Hart argumenta que é possível conceber sociedades que operam apenas com regras primárias de obrigação — ou seja, normas que impõem deveres sem contar com legisladores, tribunais ou autoridades formais¹². De fato, estudos etnográficos descrevem comunidades em que o único meio de controle social é exercido por meio de reações coletivas diante de padrões de conduta socialmente aceitos. Essas sociedades são frequentemente chamadas de "costumeiras", mas Hart (2012, p. 91) prefere o termo "sociedades baseadas em regras primárias de obrigação", a fim de evitar equívocos que poderiam decorrer da ideia de que se trata de regras antigas e dotadas de menor força normativa. Nessas sociedades, a estrutura normativa depende exclusivamente de práticas aceitas pela comunidade. Contudo, mesmo que

¹¹ Embora Hart caracterize a regra de reconhecimento como uma regra secundária, Joseph Raz sustenta que ela não deve ser compreendida como uma regra que confere poderes, mas como uma regra que impõe obrigações aos juízes. Em *The Authority of Law*, Raz argumenta que a regra de reconhecimento opera como uma prática judicial consuetudinária que estabelece o dever dos tribunais de identificar e aplicar determinadas fontes como critérios de validade jurídica, e não como uma norma que autoriza ou empodera os juízes a criar direito. Essa leitura preserva o caráter secundário da regra de reconhecimento, mas rejeita sua assimilação às regras que conferem poderes, revelando divergências internas relevantes entre positivistas pós-hartianos acerca da natureza das regras secundárias e da estrutura da autoridade jurídica (Raz, 1979, p. 111-115; 150-157).

¹² Em continuidade com a divergência apresentada na nota anterior, há também uma leitura influente da teoria de Hart segundo a qual a distinção entre regras primárias e secundárias não coincide com a distinção entre normas que impõem obrigações e normas que conferem poderes. Gerald J. Postema sustenta que o próprio Hart reconhece implicitamente que mesmo sociedades juridicamente simples — caracterizadas pela ausência de regras secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação — dificilmente poderiam operar apenas com normas de obrigação. Isso porque práticas sociais centrais, como a promessa e o compromisso, pressupõem a existência de poderes normativos atribuídos aos agentes, ainda que tais poderes não sejam estruturados por normas sobre normas nem desempenhem funções sistemáticas típicas de ordens jurídicas desenvolvidas. Desse modo, normas primárias podem tanto impor deveres quanto conferir poderes, ao passo que a ausência de regras secundárias não implica, por si só, a inexistência de poderes normativos no interior de uma prática social (Postema, 2011, p. 285-286; 299-300; 304).

esse modelo seja viável em pequenas comunidades coesas e estáveis, ele apresenta limitações graves que exigem soluções institucionais mais robustas em contextos sociais mais amplos¹³.

O primeiro defeito dessas sociedades é a incerteza quanto à existência e ao conteúdo das normas. Em contextos informais, não há critérios claros para identificar quais regras pertencem ao sistema, nem autoridades cuja palavra tenha força conclusiva. Em caso de dúvida sobre a existência ou o alcance de uma norma, não há textos autorizados ou pessoas investidas de autoridade para dirimir a controvérsia. Para resolver esse problema, Hart propõe a introdução da regra de reconhecimento — uma norma secundária que estabelece os critérios pelos quais as regras válidas do sistema podem ser identificadas. Essa regra pode assumir formas simples, como a aceitação de um texto escrito ou de uma lista de normas fixada em local público, ou formas mais complexas, como a identificação de normas válidas com base em sua promulgação por órgãos competentes, na prática reiterada de autoridades ou na fundamentação em decisões judiciais (Hart, 2012, p. 94-95). A partir desse critério, as normas deixam de constituir um conjunto disperso e se tornam parte de um sistema unificado, no qual é possível falar de validade jurídica.

O segundo defeito do modelo baseado apenas em regras primárias é seu caráter estático. Em sociedades que funcionam apenas com normas costumeiras, as mudanças ocorrem lentamente, por meio da transformação progressiva de hábitos em obrigações, ou pelo desuso de comportamentos antes punidos. Não há procedimentos deliberados que permitam revogar normas obsoletas ou criar novas de forma consciente. Isso compromete a capacidade de adaptação da comunidade às transformações sociais, culturais ou ambientais. O remédio para essa limitação é a introdução das regras de mudança, que conferem poderes a determinados indivíduos ou órgãos para alterar o conteúdo do sistema jurídico. Essas regras tornam possível a promulgação de leis, a revogação de normas e a criação de novas obrigações por meios institucionalizados. Além disso, há uma conexão estreita entre as regras de mudança e a

¹³ Na esteira das divergências apontadas anteriormente acerca da distinção entre normas de obrigação e normas que conferem poderes, Leslie Green, em *The Concept of Law Revisited* (1996, p. 1698–1700; p. 1702–1704), aborda se seria possível uma sociedade primitiva sem regras que conferem poderes, inclusive ao questionar se práticas como a promessa pressupõem necessariamente regras que conferem poderes. A resposta a essa questão depende, contudo, de uma análise prévia acerca de se toda sociedade dispõe de práticas sociais suficientemente estruturadas para serem descritas como promessas em sentido próprio. Green chama a atenção para a possibilidade de que, em determinados contextos sociais, o ato de empenhar a palavra — ao criar expectativas legítimas quanto a uma conduta futura — não envolva o exercício de um poder normativo em sentido forte, mas apenas a incidência de princípios morais gerais, como o dever de não frustrar expectativas legitimamente induzidas ou de não lesar interesses alheios por meio de engano ou negligência. Caso esse seja o cenário, a normatividade em jogo poderia ser explicada sem recorrer a regras que conferem poderes, sendo suficiente a ativação de obrigações morais pré-existentes. A distinção entre atos voluntários que criam novas posições normativas e atos que apenas desencadeiam princípios morais já existentes insere-se, assim, no debate mais amplo sobre o alcance e os limites da noção de poder normativo.

própria regra de reconhecimento, pois esta última frequentemente determina que normas promulgadas por autoridade competente, segundo um procedimento específico, são válidas (Hart, 2012, p. 95-96).

O terceiro defeito das sociedades baseadas exclusivamente em regras primárias é a ineficiência da pressão social como mecanismo de aplicação das normas. A ausência de uma autoridade responsável por decidir, de forma final e imparcial, se uma regra foi ou não violada, torna os conflitos duradouros e insolúveis. Além disso, a aplicação das sanções recai sobre os próprios membros da comunidade, favorecendo vinganças pessoais, arbitrariedades e uso desproporcional da força. Para solucionar esse problema, Hart propõe a criação de regras de adjudicação — normas secundárias que atribuem a certas pessoas ou instituições o poder de determinar, de maneira autoritativa, se houve violação de uma regra e de aplicar a sanção correspondente. Essas regras também especificam quem pode julgar, qual o procedimento a ser seguido e com que autoridade as decisões devem ser reconhecidas (Hart, 2012, p. 96-97). Ao lado das regras de reconhecimento e de mudança, as regras de adjudicação formam o núcleo do que Hart entende por regras secundárias: normas que operam em um nível distinto e superior às regras primárias, regulando o modo como estas são identificadas, modificadas e aplicadas.

A introdução das regras secundárias transforma um conjunto fragmentado de normas sociais em um sistema jurídico propriamente dito. Elas não apenas resolvem os três defeitos centrais das sociedades baseadas exclusivamente em regras primárias — incerteza, rigidez e ineficácia —, mas também viabilizam a institucionalização do direito como forma organizada de controle social. A combinação entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação constitui, segundo Hart (2012, p. 94-97), a estrutura mínima de um sistema jurídico. Essa estrutura permite compreender com maior precisão conceitos centrais como validade, obrigação, sanção, jurisdição, autoridade e fonte do direito.

Além disso, Hart enfatiza que o funcionamento do sistema jurídico não pode ser compreendido apenas a partir de observações externas sobre o comportamento das pessoas, como se elas apenas reagissem a estímulos ou ameaças. É necessário considerar o ponto de vista interno, isto é, a perspectiva daqueles que aceitam as regras como padrões válidos de conduta e se orientam por elas. Esse ponto de vista está presente, ainda que de forma elementar, nas sociedades baseadas em regras primárias, quando os indivíduos usam as normas como base para críticas, exigências ou sanções sociais. Com a introdução das regras secundárias, o ponto de vista interno se amplia e se diversifica, passando a fundamentar práticas complexas como legislar, julgar, exercer poderes jurídicos privados ou interpretar

normas válidas (Hart, 2012, p. 97). Considerar essa perspectiva é essencial para captar o aspecto normativo e distintivo do direito.

Compreendida a estrutura fundamental da teoria hartiana do direito como uma união entre regras primárias e secundárias, cabe agora aprofundar o exame de um de seus elementos centrais: a noção de obrigação jurídica. Trata-se de um conceito que exige atenção especial, pois se encontra no cerne da distinção entre regras meramente sociais e normas jurídicas propriamente ditas.

2.4.2 Obrigações

Conforme discutido em seções anteriores, a Teoria Imperativa do Direito define o soberano como um indivíduo ou grupo que é habitualmente obedecido por uma determinada população em um dado território e que, por sua vez, não obedece habitualmente a mais ninguém. Essa teoria busca explicar obrigações jurídicas — um conceito normativo — com base em descrições empíricas. Segundo essa concepção, se forem verdadeiras as seguintes condições: 1) existe no território *T*, onde reside a população *P*, um agente *A* que expressa desejos referentes ao comportamento da população *P*; 2) *A* ameaça impor consequências desagradáveis aos membros de *P* caso eles não se comportem de acordo com seus desejos; 3) *A* é regularmente obedecido pelos membros de *P*; 4) *A* não obedece regularmente a qualquer outro agente dentro ou fora de *T*; então, existem obrigações jurídicas válidas para os membros de *P*. A obrigação jurídica, no caso, consiste no fato de um membro de *P* estar sob um comando (a expressão de um desejo acompanhada de uma ameaça) de *A*. Hart critica essa ideia por tornar impossível distinguir entre "ter uma obrigação" e "ser obrigado" a agir de certa forma.

Para esclarecer sua concepção de obrigação, Hart recorre ao exemplo do assaltante: *A* ordena que *B* lhe entregue seu dinheiro, sob ameaça de atirar caso não seja obedecido. Segundo a teoria imperativa, esse caso ilustraria a noção de obrigação em geral, bastando ampliar a figura do assaltante para um soberano obedecido habitualmente, cujas ordens prescrevem padrões gerais de conduta. No entanto, Hart contesta essa analogia. Ainda que, nesse caso, se possa dizer que *B* foi "obrigado" a entregar o dinheiro, seria equivocado afirmar que ele "tinha a obrigação" ou o "dever" de fazê-lo. Como explica o autor, "há uma

diferença, ainda por explicar, entre a afirmação de que alguém 'era obrigado' a fazer algo e a afirmação de que ele 'tinha a obrigação' de fazê-lo" (Hart, 2012, p. 82)¹⁴.

A frase "B foi obrigado a entregar o dinheiro" expressa uma situação motivada por medo ou coação, isto é, uma reação a possíveis consequências indesejadas. Se B tivesse dúvidas sobre a seriedade da ameaça ou se o objeto fosse irrelevante, talvez não tivesse obedecido. Assim, a obediência resulta de uma avaliação subjetiva de risco. Por isso, "a afirmação de que uma pessoa é obrigada a obedecer a alguém é essencialmente uma afirmação psicológica sobre as crenças e os motivos pelos quais ela foi levada a agir" (Hart, 2012, p. 83)¹⁵¹⁶. Esses motivos podem justificar dizer que B "foi obrigado", mas não que ele "tinha uma obrigação".

Em termos mais simples, entregar a carteira a um ladrão armado pode ser compreensível diante da ameaça, mas não significa que há uma obrigação moral ou jurídica de obedecer. Da mesma forma, um motorista que suborna um guarda para escapar de uma multa não deixa de ter a obrigação de respeitar o limite de velocidade — apenas se livra de ser obrigado a cumpri-la naquele momento. É nesse contexto que Hart faz sua célebre crítica à teoria imperativa, observando que o direito não pode ser entendido como um "assalto em letras garrafais" (*gunman writ large*): um sistema jurídico não se reduz a um soberano ou grupo dominante que impõe ordens sob ameaça a uma população subjugada, mas envolve regras que são aceitas e reconhecidas como válidas por aqueles que vivem sob elas.

O filósofo escocês Neil MacCormick reforça a distinção hartiana entre "ter uma obrigação" e "ser obrigado" ou "sentir-se obrigado". Segundo ele, alguém só é obrigado quando agir é condição para evitar um mal substancial — como no exemplo: "A ameaça do homem armado obrigou o caixa a lhe entregar o dinheiro" (MacCormick, 2010, p. 83). Tais enunciados, porém, não são "enunciados internos", mas expressões de motivação e causalidade, e não de normatividade. Como conclui MacCormick, "mesmo que seja muito provável que eu seja punido por não fazer x, isso não significa por si só que eu tenha uma obrigação de fazer x" (2010, p. 83).

Hart aponta que alguns teóricos, como Austin, ao considerarem que crenças, receios e motivos individuais talvez não sejam determinantes para saber se alguém tem uma obrigação, passaram a definir essa noção não com base em fatos subjetivos, mas na probabilidade de que

¹⁴ Do original: "There is a difference, yet to be explained, between the assertion that someone 'was obliged' to do something and the assertion that he 'had an obligation' to do it".

¹⁵ Do original: "The statement that a person was obliged to obey someone is essentially a psychological statement about the beliefs and motives by which he was led to act".

¹⁶ Ver Faggion, 2024, p. 79-80.

a desobediência resulte em punição imposta por terceiros. Assim, as afirmações de obrigação são tratadas como previsões de castigo. Contra essa visão, Hart argumenta que a previsibilidade ignora um aspecto essencial das regras: "os desvios em relação a elas não constituem apenas motivos para a previsão de que se seguirão reações hostis ou punições, mas são também a razão ou justificção para tais reações e para a imposição de sanções" (Hart, 2012, p. 84)¹⁷. Em outras palavras, ainda que a violação de uma regra nem sempre leve a uma sanção — pois nem toda regra contém uma penalidade¹⁸ —, a sanção, quando aplicada, encontra justificção na própria quebra da regra.

Outra afirmação refutável na interpretação da obrigação como previsibilidade é a de que uma pessoa que tenha a obrigação de fazer algo, em caso de desobediência, necessariamente sofreria por isso. Como observa Hart, essa ideia não se sustenta, pois há regras que não preveem sanções em caso de violação. E mesmo quando há tal previsão, o transgressor sempre pode escapar da punição, por uma razão ou outra. Um jovem convocado ao serviço militar, por exemplo, pode burlar o sistema sem sofrer qualquer consequência.

Conclui-se, assim, que, em geral, afirmar que alguém tem uma obrigação costuma coincidir com a previsão de que sofrerá sanção em caso de desobediência. No direito doméstico, essa conexão costuma fazer sentido, já que as sanções são aplicadas com certa regularidade. No entanto, como destaca Hart (2012, p. 85)¹⁹, é essencial reconhecer que, em casos individuais, a existência de uma obrigação sob alguma regra e a expectativa de punição nem sempre caminham juntas.

Para explicar a noção geral de obrigação, Hart recorre a uma situação social diversa que inclui a existência de regras sociais. A afirmação de que alguém tem uma obrigação pode ser vista de duas maneiras. Em primeiro lugar, é natural a existência de regras que transformam certos tipos de comportamento em padrões (*standards*). Em segundo, a característica distintiva da afirmação de que alguém tem uma obrigação está em mostrar que determinada regra se aplica ao seu caso específico, chamando atenção para esse enquadramento.

As regras sociais combinam conduta regular com uma atitude particular que a reconhece

¹⁷ Do original: "[...] deviations from them are not merely grounds for the prediction that hostile reactions or punishment will follow but are also the reason or justification for such reactions and for the imposition of sanctions".

¹⁸ Na visão de Hart, existem regras que estabelecem determinadas obrigações e são acompanhadas de sanções correspondentes e regras que não estabelecem condutas obrigatórias, nem proibidas e não são acompanhadas de sanção. Enquanto as regras do primeiro tipo visam estabelecer quais condutas devem ser realizadas ou devem ser evitadas, acompanhando esse aviso de uma sanção, no segundo tipo, elas visam autorizar que algo aconteça e dizer de que modo aquilo pode acontecer.

¹⁹ Do original: "It is important, in understanding the notion of obligation, to see that in individual cases the statement that a person has an obligation under some rule and the prediction that he will suffer for disobedience may diverge".

como padrão (Hart, 2012, p. 86)²⁰. O vocabulário normativo — como *ought*, *must*, *should* — serve para distinguir regras de meros hábitos e destacar padrões e desvios. Os termos *obligation* e *duty* formam, segundo Hart, uma subcategoria desse vocabulário normativo. Toda obrigação pressupõe uma regra, mas nem toda regra implica uma obrigação.

Dizer que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação pressupõe a existência de uma regra. No entanto, nem toda regra exige que seu padrão de conduta seja concebido em termos de obrigação (Hart, 2012, p. 86). Ainda que frases como *he ought to have* e *he had an obligation to* partilhem uma referência implícita a padrões e sirvam para aplicar regras gerais a casos específicos, nem sempre são intercambiáveis.

Regras de etiqueta, por exemplo, são apenas hábitos ou regularidades comportamentais: elas são ensinadas, mantidas ativamente e usadas para julgar condutas com base em um vocabulário normativo. Hart observa: "As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é de grande pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se" (2012, p. 86)²¹. Essas regras podem ser inteiramente consuetudinárias e não envolver sanções centralizadas, sendo mantidas apenas por desaprovação social difusa, vergonha, remorso ou culpa.

Quando a pressão social envolve sentimentos como culpa e vergonha, tendemos a classificar essas regras como morais, e a obrigação decorrente, como moral. Por outro lado, quando há sanções físicas aplicadas informalmente pela comunidade, sem um sistema centralizado, tais regras são vistas por Hart como formas primitivas de direito. O essencial, como ele afirma, é que "a insistência na importância ou seriedade da pressão social subjacente às regras é o fator primário determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de darem origem a obrigações" (Hart, 2012, p. 87).

Outras características acompanham a noção de obrigação. Regras sustentadas por forte pressão social são vistas como essenciais à vida em sociedade, como as que restringem a violência, exigem honestidade, cumprimento de promessas ou estabelecem deveres a quem desempenha funções específicas. Essas normas são geralmente concebidas em termos de "obrigação" ou "dever".

Também se reconhece que tais regras podem conflitar com os interesses de quem está vinculado a elas, mesmo beneficiando terceiros. Por isso, obrigação e dever costumam

²⁰ "[...] the general demand for conformity which is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great".

²¹ Do original: "Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great".

envolver renúncia ou sacrifício, e o possível conflito entre interesse próprio e obrigação é algo amplamente aceito por moralistas e juristas.

Para Hart, a figura de vínculo, introduzida na palavra *obligation*, a qual incide sobre a pessoa obrigada, e a noção de dívida latente na palavra *duty*, diferenciam as regras de obrigação ou dever das demais (Hart, 2012, p. 87). A pressão social aparece como uma cadeia que vincula os que têm obrigações, de tal modo que não são livres para fazerem o que querem, como ocorre no direito criminal. Em outro extremo da cadeia, pode-se encontrar um grupo ou seus representantes oficiais, os quais insistem pelo cumprimento ou aplicam o castigo, como no direito civil.

Contudo, Hart alerta que é errado pensar que a concepção de obrigação seja um mero sentimento de pressão ou compulsão interiorizado por aqueles que têm obrigações. Por mais normais que esses vínculos sejam, o autor afirma que as pessoas não devem cair em uma concepção errada de obrigação, dizendo que consiste, principalmente, em um sentimento de pressão ou compulsão internalizado pelos que têm obrigações. Mesmo que frequentemente simultâneos, sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas distintas (Hart, 2012, p. 88). A pessoa pode ter uma obrigação, mas não se sentir obrigada, por exemplo. Em termos de sentimentos psicológicos, detectar as diferenças entre sentir-se obrigado e ter uma obrigação, segundo Hart, seria ignorar o aspecto normativo das regras, distorcendo o seu sentido interno.

Assim, segundo Hart (2012, p. 86), uma regra impõe uma obrigação quando a procura geral por conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social sobre aqueles que desviam ou ameaçam desviar delas. Todavia, no tópico seguinte, Hart sentiu necessidade de corrigir essa explicação.

Assim, segundo Hart (2012, p. 86), uma regra impõe uma obrigação quando há uma expectativa generalizada de conformidade e forte pressão social sobre os que se desviam ou ameaçam se desviar delas. Para compreender o caráter normativo das regras — ou seja, o modo como elas operam como obrigações — é necessário reconhecer o ponto de vista daqueles que as aceitam como vinculantes: o ponto de vista externo, do observador, e interno, do participante. Todavia, o próprio Hart reconhece que sua explicação é insuficiente para captar o aspecto normativo das obrigações, especialmente em contextos jurídicos mais complexos. Para lidar com essa dificuldade, ele reformula seu conceito de obrigação.

2.4.3 Os Pontos de Vista Interno e Externo e uma Modificação no Conceito de Obrigação

Antes de encerrar sua crítica à teoria preditiva da obrigação, Hart retoma um elemento fundamental: o aspecto interno das regras. Mesmo que a teoria preditiva atribua papel central à pressão social, característica essencial das regras de obrigação de Hart, há uma diferença decisiva entre essa concepção e a proposta hartiana.

Enquanto a teoria preditiva entende a obrigação como uma estimativa da probabilidade de que uma sanção ocorra caso determinada conduta seja violada, Hart (2012, p. 88) insiste que as afirmações sobre obrigações não se limitam a prever punições. Elas afirmam que o caso em questão se enquadra em uma regra que prescreve um comportamento. Embora ambas as abordagens admitam que desvios frequentemente despertam reações hostis, a análise de Hart destaca que a função típica da linguagem normativa não é antecipar essas reações, mas expressar que certa conduta é devida segundo uma regra.

A diferença entre essas perspectivas não é trivial. Na verdade, sem reconhecer sua importância, não se compreende plenamente a forma específica de pensamento, linguagem e ação que acompanha a existência de regras e constitui a estrutura normativa da sociedade. Para Hart, é essencial que a normatividade jurídica possa ser compreendida em termos de práticas sociais que se configuram como regras usadas para censura e justificativa de ações. Essa compreensão, por sua vez, demanda um estudo do ponto de vista interno: o ponto de vista do praticante da regra, daquele que utiliza a regra para orientar sua conduta e para criticar comportamentos desviantes.

Para explicitar essa distinção, Hart (2012, p. 89) introduz dois modos de se relacionar com regras: o ponto de vista interno e o ponto de vista externo. Quando um grupo social adota determinadas regras de conduta, surgem duas formas distintas de enunciar esse fato. Pode-se abordá-lo como um observador externo, que descreve as práticas do grupo sem aderir a elas, ou como um participante, que aceita essas regras como padrões que orientam seu próprio comportamento. As respectivas perspectivas são chamadas de ponto de vista externo e ponto de vista interno.

O ponto de vista externo admite graus. Um observador pode reconhecer que o grupo segue regras, mesmo sem aderir a elas. Ele pode notar que os membros do grupo usam tais regras como guias e, assim, descrever de fora a maneira como elas influenciam o comportamento. Em outro extremo, o observador pode se limitar a registrar padrões de conduta regulares e as reações típicas de censura ou punição diante das violações, sem qualquer referência ao sentido normativo que os membros do grupo atribuem a essas regras.

Esse tipo de descrição é estritamente comportamental: identifica correlações entre desvios e sanções, permitindo até mesmo a previsão de reações hostis (Hart, 2012, p. 89). Esse conhecimento pode ser útil, por exemplo, para que alguém conviva com o grupo sem sofrer consequências negativas. No entanto, essa perspectiva extrema não permite descrever a vida do grupo em termos de regras, obrigações ou deveres. Sua linguagem será restrita a regularidades empíricas, previsões e sinais, como quem observa que, quando o semáforo fica vermelho, os carros param, sem compreender que, para os motoristas, a luz vermelha é um comando normativo, e não apenas um sinal natural.

Portanto, quem vê apenas regularidades externas perde uma dimensão essencial da vida social, o fato de que os membros do grupo consideram o sinal (a luz vermelha, por exemplo) como um motivo para agir, por reconhecerem uma regra que impõe esse comportamento. Essa é a dimensão interna das regras, acessível apenas a partir do ponto de vista interno. "Mencionar isto é trazer para o relato o modo pelo qual o grupo encara o próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele" (Hart, 2012, p. 90).

O ponto de vista externo, porém, pode coincidir com o modo como alguns membros do grupo se relacionam com as regras, especialmente aqueles que as rejeitam e se preocupam apenas com as consequências desagradáveis de sua violação. Esses indivíduos utilizam expressões como "fui obrigado", "vou sofrer sanções se...", "eles me punirão se...", mas não dizem "tenho uma obrigação" ou "você tem um dever". Este último tipo de linguagem é próprio de quem adota o ponto de vista interno, reconhecendo a normatividade das regras.

O que o ponto de vista externo radical não consegue captar é a maneira como as regras funcionam na vida da maioria das pessoas. São essas pessoas, cidadãos, juristas, autoridades, que aplicam as regras como guias de conduta, fundamentos de reivindicações, justificativas de críticas, e critérios para punições ou decisões jurídicas. Para esses agentes, a violação de uma regra não é apenas um indício de que uma reação negativa pode ocorrer, ela é uma justificativa para essa reação.

A vida social, portanto, está em constante tensão entre dois grupos: de um lado, aqueles que aceitam as regras e contribuem voluntariamente para sua manutenção; de outro, aqueles que as rejeitam e as observam apenas com receio de sanções. Uma teoria jurídica que deseje fazer justiça à complexidade da realidade precisa levar em conta ambos os pontos de vista (interno e externo) e evitar a eliminação conceitual de qualquer um deles. Assim, pode-se resumir a crítica hartiana à teoria preditiva da obrigação como a acusação de que ela ignora,

reduz ou distorce o aspecto interno das regras obrigatórias, precisamente aquele que confere às regras seu caráter normativo e seu papel estruturante na vida jurídica e social.

Isso posto, todavia, em entrevista concedida ao *Journal of Law and Society* (1988), Hart afirmou que, se pudesse revisar *The Concept of Law*, um dos pontos mais importantes dessa revisão seria justamente a explicação da ideia geral de obrigação jurídica. Segundo ele, a principal fonte do erro foi o relato apresentado no capítulo V, seção 2 da obra, onde descreve toda obrigação como decorrente de regras sociais aceitas por membros de um grupo como guias de conduta e padrões legítimos de crítica, mantidas por uma pressão social geral por conformidade.

Hart reconhece, no entanto, que essa descrição se aplicaria apenas a obrigações derivadas de regras primárias costumeiras, como aquelas típicas de sociedades simples, e não a obrigações jurídicas em sistemas desenvolvidos com leis escritas, tribunais e regras secundárias — como as de reconhecimento, alteração e adjudicação. Como Faggion (2024, p. 81) explica, "estatutos particulares podem criar e, de fato, criam obrigações que, com ou sem razão, são amplamente ignoradas pela população, de forma a não haver pressão social alguma por conformidade a essas regras". Isso evidencia que a explicação anterior, centrada exclusivamente na pressão social, não é suficiente para dar conta da natureza da obrigação jurídica em contextos institucionalizados.

Dessa forma, além de um corpo legislativo ser criado, também há a possibilidade de juízes criarem novas regras com base nos seus precedentes e, então, com isso, aparece a possibilidade de surgir uma obrigação com base em uma dessas regras, criadas pelo poder conferido pela regra secundária, que deixa de ser costumeira, mas ainda assim, estabelece uma obrigação. Hart percebe que existem obrigações que não dependem de regras costumeiras ou práticas sociais, pois a partir do momento em que um legislador cria uma regra primária, ele criou uma obrigação e não precisa ter uma pressão social para que as pessoas daquela sociedade cumpram essa regra.

As regras do tipo estatutárias, de acordo com Hart, são reconhecidas pelos tribunais como regras válidas do sistema jurídico, elas devem ser aplicadas aos casos em que os tribunais são submetidos, pois satisfazem os critérios de validade fornecidos pela regra secundária de reconhecimento que os tribunais e funcionários do sistema aceitam. O autor expõe que na sua descrição da obrigação não há qualquer explicação de como as obrigações jurídicas surgem dessas regras jurídicas e que, além disso, sua explicação mesmo em um regime de regras primárias do tipo costumeiro é falha.

Desse modo, ao buscar uma nova descrição da ideia geral de obrigação, Hart mostra que as principais características dessa descrição são que mesmo no caso de um regime simples de regras do tipo costumeiro, o que é necessário para constituir as regras de imposição de obrigações não é apenas o fato delas deverem ser apoiadas por uma demanda geral de conformidade e pressão social, mas que, geralmente, deve ser aceito que estas são respostas legítimas a desvios no sentido de que são permitidas se não forem exigidas pelo sistema. Como ressalta Faggion, "o que constitui a obrigação não é o mero fato da pressão social por conformidade à regra, mas a aceitação de uma demanda ou pressão por conformidade como uma resposta legítima ao desvio da regra, legítima no sentido de ser uma resposta, no mínimo, permitida por uma regra" (2024, p. 81).

Essas demandas e pressões, segundo o autor, não serão meras conseqüências previsíveis de desvios, mas conseqüências normativas por serem legítimas nesse sentido. Essa ideia de uma resposta legítima ao desvio na forma de demandas e pressões por conformidade é o componente central da obrigação: a legitimidade. Isso manteria a distinção entre uma pessoa meramente "ser obrigada a agir" e "ter uma obrigação de agir", pois tais demandas e pressões são legítimas já que são permitidas ou exigidas. Essa ideia, segundo o filósofo, também reflete o ponto de vista interno daqueles que aceitam as regras que permitem ou exigem tais respostas.

Desse modo, essa explicação reformulada sobre a obrigação em um regime simples de regras do tipo costumeiras pode ser ampliada ao caso mais complexo de um sistema jurídico desenvolvido, em que as obrigações jurídicas são impostas pelas regras do tipo estatutário, promulgadas por um legislador. Essas regras promulgadas, geralmente, podem não ser aceitas pelos membros comuns de uma sociedade, mas são reconhecidas como regras válidas do sistema jurídico pelos tribunais que aplicam a regra secundária de reconhecimento do sistema, a qual fornece critérios de validade que identificam as regras que os tribunais devem aplicar aos casos anteriores a estes.

Assim, as regras promulgadas que impõem obrigações, não precisam ser e normalmente não são mantidas por uma pressão social geral, mas são suportadas por regras auxiliares que exigem ou permitem que os funcionários respondam ao desvio com demandas e medidas coercitivas para garantir a conformidade. De acordo com Hart, tais respostas não serão só conseqüências previsíveis do desvio, mas serão respostas legítimas a eles, já que os funcionários possuem permissão ou são obrigados a fazê-los. Para ele, isso reflete o ponto de vista interno dos funcionários que aceitam regras secundárias de reconhecimento como identificando as regras que os tribunais devem aplicar aos casos que lhes são apresentados.

Dessa forma, a legitimidade está ligada à permissão que o funcionário tem ou mesmo à obrigação que ele recebe da regra.

Ao longo do percurso desenvolvido neste capítulo, buscamos examinar de que modo Hart evidencia as insuficiências da Teoria Imperativa e enfraquece o papel central tradicionalmente atribuído à coerção na definição do direito. No capítulo seguinte, porém, essa posição será desafiada por Frederick Schauer, que confronta diretamente a tradição analítica inaugurada por Hart e argumenta que a coerção desempenha um papel mais relevante do que geralmente se admite. Para Schauer, essa subestimação decorre, em grande medida, da metodologia adotada por filósofos ligados a essa tradição, o que demanda uma reavaliação crítica do lugar conceitual da coerção no pensamento jurídico.

3 UMA DISCUSSÃO DA HERANÇA HARTIANA

Por que as pessoas obedecem à lei? A lei precisa necessariamente de coerção para que seja obedecida? Ao lançar, em 2015, seu livro intitulado *The Force of Law*, o filósofo americano Frederick Schauer desafia a ideia hartiana até então predominante, de que a própria natureza da normatividade jurídica está em outro lugar que não em sua capacidade coercitiva (2015, ix). Para o autor, Hart e seus seguidores cometeram um grave erro ao minimizarem desnecessariamente o aspecto coercitivo do direito. Segundo Schauer (2015, p. 3-4), esse erro decorreu da escolha da própria metodologia. Enquanto filósofos analíticos procuram propriedades essenciais, ou seja, condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito de direito, eles perdem de vista propriedades apenas típicas, que podem ser mais importantes para o conhecimento dos membros de uma determinada classe do que as propriedades essenciais.

Em defesa de Hart, de quem foi aluno, e também de seus próprios argumentos, o filósofo escocês Leslie John Green, respondeu às críticas de Schauer em seu artigo *The Forces of Law: Duty, Coercion and Power*, publicado em 2015, ano seguinte do lançamento de *The Force of Law*. De acordo com Green, não apenas a interpretação de Schauer sobre Hart está equivocada, mas também sua proposta de que a teoria do direito deva abandonar o método analítico, acarretaria sérios problemas. Segundo o autor, para sabermos o que é típico sobre o direito, antes de mais nada, precisamos saber o que vamos contar como sendo direito, isto é, quais práticas sociais reconheceremos como práticas jurídicas. Agora, para contarmos uma prática como jurídica, precisamos de um conceito de direito, com suas condições necessárias e suficientes.

Diante desse debate, esta seção abordará os diferentes pontos de vista de Schauer e Green sobre o papel da coerção na Filosofia do Direito que, por uma questão didática, será dividida em três partes. Na primeira, será analisado brevemente o conceito de coerção para ambos os autores. Na segunda, será explorada a crítica que Schauer faz à metodologia analítica, a qual chama de "essencialista", o problema que Green levanta se essa metodologia for abandonada e a réplica de Schauer a Green. Na terceira, será examinada a crítica que Schauer faz a Hart por meio da figura do *puzzled man*²² hartiano, bem como o porquê de Green não concordar com a interpretação de Schauer e, por fim, a crítica que Lucas Miotto faz a Schauer.

²² "Homem intrigado" (2011, p. 48) ou homem perplexo.

3.1 O CONCEITO DE COERÇÃO

A concepção de coerção adotada por Schauer e Green constitui o alicerce de suas respectivas linhas de pensamento. Assim, para que seja possível realizar uma análise rigorosa de seus argumentos em torno da importância da coerção, é imprescindível compreender, antes de mais nada, como cada um deles entende e interpreta o conceito de coerção. Sendo assim, seguindo a linha cronológica do debate, esta seção abordará o ponto de vista de Schauer seguido de Green.

3.1.1 Força do Direito

Em seu último livro, *The Force of Law*, Schauer retoma a questão da força coercitiva do direito, tema que já havia sido amplamente explorado em diversas de suas publicações. Nesta obra, porém, ele apresenta uma síntese abrangente e sistemática de uma linha de argumentação que desenvolveu e refinou ao longo de vários anos. Com base nessa análise, esta seção examinará a compreensão de Schauer sobre o conceito de coerção e o papel central que ele atribui a esse elemento na natureza e estrutura do direito.

Assim, para Schauer (2015, p. 5), ainda que nem toda aplicação do direito envolva coerção, esta desempenha um papel fundamental na sustentação das principais funções do sistema jurídico. Ao impor comandos ou proibições, o direito recorre frequentemente às sanções — como multas, prisão ou outras penalidades — para garantir a obediência às suas normas. Essa estrutura reflete a premissa de que, sem a força coercitiva, a eficácia do direito seria amplamente comprometida, especialmente quando suas ordens entram em conflito com os interesses ou valores individuais. Desse modo, a coerção emerge como um elemento indispensável para assegurar a conformidade, uma vez que os indivíduos tendem a priorizar seus próprios julgamentos ou conveniências, a menos que sejam influenciados por pressões externas.

Schauer (2015, p. 5-6) observa que, quando as ordens jurídicas coincidem com ações que as pessoas já realizariam ou consideram moralmente corretas, a conformidade parece ocorrer de forma espontânea. No entanto, quando o direito contraria interesses ou convicções pessoais, a necessidade de força torna-se evidente. Se os indivíduos obedecessem ao direito unicamente por reconhecê-lo como tal, o recurso à coerção seria amplamente dispensável. Contudo, na prática, as pessoas tendem a seguir seus próprios interesses ou julgamentos, salvo

quando influenciadas por pressões externas. Nesse sentido, Schauer argumenta que a coerção não é apenas um mecanismo de apoio, mas um elemento indispensável para que o direito alcance sua eficácia no mundo real.

Ao abordar o problema considerando a tendência das pessoas à obediência ao direito, Schauer (2015, p. 6) argumenta que surgem questões tanto conceituais quanto empíricas. Afinal, o que significa seguir ou obedecer ao direito? Seguir o direito implica agir conforme ele simplesmente porque é o direito? Atos em conformidade com o direito podem ser considerados atos de obediência em todos os casos? Esses questionamentos, que remontam a reflexões clássicas como a de Sócrates sobre o dever de cumprir o direito mesmo quando considerado injusto, exigem uma distinção fundamental.

Segundo Schauer, é necessário diferenciar entre obedecer ao direito por convicção, isto é, ter uma razão para obedecer ao direito reconhecendo sua autoridade intrínseca, de agir conforme o direito, ou seja, seguir o direito por coincidência, manter o mesmo comportamento mesmo se não existisse o direito regulando-o. Essa distinção é central, pois nem todos os atos que se conformam ao direito são motivados por obediência a ele. Por exemplo, evitar um homicídio ou um incêndio criminoso pode derivar de princípios morais ou interesses pessoais, sem que a existência da norma jurídica tenha qualquer influência direta na decisão. Isso sugere que, embora a conformidade seja ampla, a obediência ao direito enquanto tal, sem a influência de sanções, é menos comum do que se imagina.

De acordo com Schauer (2015, p. 7), compreender o que significa obedecer ao direito é essencial para avaliar sua influência sobre as decisões e comportamentos das pessoas. Assim, segundo o autor, a análise deve avançar para uma investigação empírica: as pessoas realmente obedecem ao direito apenas por ser o direito? E, se obedecem, com que frequência e sob quais circunstâncias? Para Schauer, não está claro se obedecer ao direito, independentemente das sanções é tão comum como alguns teóricos afirmam. Para ele, a obediência desinteressada ao direito é menos comum do que se supõe, especialmente em contextos em que as sanções coercitivas estão ausentes. Assim, embora a conformidade ao direito varie segundo o contexto cultural e jurídico, a ideia de que o direito opera exclusivamente por sua força normativa intrínseca parece superestimada.

Nesse contexto, a coerção retoma sua relevância. Segundo Schauer (2015, p. 7), se os comandos do direito frequentemente divergem do julgamento independente de cidadãos ou de funcionários do próprio judiciário, e se nessas situações o direito se mostra correto enquanto seus sujeitos tendem a errar, o uso da coerção torna-se indispensável para que o direito alcance seus objetivos. É a força do direito — composto por sanções e medidas coercitivas —

que distingue o direito de outros tipos de normas, como a moralidade ou as convenções sociais. Enquanto estas últimas dependem de persuasão e influência, o direito se diferencia por recorrer à força para assegurar sua autoridade, enfatizando a centralidade da coerção no funcionamento do sistema jurídico.

Estabelecida essa diferenciação, fundamentada na força como elemento distintivo para garantir a autoridade do direito em relação a outras normas, Schauer também amplia a compreensão do conceito de coerção, demonstrando que sua abrangência vai além do que se presume à primeira vista.

Desse modo, conforme Schauer (2015, p. 7), a coerção pode se manifestar de diversas formas, desde ameaças explícitas de prisão até incentivos positivos. O autor explica que embora o direito penal seja frequentemente associado à coerção, ele não a esgota. O direito também utiliza incentivos positivos, como isenções fiscais ou benefícios administrativos, para promover comportamentos desejados. Por exemplo, ao recompensar motoristas que mantêm suas carteiras livres de pontos, o direito incentiva a direção segura sem recorrer exclusivamente a sanções negativas. Outro exemplo pode ser observado nas leis tributárias, que concedem isenções fiscais para doações destinadas a instituições de caridade.

Sendo assim, o uso da força é mais complexo do que aparenta. Schauer (2015, p. 8) aponta que fatores psicológicos, sociais, políticos, econômicos e morais influenciam a maneira como as sanções afetam o comportamento. Um exemplo disso é a estratégia do IRS (*Internal Revenue Service*) nos Estados Unidos (equivalente à Receita Federal brasileira), que, embora realize poucas auditorias, utiliza o temor de sanções para induzir conformidade, criando uma percepção de risco que amplifica sua eficácia. Essa estratégia, embora eficaz, suscita debates sobre a legitimidade de tais táticas, considerando que elas ampliam a percepção de risco sem necessariamente refletir a realidade.

Outro ponto levantado por Schauer envolve a proporcionalidade das penalidades. Uma multa pode representar um sacrifício extremo para um trabalhador de baixa renda, mas ser insignificante para uma pessoa rica. Esse desequilíbrio levanta questões sobre a justiça e a uniformidade das sanções, desafiando a ideia de que aplicar a mesma penalidade a todos é, de fato, equitativo.

Reconhecer a coerção como um elemento distintivo do direito não é suficiente para entender suas nuances, aponta Schauer (2015, p. 9). Multas, por exemplo, podem ser vistas tanto como penalidades quanto como simples custos operacionais. Essa ambiguidade é ampliada pela diversidade de sanções, que incluem penalidades civis e administrativas, além

das criminais. Para Schauer (2015, p. 9), examinar o arsenal coercitivo completo do direito é, portanto, essencial para compreender sua função e alcance.

Dada a diversidade de formas de coerção, Schauer também reflete sobre o que torna o direito único. Segundo o autor, embora a distinção entre normas jurídicas e outras normas possa parecer trivial, ignorar essa diferenciação seria negligenciar o papel das instituições judiciais na sociedade. Afinal, a existência de advogados, juízes e sistemas jurídicos reflete essa diferença, que é central para compreender a singularidade do direito.

Schauer (2015, p. 9) destaca inclusive que o próprio título de seu livro é um jogo de palavras que enfatiza a conotação da força coercitiva que o direito possui. Ele explica que no uso cotidiano, "força do direito" contrasta normas jurídicas com sugestões, recomendações, mandamentos morais e normas sociais. A expressão implica que essas normas, promulgadas e válidas juridicamente, distinguem-se de outras por algo singular.

Sendo assim, o que diferencia normas com força de lei das demais? Segundo Schauer (2015, p. 10), o título sugere que o poder bruto do direito – sua força coercitiva – está mais ligado à ideia de legalidade do que se assume atualmente. Ele afirma que, historicamente, essa conexão era sabedoria convencional. Por exemplo, Thomas Hobbes afirmou que "Pactos, sem a Espada, são apenas Palavras, sem força alguma para proteger um homem" (1991, p. 117). James Fitzjames Stephen (1991, p. 200) acrescentou que "o direito nada mais é do que uma força regulamentada sujeita a condições particulares e direcionada a objetos particulares". No entanto, segundo Schauer, a visão predominante na filosofia do direito nas últimas décadas inverteu essa perspectiva, tratando a coerção como secundária. Reconhecer as dimensões coercitivas e impositivas do direito, conforme o autor, não apenas reposiciona o papel da força no entendimento jurídico, mas também abre novas possibilidades de investigação.

Ao defender sua perspectiva, Schauer (2015, p. 2) critica a posição de Green, destacando que este considera que "nem um regime de 'imperativos fortes' que simplesmente mandasse nas pessoas, nem um sistema de preços que estruturasse os incentivos das pessoas, deixando-as livres para agir como bem entendessem, seriam um sistema de direito" (Green, 2002, p. 1049). Para Green, no entanto, as sanções coercitivas por si só não explicam o caráter normativo dos deveres jurídicos.

3.1.2 Desnecessidade Conceitual da Coerção

Apesar de reconhecer a importância da coerção para a eficácia do direito, a abordagem de Schauer contrasta significativamente com a de Green. Enquanto Schauer enfatiza o papel

central da coerção como elemento distintivo e funcional do direito, Green (2015, p. 164) propõe uma análise mais cuidadosa das estruturas normativas subjacentes à autoridade jurídica. Para Green, a força do direito não reside apenas na possibilidade da coerção, mas em um conjunto de práticas institucionais que impõem deveres²³, mesmo quando não acompanhadas de coerção. A seguir, explora-se sua concepção mais ampla e diversificada sobre o papel da coerção, com base em seu artigo *The Forces of Law: Duty, Coercion and Power* (2015) e em *The Authority of the State* (1988).

Sendo assim, a análise de Green (2015, p. 164) sobre a coerção jurídica parte da constatação de que nem toda força do direito pode ser reduzida à presença de sanções ou ao uso direto da força. Embora coerção, dever e poder sejam elementos interligados, cada um possui uma estrutura normativa distinta (Green, 2015, p. 165). A coerção, nesse contexto, é entendida como um recurso contingente: ela pode estar presente, mas não é conceitualmente necessária para a existência do direito.

Segundo Green, o direito impõe deveres, mas o cumprimento desses deveres nem sempre é motivado pela ameaça de sanção. A coerção ocorre quando há ameaças que visam garantir a conformidade com a norma, porém, é possível que a norma exista e imponha um dever mesmo que a coerção não esteja em jogo. Isso mostra que a coerção, embora comum e funcionalmente importante, não é o que define o caráter jurídico de uma norma (Green, 2015, p. 165).

Um exemplo elucidativo apresentado pelo autor é o da chamada "sociedade de anjos", um experimento de pensamento no qual se imagina uma coletividade composta por seres moralmente perfeitos. Mesmo nesse contexto idealizado, Green sustenta que regras jurídicas continuariam sendo necessárias, ainda que não para coagir. Essas regras teriam a função de coordenar condutas, resolver conflitos de prioridade entre razões moralmente válidas, e atribuir autoridade decisória em casos de controvérsia. Assim, mesmo em uma sociedade sem desobediência voluntária ou má vontade, a imposição de deveres se manteria como traço estrutural do direito, ainda que a coerção fosse dispensável (Green, 2015, p. 166-167).

Esse entendimento permite a Green distinguir entre o conteúdo normativo do direito e sua eficácia empírica. Ele argumenta que uma norma pode impor um dever mesmo que não exerça qualquer influência causal sobre o comportamento dos agentes, e mesmo que não haja

²³ Green utiliza os termos "duty" (dever) e "obligation" (obrigação) de maneira intercambiável. Dever, para o autor, é "uma norma à qual as pessoas devem se conformar não apenas quando lhes for conveniente, beneficiá-los ou quando considerarem correto fazê-lo" (Green, 2015, p. 166).

sanções associadas à sua violação. Isso reforça sua tese de que a normatividade jurídica não se confunde com sua força coercitiva (Green, 2015, p. 165-166).

Green reconhece, no entanto, que em sociedades humanas reais a coerção tem uma função prática. Quando os mecanismos primários de motivação — como o reconhecimento da autoridade normativa ou o senso de dever — falham, a coerção aparece como um plano de contingência, um mecanismo de backup. Ou seja, a coerção é ativada quando não se pode contar com a motivação voluntária para o cumprimento das obrigações jurídicas (Green, 2015, p. 167).

A importância desse argumento é que ele permite conceber sistemas jurídicos em que a coerção não seja aplicada, ainda que continue a ser possível. Um sistema jurídico funcional pode, em tese, não fazer uso de sanções, mas a possibilidade de recorrer à coerção em caso de necessidade permanece inscrita no conceito de direito. Essa possibilidade é o que distingue o direito de outros sistemas normativos puramente voluntários ou morais (Green, 2015, p. 167).

Em sua obra *The Authority of the State*, Green (1988, p. 63) reforça essa distinção ao discutir o papel da força no direito. Ele argumenta que a legitimidade da autoridade jurídica não depende apenas da capacidade de coagir, mas do reconhecimento racional da autoridade pelas pessoas sujeitas a ela. A coerção é, portanto, uma ferramenta disponível, mas não a fonte exclusiva de autoridade do direito.

Para Green (1988, p. 66), o erro comum em muitas teorias jurídicas é tratar a coerção como um elemento necessário, ignorando a complexidade da relação entre normatividade e motivação. O fato de a coerção ser frequentemente usada para reforçar a obediência às normas não implica que o direito se reduza a comandos respaldados pela força. A normatividade jurídica possui uma estrutura própria, que não pode ser derivada apenas da eficácia coercitiva.

Ele (Green, 1988, p. 71) observa também que o caráter contingente da coerção no direito permite explicações mais nuançadas sobre a obediência. Em vez de presumir que os cidadãos obedecem à lei por medo de sanções, Green propõe que muitos agem conforme a norma por reconhecerem sua autoridade ou por razões morais, sociais ou práticas, que podem variar conforme o contexto. Assim, a coerção ocupa um papel instrumental, não fundacional.

Em suma, para Green, a coerção é parte importante do funcionamento do direito, mas não o define. Sua presença é comum, esperada e muitas vezes indispensável em situações concretas, mas não constitui uma condição necessária para que algo seja considerado jurídico. Essa distinção permite que sua teoria abarque tanto as dimensões institucionais quanto normativas do direito, sem reduzi-lo à pura força (Green, 2015, p. 167; 1988, p. 73).

Por fim, sua abordagem crítica à centralidade da coerção na teoria do direito se afasta das visões tradicionalmente ligadas ao positivismo jurídico clássico. Ao rejeitar tanto o essencialismo coercitivo quanto a exclusão completa da força do conceito de direito, Green (1988, p. 75) constrói uma posição intermediária: a coerção é uma possibilidade estrutural do direito, sempre disponível, mas nem sempre necessária. Sua tese, portanto, sustenta que o direito pode ser coercitivo, mas não precisa sê-lo.

3.2 UMA FILOSOFIA DA FILOSOFIA JURÍDICA

Avançando na discussão e com a finalidade de aprofundar o debate metodológico que será desenvolvido no próximo capítulo, esta seção, examinará, em primeiro lugar, a crítica de Schauer à metodologia analítica, na sequência, explorará o problema identificado por Green se essa abordagem metodológica for abandonada e, por fim, a réplica de Schauer a Green.

3.2.1 O Problema do "Essencialismo" para Schauer

O objetivo central de Schauer em *The Force of Law* é intervir no debate analítico da teoria do direito, questionando a ideia predominante desde a publicação de *The Concept of Law* de que a natureza da normatividade jurídica reside em algo além de sua capacidade coercitiva. Segundo Schauer (2015, p. 35), Hart e seus seguidores minimizaram de forma desnecessária o papel da coerção para o conceito de direito. Por isso, grande parte de sua obra, emprega e defende uma metodologia empirista e critica a metodologia puramente analítica, que ele denomina "essencialista". Embora a coerção seja uma das características mais importantes do direito, senão a mais relevante, Schauer aponta que ela não constitui uma condição necessária ou suficiente para a existência do fenômeno jurídico. Ele alerta que, ao buscar as condições necessárias e suficientes para definir o conceito de direito, um teórico pode acabar se concentrando em aspectos pouco relevantes e negligenciando aquilo que realmente importa para o direito.

Nesse contexto, Schauer (2015, p. 43) argumenta que a metodologia analítica é significativa não por oferecer novas maneiras de identificar características essenciais do direito, mas porque permite refutar uma visão essencialista sobre sua natureza. Para ele, essa abordagem possibilita uma análise teórica mais detalhada sobre o papel da coerção no direito. Schauer sustenta que, ao rejeitar a ideia de que propriedades não essenciais têm pouco valor

filosófico ou jurídico, torna-se possível priorizar aspectos do direito que, embora comuns e recorrentes, não são conceitualmente necessários – como é o caso da coerção.

Logo no prefácio de sua obra (2015, ix-xii), Schauer dá início à sua crítica reinterpretando a visão de Hart, de que o direito pode ser encontrado sempre que um conjunto de regras for internalizado por seus funcionários²⁴, isto é, pode existir sem que haja necessariamente coerção²⁵. Para Hart, conforme analisado por Schauer, o fato de essas regras geralmente estarem respaldadas pelo uso da força, pode ser um fato relevante para entender como o direito opera na prática, mas não constitui uma questão essencial do ponto de vista filosófico ou conceitual. Nesse sentido, Hart sustenta que o que caracteriza o direito é a internalização sistemática e estruturada das regras, e não o fato de o direito frequentemente endossar essas regras com a ameaça da força.

Schauer, então, ao questionar se a força e a coerção são tão irrelevantes para explicar a natureza do direito, afirma que o papel da coerção não pode simplesmente ser deixado de lado, pois possui dimensões que vão muito além do conceitual e do filosófico. Para ajudar a entender o que é o direito, como ele funciona e o papel que desempenha na organização da sociedade, é preciso lidar com tais dimensões empíricas da coercividade no sistema jurídico.

Em vista disso, Schauer (2015, p. 11-20) faz uma releitura histórica do papel da coerção na tradição jurídica analítica, focando no posicionamento de Jeremy Bentham e de seu discípulo John Austin, para os quais, o que distingue o direito é que, ante a desobediência, seus comandos podem ser impostos pela força. A coerção é algo adicionado aos comandos jurídicos para torná-los eficazes (Schauer, 2015, p. 23). Assim, as sanções eram essenciais para a ideia de obrigação jurídica. Estar sujeito a uma obrigação jurídica, a um dever jurídico, era, portanto, ser objeto de um comando oficial apoiado por uma ameaça de "mal" por descumprimento. A força não era apenas um componente essencial de um comando jurídico, mas também uma parte igualmente essencial da obrigação e do dever jurídicos (2015, p. 31).

Corroborando seus predecessores, Schauer sustenta que uma das características distintivas do direito, em comparação com outros sistemas normativos, é o fato de que suas diretrizes podem ser impostas por meio da força. Todavia, ele reconhece cuidadosamente que Hart estava certo ao afirmar que a coerção não é essencial ao conceito de direito. Para Schauer, um relato da natureza do direito não precisa buscar propriedades necessárias e suficientes, mas sim considerar os aspectos mais recorrentes e relevantes para a compreensão

²⁴ Do original: "officials".

²⁵ Na obra *The Force of Law*, os conceitos de sanção e coerção formam "a força da lei" (2015, p.7). Schauer utiliza o termo "coerção" de modo mais generalizado, o qual abrange incentivos positivos ou negativos, recompensas, ofertas, ameaças e manipulação.

dos sistemas jurídicos conforme eles são experienciados²⁶. Nesse sentido, embora não afirme que a coerção seja uma condição conceitualmente necessária, Schauer argumenta que ela é uma característica tão difundida na prática jurídica que não pode ser ignorada por uma teoria adequada do direito (Schauer, 2015, p. x)²⁷.

Desse modo, além de obrigar as pessoas a fazerem coisas que não querem, para Schauer (2015, p. 1), talvez o aspecto mais visível do direito seja sua frequente insistência em que os indivíduos ajam de acordo com suas diretivas, não obstante seus próprios interesses pessoais ou o bom senso. Por exemplo, segundo o autor, o direito exige que as pessoas paguem impostos mesmo quando elas têm um uso melhor para o dinheiro e consideram os impostos imprudentes ou requer que as regras de trânsito sejam obedecidas, mesmo quando as circunstâncias as tornam inúteis. Para Schauer, a própria expressão "a força do direito" implica que há algo que distingue as normas que emanam do sistema jurídico daquelas que não o fazem.

Assim como o direito, a moralidade, os costumes, a etiqueta, enfim, inúmeras normas sociais também exigem um tipo de comportamento, ou seja, o direito dificilmente é o único integrante do universo normativo, segundo Schauer (2015, p. 1-2). No entanto, ao contrário da moralidade e das normas sociais, o direito possui recursos para obrigar seu cumprimento de maneiras que outros sistemas normativos não possuem. Assim, pode ser errado, por exemplo, cortar as unhas em público, porém, desobedecer a esses tipos de restrições não costumam

²⁶ Em *Between Authority and Interpretation*, Raz distingue entre as condições de aplicação de um conceito e os critérios de relevância explanatória que orientam seu uso teórico. Para o autor, o conjunto de condições necessárias e suficientes para que um particular esteja abarcado por um conceito pode incluir propriedades que, embora verdadeiras, são explanatoriamente irrelevantes para os fins de uma determinada investigação. A centralidade conceitual de certas características depende, assim, da função explicativa que se espera que o conceito desempenhe em um dado contexto teórico, isto é, do papel que ele deve cumprir na compreensão de um fenômeno social específico. Essa distinção não implica a rejeição de critérios relativamente estáveis de aplicação, mas permite reconhecer variações na ênfase explanatória atribuída a diferentes propriedades do direito ao longo do tempo (Raz, 2009, p. 27-31; 97-98). Nessa medida, a ênfase de Schauer na coerção pode ser compreendida, não como a defesa de uma tese essencialista acerca da natureza do direito, mas como uma escolha explanatória orientada pela relevância do fenômeno da coerção para a compreensão do funcionamento do direito em sociedades humanas modernas. Essa aproximação é metodológica, e não substantiva: ela não pressupõe convergência entre as concepções de direito de Raz e Schauer, mas apenas indica que a estratégia explanatória de Schauer pode ser interpretada como compatível com um modelo que distingue critérios de aplicação conceitual e relevância teórica.

²⁷ Embora Schauer atribua um papel central à coerção em sua explicação sobre o funcionamento do direito, isso não implica um compromisso com o essencialismo conceitual. Ao contrário de autores como Austin, ele não busca definir o direito com base em propriedades necessárias e suficientes. Em vez disso, adota uma abordagem que poderíamos chamar de generalização empírica robusta: ainda que a coerção não seja logicamente indispensável para a existência do direito, ela é tão recorrente e estrutural nos sistemas jurídicos reais que qualquer teoria que pretenda descrever adequadamente o fenômeno jurídico precisa levá-la em conta. Como ele próprio afirma no prefácio de *The Force of Law*, "afirmar que a coerção é parte do que distingue o direito não é afirmar que ela é essencial. A coerção pode ser para o direito o que voar é para os pássaros: não estritamente necessária, mas tão onipresente que qualquer explicação adequada do fenômeno deve levá-la em consideração" (Schauer, 2015, p. x).

acarretar sanções, mas quando as atrai, são penalidades sociais de desaprovação, vergonha, culpa, ostracismo e danos à reputação (são penalidades difusas e assistemáticas).

Em contraste, o direito apresenta sanções que são sistemáticas, muitas vezes severas e evidentes. Além disso, conforme Schauer (2015, p. 2), quando o direito impõe tais sanções, entende-se que ele esteja operando legitimamente, isto é, de forma justificável. Mesmo que ao impor sanções de forma injusta, imprudente ou imoral, o direito esteja habitualmente sujeito a críticas morais e políticas, continua sendo amplamente aceito que ele pode usar sua força de maneira normal e legítima para garantir o cumprimento de suas diretivas.

Segundo Schauer (2015, p. 2), contudo, filósofos jurídicos como Leslie Green, inspirados na observação hartiana aparentemente sólida de que o direito muitas vezes confere poderes ao invés de coagir, questionaram por mais de meio século, se a força, a coerção e as sanções são tão essenciais para uma pessoa comum compreender a natureza do direito. Parece estranho entender o direito como coercitivo quando este estabelece as estruturas e até os próprios conceitos pelos quais as pessoas podem criar corporações, fazer testamentos e, principalmente, formar governos. Afinal, o direito parece não se importar se uma pessoa fará ou não um testamento e também não força ninguém a fazer. Todavia, mesmo que a escolha de fazer ou não o testamento seja da pessoa, é o direito, em primeiro lugar, que permite ou não que algo seja feito. Sem ele, simplesmente não haveria testamento.

Como certos aspectos do que constitui o direito não parecem ser coercitivos em qualquer sentido objetivo de coerção, de acordo com Schauer (2015, p. 2-3), é possível reconhecer a distorção envolvida em tentar reduzir todo o direito às noções de força ou compulsão. O fato do direito ser frequentemente constitutivo e atributivo de poderes, em vez de meramente coercitivo, é um dos principais motivos pelos quais Hart e seus sucessores minimizaram a ênfase na coerção em suas tentativas de compreender o fenômeno jurídico.

Schauer (2015, p. 3) critica novamente Hart ao afirmar que para este, o reconhecimento de que, tanto na teoria quanto ocasionalmente na prática, é possível e importante compreender por que as pessoas seguem a lei mesmo quando ela não é acompanhada por uma ameaça de força. Em outras palavras, os indivíduos podem obedecer à lei simplesmente porque ela é lei, sem considerar as consequências que poderiam enfrentar caso a desobedecessem. Por exemplo, em alguns países pedestres respeitam sinais para não atravessar a via pública, mesmo na ausência de carros ou policiais. Ao fazer isso, demonstram uma crença de que a lei deve ser cumprida, mesmo quando parece exigir comportamentos desnecessários, irracionais ou pouco sensatos, e mesmo quando as sanções associadas à lei estão ausentes ou são tão insignificantes que se tornam irrelevantes.

Conforme Schauer, para Hart, de maneira semelhante, governos e sistemas jurídicos, que têm a capacidade de coagir os cidadãos a agirem segundo o direito, existem não primariamente devido à força, mas porque aqueles que os compõem — os governantes — internalizaram as regras que conferem e delimitam o poder oficial. Esses governantes frequentemente agem sem qualquer medo de sanções ou de outras formas de coerção, mostrando que a autoridade do direito pode estar enraizada em algo além da ameaça de força.

Dessa forma, parece evidente que o direito não coercitivo pode, e até deve, existir. No entanto, segundo Schauer (2015, p. 3), a questão permanece: como esse fenômeno deve ser interpretado? Para alguns teóricos, como Green, conforme veremos no tópico seguinte, esse aspecto merece ser amplamente valorizado. Schauer explica que na tradição hartiana, a possibilidade e a ocasional presença de leis não coercitivas são vistas como relevantes para a caracterização da natureza do direito. Para ele, isso é especialmente verdadeiro se adotarmos, como muitos seguidores de Hart (embora talvez não o próprio Hart), a visão de que a natureza de algo deve ser compreendida em termos de suas propriedades necessárias ou essenciais — aquelas propriedades sem as quais deixaria de ser o que é.

Nesse sentido, Schauer (2015, p. 3) conclui o que seria para ele o argumento de Green de que se a natureza do direito é a coleção de propriedades essenciais do direito em todos os sistemas jurídicos possíveis em todos os mundos possíveis, e se há coisas que são claramente leis, mas que parecem não ser coercivas, então a coerção não pode ser considerada essencial para o direito. E se a coerção não é essencial para a própria ideia ou conceito de direito, então, a coerção perde seu interesse filosófico ou teórico em explicar a natureza do direito²⁸.

No entanto, Schauer (2015, p. 4) confronta a solidez dessa conclusão afirmando que ela depende de duas premissas. Primeiro, o autor pressupõe que a natureza de algo é mais bem entendida em termos de suas características ou propriedades necessárias ou essenciais. Porém,

²⁸ A investigação desenvolvida nesta dissertação parte do pressuposto — não explicitado até aqui — de que o conceito de direito é passível de reconstrução analítica por meio da identificação de traços centrais relativamente estáveis, ainda que haja desacordos teóricos relevantes quanto ao seu conteúdo. Esse pressuposto é contestado na literatura, sobretudo por posições que defendem que certos conceitos jurídicos fundamentais, como o próprio conceito de direito, seriam conceitos essencialmente controvertidos, cujo conteúdo permanece objeto de desacordo persistente mesmo entre intérpretes competentes. Reconhecer essa possibilidade implica admitir que divergências teóricas não precisariam ser compreendidas apenas como erros de análise ou desacordos solucionáveis, mas poderiam refletir disputas internas ao próprio conceito. A presente dissertação não adota essa posição mais forte — associada, por exemplo, à tradição interpretativista —, mas registra sua existência a fim de delimitar o alcance e os pressupostos metodológicos da análise conceitual aqui empregada.

A ideia de que o conceito de direito poderia ser essencialmente controvertido decorre da tese de que desacordos jurídicos relevantes não se limitam à aplicação de critérios compartilhados, mas envolvem divergências genuínas quanto ao próprio conteúdo do conceito. Ronald Dworkin desenvolve esse argumento ao sustentar que desacordos persistentes entre juristas competentes não podem ser explicados apenas como desacordos empíricos ou semânticos, mas como desacordos teóricos internos ao conceito de direito (Dworkin, 1986, cap. 1, p. 1-44; e cap. 2, p. 45-86).

para ele, tal suposição está longe de ser óbvia²⁹. Ele explica que a natureza ou essência de qualquer conceito ou categoria pode, às vezes, frequentemente ou sempre, ser um agrupamento de propriedades inter-relacionadas, nenhuma das quais é individualmente necessária.

Para Schauer, apesar disso, mesmo sem tentar resolver algumas das questões mais profundas sobre linguagem, conceitos e divisão categorial do mundo, ainda pode ser mais valioso focar nas características típicas do que nas propriedades necessárias de alguma categoria ou fenômeno social. Uma analogia de Schauer (2015, p. 36) ajuda a entender o que está em jogo. A capacidade de voar não é essencial às aves. Existem aves que não voam, como, por exemplo, os pinguins e os avestruzes. Portanto, a capacidade de voar não representa uma condição necessária para o conceito de ave. Também existem animais que voam e não são aves, como os morcegos, de modo que voar tampouco é uma condição suficiente para a aplicação do conceito de ave. No entanto, quem negaria a importância da capacidade de voar para nosso entendimento do que é uma ave?

Em segundo lugar, Schauer (2015, p. 4) destaca que não devemos aceitar tão rapidamente que o domínio de investigação designado como "filosófico" deve ser limitado à busca de propriedades essenciais, mesmo se todos ou alguns de nossos conceitos tenham tais propriedades essenciais. As várias ferramentas analíticas e argumentativas da filosofia, segundo o autor, podem muito bem ser utilizadas com proveito para formas de compreensão diferentes da busca amplamente não empírica por condições necessárias (ou, ocasionalmente, necessárias e suficientes) que caracterizam a análise conceitual contemporânea.

Desse modo, na visão de Schauer (2015, p. 35-39), a metodologia analítica que ele critica como sendo "essencialista", falha justamente ao constatar que, embora a coerção seja uma das características mais importantes do direito, senão a mais importante, ela não se configura como uma condição suficiente ou mesmo necessária para a existência do direito. O que Schauer tem em mente é que, na busca pelas condições necessárias e suficientes do

²⁹ Embora Schauer critique o essencialismo metodológico na teoria do direito, autores comprometidos com uma concepção essencialista do conceito de direito poderiam argumentar que nem todos os conceitos são determinados por critérios descritivos ordinários. Poder-se-ia sustentar, por exemplo, que o conceito de direito possui uma estrutura semântica peculiar, aproximando-se dos chamados conceitos de tipo natural, cuja referência é fixada por uma relação causal com uma prática social subjacente, conforme sugerem teorias causais da referência associadas a Saul Kripke e Hilary Putnam. Se esse fosse o caso, uma abordagem essencialista da natureza do direito poderia ser defendida sem recorrer à identificação de condições necessárias e suficientes no sentido tradicional. Essa estratégia, contudo, pressupõe um compromisso teórico que Schauer explicitamente rejeita, dado seu ceticismo quanto a explicações essencialistas do conteúdo conceitual e sua preferência por abordagens centradas em propriedades típicas e empiricamente salientes do fenômeno jurídico.

conceito de direito, um teórico pode acabar investigando aquilo que menos importa para o direito e perdendo de vista o que realmente importa.

Além disso, de acordo com Schauer (2015, p. 37), cientistas cognitivos que estudam a formação de conceitos chegaram a um consenso quase unânime de que as pessoas não utilizam os conceitos conforme a visão tradicional baseada em "características essenciais". Em vez disso, entende-se que os conceitos são estruturados em torno de casos centrais — como aves que podem voar — e casos periféricos — como aves que não podem voar. Outro exemplo apresentado por Schauer é o de casas flutuantes que são permanentemente ancoradas. Elas podem ser vistas como semelhantes a barcos, mesmo que não representem exemplos centrais de barcos e também podem ser vistas como casas, embora não sejam casos centrais de casas.

Desse modo, no pensamento e na linguagem, as pessoas frequentemente operam com protótipos, paradigmas ou casos centrais para os conceitos e palavras que utilizam, enquanto outros casos são considerados mais marginais, menos evidentes ou mais periféricos, afirma Schauer. Além disso, a categorização mental frequentemente associa conceitos a propriedades específicas — como a capacidade de voar no caso dos pássaros — que nem sempre se aplicam a todos os casos centrais de uma categoria.

Embora existam muitos debates entre os cientistas cognitivos, há amplo consenso de que a visão de formação de conceitos baseada em condições ou propriedades necessárias e suficientes não reflete com precisão como as pessoas realmente pensam.

Segundo Schauer (2015, p. 38), essa ideia encontra eco em diversas tradições filosóficas, destacando-se Ludwig Wittgenstein (2009, p. 66–67), que notoriamente introduziu o conceito de semelhança de família como uma forma de compreender a linguagem e os conceitos que ela envolve. Wittgenstein argumentou, de maneira particularmente influente, que os elementos que denominamos "jogos" não possuem características comuns compartilhadas por todos os membros dessa categoria.

Para Wittgenstein, os jogos não podem ser definidos por propriedades necessárias ou essenciais, nem mesmo no caso daqueles que consideramos centrais ou paradigmáticos. Ele rejeitou a ideia de que seria possível identificar características essenciais nos casos paradigmáticos de jogos, enquanto reconhecia que alguns casos marginais poderiam compartilhar apenas algumas dessas propriedades. Em vez disso, sugeriu que os jogos se conectam entre si por uma rede de semelhanças sobrepostas, assemelhando-se mais aos fios entrelaçados de uma corda do que aos elos de uma corrente.

Essa metáfora ilustra que qualquer coisa que identificamos como jogo compartilha algumas propriedades com outros jogos, mas não há um conjunto de características que esteja presente em todos eles. Essa ausência de uniformidade aplica-se inclusive aos casos centrais ou claros de jogos, reforçando a ideia de que os conceitos não são estruturados de maneira rígida ou essencialista, mas sim como constelações de semelhanças parciais que se sobrepõem e interconectam.

Nesse sentido, Schauer (2015, p. 38-39) defende uma metodologia mais empírica para a teoria do direito e trata o próprio conceito de direito como um *cluster concept* (conceito de agrupamento), um conceito definido por um conjunto de critérios de aplicação com diferentes pesos, sendo que critério algum, isoladamente ou em conjunto, atua como uma condição necessária ou suficiente para o uso do conceito. Nem mesmo os casos centrais desse conceito podem ser reduzidos a uma combinação fixa de características essenciais. Esse modelo reflete uma abordagem mais flexível, que reconhece a complexidade inerente à aplicação de conceitos, explica Schauer (2015, p. 39).

Além da visão wittgensteiniana, outras formas de antiessencialismo também têm exercido bastante influência. Alguns filósofos alinhados com descobertas da ciência cognitiva, defenderam uma teoria de protótipos, segundo a qual os conceitos não são regidos por critérios absolutos, mas por exemplos paradigmáticos que influenciam a maneira como compreendemos e classificamos categorias. Essa abordagem se aproxima das evidências empíricas sobre como as pessoas formam conceitos, priorizando casos prototípicos, enquanto admitem variações e exceções.

Mais recentemente, o interesse filosófico e científico tem se voltado aos chamados "genéricos" — caracterizações que são geralmente verdadeiras, mas toleram exceções. Por exemplo, afirmar que "o queijo suíço tem buracos" ou que "as aves voam" não implica que isso seja universalmente verdadeiro, mas reflete uma generalização que é, na maioria das vezes, válida. Assim, segundo Schauer (2015, p. 39), parece que uma característica importante da cognição e da comunicação humanas é o uso de caracterizações probabilísticas, mas não universalmente verdadeiras, como uma parte vital da existência cognitiva e comunicativa. Em suma, o direito pode muito bem ser genérico, um *cluster concept* (conceito de agrupamento) ou uma semelhança de família.

Logo, para Schauer (2015, p. 40), se o conceito de direito ou a aplicação adequada da palavra direito, é mais bem caracterizada de uma forma antiessencialista, ou se o fenômeno do direito simplesmente não tem essência, então, a ausência de coerção nas coisas propriamente ou pelo menos plausivelmente entendidas como direito não é mais impedimento para a

coerção ser uma característica importante do caso central do direito.

Se uma afirmação não quantificada sobre o direito é resistente a contraexemplos, então, a afirmação de que o direito é coercitivo, pode ser semelhante a afirmações como "mosquitos transmitem malária" e "aves voam". A coerção pode ser para o direito o que voar é para as aves: não estritamente necessário, mas tão onipresente que uma compreensão completa do fenômeno exige que o consideremos.

Por outro lado, o direito não coercitivo pode ser como uma ave que não voa, ou seja, útil para dizer algo sobre todas as aves, mas dificilmente merecendo atenção exclusiva ou mesmo dominante. E, portanto, se o direito coercitivo é a instanciação dominante do direito como ele é experimentado, o fato de alguma lei, mesmo que importante, não ser coercitiva, deve ser reconhecido, mas não deve distorcer uma investigação sobre a natureza do fenômeno social que é o direito.

3.2.2 O Problema do Abandono do Método Analítico para Green

De acordo com Green, não apenas a interpretação de Schauer sobre Hart está equivocada, mas também sua proposta de que a teoria do direito deva abandonar o método analítico, acarretaria sérios problemas. Segundo o autor, para sabermos o que é típico sobre o direito, antes de mais nada, precisamos saber o que vamos contar como sendo direito, isto é, quais práticas sociais reconheceremos como práticas jurídicas. Agora, para contarmos uma prática como jurídica, precisamos de um conceito de direito, com suas condições necessárias e suficientes.

Em *The Forces of Law: Duty, Coercion, and Power* (2015), Green faz uma resenha crítica da obra *The Force of Law*, de Schauer e sai em defesa de Hart, justamente colocando em discussão o problema que seria gerado em caso de abandono do método analítico em teoria do direito. Para Green, uma prática somente pode ser contada como jurídica, se houver um conceito de direito seguido de suas condições necessárias e suficientes³⁰ (2015, p. 165), ou

³⁰ Talvez o ataque de Green seja mais forte do que o necessário, porque Schauer não está dizendo que não dá para reconhecer o direito — só que talvez não precisemos de uma definição fechada para isso. Schauer (1996, p. 40-44) diz que existe diferenciação suficiente para que possamos identificar facilmente as instituições responsáveis pelo conjunto de prescrições rotulado como "direito". Por sua vez, Veronica Blanco diz (com base em Frank Jackson): "Sabemos reconhecer um elefante quando vemos um — mas isso não significa que podemos definir com precisão o que é um elefante com base apenas no nosso uso comum do conceito" (2006, p. 29-44). Ou seja, o uso comum e intuitivo funciona bem para identificação prática, mas pode falhar como base para distinções analíticas rigorosas. Ela está dizendo que há um espaço entre reconhecer algo na prática e ter um conceito teórico bem delimitado para esse algo. E Schauer, nesse ponto, parece dizer que o primeiro basta para fazer uma teoria do direito empírica. Em suma, Schauer não é contra identificar o direito como fenômeno reconhecível na prática social, ele só desconfia da necessidade de definições analíticas rígidas com condições

seja, para que seja possível saber o que é típico sobre o direito, inicialmente, é preciso saber o que será contado como sendo direito, isto é, quais práticas sociais serão reconhecidas como práticas jurídicas.

Sendo assim, já no início do artigo, ao analisar um excerto do texto do Schauer (2015, p. 1), Green (2015, p. 164) extrai duas afirmações. A primeira diz que o direito obriga as pessoas a fazerem coisas que não gostariam de fazer e a segunda, diz que o direito insiste em que as pessoas ajam de acordo com seus desejos, independentemente de seus próprios interesses ou julgamento sobre o assunto. Para Green, Schauer interpreta a segunda afirmação à luz da primeira e, por meio de tal interpretação, conclui que a força é um tipo de mecanismo usado pelo direito que culminaria em uma insistência, já que caracteristicamente, se não necessariamente, ele obriga o indivíduo a fazer coisas por meio da força. Feita essa leitura, se o direito pode insistir sem forçar, Green se pergunta por qual motivo a força teria, então, um interesse especial para a teoria do direito.

Segundo o autor, essa pergunta tem duas respostas. A resposta mais óbvia seria o interesse moral, pois forçar as pessoas a fazerem algo exige algum tipo de justificativa e o recurso à força coercitiva possui uma carga especial de justificação. Já uma segunda resposta segue o pensamento positivista dos filósofos Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen que defendem que mesmo quando parece o contrário, o direito é uma espécie de força coercitiva, isto é, de ordens baseadas em ameaças e no uso da força, em caso de descumprimento (Green, 2015, p. 165).

O pensamento hartiano, contudo, difere da visão anterior. Em sua leitura, Green expõe que Hart também acredita que a força coercitiva é muito importante para o conceito de direito, mas ele não acha que seja possível identificar o direito com a força, pois para ele o direito é uma organização de regras sociais e seu recurso à força, embora humanamente necessário, não é conceitualmente necessário. Nesse ponto, segundo Green, Schauer não discorda de Hart, mas acha que muito do que é importante sobre o direito é perdido se houver uma insistência em falar estritamente. Com isso, Schauer sugere que a filosofia do direito desista de sua obsessão em descobrir quais características, se houver, são necessárias para o direito e os sistemas jurídicos e pense mais sobre o que é amplamente típico deles, ou seja, que a análise seja deixada de lado em detrimento do que realmente conta como direito. Para tal,

necessárias e suficientes. Logo, a crítica de Green à suposta incoerência de Schauer pode estar exagerando, porque Schauer admite uma forma de reconhecimento prático funcional, mesmo sem método analítico. A citação de Blanco reforça a ideia de que podemos trabalhar com reconhecimento sem necessariamente ter uma definição conceitual fechada.

Schauer sugere uma metodologia para o conceito de direito, a qual Green chama de uma "filosofia da filosofia jurídica" (2015, p. 165).

Segundo Green, apesar da crítica de Schauer ser direcionada a Hart, ela também recai sobre ele como sendo um dos muitos que fazem "esforços para marginalizar o lugar da força bruta na explicação do que torna o direito distinto" (2015, p. 165). Sendo assim, conforme visto no tópico 3.1.2, para Green, a importância da coerção para a eficácia do direito não é um assunto para generalização ou estipulação, ele requer uma explicação do conceito de coerção.

Além disso, Green (2015, p. 175-176) afirma que existem sistemas jurídicos possíveis que não contêm nenhuma norma coercitiva e, mesmo sem tais normas, também é possível que esses sistemas sejam eficazes. De acordo com Green, Schauer concorda com essa visão e admite que a coerção não é uma característica conceitualmente necessária dos sistemas jurídicos, porém, seu objetivo não é rejeitar essas proposições, mas negar sua importância para a teoria do direito.

Green (2015, p. 176) aponta que para Schauer os produtos do esforço de tentar compreender as condições necessárias e suficientes para que algo seja considerado como direito são uma "obsessão equivocada e essencialista" do que deveria ser, em detrimento de um interesse mais produtivo do que normalmente é. Ou seja, para ele, as verdades conceituais sobre o direito, se é que existe alguma, importam menos do que as verdades empíricas contingentes. Segundo Green, ao tentar restabelecer um equilíbrio em favor de uma tese da coerção, Schauer desafia o modo de investigação predominante da teoria do direito. Schauer sustenta que se a coerção não é essencial para o conceito de direito, então ela perde seu interesse filosófico ou teórico em explicar a natureza do direito, já que as pessoas possuem uma tendência em acreditar que se algo não for essencial, esse algo não conta. Contudo, para Green, essa conclusão não se justifica (2015, p. 176-177).

Por um lado, se for verdadeiro que as principais funções do direito são orientar e avaliar a conduta e se a função habitual das sanções em um sistema jurídico é auxiliá-las, então, a coerção desempenha um papel muito importante na compreensão das obrigações jurídicas. Por outro lado, mesmo que a coerção não seja uma característica conceitualmente necessária do direito, o fato de ser amplamente utilizada não ocorre por acaso. Segundo Green, Schauer mostra em sua obra que existem explicações não triviais para o motivo pelo qual a força coercitiva é uma característica de todos os sistemas jurídicos históricos e existentes. Entretanto, o que Green não tem como certo é o motivo de Schauer entender que isso representa algum desafio ao modo de investigação predominante da teoria do direito. Afinal, segundo Green, é Hart quem insiste que "um lugar deve ser reservado, além das definições e

afirmações comuns de fato, para uma terceira categoria de afirmações, aquelas cuja verdade depende dos seres humanos e do mundo em que vivem, retendo as características salientes que eles têm" (Hart, 2011, p. 199-200).

Segundo Green, para Hart, o que é "humanamente necessário" é tão importante para o conceito de direito quanto o que é "estritamente necessário" e, assim como Green, Schauer também acompanha essa assertiva hartiana. Às vezes, porém, Green (2015, p. 177) afirma parecer que Schauer quer ir mais longe. Em alguns pontos, Schauer parece cético quanto à capacidade de qualquer pessoa de elaborar quaisquer condições necessárias e suficientes para qualquer coisa de interesse do direito: "[e]m vez de definir o direito em termos da natureza de suas normas ou da natureza de suas fontes, podemos pensar no direito simplesmente como sendo a atividade exercida por tribunais, advogados e o conjunto sociologicamente definido de instituições que os rodeiam" (Schauer, 2015, p. 121)³¹.

Para Green, o que Schauer não leva em consideração é que entre as atividades costumeiramente desempenhadas por tribunais, advogados e assim por diante, também há violações regulares e previsíveis do direito, além de haver também, fora do tribunal, uma grande quantidade de aplicação e cumprimento do direito. Ou seja, para Green (2015, p. 177), Schauer falha ao definir o direito como sendo simplesmente o que os tribunais fazem.

Diante disso, afirma haver um ceticismo ainda mais profundo em Schauer quando este diz que a existência de disputas filosóficas ainda presentes, serve de alerta contra uma aceitação muito rápida da ideia de que procurar a natureza do fenômeno jurídico deve ser um exercício de busca pelas propriedades essenciais do direito, mesmo nos casos centrais ou de padrões. Para Green (2015, p. 177), o que existe é uma dificuldade de entender a importância da diferença entre algo que conta como sendo o direito e algo que não conta como direito.

A preocupação de Schauer com o "essencialismo" e com encontrar as condições necessárias e suficientes para as coisas é, então, de acordo com Green, inconstante. O autor (2015, p. 178) concorda com Schauer que é errado partir do fato de que a conformidade das pessoas com o direito não é totalmente autointeressada para a conclusão de que as pessoas obedecem ao direito como tal, ou que a consideram legítima. Isto é, Green concorda com Schauer quando este afirma que não se pode supor que só porque as pessoas fazem o que uma figura de autoridade lhes diz, elas devem fazer isso porque aceitam a autoridade dessa figura. Para Green (2015, p. 178), não se chegará a lugar algum com esses problemas até que se

³¹ Do original: "Rather than defining law in terms of the nature of its norms or the nature of its sources, we might instead think of law simply as the activity engaged in by courts, lawyers, and the sociologically defined array of institutions that surround them" (Schauer, 2015, p. 121).

distinga entre conformar-se a (*conforming to*) uma diretiva e seguir essa (*complying with*) diretiva. Acertar isso, conforme Green, pode ser complicado e, para isso, segundo Schauer, "devemos nos envolver em uma análise cuidadosa" (2015, p. 6). Para tal, Schauer afirma ser necessário desenvolver um relato da própria ideia de obedecer à lei como lei, mas segundo Green, o próprio Schauer acusa Hart de um erro nesse sentido, ao dizer que este deixa de esclarecer cuidadosamente o que é obedecer à lei apenas porque é a lei.

Com isso, Green (2015, p. 179) afirma que não tem ideia do que equivaleria ao que Schauer chama de "análise cuidadosa" ou "esclarecer exatamente o que é obedecer", ou "a própria ideia" de obediência, se não forem simplesmente tentativas dele de estabelecer as condições necessárias e suficientes para que uma atitude seja considerada obediência. De acordo com Green, só será possível saber se a obediência será uma atitude que poderá ou não ser totalmente explicada em termos de condições necessárias e suficientes para a aplicação dos conceitos relevantes, quando alguém tentar fazer isso.

Desse modo, Green (2015, p. 179) afirma que Schauer, insatisfeito com a ideia de que a coerção não é parte necessária do conceito de direito, pelo menos não pelos padrões exigentes que ele mesmo aplica ao conceito de obediência, tenta reduzir tudo na forma de um "empirismo ingênuo" e questiona se os filósofos jurídicos sequer sabem o que é um conceito. Para Green, esse "empirismo cego de conceitos" não chegará a lugar nenhum sem que antes se saiba o que conta como o quê.

Em suma, o artigo de Green (2015, p. 180) defende três proposições contrárias às alegações de Schauer. A primeira é que a força do direito é a soma de três forças diferentes e distintas: a imposição de deveres, o uso de coerção e o exercício do poder social. Por mais que a coerção seja um membro muito importante do trio, ela é o que é e não pode fazer o papel das outras duas coisas. A segunda é que mesmo que a coerção não faça parte do conceito de direito, ela está conectada ao direito de muitas maneiras importantes, e essas são amplamente reconhecidas na filosofia do direito analítica contemporânea. Por fim, não é possível determinar a importância da coerção para a eficácia do direito até que seja definido o que conta como força coercitiva, isto é, antes de computar todas as maneiras que o direito tem para coagir um indivíduo, é preciso saber o que conta como coerção. E tal questão, do que conta como coerção, não é um assunto para generalização ou estipulação, requer uma explicação analítica do conceito de coerção. Da mesma forma, para que seja possível que uma prática possa ser contada como jurídica, é imprescindível um conceito de direito, com suas condições necessárias e suficientes. Desse modo, ao atacar a metodologia analítica, segundo Green (2015, p. 179), Schauer incorre em um empirismo ingênuo.

3.2.3 Empirismo Ingênuo

Schauer, em sua resposta a Green no artigo *A Reply to Five Friends* (2016, p. 2), questiona a acusação de "empirismo ingênuo". Ele afirma que Green acredita ser ingênuo ou equivocado fazer uma análise empírica de algo sem que se saiba claramente o que se está examinando, ou seja, é um erro tentar contar coisas sem saber exatamente o que se está contando. Segundo Schauer (2016, p. 2), a questão é se é possível contar instâncias de comportamento, ou qualquer outra coisa, se o que se está buscando contar tem exemplos centrais e marginais, ou se é um *cluster* (conjunto) conectado apenas por uma semelhança familiar, ou de alguma outra forma não pode ser totalmente especificado antes da contagem.

Em sua defesa, Schauer (2016, p. 2, nota 2) afirma que nas pesquisas empíricas de qualidade nas quais se baseou, o que importa não é saber o que se está contando, mas identificar conexões causais entre fenômenos, como acontece com as conexões causais entre o direito e as decisões judiciais ou não judiciais. Schauer argumenta que se Green quis dizer que é verdade que examinar a causalidade de algo requer alguma avaliação da frequência das variáveis independentes e dependentes, então não há discordância entre eles. Entretanto, se Green está sugerindo que uma boa pesquisa empírica é sobre contagem como um fim em si mesma, então Schauer discorda de Green.

Na visão de Schauer (2016, p. 2), Green parece acreditar que é equivocado tentar até mesmo examinar a presença ou frequência dos itens a serem investigados sem antes definir com precisão a natureza da entidade, algo que descrições baseadas em *clusters* (conjuntos), protótipos ou semelhanças familiares nos conceitos não permitem de forma adequada. Já outros filósofos insistem, segundo Schauer, que esse tipo de especificação precisa é desnecessária no início, mesmo que o resultado de uma investigação conceitual ou empírica possa então permitir uma especificação posterior³². Mas embora a questão de quanta especificação por meio de propriedades essenciais seja necessária para se envolver em uma investigação empírica direcionada causalmente apresente um debate metodológico interessante e importante, segundo Schauer, pode não ser um debate tão relevante para seu uso de evidências empíricas quanto Green supõe.

³² Immanuel Kant, por exemplo, não acreditava que a filosofia poderia partir de definições. Para ele, a filosofia chegava a definições. Na obra "Lógica", no §107, Kant afirma que: "Na filosofia não se deve começar por definições. Pois, como os conceitos que se devem definir só podem ser tomados de juízos, e estes de princípios, o conhecimento ainda está no seu começo e, por conseguinte, os conceitos são ainda indeterminados. Só se pode defini-los corretamente a posteriori, quando o objeto já tiver sido suficientemente analisado" (1996, p. 129).

Embora reconheça que explicações baseadas em características essenciais do direito, da coerção e de outros conceitos centrais sejam problemáticas, Schauer (2016, p. 2-3) sustenta que a maior parte das evidências empíricas reunidas em *The Force of Law* apoia uma alegação cuja clareza conceitual ele próprio não contesta: trata-se de um fenômeno que, segundo ele, é razoavelmente bem delimitado quanto ao que se pretende medir. Mais especificamente, as evidências empíricas mobilizadas por Schauer dizem respeito a uma questão precisa e bem especificada, uma questão, aliás, sobre a qual há concordância entre ele e Green: até que ponto autoridades e cidadãos comuns internalizaram o direito como uma razão para suas decisões? Segundo Schauer (2016, p. 3), no cerne de *The Force of Law* está a alegação de que tal internalização, na ausência de força, coerção, sanções ou outras formas de incentivos externos, é muito mais rara do que comumente se supõe. Em outras palavras, para Schauer, a questão principal é a relevância e a predominância do ponto de vista externo.

Mesmo que Schauer (2016, p. 3) concorde com Green que é essencial saber o que se está tentando analisar para conduzir um exame empírico rigoroso e eficaz, ele ressalta que ambos estão alinhados quanto à definição do que significa um agente possuir um ponto de vista interno. De acordo com Schauer, ele e Green podem divergir sobre a necessidade de uma explicação empírica do direito incluir propriedades essenciais do próprio direito, assim como podem discordar quanto à necessidade de uma explicação empírica da coerção abordar propriedades essenciais dessa ideia. No entanto, Schauer enfatiza que essa não é a questão central em debate.

Para Schauer (2016, p. 3), a questão central é se autoridades e cidadãos adotam um ponto de vista interno em relação ao direito e qual é a extensão desse ponto de vista. Ele argumenta que não há evidências claras de discordância entre ele e Green sobre essa definição. Assim, se ambos compartilham um entendimento comum sobre o que constitui um ponto de vista interno, o uso das evidências empíricas por Schauer para investigar essa questão dificilmente poderia ser classificado como ingênuo, mesmo sob a perspectiva de Green.

No entanto, Schauer (2016, p. 3) suspeita que o que motiva a acusação de ingenuidade feita por Green é uma preocupação subjacente, menos explicitamente articulada, de que ele tenha caído na armadilha de ignorar o ponto de vista interno em si. Para Schauer, Green parece temer que ele, de forma ingênua e equivocada, suponha que estudos empíricos externos sobre o comportamento dos sujeitos do direito possam fornecer tudo, ou mesmo grande parte, do que é necessário para compreender a natureza do direito.

Schauer (2016, p. 3) argumenta que é equivocado acreditar que tudo o que se precisa saber sobre o direito pode ser compreendido apenas por meio da observação externa do comportamento. Tanto cidadãos quanto autoridades têm um ponto de vista interno, e eles têm motivações, intenções, razões e muito mais. No entanto, ao criticar a pesquisa externa ou comportamental sobre o comportamento de autoridades e sujeitos do direito, Hart, e possivelmente Green, parecem confundir o ponto de vista externo com evidências externas do ponto de vista interno, e esta é uma confusão que vai para algumas das questões mais importantes da metodologia da Filosofia do Direito.

De acordo com Schauer (2016, p. 3), como já é completamente familiar, Hart focou grande parte de sua análise na ideia do ponto de vista interno. As pessoas têm um ponto de vista interno com relação a alguma regra ou sistema de regras quando usam a regra como base para suas próprias decisões e como pressuposto para avaliar as decisões de outros. De forma simplificada, indivíduos, incluindo juízes, que adotam o ponto de vista interno em relação a uma regra baseiam suas decisões nela.

Consoante Schauer (2016, p. 3-4), em *The Concept of Law*, Hart contrasta o ponto de vista interno com o ponto de vista externo. O ponto de vista interno reflete o envolvimento dos indivíduos com uma regra, enquanto o externo observa as regras de fora, limitando-se a identificar regularidades no comportamento. Schauer destaca que Hart reconhece que um observador externo pode comentar sobre o ponto de vista interno de pessoas inseridas em um sistema de regras. No entanto, para Hart, segundo ele, um ponto de vista externo puro foca apenas em padrões de comportamento e nas previsões derivadas deles.

Schauer (2016, p. 4) observa que essa perspectiva externa ignora o fato de que os membros de um grupo podem adotar uma "atitude reflexiva crítica" em relação às regras, avaliando os comportamentos com base nos padrões normativos estabelecidos por elas. Assim, um ponto de vista puramente externo negligencia como as regras, sejam jurídicas ou não, funcionam como razões para as ações humanas, um elemento central da condição humana.

Contudo, conforme aponta Schauer, é crucial distinguir entre a noção de ponto de vista interno e as evidências que podem ser utilizadas para determinar qual é, de fato, o ponto de vista interno de um indivíduo ou grupo. Um juiz, por exemplo, pode afirmar ter um ponto de vista interno sobre uma ou todas as regras jurídicas, mas esse testemunho é apenas uma evidência do que seu ponto de vista interno realmente o é. Suas ações e decisões, por sua vez, são indicativos mais concretos das normas que ele efetivamente internalizou.

De acordo com Schauer (2016, p. 4), se um estudo empírico, com uma amostra grande o suficiente, revelar que o gênero dos litigantes tem impacto nos resultados, mas que o texto da regra jurídica em si não influencia, então é possível concluir que o juiz não tem um ponto de vista interno com relação a essa regra, mas tem um com relação à norma baseada em gênero que não está incorporada em uma regra jurídica. Nesse caso, a evidência empírica revelaria qual norma o juiz internalizou, e, apesar de ser uma observação externa do comportamento, isso não contradiz a existência de um ponto de vista interno.

Desse modo, segundo Schauer (2016, p. 4), não está claro se Green comete o mesmo erro de Hart, mas também não se pode afirmar que ele não o faz. No entanto, seu argumento, e possivelmente a acusação de empirismo ingênuo, abre a oportunidade para discutir a distinção entre o ponto de vista externo e o uso de evidências externas para tirar conclusões sobre o ponto de vista interno de um agente, bem como sobre a adoção de um ponto de vista interno em relação às regras jurídicas. Quase todas as evidências empíricas em *The Force of Law* estão voltadas para apoiar a afirmação de que a internalização do direito, sem sanções ou incentivos materiais, é bem menos comum do que Hart e outros acreditam.

É nesse contexto, dando continuidade ao debate sobre a relação entre coerção e normatividade, que Schauer volta sua atenção à figura do *puzzled man*, tal como concebida por Hart. Essa figura assume, então, um papel central na reflexão sobre os mecanismos por meio dos quais o direito exerce influência sobre o comportamento dos indivíduos.

3.3 PUZZLED MAN: POR QUE OBEDECEMOS À LEI?

Desde a publicação de *The Concept of Law* (1961), o impacto de Hart sobre os teóricos do direito que o sucederam no *mainstream* da área foi imenso. Hart contribuiu para desviar o foco do papel da coerção como característica essencial do direito. Em sua obra, ele (Hart, 1994, p. 40) argumenta que o direito não deve ser visto como um conjunto de instruções sobre quais sanções as cortes de justiça devem aplicar ao *bad man* — o indivíduo que só se importa com as consequências de suas ações ilegais sobre seus interesses egoístas — nem sobre como essas sanções devem ser impostas. Em vez disso, Hart propõe pensar o direito como um conjunto de orientações voltadas ao *puzzled man* — aquele que quer fazer o que se requer dele, precisando apenas saber o que é que se requer dele afinal. Nesse modelo, o direito cumpre a função central de orientar o cidadão comum em sua vida cotidiana, em vez de servir como guia para as autoridades no seu uso da força em litígios e processos. Essa perspectiva

predominou até a publicação de *The Force of Law* (2015), de Schauer, que retoma a discussão sobre a centralidade da coerção para explicar os fenômenos jurídicos.

Schauer (2015, p. 42) interpreta o *puzzled man* de Hart como alguém motivado a fazer o que a lei determina que seja feito, simplesmente porque é a lei. Ele (Schauer, 2015, p. 48) sugere que o interesse de Hart em uma guinada explicativa na filosofia do direito, do *bad man* para o *puzzled man*, teria de se basear em uma questão empírica: a existência de um número suficiente de *puzzled men*. Ou seja, para que essa abordagem seja válida, seria necessário que o direito, enquanto tal, motivasse empiricamente uma parcela relevante da população, independentemente de coerções. Isso é que justificaria a virada paradigmática de Hart. Schauer, no entanto, desafia esse suposto fato empírico e, por isso, dedica grande parte de seu livro a empregar e defender uma metodologia empirista.

Desse modo, essa seção buscará, inicialmente, analisar o texto de Hart que originou esse debate, no qual ele apresenta a figura do *puzzled man* para ilustrar sua crítica às teorias que reduzem as normas jurídicas a comandos respaldados pela ameaça de sanções, já que para ele os participantes de um sistema jurídico frequentemente têm uma atitude de aceitação interna das normas (eles veem as regras como guias legítimos de conduta), e não apenas de conformidade externa baseada no medo de punições. Em seguida, serão examinadas as críticas de Schauer à posição de Hart, bem como as objeções levantadas por Green à abordagem de Schauer. Na sequência, será examinada a réplica de Schauer às considerações de Green. Por fim, será discutido o ponto de vista de Lucas Miotto, que oferece uma contribuição significativa para o debate.

3.3.1 O *Puzzled Man* Hartiano

Na base da teoria de Hart está a ideia de que o direito não pode ser compreendido adequadamente se for reduzido a um sistema de ordens respaldadas por ameaças. Em *The Concept of Law*, Hart argumenta que essa concepção obscurece a complexidade e a variedade das normas jurídicas. Para ele, o direito moderno deve ser compreendido como um sistema de regras que inclui tanto aquelas que impõem deveres quanto aquelas que conferem poderes — e, mais profundamente, como um conjunto de práticas sociais que envolvem a aceitação interna dessas regras por parte dos seus participantes.

É nesse contexto que Hart introduz, no início do terceiro capítulo da obra, a figura do *puzzled man* — o "homem intrigado" ou "homem ignorante" que está disposto a agir conforme o direito, desde que saiba o que o direito exige. A menção ao *puzzled man* surge

como parte de uma crítica ao modelo reducionista que toma o *bad man*, proposto por Holmes, como paradigma: o indivíduo que só se importa com as consequências jurídicas de seus atos. Para Hart, essa visão não captura a função orientadora da norma jurídica nem o fato de que muitos recorrem ao direito não para evitar punições, mas para organizar a própria vida dentro de um sistema normativo.

No trecho relevante, Hart (2012, p. 40) escreve:

Às vezes é defendido, em favor de teorias como a que está sendo considerada que, ao reformular a regra na forma de uma diretiva para aplicar sanções, se obtém um avanço em clareza, pois essa forma deixa claro tudo o que o '*bad man*' quer saber sobre o direito. Isso pode ser verdade, mas não deixa de parecer uma defesa inadequada para a teoria. Por que razão o direito não deveria se preocupar igualmente, senão mais, com o '*puzzled man*' ou '*ignorant man*' que está disposto a fazer o que é exigido, desde que lhe digam o que é? Ou com o 'homem que deseja organizar seus negócios' desde que lhe digam como? É claro que é muito importante, se quisermos entender o direito, ver como os tribunais operam quando aplicam suas sanções. Mas isso não deve nos levar a pensar que tudo o que há para entender é o que acontece nos tribunais. As principais funções do direito como um meio de controle social não devem ser vistas em litígios ou processos privados, que representam provisões vitais, mas ainda auxiliares, para as falhas do sistema. Deve ser vista nas diversas maneiras pelas quais o direito é usado para controlar, orientar e planejar a vida fora dos tribunais.³³

Partindo do texto, portanto, é possível observar que para Hart (1994, p. 40), em vez de o direito ser pensado como um conjunto de instruções determinando quais sanções as cortes de justiça devem aplicar ao *bad man* e de que maneira tais sanções devem ser aplicadas, deve-se pensar o direito como um conjunto de instruções para o *puzzled man*, aquele que, por qualquer razão, quer fazer o que se requer dele, precisando apenas saber o que é que se requer dele afinal.

Esse exemplo não expressa ou pressupõe, segundo Hart, nenhuma visão sobre o porquê de as pessoas se conformarem com o direito. Nesse sentido, o *puzzled man* representa um indivíduo que busca no direito uma orientação prática: alguém disposto a agir conforme o que se exige dele, desde que lhe digam o que é exigido. Essa figura não depende da coerção para

³³ Tradução e destaque nossos. Do original: "It is sometimes urged in favour of theories like the one under consideration that, by recasting the law in a form of a direction to apply sanctions, an advance in clarity is made, since this form makes plain all that the 'bad man' wants to know about the law. This may be true but it seems an inadequate defence for the theory. Why should not law be equally if not more concerned with the 'puzzled man' or 'ignorant man' who is willing to do what is required, if only he can be told what it is? Or with the 'man who wishes to arrange his affairs' if only he can be told how to do it? It is of course very important, if we are to understand the law, to see how the courts administer it when they come to apply its sanctions. But this should not lead us to think that all there is to understand is what happens in courts. The principal functions of the law as a means of social control are not to be seen in private litigation or prosecutions, which represent vital but still ancillary provisions for the failures of the system. It is to be seen in the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life out of court." (Hart, 1994, p. 40).

obedecer à norma, e tampouco representa uma adesão moral robusta, ela é, antes, um exemplo de alguém que vê o direito como um guia confiável para ação.

Insta destacar ainda, que a teoria do direito como predição, componente chave da filosofia jurídica de Oliver Wendell Holmes Jr., é uma tentativa de refutação de grande parte das definições anteriores de direito. Seu raciocínio baseava-se em um argumento a respeito da opinião de um *bad man*:

Se você quer conhecer o direito e nada mais, você deve olhar para ele como um homem mau, que se preocupa apenas com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, não como um (homem) bom, que encontra seus motivos de conduta, seja dentro ou fora da lei, nas sanções mais vagas da consciência (Holmes, 1897, p. 459).

Assim, para Holmes o direito deveria ser definido como uma previsão, mais especificamente, uma previsão de como os tribunais se comportam. No entanto, como veremos no tópico seguinte, Schauer interpreta essa figura de maneira distinta. Para ele, o *puzzled man* é utilizado por Hart como resposta à concepção preditiva do direito, centrada no *bad man*, aquele que só quer saber das consequências jurídicas de seus atos. Schauer argumenta que, mesmo que a normatividade do direito possa, em tese, guiar o comportamento sem necessidade de coerção, o número de pessoas que de fato age assim, por reconhecer obrigações jurídicas independentes de sanções, é pequeno demais para que esse modelo descritivo tenha relevância empírica.

3.3.2 Schauer Interpreta Hart

Dando continuidade ao debate, após a análise da figura do *puzzled man* hartiano – o indivíduo disposto a fazer o que é exigido dele, desde que lhe esclareçam o que lhe é exigido – será apresentada a crítica formulada por Schauer à concepção de Hart.

Na visão de Schauer (2015, p. 43), a relevância da coercitividade da lei é evidenciada pela sua presença constante no Estado regulatório moderno. Embora críticos como Hart e seus seguidores tenham questionado a ênfase de Bentham e Austin no paradigma do direito penal e da responsabilidade civil, o autor argumenta que, no contexto atual, esse paradigma se tornou ainda mais central. Para Schauer (2015, p. 44), o Estado administrativo moderno exerce um controle muito mais abrangente sobre indivíduos, empresas e associações do que os teóricos do século XIX poderiam ter imaginado. Hoje, essa regulamentação ocorre por meio de uma vasta rede de normas detalhadas, aplicadas mediante a ameaça de sanções como multas, perda de privilégios ou responsabilidade civil.

Além do direito público, Schauer destaca como as transações do direito privado, que antes pareciam voluntárias, estão cada vez mais sujeitas à regulação estatal. Contratos, testamentos e fundos, por exemplo, passaram a incluir implicações jurídicas e fiscais que adicionam novos elementos coercitivos aos sistemas jurídicos modernos (Schauer, 2015, p. 44). Segundo Schauer, a força da lei impacta não apenas o cidadão comum, mas praticamente em todos os setores da sociedade, o que torna impossível ignorar o papel da coerção na compreensão da natureza do direito. Embora se reconheça que nem todos os sistemas jurídicos dependem da coercitividade, negar sua relevância no contexto atual seria equivocado.

Desse modo, Schauer (2015, p. 45) reflete sobre a importância jurídica da coercitividade, questionando como identificar quais características do direito são relevantes para sua análise. Mesmo aqueles que buscam definir a essência do direito devem se concentrar em atributos que sejam também significativos para a compreensão do fenômeno jurídico. Assim, explorar propriedades que são importantes, mas não essenciais, pode ser igualmente valioso.

Mesmo para quem tem uma visão essencialista, as características que Schauer identifica como sendo parte da natureza do direito devem ser aquelas que parecem ser importantes para o direito e para a compreensão mais profunda dele. Mas se é inútil examinar aquelas propriedades que são essenciais, mas não importantes, então talvez uma maneira de entender o argumento até agora é enfatizar que está longe de ser inútil examinar, mesmo filosoficamente, aquelas propriedades que são importantes, mas não essenciais.

Avaliar o papel da importância no foco da investigação possibilita situar a preocupação com o que foi denominado por Hart de *puzzled man*³⁴. Schauer (2015, p. 45) explica que mesmo reconhecendo que a lei não coercitiva desempenha um papel relevante para compreender as múltiplas dimensões do que o direito realiza, grande parte do argumento que posiciona a coerção como secundária na compreensão do fenômeno jurídico baseia-se na ideia de que, em sociedades avançadas, a obrigatoriedade não forçada do direito — sua normatividade — constitui um determinante significativo do comportamento humano. Afinal, segundo Schauer, o direito tem valor como fenômeno, instituição e categoria distintos, especialmente em sua capacidade de influenciar o comportamento das pessoas.

³⁴ Schauer atualiza a linguagem ainda marcada por gênero do termo hartiano e utiliza "puzzled person", sendo mais adequado às sensibilidades contemporâneas sobre inclusão linguística. Entretanto, por uma questão didática, optamos por manter o termo antigo usado por Hart.

Talvez o direito pudesse ter relevância, mesmo que fosse causalmente inerte, uma vez que o exame das leis de uma sociedade pode revelar características de interesse das quais o direito é consequência, explica o autor. Sob essa perspectiva, o direito pode ser visto mais como um indicador do que como uma causa. No entanto, de forma mais realista, o interesse predominante no direito e nos sistemas jurídicos concentra-se em sua capacidade de moldar e influenciar o comportamento humano. A figura do *puzzled man*, apresentada por Hart, que busca no direito orientação para suas ações, simboliza essa visão, destacando o papel normativo do direito na orientação das condutas sociais.

Para Schauer (2015, p. 46), é possível abordar o *puzzled man* e, portanto, a normatividade do direito, de uma perspectiva inteiramente não empírica. Nesse enfoque, seria viável investigar, de modo puramente conceitual, como o direito pode fornecer razões para que seus sujeitos ajam em conformidade com suas disposições apenas pelo fato de se tratar de normas jurídicas. Nesse contexto, eventuais sanções seriam compreendidas como instrumentos para reforçar a normatividade do direito, mas não como elementos indispensáveis à própria normatividade jurídica, em oposição às ideias de Bentham e Austin.

No entanto, em face de uma investigação puramente conceitual em que o *puzzled man* é uma construção potencialmente hipotética e não uma descrição empírica, segundo Schauer (2015, p.46), algumas pessoas podem responder com um simples: "E daí?". Se o direito, desprovido de sanção, realmente não influencia o comportamento humano, então por que devemos nos preocupar com ele? Exatamente neste ponto do raciocínio, o *puzzled man* hartiano emerge sob uma luz diferente, como uma réplica ao simples "E daí?".

De acordo com a interpretação do filósofo americano (2015, p. 46), o *puzzled man* representa aquele indivíduo que realmente assume a obrigação jurídica independente de haver sanções como uma razão para a ação e como uma razão que pode e frequentemente influencia seu comportamento e suas decisões. Mesmo que, em teoria, as obrigações jurídicas possam existir e orientar a conduta sem a necessidade de apoio estatal, a extensão em que essas obrigações são efetivamente internalizadas pelas pessoas permanece uma questão empírica relevante, conforme argumenta Schauer (2015, p. 46). Sem a presença de algum tipo de coerção ou incentivos, poucas pessoas consideram as normas jurídicas como razões suficientes para agir. A coerção é generalizada justamente porque reflete o fato de que seguir a lei apenas por ser a lei, embora possa ser uma construção conceitualmente interessante, não corresponde à realidade da maioria das pessoas na vida cotidiana³⁵.

³⁵ A problematização empírica formulada por Schauer acerca da representatividade do *puzzled man* — isto é, da existência de agentes que tomam o fato de uma norma ser jurídica, enquanto tal, como razão suficiente para agir

Na visão de Schauer (2015, p. 46-47), para Hart, o *puzzled man* não é apenas uma possibilidade teórica, mas uma representação de pessoas que existem em número suficiente e que ignorá-las fornece uma imagem falsa do que é o direito e de como ele realmente opera. Schauer afirma que isso se deve ao fato de que Hart utilizou o *puzzled man* como parte de sua crítica à concepção de Austin, centrada na coerção, argumentando que essa visão não "se ajustava aos fatos" nem reconhecia a "complexidade dos fatos" da relação real entre os indivíduos e o direito.

Além disso, e mais notoriamente, para Schauer (2015, p. 46-47), o *puzzled man* é a característica central da resposta de Hart ao que ele entende como a importância da imagem de Oliver Wendell Holmes do *bad man*. É claro que realmente existem pessoas genuinamente "más", e para elas o direito é uma ameaça iminente às suas tendências exclusivamente egoístas e amorais ou imorais. Mas também, há muitas pessoas que não são "más" em qualquer sentido convencional da palavra, mas que planejam grande parte de suas vidas e muitas de suas atividades no que tem sido chamado de "a sombra do direito".

Segundo o autor (2015, p. 47), ao deixar de lado as conotações desfavoráveis associadas à imagem do *bad man*, emerge um contraste claro entre dois tipos de indivíduos. De um lado, estão aqueles cuja inclinação para obedecer à lei é substancialmente influenciada pela probabilidade de punição; de outro, estão aqueles que seguem a lei apenas porque é a lei, independentemente da possibilidade de sanções. A primeira categoria reflete a visão de pensadores como Bentham, Austin e Holmes, enquanto a segunda representa o *puzzled man* descrito por Hart.

Se Hart e seus seguidores estiverem corretos ao afirmar que os *puzzled men* existem em

— encontra respaldo em diagnósticos clássicos da teoria social da modernidade. Em *Facticidade e Validade*, Jürgen Habermas (2021, p. 30-36) sustenta que o direito moderno emerge no contexto da fragmentação de formas pré-modernas de eticidade substancial, nas quais valores compartilhados, práticas sociais e expectativas normativas constituíam uma ordem relativamente integrada e motivacionalmente eficaz. Com a dissolução desse pano de fundo comum, a moralidade universalista passa a enfrentar um déficit estrutural de motivação, na medida em que seus princípios abstratos se dirigem a um sujeito moral genérico e não se conectam necessariamente ao complexo motivacional concreto dos indivíduos (2021, p. 85-93; 134-146). Esse diagnóstico retoma, em chave sociológica, a crítica formulada por Bernard Williams (1981, p. 101-109) à concepção segundo a qual razões normativas poderiam motivar agentes independentemente de sua estrutura motivacional — crítica frequentemente associada ao problema da *narrow morality*. À luz dessa análise, o *puzzled man* de Hart pode ser compreendido como um tipo real de agente — alguém para quem razões jurídicas enquanto tais são efetivamente motivadoras —, mas não como um tipo socialmente representativo nas condições da modernidade. É precisamente esse ponto que Schauer enfatiza ao questionar a centralidade empírica do *puzzled man*: não se trata de negar sua existência, mas de indagar se ele existe em volume suficiente para que o direito possa operar, de modo generalizado, sem recorrer à coerção. A resposta habermasiana sugere que não. O direito moderno, para coordenar a ação social e estabilizar expectativas de comportamento em contextos de pluralismo moral e motivacional, precisa ser capaz de oferecer razões tanto para agentes normativamente motivados quanto para agentes predominantemente instrumentais. Nesse sentido, a coerção jurídica não substitui a dimensão justificatória do direito, mas funciona como complemento estrutural indispensável à sua eficácia social, reforçando a intuição central que orienta a crítica empírica de Schauer à leitura hartiana do *puzzled man*.

números significativos, isso sugere que os mandamentos legais possuem relevância e força normativa mesmo na ausência de sanções. Contudo, caso Bentham, Austin e Holmes estejam corretos ao argumentar que tais *puzzled men* são apenas uma exceção teórica e raramente encontrados na prática, então uma compreensão do direito que enfatize a coerção não seria tão incompleta quanto frequentemente se alega. Para Schauer (2015, p. 47), a questão é, portanto, revelada como empírica. Segundo ele, Hart ofereceu o *puzzled man* como uma afirmação empírica, mas ele não forneceu nenhum suporte empírico para essa afirmação além da afirmação crua. Dessa sorte, para Schauer, é possível entender e concordar que uma ênfase excessiva na coerção pode deixar certos aspectos do direito sem explicação e que seguir Austin na definição da obrigação jurídica em termos de coerção parece confuso.

Contudo, mesmo admitindo essas objeções, ainda é plausível indagar quão importante realmente é o direito desprovido de coerção. A resposta a essa indagação depende, em grande medida, de até que ponto as pessoas realmente veem os mandamentos jurídicos como razões para agir, independentemente da existência de sanções. Se a maioria das pessoas age dessa forma, como Hart e outros sugeriram, então é realmente um erro dar muita importância à coerção como um elemento importante do fenômeno da legalidade. Mas, se os seguidores da lei que ignoram as sanções são raros, e se os *puzzled men* são poucos e distantes entre si, então não é o relato que enfatiza a coerção, mas aquele que a deixa de lado que apresenta uma imagem distorcida da lei como ela é vivenciada. Dessa maneira, embora Hart acusasse o relato de Austin de não conseguir "fazer justiça à complexidade dos fatos", a solidez dessa acusação repousa em uma afirmação empírica.

Schauer (2015, p. 48) argumenta que, embora seja relativamente fácil compreender o que significa estar livre da ameaça de sanções, pelo menos no caso padrão, a questão do que é obedecer à lei é um pouco mais complicada. Para ilustrar essa ideia, ele utiliza o exemplo das leis contra o roubo. O autor propõe imaginar uma situação hipotética em que ele deseja um carro muito superior ao que possui e ao que pode pagar. Suponha, então, que ao caminhar pela rua, ele se depare com o carro dos seus sonhos estacionado, com as janelas abertas e as chaves tentadoramente deixadas no banco do motorista. O proprietário, presume-se, encontra-se em uma loja próxima, e não há ninguém por perto que possa testemunhar o ato. Nesse cenário, com pouco esforço, ele poderia entrar no carro, ligar o motor e sair dirigindo, sem qualquer resistência ou observação imediata.

Schauer (2015, p. 48-49) observa que, como muitas pessoas, gosta de acreditar que não roubaria o carro no exemplo anterior, mesmo em um cenário inteiramente hipotético no qual não existisse qualquer risco de punição nem leis proibindo tal conduta. Ele sugere que, para

ele e para muitas outras pessoas, a imoralidade do ato seria suficiente para impedir a ação, mesmo que, superficialmente, roubar o carro pudesse satisfazer um desejo imediato. O autor destaca que existem leis contra roubo, que tornam ilegal dirigir o carro de outra pessoa sem autorização, mesmo quando o descuido do proprietário facilita o acesso.

Contudo, Schauer (2015, p. 49) enfatiza que, ao se abster de roubar o carro, seu comportamento está alinhado com a lei, mas não é motivado por ela. Ele argumenta que, mesmo na ausência de uma lei que criminalize o roubo, ele ainda não cometeria o ato, o que significa que sua decisão de não roubar não se deve à lei em si, mas a razões independentes dela. Assim, ele distingue entre "seguir a lei" (*comply with the law*) e "agir de acordo com a lei" (*act consistently with the law*). Embora ambos os casos envolvam ações que não violam a lei, a motivação é essencialmente diferente. "Seguir a lei" implica que a conduta é influenciada pela existência da norma jurídica (o agente age como a lei manda porque é a lei que manda - a norma jurídica é a razão motivadora), enquanto "agir de acordo com a lei" significa que o comportamento é consistente com a lei, mas deriva de razões externas a ela (o agente faz algo que não infringe a lei, mas por motivos independentes dela, a norma jurídica não é a razão da ação mesmo que a conduta esteja dentro dos seus limites).

Schauer ressalta que seu argumento não se baseia em uma distinção meramente linguística entre consistência e conformidade, nem em como a palavra "obedecer" é definida. O que importa é a diferença conceitual fundamental: cumprir a lei porque ela existe versus realizar uma ação que coincide com a lei por motivos independentes. Essa distinção, segundo ele, é central para compreender a relação entre as normas jurídicas e o comportamento humano.

Schauer (2015, p. 49) sugere uma nova analogia para ilustrar a relação entre normas jurídicas e comportamento humano: seu cachorro. Quando ele coloca comida à frente do animal e diz "coma!", o cachorro come, invariavelmente. Contudo, é evidente que o cão não está obedecendo à ordem; ele comeria a comida de qualquer forma, mesmo na ausência do comando. Essa situação, segundo o autor, é comparável aos mandamentos da lei: quando a lei prescreve uma conduta que as pessoas já seguiriam por outros motivos, sua ordem não exerce influência causal.

O autor destaca que o interesse pelo direito está, em grande parte, vinculado à sua capacidade de ser causalmente relevante. Nesse sentido, a distinção entre normas jurídicas que efetivamente modificam o comportamento e aquelas que não têm impacto é fundamental. Se o foco está na obediência à lei, a atenção deve recair sobre os casos em que a lei influencia indivíduos a agirem de maneira diversa do que fariam na ausência dessa norma. Em outras

palavras, o interesse reside nos contextos em que a lei entra em conflito com as inclinações ou decisões que um sujeito teria tomado por razões independentes dela.

Dessa forma, segundo Schauer (2015, p. 49), existem muitos tipos de razões independentes da lei, mas duas são particularmente importantes. O primeiro é o domínio das preferências, desejos, valores ou gostos pessoais independentes da lei. Em segundo lugar, às vezes, as pessoas desejam se envolver no que acontece ser um comportamento proibido, mas se absterem de ceder a essas preferências de primeira ordem ou apenas de interesse próprio porque a moralidade, no sentido mais amplo, restringe seu comportamento.

Segundo Schauer (2015, p. 50), a maioria das pessoas toma decisões sobre suas ações com base em uma complexa combinação de preferências, prudência e moralidade, sendo que essa composição, na maioria das vezes, não precisa incluir o direito. Em geral, muitas das condutas adotadas são consistentes com as normas jurídicas, mas não resultam de uma motivação direta para seguir o direito, isto é, não são feitas por causa da lei.

Schauer (2015, p. 50) esclarece que, ao reconhecer que as pessoas podem ser guiadas por motivos altruístas, solidários, cooperativos e de espírito público, os quais frequentemente geram comportamentos alinhados com tais razões, mas que não são nem egoístas nem decorrentes do direito, torna-se evidente a falsa dicotomia entre o *puzzled man* motivado pelo direito de Hart e o *bad man* automotivado de Holmes.

Além das pessoas que agem motivadas pelo direito e pessoas automotivadas, existem pessoas motivadas pelo bem de outros. Essas pessoas motivadas por outras pessoas e moralmente motivadas não estão apenas interessadas em defender seus próprios interesses, mas também podem e frequentemente levam em conta os interesses de outros, mesmo sem a orientação do direito.

Schauer (2015, p. 51) ressalta que é crucial sublinhar o ponto que encerrou o parágrafo anterior, que a falsa dicotomia entre ações guiadas pelo direito e aquelas motivadas por interesses próprios é onipresente. Para ilustrar esse problema, ele propõe o exemplo de um diálogo com um sociólogo do direito. Nesse diálogo, o sociólogo questiona por que algumas pessoas seguem a letra da lei, mesmo na ausência de uma ameaça de sanção por descumprimento, cientes de que agir de acordo com o direito pode não ser do seu interesse e, em alguns casos, resultar em custos materiais ou de outra natureza. Schauer argumenta que a resposta a esse questionamento conduz diretamente ao cerne da normatividade do direito.

De acordo com Schauer (2015, p. 51), essa distinção não é relevante. O salto lógico entre algumas pessoas tomarem decisões por razões alheias ao interesse próprio e a normatividade da lei pressupõe tanto a causalidade do direito quanto a ausência de

causalidade de motivações não egoístas, como altruísmo, solidariedade, cooperação e espírito público baseados na moralidade. No entanto, ao reconhecer que essas últimas motivações são reais e frequentemente determinam o comportamento humano, e que as pessoas podem agir motivadas por razões morais em vez de interesses próprios — resultando em comportamentos que frequentemente coincidem com o direito, mesmo sem serem causados por ele —, surge a questão sobre a contribuição causal específica, se existente, que o direito oferece ao comportamento não egoísta, especialmente na ausência de sanções ou outras formas de coerção.

Ao integrar motivações morais, altruístas, cooperativas e solidárias às razões de interesse próprio, a análise do impacto do direito sobre o comportamento humano torna-se mais complexa, como observa Schauer (2015, p. 51). O autor propõe, então, que consideremos o caso de uma pessoa que decide seguir um curso de ação com base em uma ampla gama de razões independentes do direito — um conjunto que abrange tanto razões egoístas quanto morais. No entanto, essa pessoa descobre que a lei proíbe aquilo que pretendia fazer ou exige precisamente aquilo que ela pretendia evitar. Nessas circunstâncias, a pergunta central é se ela se ajustará ao que a lei determina mesmo quando todo o "balanço de razões", na acepção de Joseph Raz, aponta em sentido contrário.

Schauer enfatiza que essa reflexão parte da suposição de que estamos lidando com um indivíduo — o *puzzled man* — para quem a força coercitiva do direito é irrelevante. Trata-se de alguém que, ao formar sua deliberação com base exclusivamente em razões externas ao direito, descobre que a lei exige o oposto do que pretendia fazer e, por causa disso, decide mudar seu comportamento. Crucialmente, essa mudança não decorre do medo de sanções ou de qualquer outro tipo de coerção legal. Esse é o *puzzled man hartiano*, segundo a interpretação que Schauer faz de Hart. A questão fundamental, para Schauer, é se essa figura existe de fato — ou se se trata apenas de uma construção teórica sem correspondência empírica.

Em outras palavras, de acordo com Schauer (2015, p. 52), a questão que se apresenta é se existem pessoas — e, em caso afirmativo, em que quantidade — que tomam o fato de a lei ser lei como motivo para agir, sem considerar as razões prudenciais derivadas das ameaças de sanções pelo descumprimento. Caso essas pessoas existam em números significativos, como argumentou Hart, reduzir a explicação do direito à sua força coercitiva seria uma representação inadequada do papel que ele desempenha nos processos de decisão da maioria das pessoas.

Por outro lado, se os indivíduos que enxergam no próprio fato de a lei ser lei uma razão para agir ou decidir são poucos e raros, então a coerção reaparece como a fonte mais significativa da eficácia do direito. Essa eficácia, por sua vez, sustenta o apelo duradouro do direito como ferramenta para alcançar uma ampla gama de objetivos sociais.

Para Schauer (2015, p. 52), é essencial destacar que a análise recai sobre o que frequentemente se denomina autoridade independente do conteúdo do direito. A indagação não se refere à necessidade de obedecer à lei com base no mérito substantivo de seu conteúdo. É evidente que devemos cumprir leis que proíbem assassinato, estupro e fixação de preços, mas isso ocorre porque tais atos são moralmente errados, independentemente de serem legalmente proibidos. Assim, tais leis são seguidas devido à justificação intrínseca de seu conteúdo, sendo que evitar tais condutas seria correto mesmo que não houvesse qualquer legislação que as criminalizasse.

Por outro lado, considerar a lei como obrigatória de maneira independente do conteúdo significa aceitar que o próprio fato de algo ser uma lei — sua existência enquanto tal, desvinculada de seu conteúdo específico ou de seu mérito substantivo — constitui uma razão suficiente para obedecê-la. A questão que se coloca, então, é se essa concepção da lei é efetivamente adotada por seus sujeitos. Em outras palavras, se as pessoas seguem a lei não por causa de seu conteúdo, mas unicamente por sua existência enquanto lei.

De acordo com Schauer (2015, p. 52-53), a distinção entre razões jurídicas e todas as outras razões, constitui uma construção crucial para investigar se o direito realmente desempenha um papel nas decisões e ações de seus destinatários. Sem essa construção, não seria possível questionar se o direito realmente importa. Seria possível apenas presumir que o direito é importante, mas, neste ponto, a simples suposição de que o direito importa começa a se assemelhar a uma suposição de que existem unicórnios: ainda que possamos descrever o que seriam unicórnios, isso não fornece qualquer evidência de que eles existam no mundo real.

Da mesma forma, apesar de podermos teorizar sobre a normatividade jurídica — a capacidade da lei de influenciar decisões e ações —, precisamos também examinar se, de fato, a lei desempenha esse papel na prática, sem depender de sanções que eventualmente a respaldem. Para essa investigação, é essencial distinguir as decisões que são tomadas independentemente da lei daquelas em que a lei é uma razão internalizada pelo agente. Essa distinção permite avaliar se o direito possui relevância intrínseca na formação das escolhas e comportamentos de seus sujeitos.

Schauer (2015, p. 53) observa que, se distinguirmos as razões fornecidas pelo direito das razões fornecidas pela moralidade, política, prudência e tudo mais, e também das várias formas de aplicação que o direito normalmente emprega para assegurar uma decisão real de acordo com essas razões, surge uma questão central: até que ponto as razões jurídicas, independentes de sanções, de fato influenciam as decisões dos indivíduos? Segundo o autor, o *puzzled man* de Hart é a resposta implícita a esta pergunta. No entanto, Schauer ressalta que ainda não há certeza de que a resposta de Hart está correta.

Para os presentes propósitos, segundo Schauer (2015, p. 54), a questão não é se os cidadãos deveriam seguir a lei porque ela é a lei, mas sim se, e em que medida, eles realmente o fazem. Se os cidadãos ou funcionários raramente obedecem à lei exclusivamente por ser lei, e se os *puzzled men*, no sentido de Hart, são poucos e distantes entre si, então a coerção ressurgiu como um fenômeno empírico mesmo que não seja logicamente necessário para a lei fazer o que se espera dele.

O autor enfatiza a relevância de analisar a obediência à lei de forma descritiva e empírica, em vez de normativamente. A eficácia de uma lei desvinculada de sanções depende da existência de uma massa crítica de indivíduos que sigam a lei sem necessidade de coerção, mesmo quando suas exigências contradizem o julgamento independente desses sujeitos. Caso essa massa crítica exista, a coerção se torna apenas um recurso auxiliar e não essencial para a operação do direito.

Entretanto, se a proporção significativa não existe, se não há massa crítica de pessoas dispostas a subjugar seu próprio julgamento ao da lei, a menos que sejam forçadas a fazê-lo, então a ideia de uma lei que funcione sem sanções é mais possibilidade teórica do que realidade empírica. E se a lei sem sanções é empiricamente rara, então a coerção, que até Hart reconhece ser uma "necessidade natural" — retoma seu papel, como argumentado por Austin e Bentham, como uma característica central dos sistemas jurídicos que realmente existem.

Portanto, a crítica de Schauer a Hart em relação ao *puzzled man* é, essencialmente, uma problematização empírica. Schauer não rejeita diretamente a noção de Hart, mas questiona sua aplicabilidade prática, argumentando que Hart não forneceu evidências empíricas que sustentem a existência significativa dos *puzzled men*, isto é, pessoas que obedecem à lei exclusivamente porque ela é lei, sem considerar as sanções. Schauer enfatiza que qualquer explicação abrangente do direito deve levar em conta o comportamento real das pessoas. Sem provas de que os *puzzled men* são numerosos e influentes, a coerção retoma seu papel como elemento fundamental para o funcionamento do direito na prática.

3.3.3 A Falha de Schauer segundo Green

Para Green, essa interpretação que Schauer faz do *puzzled man* hartiano é equivocada. O autor (Green, 2015, p. 167-168) afirma que é possível observar em *The Force of Law* que apesar de Schauer concordar que a coerção não é uma característica necessária do direito, ele negligencia a importância dessa constatação:

Entender o direito como tipicamente coercitivo dificilmente é uma revelação. Mas há razões pelas quais Hart e seus seguidores minimizaram essa característica aparentemente óbvia do direito. Em particular, muitas vezes é afirmado que muitas pessoas obedecem ao direito apenas porque é o direito e não por causa do que o direito pode fazer a eles se desobedecerem (Schauer, 2015, p. x).

Schauer dirige, então, sua crítica a Hart e a Green ao dizer que ambos acreditam na afirmação de que "muitas pessoas obedecem ao direito apenas porque ele é o direito" e que, com isso, minimizariam uma característica que é típica do direito, a coerção. Conforme Green, mesmo tendo admitido que um argumento desse tipo possa ser válido, Schauer continua a articular que essa afirmação é falsa (2015, p. 168). Sendo assim, Green acredita que o motivo dessa crença de Schauer ocorrer é devido a um problema na interpretação que este faz de Hart, ou seja, na falha em notar as diversas maneiras pelas quais Hart atribui à coerção um papel mais central na sua teoria do que Schauer admite.

Para corrigir essa falha interpretativa, Green desconstrói o trecho de *The Concept of Law* (2011) que originou o debate, mostrando que Hart estava respondendo ao jurista austríaco Hans Kelsen, e não ao americano Oliver Wendell Holmes, como Schauer interpretou. Green (2015, p. 168) explica que, na p. 40 da referida obra, Hart aborda a ideia de Kelsen de que o conteúdo de todo sistema jurídico poderia ser descrito como um conjunto de ordens para juízes aplicarem sanções sob condições específicas. Nesse modelo kelseano, apenas os tribunais e funcionários são diretamente orientados pelo direito, enquanto os cidadãos comuns são guiados indiretamente³⁶.

³⁶ A posição de Hans Kelsen mobilizada nesse debate não deve ser compreendida como uma simples continuidade da tradição imperativista. Na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen rejeita explicitamente a identificação da norma jurídica com comandos ou atos de vontade psicológicos, reconhecendo que normas jurídicas podem permitir condutas e conferir poderes ou competências, e não apenas prescrever comportamentos mediante sanções (Kelsen, 2009, p. 4-5). Ainda assim, Kelsen procura reconstruir o direito como uma ordem normativa de coação, na qual normas que não estabelecem sanções diretas são tratadas como não autônomas, isto é, como fragmentos ou condições de validade de normas sancionatórias dirigidas primariamente aos órgãos aplicadores do direito (Kelsen, 2009, p. 35-37; 56-65). Essa tentativa de unificação gera uma tensão interna na teoria: de um lado, a recusa em reduzir normas a comandos; de outro, a centralidade sistemática da coerção. É precisamente essa tensão — e não uma teoria psicológica da motivação para a obediência — que está em jogo na leitura de Kelsen à qual Hart responde no trecho discutido por Green.

Green argumenta que ao analisar essa posição de imediato, ela parece errada, pois a proibição do homicídio, por exemplo, parece dirigida a sujeitos comuns e não apenas a juízes; e as regras de formação de um contrato, por sua vez, não prescrevem sanções coercitivas. Para resolver essas objeções, no que Green chama de "um dos movimentos mais engenhosos da teoria jurídica" (2015, p. 168), Kelsen propõe que regras não coercitivas podem ser vistas como fragmentos de regras coercitivas. Isto é, essas regras que não ordenam sanções funcionariam, para Kelsen, como gatilhos para as regras que ordenam, elas funcionariam como restrições em sua validade, em seu escopo. Assim, Green esclarece que, para Kelsen, deveres primários, como a proibição de homicídios, são redundantes em um sistema jurídico onde tribunais têm deveres secundários de impor sanções, e regras constitucionais que fundamentam essas decisões são presumidas como vinculativas³⁷.

Para Kelsen, então, o direito pode ser compreendido sem a necessidade de deveres primários de qualquer tipo e sem a necessidade de regras distintas de atribuição de poder. Hart oferece várias objeções a isso, segundo Green, porém nenhuma delas mostra que o projeto de reconstrução de Kelsen é impossível de ser realizado, mas que sua visão está distorcida. Green (2015, p. 168) aponta que, para Hart, o direito deve ser representado pela teoria jurídica tal como é para qualquer pessoa que o utilize, seja dentro ou fora dos tribunais. Ou seja, para ele, a maioria das pessoas não enxerga o direito como um conjunto de ordens dirigidas apenas aos juízes. Nesse contexto, Hart questiona se Kelsen poderia responder a esta crítica levando em consideração a declaração de Holmes³⁸ (1897, p. 459) de que "se você deseja conhecer a lei e nada mais, deve olhar para ela como um *bad man*, que se preocupa apenas com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever". Na passagem original de *The Concept of Law*, Hart responde a Kelsen:

³⁷ Em *General Theory of Law and State*, Kelsen desenvolve a tese segundo a qual proposições jurídicas de dever e obrigação podem ser reconstruídas como estruturas normativas condicionais que conectam um ilícito a uma sanção. O *ought* jurídico não exprime a vontade psicológica de um legislador, mas um vínculo impessoal entre condição e consequência, razão pela qual expressões como "ordem" ou "vontade do Estado" têm apenas caráter figurativo (Kelsen, 1949, p. 35-37). Nessa perspectiva, o dever jurídico do cidadão consiste negativamente em evitar a condição que aciona a sanção, ao passo que a incidência direta do *legal ought* recai sobre o órgão encarregado de aplicá-la (Kelsen, 1949, p. 59-62). Assim, normas que aparentemente se dirigem aos cidadãos podem ser compreendidas como reconstruções mediatas de normas sancionatórias dirigidas primariamente aos órgãos aplicadores, o que permite a Kelsen tratar deveres primários e regras de competência como elementos não autônomos de uma ordem normativa de coerção.

³⁸ Parágrafo completo do original, seguido da nossa tradução: "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience." (Holmes, 1897, p. 459). "Se você deseja conhecer a lei e nada mais, você deve encará-la como um homem mau, que se preocupa apenas com as consequências materiais que tal conhecimento o permite prever, não como um [homem] bom, que encontra suas razões para conduta, seja dentro ou fora da lei, nas sanções mais vagas da consciência".

Às vezes, é defendido em favor de teorias como a que está sendo considerada que, ao remodelar a lei na forma de uma diretriz para aplicar sanções, se obtém um avanço na clareza, uma vez que essa forma deixa claro tudo o que o "homem mau" quer saber sobre o direito. Isso pode ser verdade, mas parece uma defesa inadequada para a teoria. Por que o direito não deveria estar igualmente, se não mais preocupado com o "homem intrigado" ou o "homem ignorante" que está disposto a fazer o que se requer dele, desde que apenas lhe digam o que é? Ou com o "homem que deseja organizar seus negócios", desde que apenas lhe digam como fazê-lo? (Hart, 1994, p. 40)³⁹

Em outras palavras, Hart argumenta que a abordagem de Kelsen, focada no *bad man*, ignora outros perfis, como o *puzzled man* que deseja cumprir a lei se souber o que ela exige, ou o indivíduo que busca orientação para organizar seus negócios. Insta ressaltar que para Green é imprescindível ter em mente que essa é uma resposta de Hart a Kelsen, e não de Hart a Holmes, como vislumbrou Schauer. A principal resposta de Hart a Holmes é a mesma resposta que Kelsen deu a Holmes, qual seja que as declarações da lei não são previsões de coerção e nem previsões de qualquer outra coisa, elas são normas, esclarece Green (2015, p. 169). Portanto, a observação de Hart sobre o *puzzled man* não é um contraexemplo à teoria de Kelsen sobre o porquê de as pessoas obedecerem às leis, pois Kelsen não apresenta tal teoria. Ademais, a objeção de Hart à teoria jurídica de Holmes não é baseada em uma objeção à teoria da motivação de Holmes, aponta Green.

Desse modo, Green organiza os argumentos de Schauer em quatro pontos para destacar onde ele teria se equivocado na interpretação que fez de Hart. No primeiro ponto, segundo Green, Schauer descreve o *puzzled man* como alguém que está disposto a cumprir a lei sem a necessidade de coerção, "apenas porque é a lei" (Schauer, 2015, p. 42-46). Para Green, o *puzzled man* não pressupõe que a maioria das pessoas cumpra a lei apenas por ser uma lei, essa interpretação está errada, pois o *puzzled man* de Hart não pressupõe obediência irrestrita à lei. O que Hart quer mostrar, segundo Green, é que o *puzzled man* é alguém que está disposto a fazer o que a lei exige dele, desde que ele saiba o que é que ela exige. A base para sua disposição é deixada em aberto: ele pode estar disposto a se conformar por pensar que os requisitos jurídicos são um bom indicador do que a moralidade exige ou porque deseja se enquadrar com os outros. Em ambos os casos, ele ainda está usando as normas jurídicas para orientar sua conduta de uma forma que o *bad man* não faz.

³⁹ Tradução nossa. Do original: "It is sometimes urged in favour of theories like the one under consideration that, by recasting the law in a form of a direction to apply sanctions, an advance in clarity is made, since this form makes plain all that the 'bad man' wants to know about the law. This may be true but it seems an inadequate defence for the theory. Why should not law be equally if not more concerned with the 'puzzled man' or 'ignorant man' who is willing to do what is required, if only he can be told what it is? Or with the 'man who wishes to arrange his affairs' if only he can be told how to do it?" (Hart, 1994, p. 40).

Conforme Green, para Schauer, o *puzzled man* não é aquele que tipicamente internaliza as normas que segue como forma de conduta⁴⁰. Green, explica que o *puzzled man* usa as normas como normas, o que para Hart significa ter a atitude em relação às normas que ele chama de aceitação. Para Hart, quando uma pessoa, como membro de um grupo, aceita uma norma e está disposta, por qualquer motivo, a utilizá-la como padrão de orientação e avaliação de conduta, esta pessoa está do ponto de vista interno (Hart, 2011, p. 98-99). Por outro lado, se alguém obedece à exigência de um padrão apenas porque é forçado a se comportar em conformidade com ele, então não o aceita. Mas, na visão de Green (2015, p. 170), se alguém usa o padrão ou o aplica a outros porque é forçado, então ainda o aceita (Green, 2015, p. 170)⁴¹.

Em um segundo ponto, Green concorda com Schauer sobre a afirmação de que a maioria das pessoas que agem de acordo com a lei não o faz por estar motivada por uma disposição geral de obedecer à lei enquanto tal. Green explica que algumas pessoas possuem uma disposição mais localizada ou seletiva de obediência — por exemplo, em relação a determinados assuntos ou leis emanadas de governos específicos. Já outras respondem a incentivos fornecidos por leis de vários tipos, como os que Schauer apresenta em *The Force of Law*. Mas, por outro lado, também existem numerosos casos de comportamentos que simplesmente coincidem com o que a lei exige, mas que não derivam de qualquer motivação relacionada ao direito. De acordo com Green, ninguém pode obedecer a uma lei que desconhece. A pessoa pode seguir o que ela exige, mas o fato de que a conduta é legalmente exigida não pode ser normativamente saliente para ela se ela não estiver ciente disso. Como a maioria das pessoas não tem conhecimento da maior parte das leis que se aplicam a elas, muitas vezes elas agem de acordo com a lei sem, de fato, obedecer à lei.

Ainda um terceiro e quarto pontos, sobre a necessidade e a centralidade da coerção para o direito, depende do que se entende por coerção. Green afirma que para Schauer, a visão ampla de coerção inclui a mais restrita. Assim sendo, ao apontar que para Hart, não é preciso uma visão mais ampla da coerção para mostrar que a coerção é de importância central para o direito, segundo Green, a proposição de Schauer enfraquece.

⁴⁰ Schauer, 2015, p. 35-37; 41-42.

⁴¹ Como exposto no primeiro capítulo (seção 2.4.3), o ponto de vista interno, na teoria de Hart, não se confunde com uma motivação moral para obedecer à lei. Trata-se de uma atitude que o indivíduo adota em relação a uma norma quando, como membro de um grupo, a utiliza como padrão de orientação e avaliação de conduta, independentemente do motivo pelo qual a segue (Hart, 2011, p. 98-99). Isso significa que alguém pode aceitar uma regra como guia de ação sem necessariamente considerá-la moralmente correta. Por outro lado, quem apenas observa as regras do grupo sem adotá-las como padrão de conduta — mesmo que as obedeça — está do ponto de vista externo.

De acordo com Green (2015, p. 171), Hart parte, então, das seguintes teses: todos os sistemas jurídicos existentes fazem uso extensivo de sanções coercitivas; o surgimento da lei é parcialmente explicado pela maior eficiência das sanções organizadas sobre a pressão social difusa na manutenção da ordem; se uma ordem social é dominada por sanções coercitivas, essa é a razão *prima facie* para pensar que é uma forma rudimentar de lei; sanções são "vitais" em todos os sistemas jurídicos; sanções eficazes são o pressuposto pano de fundo de todas as declarações verdadeiras sobre quaisquer obrigações jurídicas individuais.

Isso posto, para Green, não se pode negar que alguém que aceita tais teses está atento ao caráter tipicamente importante da coerção para o direito. Portanto, esse tipo de coerção é mais central para o conceito de direito hartiano do que Schauer permite.

3.3.4 A Réplica de Schauer a Green

Por fim, em sua réplica a Green, no artigo *A Reply to Five Friends*, de 2016, Schauer observa que há um desacordo exegético genuíno e relevante entre ambos quanto ao propósito da referência feita por Hart (2012, p. 40) ao *puzzled man*. Segundo Schauer (2016, p. 1), Green sustenta que Hart emprega essa figura como parte de uma crítica dirigida a Kelsen — e não a Holmes —, com o objetivo de reforçar a tese de que o direito não se reduz a diretivas ou autorizações conferidas a funcionários. Schauer, no entanto, contesta essa leitura, argumentando que a presença do *puzzled man* duas frases após a menção ao *bad man* — expressão claramente oriunda de Holmes (1897, p. 458), e não de Kelsen — torna difícil evitar a conclusão de que Hart está, ao menos em igual medida, dirigindo sua crítica à concepção preditiva do direito formulada por Holmes. Assim, para Schauer, Hart parece mirar tanto a teoria de Kelsen quanto a de Holmes, o que torna a divergência interpretativa com Green substantiva e metodologicamente significativa.

Essa divergência exegética entre Schauer e Green, centrada na figura do *puzzled man*, vai além de uma simples disputa interpretativa sobre Hart: ela evidencia diferentes entendimentos sobre o papel da coerção e, mais profundamente, sobre os métodos adequados para investigar a eficácia do direito. Nesse cenário, a crítica de Lucas Miotto surge como uma continuação desse debate metodológico.

3.3.5 *The Good, The Bad and The Puzzled Man*: A Questão da Eficácia

Em seu artigo *The Good, the Bad, and the Puzzled: Coercion and Compliance* (2021a), Miotto dirige suas objeções a autores como Schauer, que defendem que a eficácia dos sistemas jurídicos se deve, em larga medida, à ameaça de sanções. De acordo com Miotto (2021a, p. 111), a tese que ele denomina como "conformidade"⁴², – na qual grande parte dos cidadãos cumpre a maioria dos mandamentos do direito na maior parte das vezes, pelo menos em parte, em virtude de serem motivados por ameaças de sanções e outras consequências indesejáveis dos sistemas jurídicos típicos – deve ser rejeitada, pois apoia-se em pressupostos empíricos frágeis e injustificados.

Para Miotto, a suposição muito comum de que a coerção é amplamente responsável pela eficácia do direito é falsa. O autor (Miotto, 2021a, p. 112) expõe que a eficácia dos sistemas jurídicos é frequentemente associada à conformidade dos cidadãos com as obrigações jurídicas, isto é, se um número suficiente de cidadãos cumprirem um número suficiente de determinações legais. Todavia, não se pode assumir que a coerção seja o principal fator de motivação das pessoas obedecerem às leis sem investigar como os cidadãos de fato respondem às ameaças de sanções jurídicas.

Segundo Miotto (2021a, p. 113), estudos empíricos indicam que a dissuasão baseada na ameaça de sanções é menos eficaz do que se imagina. Um dos fatores para isso é o baixo nível de conhecimento dos cidadãos sobre as leis, incluindo quais condutas são criminalizadas e quais sanções se aplicam. Ou seja, na prática, o conhecimento das regras jurídicas é frequentemente insuficiente entre os cidadãos, inclusive entre aqueles que mais se beneficiariam disso, explica Miotto.

Além disso, conforme o autor (2021a, p. 114), a formulação de regras jurídicas geralmente não altera significativamente as crenças ou comportamentos dos cidadãos. Estudos mostram que uma percepção geral de que certos comportamentos são criminalizados e de que haverá consequências indesejáveis pode ser suficiente para dissuadir algumas violações. Ainda assim, essas condições raramente explicam o alto nível de conformidade observado em sistemas jurídicos eficazes.

Miotto (2021a, p. 114) ressalta que fatores culturais, sociais e morais são determinantes mais significativos para o cumprimento das leis. Muitos cidadãos tendem a obedecer aos comandos do direito porque estes correspondem ao que eles consideram justo ou moralmente

⁴² "(Compliance)" (2021a, p. 111).

correto, independentemente da existência de sanções. Inclusive, há evidências de que intensificar sanções pode ser contraproducente, promovendo a não conformidade em alguns contextos, seja porque sanções são percebidas como um preço a ser pago ou porque normas sociais prejudiciais emergem como resposta.

A visão tradicional, que centraliza a coerção e apresenta um caráter humano pessimista, contrasta com um modelo mais adequado, defendido por Miotto (2021a, p. 115), que enxerga os cidadãos como *good persons* (pessoas boas) – pessoas dispostas a fazer o que acreditam ser justo e estar de acordo com suas normas e crenças culturais, sociais e morais, e a cooperar quando acreditam que outros provavelmente farão o mesmo. Estudos de economia e ciências sociais reforçam que grande parte da ordem social não se deve à coerção do direito, mas sim à cooperação voluntária, confiança mútua e soluções coletivas para problemas sociais, frequentemente alcançadas sem a intervenção direta de sistemas jurídicos. Ao contrário de Miotto, Schauer acredita que quando as pessoas divergem do direito, elas não obedecem porque é o direito, mas pela ameaça de sanções.

Embora Miotto (2021a, p. 115) reconheça que a ameaça de sanções pode, em casos específicos, motivar o cumprimento de leis, ele argumenta que essa explicação não é representativa da realidade dos sistemas jurídicos típicos. Estudos mostram que a maioria dos cidadãos cumpre as obrigações jurídicas não por causa das leis em si, mas por uma complexa combinação de razões que incluem preferências pessoais, prudência e moralidade. Mesmo autores que defendem a centralidade da coerção, como Schauer, admitem que ela não é a principal motivação para a conformidade em muitos casos.

Para Miotto (2021a, p. 116), tanto a tese da conformidade quanto a visão pessimista sobre o caráter humano são insustentáveis. Ele sugere que os sistemas jurídicos eficazes operam melhor quando trabalham em conjunto com normas e valores sociais, em vez de dependerem predominantemente da coerção para garantir a ordem. Essa abordagem mais ampla e empiricamente fundamentada oferece uma perspectiva mais realista sobre a relação entre conformidade, coerção e eficácia dos sistemas jurídicos.

Diante da desconstrução da afirmação de que um sistema jurídico é eficaz somente se um número suficiente de cidadãos cumprirem um número suficiente de comandos jurídicos, Miotto (2021a, p. 116) questiona, então, como é possível para alguém como Schauer, admitir que a coerção não influencia o comportamento da maioria dos cidadãos na maioria das vezes e ainda atribuir à coerção um lugar central na explicação da eficácia dos sistemas jurídicos?⁴³

⁴³ Uma resposta a esse questionamento talvez possa ser buscada na alocação de poder das regras jurídicas e na assimetria da autoridade. A alocação de poder das regras jurídicas refere-se à capacidade das normas jurídicas

Segundo Miotto (2021a, p. 116), há uma tensão em afirmar simultaneamente que a coerção tem um lugar central na explicação da eficácia dos sistemas jurídicos e que a coerção não figura na motivação da maioria dos cidadãos para cumprir a maioria dos comandos legais na maioria das vezes. O autor explica que, às vezes, essa tensão parece estar presente no trabalho de Schauer sobre a coercibilidade dos sistemas jurídicos. Segundo ele, é possível, no entanto, interpretar as visões de Schauer de uma forma mais caridosa, isto é, de uma forma que resolva essa tensão.

Um dos principais objetivos de Schauer, segundo Miotto (2021a, p. 116), é descobrir como os sistemas jurídicos fazem uma diferença prática na vida dos cidadãos, ou seja, como eles desempenham um papel na determinação das ações e decisões de seus sujeitos. Para o autor, o projeto mais amplo de Schauer pode ser compreendido como uma tentativa de responder à questão: em virtude do que os sistemas jurídicos influenciam o comportamento dos cidadãos? De modo geral, a resposta de Schauer é que, quando os sistemas jurídicos fazem uma diferença prática na vida dos cidadãos, ou seja, quando os sistemas jurídicos moldam o comportamento dos cidadãos, eles o fazem principalmente devido à coerção.

Para Miotto (2021a, p. 116), a resposta de Schauer pode ser interpretada em termos estritamente estatísticos. Segundo o autor, Schauer parece sustentar a ideia de que, na grande maioria das situações em que os sistemas jurídicos afetam o comportamento dos cidadãos, essa influência decorre da ameaça de consequências indesejáveis. Schauer simpatiza com a visão de que a influência não coercitiva da lei "é tão pequena que dificilmente vale a pena se preocupar" (Schauer, 2015, p. 46). Para Miotto (2021a, p. 116-117), os indícios sugerem que Schauer nunca endossou plenamente a tese da conformidade. Em vez disso, sua posição defende que, na maioria dos casos, os sistemas jurídicos típicos exercem influência sobre os cidadãos por meio da ameaça de sanções ou outras consequências negativas. Conforme Miotto (2021a, p. 117), Schauer não se concentra estritamente na relação entre coerção e a

não apenas de impor obrigações aos destinatários (como os cidadãos), mas também de atribuir competências, poderes e funções específicas a autoridades jurídicas, como juízes, policiais, agentes administrativos e legisladores. Essa estrutura faz com que o funcionamento do direito, e, portanto, sua eficácia, dependa, em grande parte, do comportamento e da disposição desses agentes investidos de autoridade para aplicar sanções, interpretar normas e fazer cumprir decisões. Já a assimetria da autoridade diz respeito ao fato de que, em um sistema jurídico, nem todos os agentes ocupam posições simétricas em relação à lei: os cidadãos em geral estão na posição de destinatários das normas, enquanto os agentes do Estado estão autorizados (e muitas vezes obrigados) a aplicá-las. Isso significa que mesmo que a maioria dos cidadãos não obedeça à lei por medo de punição, o sistema pode ainda assim ser eficaz se os agentes dotados de autoridade agirem sob a perspectiva de que a coerção está disponível e é aplicável quando necessário. Assim, uma possível resposta à inquietação de Miotto é que a coerção não precisa ser o fator motivador dominante para o comportamento de todos os cidadãos para ocupar um papel central na explicação da eficácia do direito. Basta que ela atue como uma reserva estratégica de força, constantemente acessível às autoridades e mobilizável quando a obediência espontânea ou motivada por razões morais falha. Nessa leitura, a coerção continua sendo um elemento estrutural essencial do sistema jurídico, mesmo que empiricamente subutilizado no cotidiano da maioria dos cidadãos.

eficácia dos sistemas jurídicos típicos. Em vez disso, ele está interessado na relação entre coerção e a influência efetiva que os sistemas jurídicos típicos exercem no comportamento dos cidadãos⁴⁴.

Embora considere que essa seja, de fato, a perspectiva de Schauer, Miotto (2021a, p. 117) afirma não estar particularmente preocupado em determinar se essa interpretação realmente corresponde com precisão à de Schauer. De qualquer forma, ele acredita que essa seja uma abordagem interessante e digna de análise. De forma mais específica, Miotto argumenta que a tese da conformidade revela certa resiliência à objeção anteriormente levantada: mesmo que se reconheça que a maioria dos cidadãos, na maior parte do tempo, não se conforma às normas jurídicas em razão da coerção, ainda seria possível sustentar que, na maioria das ocasiões em que os sistemas jurídicos exercem influência sobre o comportamento dos cidadãos, essa influência ocorra em virtude da ameaça de consequências indesejáveis.

Dessa forma, Miotto (2021a, p. 117) indaga se a tese da conformidade é realmente válida. Para o autor, Schauer defende que sim, e critica aqueles que discordam, acusando-os de cometer um erro empírico. Conforme Miotto, Schauer argumenta que alguns filósofos e sociólogos assumiram equivocadamente que a maioria dos cidadãos é motivada exclusivamente pelo direito, isto é, que a maioria "cumpra a lei apenas porque é a lei" (Schauer, 2015, p. 47). Miotto esclarece que, caso a maioria das pessoas seja motivada exclusivamente pela lei — um grupo que Schauer denomina de *puzzled persons* —, seria falso afirmar que os sistemas jurídicos influenciam o comportamento da maioria dos cidadãos por meio da ameaça de consequências indesejáveis. Sob essa premissa, a influência dos sistemas jurídicos sobre os cidadãos se daria simplesmente pela emissão de comandos jurídicos e pela comunicação de seu conteúdo. No entanto, conforme aponta Miotto, Schauer acredita que há muito menos *puzzled persons* no mundo do que alguns filósofos e sociólogos gostariam que se acreditasse.

Miotto (2021a, p. 117) observa que a própria discussão de Schauer sobre a *puzzled person* é, em si, fascinante. Ele destaca que a maneira como Schauer caracteriza essa figura suscita uma reflexão sobre o que, de fato, a confunde. Se a *puzzled person* é amplamente motivada a cumprir a lei apenas porque é a lei, ela não parece, na verdade, estar confusa sobre como agir. Pelo contrário, Schauer a descreve como alguém mais apropriadamente

⁴⁴ Essa distinção proposta por Miotto não se mostra inteiramente clara. Pelo que se depreende da obra de Schauer, o direito, em grande medida, não exerce influência autônoma sobre o comportamento dos indivíduos, já que tendemos a nos conformar às suas normas por razões alheias. Quando o direito efetivamente exerce um papel motivador por si só, isso se dá por meio da coerção. Trata-se, portanto, menos de uma influência propriamente jurídica e mais de uma coincidência entre o que o direito exige e o que o indivíduo faria de todo modo.

caracterizada como uma "maníaca por lei": uma pessoa devota à lei, que a segue sem questionar.

Mais importante, essa descrição sobre a motivação das pessoas levanta algumas questões fundamentais. De acordo com Miotto (2021a, p. 118), surge, por um lado, o questionamento sobre se algum filósofo ou sociólogo realmente defendeu a ideia de que a maioria das pessoas cumpre a lei apenas porque é a lei. Antes de abordar essa questão diretamente, Miotto prefere lidar com uma preocupação preliminar: não é totalmente evidente o que significa, exatamente, cumprir a lei apenas porque ela é a lei. Para o autor (2021a, p. 118), essa expressão parece sugerir que o simples fato de os sistemas jurídicos determinarem que uma ação deve ser realizada constitui a única razão⁴⁵⁴⁶ ou motivo para alguém executá-la ou abster-se de realizá-la. Contudo, segundo Miotto, se essa for a interpretação correta, tal visão enfrenta um problema significativo.

Miotto (2021a, p. 118) apresenta um exemplo para ilustrar sua reflexão. Ele sugere que, se a *Puzzly* (nome próprio de uma pessoa qualquer) afirmasse seguir a lei na maioria das vezes apenas porque é a lei, ainda assim seria possível pedir explicações adicionais. Especificamente, poderíamos questioná-la sobre as razões que a levam a acreditar que o simples fato de algo ser lei justifica sua conformidade. Nesse contexto, Miotto (2021a, p. 118) aponta que a *Puzzly* poderia oferecer diversas respostas. Ela poderia, por exemplo, argumentar que cumprir a lei é o correto a se fazer, que outras pessoas provavelmente também obedecem, que é algo esperado por sua nação, ou que é do seu interesse pessoal. Assim, a declaração "eu sigo a lei só porque é a lei" pode encobrir uma série de motivações diferentes, muitas das

⁴⁵ Miotto utiliza a expressão "sole reason or motive" (2021a, p. 118) para descrever a ideia de que alguém poderia cumprir uma norma jurídica apenas pelo fato de ela ser uma exigência do sistema jurídico. No entanto, essa formulação parece desconsiderar uma distinção conceitualmente relevante: uma razão pode ser conclusiva para ϕ (ou seja, suficiente para justificar a ação) sem ser a única razão que o agente possui para ϕ . A presença de múltiplas razões compatíveis não compromete a força justificatória daquelas que são decisivas para a deliberação. Assim, mesmo que alguém diga que cumpre a lei "porque é a lei", isso não implica necessariamente que essa seja sua única motivação — apenas que é, talvez, a razão à qual conferiu maior peso normativo em seu juízo prático. A ausência dessa distinção enfraquece parte da crítica de Miotto à caracterização do chamado *puzzled person*.

⁴⁶ A distinção entre razão conclusiva e razão única é muito presente tanto em Joseph Raz quanto em T. M. Scanlon: "A reason is an element that counts in favor of an action, belief, attitude, or feeling. But it does not follow that if something is a reason for an action, it must be the only reason. Often, a combination of reasons contributes to making an action justified or required" (Raz, 1999, p. 23). Raz diferencia entre "justifying reasons" e "exclusionary reasons", sendo estas últimas aquelas que excluem a consideração de outras razões. Isso mostra que uma razão pode ser conclusiva (no sentido de prevalecer) sem ser a única razão existente. "It is quite common for people to act for a reason, even a sufficient or decisive one, while recognizing that other reasons were also present. To say that a reason is sufficient or conclusive is not to say that it is the only one the agent had" (Scanlon, 1998, p. 100). Scanlon é explícito em distinguir entre razões que são conclusivas (ou seja, decisivas para a deliberação) e o conjunto total de razões que podem estar em jogo, mesmo que não prevaleçam no juízo final do agente.

quais baseadas em prudência ou moralidade — fatores que, segundo Miotto, Schauer não antecipava encontrar naqueles que obedecem a lei por essa razão aparentemente simples⁴⁷.

Se essa análise for válida, sugere Miotto (2021a, p. 118), talvez ela explique por que Schauer não identificou muitos exemplos de pessoas que obedecem à lei exclusivamente porque é a lei. A aparente simplicidade da motivação pode ocultar uma complexidade subjacente que escapa à categorização direta proposta por Schauer. Segundo Miotto (2021a, p. 118), voltando a um ponto anterior, a resposta à pergunta sobre se filósofos e sociólogos realmente presumiram que a maioria das pessoas cumpre a lei exclusivamente porque é a lei, é negativa. Ele explica que a crítica de Schauer é voltada principalmente a Hart, de quem Schauer toma emprestado o conceito de *puzzled person*. No entanto, há uma diferença significativa entre como Hart e Schauer caracterizam esse tipo de pessoa.

Conforme Miotto (2021a, p. 118), para Schauer, a *puzzled person* descrita por Hart seria alguém que obedece à lei exclusivamente porque é a lei, mesmo quando o conteúdo da norma jurídica parece ir contra seu melhor interesse ou julgamento. Em outras palavras, a *puzzled person* de Hart, conforme interpretada por Schauer, é retratada como alguém que não apenas se conforma à lei, mas o faz de maneira acrítica e até mesmo contrária ao que consideraria ser a decisão mais sensata ou moral. Essa interpretação, segundo Miotto, levanta questionamentos sobre se Hart realmente pretendia descrever a *puzzled person* dessa forma ou se essa é uma leitura excessivamente simplificada feita por Schauer.

Para Hart, conforme interpretado por Miotto (2021a, p. 118), a *puzzled person* não é alguém exclusivamente motivada pela lei em si. Ao contrário, trata-se de uma pessoa confusa ou ignorante que busca orientação na lei para determinar o que fazer. Segundo as próprias palavras de Hart, o *puzzled man* ou *ignorant man* é aquele "que está disposto a fazer o que é necessário, desde que lhe seja dito o que é". Essa descrição é compatível com a ideia de que a *puzzled person* pode agir em conformidade com a lei por diversas razões. Por exemplo, ela pode ser um patriota que busca conhecer a lei para honrar seu país, ou um conformista que

⁴⁷ Nos casos em que alguém declara "eu sigo a lei só porque é a lei", essa afirmação pode encobrir uma variedade de motivações. É útil, nesses casos, recorrer à justificação em duas etapas de uma ação ou decisão. Na primeira etapa: você ϕ , por exemplo, porque uma regra com a fonte x prescreve ϕ . Em uma segunda etapa: você justifica a própria adesão à regra com a fonte x. Schauer parece sustentar que, na maioria das vezes, a pessoa ϕ por outras razões alheias a essa regra. Quando ela leva a regra em conta no primeiro nível de justificação de sua ação, é porque ela é ameaçada em caso contrário. Nesse sentido, poderíamos dizer que, para Schauer, a maioria dos cidadãos adota o ponto de vista externo. Para Hart, isso não seria um problema. Hart acredita que a existência de um sistema jurídico é compatível com o ponto de vista externo do cidadão comum. Ele vê um problema na adoção do ponto de vista externo por parte dos oficiais ou, ao menos, de sua maioria. Por isso, de fato, Schauer não parece ter sido um bom leitor de Hart. Por vezes, Schauer também dá a entender que ele pensa que, para Hart, a única justificação no segundo nível para alguém aderir à regra seria moral ou alguma forma de automatismo irrefletido. Ainda assim, ele tem uma tese não trivial ao defender que o ponto de vista externo é mais comum do que se pensa em sistemas ditos normais e não autocráticos.

prefere seguir a lei por conveniência e evitar esforços adicionais, ou ainda alguém que acredita que as leis de sua jurisdição são geralmente justas e, por isso, merecem ser obedecidas. Em todas essas possibilidades, a motivação para a conformidade transcende a mera existência da lei, envolvendo outras considerações práticas, morais ou sociais⁴⁸.

De acordo com Miotto (2021a, p. 119), essa interpretação não apenas representa uma leitura generosa das observações de Hart sobre a *puzzled person*, mas também está alinhada com sua concepção mais ampla. Hart entendia que as pessoas seguem a lei por uma variedade de motivos e reconhecia que os sistemas jurídicos têm um papel significativo em orientar e auxiliar a vida das pessoas, independentemente das razões que as levam à conformidade. Assim, segundo Miotto (2021a, p. 119), a crítica de Schauer carece de fundamento, pois Hart — assim como outros alvos das críticas de Schauer — nunca afirmou que a maioria das pessoas é exclusivamente motivada pela lei. Consequentemente, não pode ser acusado de cometer um erro empírico sobre os mecanismos pelos quais os sistemas jurídicos influenciam o comportamento humano.

De acordo com Miotto (2021a, p. 119), o foco de Schauer na *puzzled person* é equivocado por outro motivo fundamental para a discussão. Embora óbvio, esse ponto é central: ao contrário do que Schauer parece sugerir, não é necessário defender que a maioria dos cidadãos corresponde à descrição da *puzzled person* para questionar a tese da conformidade. Exigir tal correspondência — como Schauer faz — estabelece um padrão excessivamente rigoroso.

Schauer pode estar correto ao afirmar que a maioria das pessoas, na maioria dos sistemas jurídicos, não cumpre a lei apenas porque ela é a lei⁴⁹. Contudo, isso apenas demonstra que a maioria das pessoas não é obcecada por seguir leis de forma inquestionável, algo que dificilmente seria objeto de controvérsia. Para refutar a tese da conformidade,

⁴⁸ Embora tanto o *puzzled man* quanto o *bad man* possam ser descritos como adotando uma forma de ponto de vista externo, eles não são equivalentes. O *bad man* age apenas por cálculo estratégico diante da ameaça de sanções, sendo um exemplo paradigmático desse ponto de vista. Já o *puzzled man*, tal como descrito por Hart (2012, p. 40), está disposto a agir conforme a lei e busca nela orientação — o que sugere, ao menos potencialmente, uma abertura ao ponto de vista interno. Assim, ao questionarmos se o *puzzled man* é compatível com o ponto de vista externo entendido como adesão motivada por sanção, a resposta parece ser negativa — do contrário, o *bad man* seria apenas um caso do *puzzled man*, o que não se sustenta conceitualmente.

⁴⁹ A formulação segundo a qual a tese de Schauer apenas demonstra que "a maioria das pessoas não é obcecada por seguir leis de forma inquestionável" pode ser interpretada como uma leitura pouco caridosa de sua posição. De fato, Schauer erra ao sugerir que Hart teria exigido do cidadão comum a adoção do ponto de vista interno — quando, na verdade, Hart o reserva majoritariamente aos oficiais. No entanto, Schauer ainda oferece uma contribuição não trivial ao defender que, na maioria dos casos, os cidadãos adotam o ponto de vista externo, isto é, agem sem operar com qualquer máxima normativa — moral, prudencial ou institucional — que lhes diga que uma regra deve ser cumprida pelo simples fato de ter sido posta por uma autoridade jurídica. Essa é uma tese empírica relevante sobre o comportamento jurídico ordinário, e não deve ser reduzida à negação de um legalismo inquestionável.

segundo Miotto (2021a, p. 119), basta demonstrar que, na maior parte do tempo, os sistemas jurídicos influenciam o comportamento dos cidadãos por meios que não se limitam à ameaça de sanções ou consequências negativas.

Segundo Miotto (2021a, p. 125), Hart afirmou que a coerção desempenha um papel auxiliar nos sistemas jurídicos, o que significa que sanções e consequências negativas são aplicadas apenas quando todos os outros mecanismos falham. Com base no conhecimento obtido por meio de estudos empíricos recentes, é possível ir além da posição de Hart e atribuir à coerção um papel ainda mais excepcional e subsidiário. Não apenas os mecanismos coercitivos motivam os cidadãos em circunstâncias excepcionais, mas, quando são eficazes, esse sucesso geralmente se deve ao apoio de normas sociais subjacentes e à aceitação dos cidadãos da legitimidade desses mecanismos.

O famoso ditado de Hobbes — "Pactos sem espadas não passam de palavras" — exerceu uma grande influência sobre a filosofia do direito e da política, moldando também nossa compreensão comum dos sistemas jurídicos e do Estado. No entanto, o que sabemos hoje indica que chegou o momento de inverter essa máxima e conceder à coerção um lugar menos proeminente em nosso pensamento e na concepção de sistemas jurídicos típicos⁵⁰. Como sugere Miotto, é mais apropriado afirmar: "Espadas sem convenções legítimas não passam de lâminas frias" (2021a, p. 125).

⁵⁰ A crítica de Miotto à centralidade da coerção ganha força justamente porque Schauer adota uma abordagem empírica e, com isso, se abre ao tipo de contestação baseada em dados comportamentais. No entanto, é necessário cautela ao afirmar que os cidadãos se guiam pela lei independentemente de seu conteúdo ou da ameaça de sanções. Se tal afirmação se baseia em evidência empírica, os estudos que a sustentam devem ser citados e analisados, sob pena de se atribuir à aceitação da legitimidade jurídica um papel que ainda carece de comprovação robusta no plano descritivo.

4 METODOLOGIA ANALÍTICA E O DEBATE ENTRE HIMMA E JACKSON

Nos dois capítulos anteriores, examinamos, de um lado, a crítica hartiana à redução do direito a ordens respaldadas por sanções e, de outro, o debate contemporâneo sobre o estatuto metodológico dessa "herança" analítica, a partir das objeções de Schauer e das respostas de Green. Resta, agora, enfrentar o ponto em que a controvérsia entre coerção e natureza do direito assume sua forma mais técnica: não apenas como uma disputa sobre o peso sociológico das sanções, mas como um desacordo sobre quais condições conceituais definem o direito enquanto prática normativa⁵¹.

É nesse contexto que este capítulo analisa criticamente os argumentos de Kenneth Einar Himma, sobretudo em *Coercion and the Nature of Law* (2020), contra a separação conceitual entre direito e coerção defendida por Joseph Raz. A estratégia de Himma é metodológica: ele pretende mostrar que, quando levamos a sério um modelo de análise conceitual ancorado em nossas práticas linguísticas ordinárias, a coerção não pode ser tratada como um traço meramente contingente do direito, mas como um elemento que desempenha papel constitutivo na compreensão do fenômeno jurídico em sociedades humanas não ideais. O capítulo, portanto, investiga se essa reconstrução é bem-sucedida e quais consequências ela produz para o experimento de pensamento raziano da "sociedade de anjos".

Para conduzir essa investigação, o percurso será dividido em etapas. Em primeiro lugar, apresentaremos o lugar da análise conceitual no interior da metodologia analítica, tomando como referência a discussão de Julie Dickson em *Evaluation and Legal Theory* (2001). Em seguida, reconstruiremos o método de Análise Conceitual Modesta de Frank Jackson, exposto em *From Metaphysics to Ethics* (2008), uma vez que é esse o arcabouço metodológico mobilizado por Himma para defender a chamada Tese da Coerção. A terceira etapa examinará, então, como Himma aplica essa metodologia para sustentar que a coerção ocupa uma posição conceitualmente relevante no direito e em que sentido esse argumento pretende

⁵¹ A análise desenvolvida nesta dissertação pressupõe uma determinada concepção acerca da relação entre experiência e conceitos. Parte-se da ideia de que processos de experiência social e prática institucional podem corrigir, revisar ou refinar as crenças que sustentamos sobre o direito — isto é, aquilo que tomamos como verdadeiro acerca de seus traços, funções e modos de operação —, sem que isso implique, necessariamente, a modificação do conteúdo conceitual do próprio conceito de direito. Nesse sentido, a resistência da realidade às teorias é compreendida como exigindo revisões no plano das crenças e das justificações, e não como demandando a ampliação ou restrição do conteúdo conceitual. Há, contudo, posições alternativas na teoria dos conceitos segundo as quais a aprendizagem pela experiência pode envolver também transformações no conteúdo dos próprios conceitos. Tornar explícito esse pressuposto é relevante para delimitar o alcance das conclusões aqui desenvolvidas, sem assumir uma abordagem pragmatista ou historicista da formação conceitual.

corrigir o que ele identifica como um esvaziamento excessivo do conceito jurídico em abordagens rivais.

Na sequência, avaliaremos criticamente se a apropriação que Himma faz do modelo jacksoniano é consistente, à luz da objeção formulada pelo próprio Jackson em *Conceptual Analysis and the Coercion Thesis* (2021).

4.1 METODOLOGIA NA FILOSOFIA DO DIREITO: A TEORIA JURÍDICA INDIRETAMENTE AVALIATIVA EM JULIE DICKSON

Antes de adentrar a análise da proposta de Frank Jackson e do uso que Himma faz da Análise Conceitual Modesta, é pertinente examinar, ainda que brevemente, algumas das principais controvérsias metodológicas que atravessam a filosofia do direito analítica contemporânea. Nesse panorama, a obra *Evaluation and Legal Theory* (2001), de Julie Dickson, assume papel central ao enfrentar o suposto dilema entre descrição neutra e comprometimento valorativo na elaboração de teorias jurídicas. Dickson sustenta que é possível construir explicações do direito que envolvem avaliação sem que isso implique a formulação de juízos morais sobre o valor do próprio direito. Essa proposta fornece um referencial metodológico importante para avaliar se abordagens como a de Himma preservam o ideal de objetividade característico da tradição analítica.

Este tópico examina, portanto, as principais contribuições metodológicas da obra de Dickson. A análise organiza-se em quatro eixos: (i) a reconstrução do falso dilema entre descrição e avaliação, a partir da qual Dickson (2001, p. 3-8) propõe a possibilidade de uma teoria jurídica indiretamente avaliativa; (ii) a crítica à simplificação da distinção entre ser e dever ser, que dá lugar à formulação de três teses metodológicas frequentemente confundidas: avaliação moral, justificação moral e consequências morais benéficas (Dickson, 2001, p. 8-10); (iii) a delimitação dos critérios de sucesso e do escopo da filosofia do direito analítica, com destaque para a articulação entre verdade necessária e sensibilidade ao ponto de vista interno da prática jurídica (Dickson, 2001, p. 13-21); e (iv) a formulação da proposta da teoria jurídica indiretamente avaliativa, capaz de incorporar avaliações não morais de modo filosoficamente legítimo (Dickson, 2001, p. 25-51).

4.1.1 O Dilema Metodológico na Filosofia do Direito

Dickson parte da observação de que a filosofia do direito contemporânea tem sido marcada por uma inquietação crescente quanto ao seu próprio estatuto metodológico. Como observa John Gardner (p. v-vii) no prefácio da obra, difundiu-se a crítica segundo a qual toda teoria do direito estaria inevitavelmente comprometida com juízos de valor, apresentando o direito sob uma perspectiva ideologicamente favorável ou desfavorável, mesmo quando pretende apenas descrevê-lo. Diante disso, o filósofo do direito pareceria enfrentar um dilema: ou admite que sua teoria é, no fundo, uma forma de defesa ou crítica do direito, ou sustenta que se limita a descrevê-lo, ignorando qualquer avaliação. Ambas as opções são problemáticas: a primeira compromete a pretensão de objetividade; a segunda parece implausível.

Gardner (2001, p.vi) explica que muitos estudantes passaram a interpretar as fases posteriores do debate entre Hart e Dworkin como a expressão desse dilema entre comprometimento ideológico e descrição neutra, concluindo que Dworkin teria prevalecido por assumir explicitamente o caráter valorativo de sua teoria. Dickson (2001, p. 3-8) contesta esse dilema. Segundo ela, embora a explicação da natureza do direito envolva necessariamente avaliação, isso não implica que toda teoria do direito seja uma defesa ou crítica do direito.

Para explicitar essa ideia, distingue entre avaliação direta e avaliação indireta: teorias como a de Hart são indiretamente avaliativas porque selecionam aspectos centrais do fenômeno jurídico, mas permanecem neutras quanto ao seu valor moral. Assim, a autora defende a possibilidade de uma teoria jurídica que incorpore avaliação sem se converter em justificção ou condenação moral do direito.

4.1.2 A Ilusão do Dilema entre Descrição e Avaliação

Para aprofundar essa posição, Dickson examina a forma tradicional pela qual a distinção entre ser e dever ser tem sido mobilizada na teoria do direito. Ela observa que, segundo a compreensão tradicional da distinção entre ser e dever ser na teoria jurídica, muitos teóricos do campo positivista jurídico, incluindo Jeremy Bentham, John Austin, H.L.A. Hart, Hans Kelsen e Joseph Raz, sustentam que é possível ter uma explicação adequada do direito, "como ele é", distinta de uma explicação de como ele deveria ser. John Finnis e Ronald

Dworkin, por outro lado, discordam e negam que a filosofia do direito descritiva e normativa possam ser separadas dessa maneira (2001, p. 8).

Uma das principais preocupações de Dickson é demonstrar que a distinção entre ser e dever ser, comumente apresentada de forma simplificada, na verdade abrange uma série de questões metodológicas distintas que frequentemente se confundem ou são mal compreendidas. Em vez de tratar essa distinção como um binarismo fechado, Dickson a analisa por meio da questão central sobre o papel da avaliação na teoria do direito: até que ponto, e em que sentido, o teórico do direito precisa emitir juízos de valor para formular uma teoria jurídica bem-sucedida?

Embora se presuma, em geral, que uma teoria descritiva do direito não exige avaliação normativa e que apenas abordagens como as de Finnis ou Dworkin, que negam a possibilidade de descrever o direito "como ele é", implicariam julgamentos morais, Dickson considera essa oposição enganosa. Essas conclusões decorrem, em parte, de uma compreensão excessivamente simplista da própria distinção entre ser e dever ser.

Para lidar com esse problema de modo mais preciso, a autora (Dickson, 2001, p. 9) propõe distinguir três teses que frequentemente se ocultam sob essa distinção: (i) a tese da avaliação moral, segundo a qual compreender o direito exige avaliá-lo moralmente; (ii) a tese da justificação moral, segundo a qual uma teoria do direito deve mostrar que o direito é moralmente justificado; e (iii) a tese das consequências morais benéficas, segundo a qual os efeitos morais de uma teoria contam como critério de seu sucesso.

O foco da obra recai sobretudo sobre a primeira dessas teses. Dickson (2001, p. 10) mostra que rejeitar a avaliação moral não implica rejeitar toda forma de avaliação. Mesmo autores como Raz, que negam que a teoria do direito deva justificar moralmente o direito, reconhecem que a explicação jurídica envolve escolhas avaliativas sobre o que é relevante ou central na prática jurídica. É esse espaço intermediário que a noção de teoria jurídica indiretamente avaliativa pretende ocupar.

4.1.3 Critérios e Alcances da Filosofia do Direito Analítica

Dickson (2001, p. 15-16) busca delimitar o escopo da filosofia do direito analítica ao oferecer uma formulação esquemática dos critérios que devem orientar a elaboração de teorias jurídicas desse tipo. Embora não pretenda desenvolver uma metateoria abrangente da teoria do direito, Dickson reconhece a importância de se traçar um "mapa do terreno metateórico", a fim de facilitar tanto a compreensão dos debates que se seguirão quanto o posicionamento

crítico do leitor em relação às teses defendidas ao longo da obra. Ciente da controvérsia em torno de sua caracterização, ela solicita que, ao menos provisoriamente, o leitor suspenda juízos de valor sobre sua abordagem para que possa avaliá-la com mais clareza posteriormente.

A filosofia do direito analítica, segundo Dickson (2001, p. 17), deve ser definida não apenas por seu objeto de estudo — como o direito, as regras jurídicas ou os conceitos fundamentais da prática jurídica —, tampouco pela mera adoção de uma atitude descritiva. A melhor forma de caracterizá-la está nos critérios de sucesso que ela adota: uma teoria jurídica analítica deve (1) ser composta por proposições necessariamente verdadeiras, e (2) oferecer uma explicação adequada da natureza do direito. Esses dois critérios estão intimamente interligados. Por um lado, se uma teoria oferece uma explicação adequada da natureza do direito, ela o faz em virtude de conter proposições necessariamente verdadeiras sobre o fenômeno jurídico. Por outro lado, tais proposições verdadeiras só serão consideradas adequadas se forem formuladas de modo a capturar as características próprias da prática jurídica — como, por exemplo, seu caráter normativo, conforme destacado por Hart.

A autora assume, assim, um compromisso com a ideia de que a filosofia do direito analítica visa identificar propriedades essenciais do direito, isto é, aquelas características que todo sistema jurídico deve possuir para ser considerado como tal. No entanto, Dickson (2001, p. 18) ressalta que sua proposta não comete qualquer petição de princípio: o fato de a filosofia do direito analítica buscar tais propriedades essenciais não implica que elas de fato existam. Caso a investigação revele que o direito não possui propriedades desse tipo, isso não invalidaria a abordagem por incoerência, mas apenas indicaria que ela não atingiu seu objetivo explicativo.

Essa concepção implica também uma rejeição das críticas que veem no projeto analítico uma forma de "essencialismo" metafísico. Dickson (2001, p. 19) esclarece que, ao buscar propriedades constitutivas do direito, a filosofia do direito analítica não assume que tais propriedades são imutáveis ou universais num sentido rígido, mas apenas que são necessárias dentro da estrutura conceitual que permite distinguir o direito de outras formas de organização social. Por esse motivo, ela sustenta que até mesmo teorias críticas — como as de inspiração marxista ou pós-estruturalista — podem, sob certas condições, ser classificadas como teorias analíticas, desde que pretendam identificar propriedades que constituem a essência do direito. Assim, mesmo uma teoria que defenda que o direito é essencialmente injusto pode se enquadrar nesse modelo, se sustentar que essa injustiça decorre de características necessárias do fenômeno jurídico.

Nesse contexto, a posição de Ronald Dworkin é discutida como um caso limítrofe. Embora Dworkin (2001, p. 21-23) rejeite a distinção entre teorias jurídicas "analíticas" e "críticas", Dickson observa que isso decorre de sua recusa em separar a investigação da natureza do direito da interpretação das práticas jurídicas de determinadas sociedades. Como sua proposta metodológica depende da análise de práticas concretas em sociedades liberais, Dworkin não reconhece uma "natureza do direito" desvinculada dessas práticas. Dado isso, a autora considera pouco frutífero debater se sua teoria é ou não analítica nos termos propostos, preferindo, em vez disso, engajar-se diretamente com os argumentos metodológicos de Dworkin.

Por fim, Dickson (2001, p. 24-25) enfatiza que uma teoria jurídica analítica não se limita a identificar proposições necessariamente verdadeiras. Essas proposições precisam ser adequadas ao seu objeto, o que exige que incorporem o ponto de vista interno dos participantes da prática jurídica. Conforme argumenta Hart, uma teoria que ignora como os agentes do sistema jurídico vivenciam as normas — ou seja, como as reconhecem como dotadas de autoridade e obrigações — falha em captar um aspecto fundamental da natureza do direito. Assim, além da verdade necessária, a teoria jurídica deve estar ajustada ao modo como os fenômenos jurídicos são experienciados por seus próprios agentes, o que reforça seu compromisso com uma explicação filosoficamente rigorosa e metodologicamente sensível à prática.

4.1.4 A Proposta da Teoria Jurídica Indiretamente Avaliativa

A partir desse quadro, Dickson (2001, p. 25; 29) desenvolve sua proposta ao introduzir a chamada Tese da Avaliação Moral, que sustenta que, para compreender adequadamente o direito, seria necessário avaliá-lo moralmente. A autora examina criticamente essa tese contrapondo as posições de Finnis, que a defende, e Raz, que a rejeita. A partir disso, emerge o problema central da obra: como admitir que a teoria do direito envolve elementos valorativos sem assumir, por isso, um compromisso com a moralidade. Esse impasse metodológico é apresentado como um dilema falso, cuja superação depende do reconhecimento de que há formas de avaliação distintas da moral. A partir dessa constatação, Dickson começa a delinear o conceito de Teoria Jurídica Indiretamente Avaliativa, capaz de reconhecer a presença de juízos de valor na teoria do direito sem reduzir sua legitimidade à moralidade.

Na sequência, ela aprofunda a elaboração dessa proposta metodológica. Dickson (2001, p. 25-26; 51) argumenta que toda teoria jurídica, mesmo aquelas que se pretendem descritivas, inevitavelmente faz uso de critérios avaliativos — como centralidade, relevância e importância — ao selecionar os aspectos do direito que pretende explicar. Contudo, tais critérios não precisam ser morais. Ela defende que juízos avaliativos podem ser epistêmicos ou conceituais, e que é possível construir uma teoria do direito que envolva avaliação sem implicar normatividade moral. Ao fazer isso, Dickson responde à crítica de que qualquer forma de avaliação comprometeria a neutralidade da teoria jurídica e demonstra que a posição de Raz representa uma alternativa metodológica viável entre o moralismo de Finnis e o interpretativismo construtivo de Dworkin.

Mais adiante, a autora (2001, p. 26; 71) trata da Tese da Justificação Moral, segundo a qual uma teoria do direito adequada deve apresentar o direito como moralmente justificado. Nesse ponto, Finnis volta a ocupar o centro da análise, pois entende que qualquer explicação verdadeira do direito deve reconhecer sua autoridade moral. Dickson rejeita essa exigência, argumentando que há uma diferença fundamental entre explicar por que o direito funciona como funciona (incluindo sua autoridade social ou institucional) e justificar moralmente sua existência ou conteúdo. Para ela, a análise da normatividade jurídica não exige adesão a uma tese moral substantiva. Assim, uma teoria pode explicar por que o direito é tomado como autoritativo sem endossar essa autoridade como moralmente legítima.

Prosseguindo, Dickson (2001, p. 26; 83) discute a Tese das Consequências Morais Benéficas, que sustenta que os efeitos morais positivos de se adotar uma determinada teoria jurídica devem contar como critério para avaliar sua superioridade. Dickson analisa esse argumento a partir da posição de autores como Frederick Schauer e mostra que essa tese implica uma forma diferente de relação entre teoria e valor. Em sua crítica, Dickson argumenta que a proposta metodológica de Schauer — de tratar o conceito de direito com base em generalizações empíricas sobre sua prática — incorre em uma confusão metodológica entre recorrência factual e necessidade conceitual. Segundo ela, mesmo que certas características como a coerção apareçam com frequência nos sistemas jurídicos, isso não justifica tratá-las como essenciais ao conceito de direito. Além disso, ela observa que abordagens empíricas como a de Schauer não conseguem dar conta da normatividade própria do direito, pois se limitam a padrões de comportamento, sem explicar por que os sujeitos se sentem obrigados a agir conforme normas jurídicas. Ainda que essa preocupação com os efeitos morais seja legítima em certos contextos, a autora sustenta que ela não deve ser confundida com uma exigência intrínseca da teoria jurídica. Ou seja, mesmo que uma teoria

produza consequências moralmente desejáveis, isso não garante sua superioridade explicativa ou metodológica. Com isso, Dickson reforça a separação entre avaliação moral e avaliação epistêmica, mantendo a integridade metodológica da teoria jurídica.

Na sequência, a autora (Dickson, 2001, p. 103) se volta para a metodologia de Ronald Dworkin, cujo compromisso com a interpretação construtiva rejeita explicitamente qualquer tentativa de separação entre descrição e avaliação. Para Dworkin, toda teoria do direito é interpretativa e deve apresentar o direito sob sua melhor luz moral. Dickson discorda dessa posição, argumentando que ela colapsa análise e justificação em um só movimento, impedindo o distanciamento crítico em relação ao objeto da teoria. Para ela, é possível construir uma teoria metodologicamente rigorosa que reconheça a complexidade do fenômeno jurídico sem estar comprometida com sua defesa moral.

Por fim, Dickson (2001, p. 27-28; 133) retoma a proposta da teoria jurídica indiretamente avaliativa, reafirmando sua viabilidade como uma terceira via metodológica entre o objetivismo moral de Finnis e o interpretativismo normativo de Dworkin. A autora argumenta que essa abordagem preserva a sensibilidade valorativa necessária à teorização do direito, sem comprometer sua objetividade descritiva. Ela sustenta que a teorização jurídica sempre envolve escolhas interpretativas — por exemplo, sobre quais aspectos do direito merecem atenção teórica —, mas essas escolhas podem ser justificadas com base em critérios epistêmicos, pragmáticos ou conceituais, e não necessariamente morais. Com isso, a obra busca superar a polarização metodológica que dominou o debate desde a publicação de *O Império do Direito*, propondo uma forma mais equilibrada e reflexiva de entender o papel da avaliação na teoria do direito.

A proposta metodológica de Dickson culmina na afirmação de que a teoria jurídica indiretamente avaliativa representa uma via epistemicamente legítima e filosoficamente rigorosa para abordar o fenômeno jurídico. Para ela, compreender o direito exige, antes de tudo, explicar seu funcionamento enquanto instituição social distinta, marcada por procedimentos e instituições específicas (como tribunais, leis, autoridades). Só a partir desse entendimento prévio é possível avaliar moralmente o direito de modo significativo, por exemplo, quanto à sua autoridade ou legitimidade. Tentar julgar se o direito é bom ou justo sem antes entender o que ele é seria, segundo a autora, como avaliar um objeto sem conhecer sua função. Embora reconheça que toda teorização envolve algum tipo de escolha — como o que considerar significativo no direito — Dickson sustenta que essas escolhas não precisam ser justificadas moralmente. Em vez disso, podem ser sustentadas com base em razões epistêmicas, pragmáticas ou conceituais (Dickson, 2001, p. 133). Essa perspectiva permite

reconhecer o papel da avaliação sem comprometer o projeto de uma filosofia do direito que visa à objetividade. Com isso, Dickson oferece uma importante alternativa metodológica frente ao objetivismo moral de Finnis e ao interpretativismo normativo de Dworkin, preservando a distinção entre avaliação moral e outros tipos de valoração, como as baseadas em adequação teórica ou clareza conceitual (Dickson, 2001, p. 130-133).

A proposta metodológica de Dickson estabelece, portanto, um enquadramento decisivo para a investigação que se seguirá: se teorias do direito devem ser avaliadas por sua capacidade de formular proposições necessariamente verdadeiras e de oferecer explicações adequadas da prática jurídica, sensíveis ao ponto de vista interno dos agentes, então torna-se indispensável esclarecer como tais proposições são justificadas e em que termos uma afirmação sobre a natureza do direito pode ser considerada necessária. É precisamente nesse ponto que a teoria da análise conceitual de Frank Jackson ganha relevância. Enquanto Dickson fornece os critérios de sucesso da filosofia do direito analítica, Jackson oferece uma metodologia para explicar como afirmações formuladas em um vocabulário — como o jurídico — podem ser sustentadas, localizadas ou descartadas à luz de descrições mais fundamentais. Assim, a Análise Conceitual Modesta de Jackson pode ser lida como um instrumento técnico para operacionalizar, em termos mais rigorosos, as exigências de necessidade e adequação explicativa que estruturam o projeto metodológico delineado por Dickson.

4.2 ANÁLISE CONCEITUAL DE FRANK JACKSON

À luz do enquadramento metodológico fornecido por Julie Dickson, torna-se possível aprofundar o debate sobre como teorias do direito podem formular afirmações necessárias e explicativamente adequadas sem recorrer a compromissos morais substanciais. É nesse contexto que a proposta de Frank Jackson adquire importância. Embora desenvolvida originalmente no âmbito da metafísica e da filosofia da linguagem, sua teoria da análise conceitual oferece instrumentos precisos para compreender como conceitos — inclusive os jurídicos — podem ser relacionados a estruturas explicativas mais fundamentais de modo epistemicamente controlado.

Nesse sentido, a chamada Análise Conceitual Modesta⁵², desenvolvida em *From Metaphysics to Ethics* (1998), busca responder como, e sob quais condições, a verdade de

⁵² Uma das objeções metodológicas mais influentes às diversas formas de análise conceitual, tanto na filosofia em geral quanto na teoria do direito, provém do naturalismo filosófico. Em linhas gerais, o naturalismo sustenta

enunciados formulados em um determinado vocabulário pode depender da verdade de enunciados formulados em um vocabulário teoricamente mais básico. Jackson sustenta que toda investigação filosófica que pretenda localizar conceitos em uma estrutura explicativa mais fundamental precisa levar a sério o conteúdo conceitual e as condições de uso dos termos empregados. Sua proposta evita tanto o reducionismo ontológico rígido quanto o intuicionismo da linguagem ordinária, ao sustentar que a análise conceitual não revela diretamente a estrutura última do mundo, mas determina o que deve ser dito em certos termos, dado um conjunto mais básico de descrições. É precisamente nesse sentido que a abordagem é qualificada como "modesta": ela não pretende extrair conclusões metafísicas substantivas a partir da análise conceitual, mas esclarecer o conteúdo e as condições de aplicação de nossos conceitos como etapa preliminar à investigação sobre a realidade.

Essa metodologia é especialmente relevante para a filosofia do direito porque permite avaliar se — e em que sentido — teses formuladas no vocabulário jurídico, como as que envolvem autoridade, validade ou coerção, são implicadas por descrições mais fundamentais da prática social. É justamente esse recurso que Kenneth Himma mobiliza ao aplicar a Análise Conceitual Modesta para defender a Tese da Coerção. Por isso, antes de examinar sua estratégia, é necessário compreender com precisão o funcionamento da abordagem jacksoniana.

4.2.1 Importância da Análise Conceitual

Nos três primeiros capítulos de sua obra, Jackson desenvolve uma defesa da análise conceitual como uma etapa indispensável para a prática da metafísica. Ele argumenta que toda investigação filosófica, por mais abstrata que seja, parte de questões formuladas em linguagem ordinária. Por isso, compreender o uso dos termos — mesmo quando se busca substituí-los por um vocabulário técnico ou mais fundamental — é uma etapa necessária. A

que a investigação filosófica deve ser contínua com as ciências empíricas e privilegiar métodos *a posteriori*, o que coloca sob suspeita abordagens que recorrem de modo central à análise de conceitos ou a intuições *a priori*. Uma exposição clara desse pano de fundo pode ser encontrada no verbete *Naturalism* da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, de David Papineau, especialmente em sua discussão sobre o naturalismo metodológico. Papineau observa que, em resposta a essas objeções, alguns autores — notadamente Frank Jackson e David Chalmers — propõem versões atenuadas da análise conceitual, como a chamada análise conceitual modesta, que não pretende gerar conhecimento substantivo sobre o mundo, mas esclarecer o conteúdo de nossos conceitos ordinários como etapa preliminar à investigação empírica. O próprio Papineau menciona ainda a possibilidade de abordagens que ele denomina de "análise conceitual *a posteriori*", mais próximas de orientações pragmatistas, que buscam reduzir a dependência de intuições e reforçar a sensibilidade empírica da reflexão filosófica. A presente dissertação não assume essas alternativas naturalistas ou pragmatistas, mas a explicitação desse debate metodológico é relevante para situar o alcance e as limitações da análise conceitual modesta tal como empregada por Jackson e, posteriormente, por Himma.

análise conceitual, nesse sentido, funciona como uma ponte entre nossas práticas linguísticas cotidianas e os compromissos teóricos mais abstratos. Esse papel intermediário da análise conceitual é especialmente relevante para o exame de conceitos jurídicos formulados a partir de práticas institucionais concretas (Jackson, 1998, p. 4-5; 30-31).

Essa concepção conecta-se diretamente à ideia de uma "metafísica séria", que Jackson (1998, p. 4-5) define como o projeto de explicar a realidade sem recorrer a longas listas de propriedades, mas por meio de um conjunto limitado de ingredientes básicos. A ideia não é negar que existam muitos tipos de coisas, mas mostrar que nem todas as propriedades precisam entrar como fundamentais. Algumas podem ser explicadas a partir de outras mais básicas. Como esse conjunto básico é limitado, certas propriedades não aparecerão explicitamente no relato metafísico mais fundamental. Surge então o "problema da localização": devemos decidir se essas propriedades estão implicitamente presentes no relato (isto é, se são implicadas por ele) ou se devem ser eliminadas como meramente aparentes.

Essa exigência impõe um duplo compromisso à metafísica: por um lado, ela deve ser seletiva — nem tudo entra como elemento fundamental; por outro, deve ser completa — deve ser capaz de explicar tudo o que existe. Por isso, ela inevitavelmente precisa escolher, para cada propriedade aparentemente real, entre localizá-la no relato básico ou eliminá-la. A proposta de Jackson é que uma propriedade tem lugar legítimo em um relato metafísico se e somente se ela é implicada pelo relato formulado nos termos básicos. Esse critério — a tese da entrada por implicação — não é apenas suficiente, mas também necessária: a única forma de algo "entrar" na metafísica séria é sendo implicado pelo que é fundamental.

4.2.2 Análise Conceitual Modesta

De acordo com Jackson (1998, p. 30-31), então, fazer uma análise conceitual significa explicar de que forma, por qual motivo, quando e se é possível que a verdade de algo enunciado em um vocabulário dependa da verdade de algo enunciado em um outro vocabulário teoricamente mais fundamental, desde que essa explicação tenha a intenção de sobreviver a tentativas de refutação por contraexemplos.

Esse tipo de análise é orientado, segundo o autor, por um princípio fundamental: a Tese da Entrada Por Implicação. De acordo com ela, uma propriedade ou conceito só deve ser incluído em um relato teórico se for logicamente implicado pelas descrições formuladas em termos mais fundamentais (Jackson, 1998, p. 28-29). Essa tese confere à análise conceitual

um papel de legitimação teórica, oferecendo um critério claro para avaliar a inclusão ou exclusão de conceitos em teorias filosóficas mais amplas.

Partindo dessa base, Jackson argumenta que embora a metafísica seja sobre como é o mundo, as perguntas das pessoas quando fazem metafísica são enquadradas em uma linguagem e, portanto, é preciso prestar atenção ao que os usuários da linguagem querem dizer com as palavras que empregam para fazer suas perguntas. Por exemplo, quando os caçadores de recompensas procuram um sujeito, eles estão procurando por uma pessoa e não por um folheto (Jackson, 1998, p. 30). Dessa forma, esses caçadores não irão muito longe se não atenderem às propriedades representacionais do folheto sobre a pessoa procurada. Sendo assim, essas propriedades dão-lhes o seu alvo, definem o assunto da sua pesquisa. Logo, os metafísicos não irão muito longe ao se questionarem sobre a existência de Ks, se Ks não são nada além de Js, se a maneira K de ser do mundo é totalmente determinada pela maneira J como o mundo é.

Assim, para essa concepção⁵³ jacksoniana de localização metafísica por implicação, uma tese nesses termos demandaria uma análise conceitual, pois, segundo o autor, para que seja possível afirmar que Ks na verdade não passam de Js, seria necessária uma concepção do que conta como um K e do que conta como um J. Assim sendo, Jackson defende o que ele chama de uma Análise Conceitual Modesta, já que a concepção de um K ou de um J não expressaria a natureza fundamental da realidade, mas apenas o conteúdo e as implicações da *folk theory*⁵⁴, isto é, das condições semânticas que governam o uso dos termos K e J, dadas certas condições (1998, p. 30-31, 43).

Em outras palavras, a Análise Conceitual Modesta tem um papel mais restrito e mais epistemicamente controlado. Seu objetivo não é revelar a constituição última do mundo, mas sim esclarecer o que se deve dizer em um vocabulário menos fundamental, dado um vocabulário explicativo mais básico. Trata-se, portanto, de uma análise de natureza normativa em sentido semântico e linguístico, voltada à identificação dos compromissos conceituais envolvidos na passagem entre níveis de descrição. Jackson enfatiza que essa abordagem é compatível com a ciência empírica e com um programa metafísico realista, pois busca mostrar como nossos conceitos ordinários podem ser acomodados, localizados ou até substituídos por

⁵³ Posição filosófica para a qual as propriedades de um todo podem ser reduzidas a propriedades de suas partes, resultando na diminuição do número de elementos em uma teoria (<https://plato.stanford.edu/entries/scientific-reduction/>).

⁵⁴ Conforme Jackson (1998, p. 31, 39-40), *folk theory* é uma concepção ordinária de um conceito que só pode ser revelado se for feito um apelo ao que parece ser mais óbvio e central segundo as intuições das pessoas sobre casos possíveis em que são aplicados o conceito. Nas palavras do autor: "In as much as my intuitions are shared by the folk, they reveal the folk theory" (Na medida em que minhas intuições são compartilhadas pelas pessoas, elas revelam a folk theory) (p. 37).

estruturas teóricas mais fundamentais — desde que essa substituição seja respaldada por relações de implicação conceitual válidas (Jackson, 1998, p. 30-31, 43-45).

Em contrapartida, para o autor, uma Análise Conceitual Imodesta⁵⁵ seria suspeita por confiar mais nas intuições da linguagem ordinária sobre possibilidades para determinar como é o mundo, dando mais peso a elas (Jackson, 1998, p. 43-44). Assim, Jackson defende que o papel da Análise Conceitual Modesta seja apenas o de lidar com a questão do que as pessoas devem dizer sobre as coisas descritas em um vocabulário dada uma descrição das coisas em outro vocabulário. Ou seja, a Análise Conceitual Modesta não tem o papel de determinar a natureza fundamental do mundo, ela determina o que deve ser dito em termos menos fundamentais dada uma explicação do mundo em termos mais fundamentais.

Em suma, a Análise Conceitual Imodesta, segundo o autor, é aquela que pretende extrair verdades sobre a realidade a partir de intuições linguísticas ou conceituais, muitas vezes com base em juízos sobre possibilidades concebíveis *a priori*. Essa abordagem, para Jackson, é problemática porque confere às intuições um peso excessivo, correndo o risco de superestimar a autoridade do senso comum ou da linguagem ordinária na determinação da estrutura do mundo. Nesse sentido, ela incorre em um erro metodológico ao tomar como revelações ontológicas os limites de nossos conceitos. Essa crítica aparece especialmente no capítulo 2, onde Jackson afirma que esse tipo de análise se aproxima perigosamente do intuicionismo e não oferece garantias epistemicamente sólidas para a construção de um relato metafísico (Jackson, 1998, p. 43-44).

Ademais, Jackson (1998, p. 60) reforça que a análise conceitual é fundamental quando se pretende estabelecer reivindicações de determinação necessárias e suficientes. O autor destaca persistentemente que a análise conceitual revela uma concepção que corresponde com condições necessárias e suficientes do uso dos termos. Segundo Jackson, sempre há uma condição necessária e suficiente do emprego de um certo termo, mesmo que essa condição seja a propriedade do objeto a que o termo se refere de ser reconhecido como tal e tal por um sujeito (1998, p. 66-67).

Desse modo, ao tratar das cores, Jackson chega a admitir que um mesmo termo poderia ser usado com respeito a propriedades diferentes. Pode ser que a vermelhidão do tomate e a de um pôr-do-sol, por exemplo, não sejam manifestações diferentes de uma propriedade

⁵⁵ Brian Leiter, inclusive, acusa Hart de fazer uma Análise Conceitual Imodesta, pois na visão dele, Hart confiaria demais nas intuições da linguagem (Leiter, 2007a, p. 124).

disjuntiva⁵⁶ comum. Então, o vermelho dos tomates seria uma propriedade diferente do vermelho do pôr-do-sol. A vermelhidão, neste caso, não seria uma propriedade em comum de coisas vermelhas. Em vez disso, existiriam duas vermelhidões, e as coisas vermelhas teriam uma ou outra dessas duas propriedades. Ou seja, nesse caso, seria aplicado um mesmo termo às coisas contanto que elas tivessem uma ou outra dessas propriedades, o que significaria que ter ao menos uma dessas propriedades ainda seria uma condição necessária e suficiente da aplicação do termo (1998, p. 108-112).

Portanto, para Jackson, em suma, é preciso fazer análise conceitual quando há um compromisso com a tese da implicação entre assuntos descritos em um vocabulário preferencial e assuntos descritos em vários outros vocabulários, pois fazer análise conceitual significa exatamente responder de que forma, por qual motivo, quando e se é possível que a verdade daquilo que é dito em um vocabulário depende do que é dito em um vocabulário supostamente mais fundamental (1998, p. 30-31).

4.3 A CENTRALIDADE DA COERÇÃO E A DEFESA DA METODOLOGIA ANALÍTICA EM HIMMA

Como discutido nos capítulos anteriores, Frederick Schauer formula um desafio inegavelmente relevante para a consagrada tradição analítica do pensamento filosófico sobre o direito. Ao sustentar que a coerção ocupa um papel central na compreensão do fenômeno jurídico, o autor propõe uma inflexão metodológica que privilegia instrumentos empíricos na teoria do direito e critica aquilo que denomina uma metodologia analítica "essencialista". Em resposta, Leslie Green assume a defesa da tradição hartiana, questionando não apenas a leitura que Schauer faz de Hart, mas também a própria adoção de uma abordagem empirista na análise conceitual do direito.

Apesar dessas objeções, o diagnóstico de Schauer parece convincente ao evidenciar as limitações da metodologia analítica tradicional para captar um elemento que se revela fundamental ao direito: a coerção. É nesse contexto que se insere a importância da obra mais recente de Kenneth Einar Himma, *Coercion and the Nature of Law* (2020). No segundo volume de sua investigação acerca da natureza metafísica do direito, Himma converge com Schauer na defesa da centralidade da coerção, mas diverge quanto às implicações metodológicas dessa posição. Para ele, não é necessário abandonar o método analítico para reconhecer o papel essencial da coerção no direito. Com isso, o autor desenvolve uma crítica à

⁵⁶ Para Jackson (1998, p.105-106), uma propriedade pode ser realizada de muitas formas diferentes, é o que ele denomina de propriedade disjuntiva.

separação conceitual entre direito e coerção, dirigindo-se especialmente à formulação dessa separação na obra de Joseph Raz.

4.3.1 A Formulação da Tese da Coerção em Himma

Himma afirma que *Coercion and the Nature of Law* (2020) é um ensaio sobre o que, às vezes, é chamado de "análise conceitual orientada metafisicamente" (p. 1). Nessa obra, o autor busca defender de modo abrangente a chamada Tese da Coerção, segundo a qual é condição conceitualmente necessária para a existência de um ordenamento jurídico que respalde algumas normas jurídicas obrigatórias que proíbam a ruptura da paz, sob a ameaça de prejuízo de que sujeitos racionalmente competentes tenham uma razão prática para evitar.

O termo-conceito "direito"⁵⁷ para Himma é ambíguo, pois pode designar tanto normas jurídicas quanto sistemas jurídicos. As normas jurídicas, segundo o autor, são objetos proposicionais metafisicamente aptos a orientar o comportamento, ao passo que os sistemas jurídicos são metafisicamente capazes de regular eficazmente o comportamento justamente por serem parcialmente constituídos por um conjunto de normas que governam o comportamento. A partir da relação ontológica entre esses dois elementos, Himma afirma que os sistemas jurídicos são parcialmente constituídos por normas jurídicas, ao passo que as normas jurídicas não são parcialmente constituídas por sistemas jurídicos; estas, antes, são produzidas por e no interior de sistemas jurídicos (2020, p. 2).

Diante disso, Himma opta, ao longo de sua obra, por tomar os sistemas jurídicos — e não as normas jurídicas isoladamente — como o foco de sua análise. Assim, a Tese da Coerção deve ser compreendida como a afirmação de que é uma condição conceitualmente necessária para que algo seja adequadamente caracterizado como um sistema jurídico que ele respalde certas normas jurídicas obrigatórias que regulam o comportamento não-oficial⁵⁸ mediante a ameaça de uma sanção. Conforme ressalta o autor, quando corretamente entendida, a Tese da Coerção não afirma nem implica que toda norma jurídica deva ser respaldada pela ameaça de uma sanção coercitiva.

Outro apontamento que Himma faz sobre o termo-conceito "direito" é a ambiguidade entre um uso amplo e restrito. Segundo o autor (2020, p. 3), sua defesa da Tese da Coerção se limita deliberadamente ao uso restrito do termo, que abrange apenas os sistemas de direito

⁵⁷ Do original: "law".

⁵⁸ Comportamento não-oficial, para Himma, é aquele regido por normas jurídicas que são válidas sob os requisitos da regra de reconhecimento que rege o comportamento oficial (2020, p. 2, nota de rodapé 2).

local e internacional que constituem o objeto central de estudo nas faculdades de direito. Tal opção exclui um uso mais amplo do conceito, que poderia englobar não apenas sistemas jurídicos estatais e internacionais, mas também sistemas normativos religiosos ou regras institucionais que organizam associações específicas, como aquelas que regulam uma associação de xadrez.

Por fim, Himma aponta ainda a ambiguidade entre um uso puramente descritivo do conceito de direito e um uso denso⁵⁹, que combina elementos descritivos e avaliativos. O uso puramente descritivo identifica condições de existência empiricamente verificáveis do direito sem formular qualquer julgamento avaliativo acerca de suas qualidades morais. O uso denso, por sua vez, incorpora esse conteúdo do conceito puramente descritivo, mas acrescenta elementos avaliativos. Nesse sentido, o autor esclarece que o uso relevante para sua análise é o puramente descritivo, voltado aos sistemas comumente denominados de "direito positivo", isto é, sistemas normativos institucionais que pertencem à mesma classe dos paradigmas familiares que estruturam o estudo e a prática jurídica.

Com essas distinções em mãos, torna-se possível esclarecer, na sequência, (i) como Himma define coerção, sanção e sanção coercitiva no sentido descritivo; (ii) por que a tese é compatível com variações motivacionais (inclusive a figura do *bad man* holmesiano); e (iii) de que modo ele pretende fundamentar a Tese da Coerção por meio de uma Análise Conceitual Modesta, antes de enfrentar supostos contraexemplos como o direito internacional e o argumento raziano da sociedade de anjos.

Nessa perspectiva, Himma (2020, p. 3-4) sustenta que a interpretação adequada da Tese da Coerção é aquela segundo a qual tudo o que conta como um sistema jurídico, no sentido puramente descritivo, inclui normas jurídicas que regulam o comportamento oficial e que autorizam a imposição judicial de sanções coercitivas para determinadas violações de normas jurídicas obrigatórias que regem o comportamento não-oficial. As normas jurídicas obrigatórias que disciplinam o comportamento não oficial, por sua vez, apenas podem ser respaldadas pela ameaça de uma sanção coercitiva na medida em que as normas de reconhecimento jurídico que regem o comportamento oficial autorizem os tribunais a impor tais sanções em caso de descumprimento.

⁵⁹ Do original: "thick".

4.3.2 Coerção, Sanção e Sanção Coercitiva na Tese da Coerção

Em um nível mais geral — ou no que Himma considera um caso abrangente da Tese da Coerção — o autor sustenta que a presença de normas que autorizam a imposição judicial de sanções como resposta institucional formal ao descumprimento tanto de ordens judiciais quanto de determinadas diretrizes jurídicas obrigatórias que regulam atos não oficiais constitui uma característica conceitualmente necessária de um sistema jurídico. Em outras palavras, as propriedades que compõem um sistema jurídico incluem o fato de que ele respalda algumas normas jurídicas obrigatórias mediante a ameaça de uma sanção coercitiva. Para Himma (2020, p. 4), a própria natureza metafísica do sistema jurídico é, em algum sentido, coercitiva.

Segundo o autor (Himma, 2020, p. 4), o termo "coerção", assim como o termo "direito", apresenta tanto um uso puramente descritivo quanto um uso denso, que incorpora elementos avaliativos e explicativos. Assim, afirmar que uma norma é coercitiva no sentido puramente descritivo equivale a dizer que ela foi razoavelmente planejada para impedir o descumprimento em virtude de ser respaldada por uma ameaça de dano que conta como uma sanção coercitiva; caracterizar algo como coercitivo nesse sentido não afirma nem implica um julgamento moral de qualquer tipo com respeito à sua qualidade moral. Por outro lado, afirmar que uma diretiva é coercitiva no uso denso significa dizer não apenas que ela é coercitiva no sentido descritivo, mas também que a ameaça subjacente de prejuízo pelo não cumprimento é moralmente problemática, exprimindo, assim, um julgamento moral negativo acerca da medida em questão.

Um exemplo paradigmático capaz de ilustrar ambos os usos do conceito de coerção é o do assaltante armado que ameaça matar uma pessoa caso ela não lhe entregue o dinheiro. Conforme explica Himma, a exigência do ladrão é coercitiva no sentido puramente descritivo porque se apoia em uma ameaça de prejuízo que sujeitos racionalmente competentes provavelmente considerarão, como uma questão descritiva de fato contingente, uma razão prática derrotável para cumprir, justamente porque deveriam considerá-la como tal, enquanto questão objetiva de racionalidade prática normativa. Ao mesmo tempo, essa exigência também é coercitiva no sentido avaliativo, constituindo um exemplo do uso denso do conceito, uma vez que a ameaça associada à demanda é moralmente ilícita. Assim, no uso descritivo, há uma razão prática prudencial derrotável para que a vítima entregue o dinheiro sob ameaça de prejuízo; no uso denso, a ameaça é moralmente condenável. O núcleo

conceitual da coerção consiste, portanto, em deter o descumprimento mediante a ameaça de imposição de prejuízo como resposta (Himma, 2020, p. 4).

Himma (2020, p. 5) afirma ainda que a força normativa de uma ameaça é percebida, ao menos em parte, a partir da indesejabilidade objetiva e subjetiva do dano ameaçado. No caso do assaltante que ameaça matar a vítima, a indesejabilidade do prejuízo é caracteristicamente considerada conclusiva, como uma questão descritiva de fato contingente, justamente porque deve ser considerada conclusiva como uma questão objetiva de racionalidade prática normativa. Isso ocorre porque a morte prematura é — e deve ser — considerada por sujeitos racionalmente competentes como um dos piores destinos que podem acometer uma pessoa; por essa razão, uma ameaça crível de morte prematura tende a ser percebida como dotada de força normativa, precisamente porque deve ser percebida dessa maneira (Himma, 2020, p. 6).

Em contraste, no caso de uma penalidade pecuniária simples, como uma multa por estacionamento ilegal, a indesejabilidade do prejuízo ameaçado é normalmente considerada insuficiente, como uma questão descritiva de fato contingente, porque deve ser considerada pouco conclusiva. Em situações nas quais o custo da multa, ponderado pela probabilidade percebida de que ela seja efetivamente aplicada, é superado pelo tempo necessário para encontrar uma vaga legal — bem como pela probabilidade de encontrá-la —, o agente pode preferir correr o risco de ser multado a perder o emprego por chegar atrasado a uma reunião (Himma, 2020, p. 6).

Em outros termos, no caso do assaltante, a questão descritiva de fato contingente coincide com uma exigência objetiva de racionalidade prática normativa considerada conclusiva: se a vítima não entregar o dinheiro, a probabilidade de morte deve ser tratada, salvo circunstâncias excepcionais, como próxima da certeza. Já no caso do estacionamento ilegal, embora também exista um risco envolvido, o prejuízo ameaçado tende a ser significativamente menos grave e sua probabilidade de imposição é normalmente reduzida. Por essa razão, a ameaça não assume caráter conclusivo e pode ser racional, naquele contexto, aceitar a possibilidade da multa para evitar prejuízos maiores, como a perda do emprego.

No que se refere ao conceito de sanção, Himma (2020, p. 8) observa que, enquanto a coerção está conceitualmente associada à dissuasão, a sanção está conceitualmente ligada à punição. Embora dissuasão e punição sejam conceitos relacionados, eles não se confundem. A coerção é inteiramente voltada para o futuro, pois busca prevenir o descumprimento por meio da ameaça de prejuízo. A punição, por sua vez, possui uma dimensão tanto prospectiva quanto retrospectiva: ela se orienta para o futuro ao ser planejada para desencorajar violações, mas também se volta para o passado ao responder a uma violação já ocorrida mediante a

imposição do dano previamente ameaçado. Uma sanção é coercitiva na medida em que procura coibir violações, mas é punitiva, ainda que não haja intenção expressa nesse sentido, porque é imposta como resposta ao que se compreende como um descumprimento culposos.

Por fim, na visão de Himma (2020, p. 9), algo conta como sanção coercitiva se tiver sido razoavelmente planejado para coibir e punir o descumprimento de alguma norma. A noção de uma sanção coercitiva, assim, incorpora tanto a função de dissuasão da coerção quanto a função punitiva das sanções e, portanto, é algo razoavelmente planejado para desempenhar ambas as funções. Dessa maneira, a sanção coercitiva está preocupada em deter violações das normas que ela apoia, ameaçando algo que conta, de fato, se não for intenção expressa, como punição pelo não cumprimento delas.

Todavia, Himma (2020, p. 11-12) esclarece que a Tese da Coerção não afirma nem implica que um sistema normativo institucional somente possa ser caracterizado como jurídico se sanções coercitivas forem efetivamente impostas em caso de descumprimento. A tese sustenta apenas que é uma condição conceitualmente necessária para que um sistema normativo institucional conte como um sistema jurídico que ele inclua normas jurídicas que autorizem os juízes a impor algo que sujeitos racionalmente competentes caracteristicamente considerem — como uma questão descritiva de fato contingente — um prejuízo, justamente porque deveriam considerá-lo como tal enquanto questão objetiva de racionalidade prática normativa.

Em termos mais precisos, a Tese da Coerção não implica que toda violação de uma norma jurídica obrigatória deva ser acompanhada da autorização de uma sanção coercitiva. Tampouco pressupõe, como condição conceitualmente necessária, que todo ato que represente uma ruptura da paz seja proibido para que um sistema normativo institucional conte como jurídico (Himma, 2020, p. 15). Ao contrário, a tese reconhece que as práticas constitutivas de um sistema jurídico são razoavelmente estruturadas para minimizar rupturas da paz apenas na medida em que respaldam certas normas jurídicas que proíbem tais violações por meio da ameaça de sanções coercitivas (Himma, 2020, p. 18). Assim, constitui uma verdade conceitual, para a Tese da Coerção, que tudo aquilo que conta como um sistema jurídico respalda algumas normas jurídicas obrigatórias que regulam o comportamento não oficial mediante a ameaça de uma sanção coercitiva (Himma, 2020, p. 23).

4.3.3 *Bad Man* Holmesiano e a Tese da Coerção

Segundo Himma (2020, p. 19), todo sujeito racionalmente competente considera a possibilidade de lhe serem impostas sanções coercitivas como algo normativamente relevante, ainda que essa consideração não seja suficiente, em certos casos, para alterar seu comportamento. Criminosos, por exemplo, levam em conta a perspectiva de sofrer sanções pelo descumprimento do direito mesmo quando decidem praticar atos de violência juridicamente proibidos. Todo agente racionalmente competente, ao menos em alguma medida, pondera a probabilidade de ser descoberto e punido antes de cometer um crime.

Da mesma forma, pessoas moralmente decentes também consideram o efeito dissuasório das sanções coercitivas que podem ser aplicadas em caso de violação de normas jurídicas que proíbem condutas menos graves (Himma, 2020, p. 19). Indivíduos inclinados a ultrapassar o limite de velocidade em uma rodovia, por exemplo, tendem a se abster dessa conduta quando acreditam que há fiscalização policial nas proximidades. Tampouco é implausível supor que a ameaça de sanções coercitivas, em geral, desencoraje pessoas moralmente bem-intencionadas a agir momentaneamente fora de seu caráter e a romper a paz em situações de ira ou frustração. Nesse sentido, Himma sustenta que a maioria das pessoas é capaz de se transformar, ainda que apenas por um instante, em um *bad man*⁶⁰ holmesiano, suscetível a ser dissuadido de cometer um ato ilícito simplesmente pela convicção de que uma punição severa seria inevitável. Assim, todo sujeito racionalmente competente atribui relevância normativa à perspectiva de sanções impostas em razão do descumprimento, razão pela qual as práticas constitutivas do direito são razoavelmente estruturadas para manter sujeitos autointeressados e racionalmente competentes afastados de uma condição permanente de guerra de todos contra todos.

A Tese da Coerção, contudo, não se propõe a explicar por que algumas ou todas as pessoas efetivamente se abstêm de violar o direito, uma vez que as motivações subjacentes a esse comportamento dependem de uma multiplicidade de fatores que não guardam relação direta com as práticas conceituais associadas ao uso do termo "direito". Conforme observa Himma (2020, p. 20), uma teoria conceitual do direito deve limitar-se a esclarecer como as práticas constitutivas do direito são razoavelmente elaboradas para preservar a paz entre sujeitos autointeressados e racionalmente competentes em um mundo marcado por severa escassez material.

⁶⁰ “Homem mau”.

Nesse sentido, uma teoria conceitual do direito que incorpora a Tese da Coerção cumpre precisamente essa função ao explicar de que modo tais práticas podem fornecer aos sujeitos um desestímulo prudencial para a violação das normas jurídicas. Todavia, essa teoria não está apta a oferecer uma explicação acerca das motivações efetivas que levam as pessoas, como uma questão descritiva de fato contingente, a conformar seu comportamento às exigências do direito.

4.3.4 Uma Análise Conceitual Modesta em Himma

Como exposto anteriormente, nos termos formulados por Frank Jackson, a análise conceitual, enquanto empreendimento metafísico, exige a investigação das condições sob as quais aquilo que é afirmado em um determinado vocabulário é verdadeiro em virtude do que é afirmado em outro. Tal procedimento, contudo, somente se mostra viável quando se determina em que circunstâncias é correto descrever um mesmo objeto por meio desses diferentes vocabulários. Além disso, essa determinação pressupõe a avaliação dos casos possíveis aos quais tais descrições se aplicam.

Segundo Himma (2020, p. 33), quando concebida como uma investigação metafísica de caráter descritivo, a análise conceitual demanda uma metodologia distinta daquelas utilizadas em investigações normativas e empíricas. Enquanto a investigação empírica opera com afirmações descritivas contingentemente verdadeiras e a investigação normativa lida com afirmações avaliativas que podem ser contingentes ou necessariamente verdadeiras, a investigação conceitual, por sua vez, opera com afirmações descritivas que são necessariamente verdadeiras.

Himma (2020, p. 33) adota ainda a distinção proposta por Frank Jackson entre Análise Conceitual Modesta e Análise Conceitual Imodesta. Conforme explica o autor, a diferença central entre ambas reside no fato de que a Análise Conceitual Modesta busca compreender a natureza metafísica de algo tal como ela é definida pela estrutura conceitual que os agentes impõem ao mundo por meio de práticas linguísticas empiricamente contingentes, ao passo que a Análise Conceitual Imodesta pretende apreender a natureza metafísica das coisas tal como elas realmente são, independentemente de qualquer estrutura conceitual por meio da qual os indivíduos procuram compreendê-las (2020, p. 35).

Diante disso, Himma (2020, p. 23) sustenta que uma teoria conceitual somente pode ser adequadamente fundamentada a partir da análise dos cânones de uso comum que regulam o emprego de um determinado termo-conceito, combinada com a identificação dos pressupostos acerca da natureza metafísica do objeto ao qual esse termo se refere, os quais contribuem para

a determinação do conteúdo desses mesmos cânones. O objetivo do autor, assim, é explicar de que maneira a análise conceitual, compreendida nesses termos, pode dizer algo relevante sobre o mundo objetivo, apesar de se apoiar inteiramente em convenções intersubjetivas.

Nesse sentido, Himma (2020, p. 46-47) afirma que a Análise Conceitual Modesta envolve dois momentos distintos. O primeiro consiste em explicitar o significado lexical do termo-conceito em questão, tal como determinado pelos cânones de uso comum que regem sua aplicação, os quais podem ser encontrados nas definições fornecidas por bons dicionários. O segundo momento consiste em identificar os pressupostos filosóficos relativos à natureza metafísica do objeto ao qual o termo-conceito se refere. Em outras palavras, é necessário, inicialmente, esclarecer o conteúdo das práticas convencionais que orientam o uso de um termo, para, em seguida, explicitar os pressupostos filosóficos acerca das propriedades inerentes que fundamentam esses cânones. Sob a perspectiva da Análise Conceitual Modesta, tais pressupostos filosóficos contribuem tanto quanto os próprios cânones de uso comum para a determinação do conteúdo relevante de um conceito.

Em síntese, o primeiro desses passos possui caráter integralmente empírico, ao passo que o segundo não. O primeiro exige a identificação das práticas convencionais que fixam as condições de aplicação de um termo-conceito, tarefa que apresenta semelhança superficial com a atividade dos lexicógrafos, na medida em que estes se dedicam à explicitação do significado lexical das palavras. Todavia, difere do trabalho lexicográfico por pressupor que os dicionários já oferecem definições adequadas segundo os critérios profissionais próprios da lexicografia. O segundo passo, por sua vez, requer uma análise lógica que não é mais adequadamente caracterizada como empírica do que a demonstração de um teorema matemático à luz de determinados axiomas lógicos. Ainda que possa ser parcialmente fundamentado em algo semelhante a uma investigação empírica das intuições de falantes competentes em certos casos possíveis, seu objetivo é assegurar que a análise filosófica não empírica permaneça coerente com as concepções filosóficas compartilhadas que sustentam o significado lexical (Himma, 2020, p. 46-47).

Conforme observa Himma (2020, p. 47), ambos os passos são indispensáveis para justificar adequadamente qualquer afirmação conceitual controversa, uma vez que uma tese conceitual tende a ser contestada na medida em que os significados de uso comum que regem o emprego do termo-conceito relevante são epistemicamente indeterminados em relação a ela. Assim, mesmo uma demonstração persuasiva de que a Tese da Coerção é logicamente implicada pelo significado lexical do termo-conceito "direito" constitui apenas um argumento *prima facie*, passível de ser refutado caso se mostre incompatível com os pressupostos

filosóficos mais profundos que fundamentam a teoria do significado lexical, ainda que tais pressupostos não estejam explicitamente incorporados aos significados ordinários.

Partindo da ideia de que a análise conceitual se ancora nos significados comuns das palavras, tal como registrados nos dicionários, Himma recorre frequentemente, tanto em sua obra (2020, p. 23-28) quanto em palestras, ao conhecido exemplo do quebra-cabeça envolvendo o conceito de "solteiro". A análise conceitual, segundo ele, inicia-se precisamente onde surgem os enigmas relativos ao significado das palavras. Assim, questiona-se: o Papa é solteiro? Em um sentido ordinário — o de não ser casado —, a resposta parece afirmativa. Contudo, se o objetivo da classificação for determinar se alguém é elegível para um relacionamento amoroso, o Papa não será considerado solteiro. Surge, então, a questão de saber se todo homem não casado é necessariamente solteiro. Um homem não casado que mantém um relacionamento sério, por exemplo, não seria considerado solteiro nesse sentido, pois não seria namorável. O mesmo ocorre no caso de casais homoafetivos impedidos de se casar pelas leis do local onde vivem. Esses exemplos evidenciam a relação fundamental entre os quebra-cabeças que motivam a análise conceitual e as convenções linguísticas que estruturam os significados ordinários ou lexicais das palavras.

Para Himma, os significados comuns determinam o conteúdo de um conceito, mas não o esgotam. A análise conceitual parte das definições ordinárias, mas busca identificar intuições⁶¹ filosóficas mais profundas que lhes dão sustentação. Desse modo, a questão sobre se o Papa é, de fato, solteiro depende das intuições mais profundas adotadas a respeito da natureza de ser solteiro. Trata-se, portanto, de uma investigação acerca da natureza do objeto, independentemente da origem ou da posição daquele que formula a pergunta, uma vez que a reflexão conceitual inevitavelmente conduz ao desenvolvimento de concepções filosóficas sobre o significado dos termos empregados.

Em outros termos, embora possa parecer que a dependência dos conceitos em relação aos significados das palavras reduza as questões conceituais a meros problemas de lexicografia, a análise conceitual torna-se necessária justamente nos pontos em que as definições dicionarizadas se mostram insuficientes. A análise conceitual ocupa-se da natureza do objeto, e, embora ultrapasse os significados ordinários ao identificar intuições mais

⁶¹ Sobre o papel das intuições na análise conceitual, é importante destacar que para Himma, as intuições são consideradas metafísicas porque podem ser aplicadas para casos possíveis e não apenas a casos existentes. O ponto de partida para a análise conceitual é um entendimento comum sobre como a palavra relevante se aplica às coisas, ou seja, começa a partir de intuições comuns sobre a natureza da coisa. Contudo, na medida em que a natureza de uma coisa é determinada pelos significados lexicais da palavra usada para se referir a ela, as intuições relevantes vêm da compreensão comum do significado lexical do termo (2020, p. 46-47).

profundas, uma teoria conceitual deve, ao menos, ser compatível com o significado das palavras tal como empregadas nas práticas linguísticas comuns.

Nessa perspectiva, a natureza de um objeto é definida por suas propriedades conceitualmente essenciais, o que não implica que tal natureza seja imutável (Himma, 2020, p. 23-24). Uma propriedade *P* é essencial para algo ser um *C* se, e somente se, não for conceitualmente possível que algo seja um *C* sem possuir *P* (Himma, 2020, p. 30-33). Assim, ser não casado é uma propriedade essencial para ser solteiro, no sentido de que ninguém pode ser simultaneamente solteiro e casado. A natureza de um objeto *C*, independentemente do domínio jurídico, é determinada pelas propriedades *P* que são essenciais para que algo seja um *C*. Desse modo, a natureza de ser solteiro é definida, ao menos em parte, pelas propriedades conceitualmente essenciais de (1) ser não casado, (2) ser do sexo masculino e (3) ser adulto.

Diante disso, considerando apenas os significados de uso comum associados ao termo-conceito "solteiro", o fato de o Papa ser um homem adulto não casado conduziria, em um primeiro momento, à conclusão de que ele é solteiro. No entanto, muitas pessoas competentes compartilham da intuição de que o Papa não é adequadamente caracterizado como solteiro, uma vez que é necessário ser institucional ou psicologicamente elegível para o casamento para que alguém conte como solteiro, condição que o Papa não satisfaz. Assim, embora o Papa instancie todas as propriedades expressas pelos significados relevantes de uso comum, ele não é devidamente classificado como solteiro porque os dicionários que refletem esses cânones não são completamente precisos, na medida em que não explicitam a exigência de elegibilidade institucional ou psicológica para o casamento (Himma, 2020, p. 47).

O exemplo ilustra, assim, a tese central da Análise Conceitual Modesta: embora os significados ordinários desempenhem um papel indispensável na fixação das condições de aplicação de um conceito, eles não esgotam seu conteúdo conceitual. A análise filosófica torna-se necessária precisamente nos pontos em que os usos linguísticos estabilizados deixam indeterminadas questões relativas às propriedades conceitualmente essenciais do objeto. Nessas situações, a investigação conceitual não se reduz à lexicografia, mas envolve a explicitação de pressupostos filosóficos mais profundos que conferem inteligibilidade às práticas linguísticas.

Esse modelo metodológico fornece, portanto, o pano de fundo para a aplicação da Análise Conceitual Modesta ao conceito de direito. Assim como no caso de "solteiro", a análise do conceito jurídico não pode limitar-se à enumeração de critérios linguísticos ordinários, mas exige a identificação das propriedades que são conceitualmente essenciais

para que algo conte como direito. É nesse contexto que se insere a Tese da Coerção: não como uma generalização empírica nem como uma tese normativa, mas como uma afirmação conceitual que pretende esclarecer quais traços desempenham um papel estruturalmente central na compreensão do direito enquanto prática institucional.

Diante do exposto, este trabalho passa, na sequência, à análise do que Himma considera um suposto contraexemplo impeciente à Tese da Coerção: o direito internacional.

4.3.5 Direito Internacional como Suposto Contraexemplo à Tese da Coerção

Segundo Hart, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais dotados de jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas tem historicamente alimentado desconfianças quanto ao estatuto jurídico do direito internacional. Para o autor (Hart, 1994, p. 230), o direito internacional não apenas carece de regras⁶² secundárias de alteração e de julgamento capazes de instituir um poder legislativo e tribunais, como também não dispõe de uma regra de reconhecimento unificadora que determine as fontes do direito e estabeleça critérios gerais para a identificação de suas normas.

Hart sustenta ainda (1994, p. 233-234) que argumentar que o direito internacional não é vinculativo em razão da inexistência de sanções organizadas implica aceitar tacitamente a análise da obrigação presente na teoria segundo a qual o direito consiste essencialmente em ordens respaldadas por ameaças. Tal teoria identifica a afirmação de que alguém "tem uma obrigação" ou "está vinculado" à afirmação de que provavelmente sofrerá uma sanção ou ameaça em caso de descumprimento. Contudo, conforme Hart já havia argumentado⁶³, essa identificação distorce o papel desempenhado pelas noções de obrigação e dever no pensamento e no discurso jurídicos.

Hart, Kelsen e diversos teóricos modernos defendem que, assim como o direito interno, o direito internacional possui — ou ao menos deveria possuir — uma norma fundamental, ou regra de reconhecimento, por meio da qual se aferiria a validade das demais normas do sistema, conferindo-lhes unidade. Todavia, Hart rejeita essa analogia estrutural. Para ele (1994, p. 249), o direito internacional consiste, na realidade, em um conjunto de regras

⁶² De forma resumida, Hart define as regras secundárias da seguinte maneira (2011, p. 101-9): as regras de modificação ou alteração, que tratam do defeito do caráter estático das regras, criam, modificam e extinguem deliberadamente normas primárias; as regras de julgamento, que tratam do defeito da ineficácia, conferem poder para declarar, de forma autorizada, se houve ou não violação à norma jurídica; e, as regras de reconhecimento, tratam do defeito da incerteza sobre existência, limites e aplicação das regras, sendo assim, apresentam os critérios para o reconhecimento das normas jurídicas.

⁶³ Ver subseção "2.4.2 Obrigações" deste trabalho.

primárias de obrigação relativamente independentes, que não se encontram unificadas dessa maneira. Em outras palavras, trata-se de um conjunto de regras consuetudinárias, sendo a regra que confere força vinculativa aos tratados condição suficiente para a aplicação da expressão "sistema jurídico".

Himma, por sua vez, sustenta que, independentemente de o direito internacional ser ou não devidamente caracterizado como direito, ele não constitui um contraexemplo à Tese da Coerção. Isso porque determinadas normas jurídicas obrigatórias do sistema internacional são respaldadas por medidas econômicas ou diplomáticas que podem ser qualificadas como sanções coercitivas para os fins da tese.

Segundo o autor (2020, p. 203), há quem sustente que o sistema de regulação internacional instituído pela Carta da ONU carece completamente de sanções coercitivas autorizadas para assegurar o cumprimento de suas normas. Sob essa perspectiva, caso tal sistema seja adequadamente caracterizado como jurídico apesar de não conter, em sentido relevante, normas que autorizem a imposição judicial de sanções coercitivas por violações de normas obrigatórias que regem o comportamento não oficial, ele configuraria um contraexemplo à Tese da Coerção.

Himma observa que H.L.A. Hart foi a primeira grande figura da teoria conceitual do direito a rejeitar a Tese da Coerção com base nesse tipo de argumento. Segundo Himma, Hart entende que, se há boas razões para caracterizar o sistema instituído pela Carta da ONU como um sistema jurídico, apesar da inexistência de sanções organizadas, então a Tese da Coerção seria falsa. Para sustentar essa leitura, Himma destaca a conhecida passagem de *The Concept of Law*, na qual Hart afirma que não existem princípios estabelecidos que impeçam o uso do termo "direito" para sistemas que não contam com sanções centralmente organizadas, havendo, inclusive, boas razões — ainda que não compulsórias — para se empregar a expressão “direito internacional” para designar um sistema que não as possui (Hart, 1961, p. 199).

Nesse sentido, Himma (2020, p. 203) argumenta que o argumento de Hart é menos robusto do que pode parecer à primeira vista, uma vez que se apoia em uma postura cética quanto à possibilidade de caracterizar o sistema institucional da Carta como direito à luz dos cânones do uso comum. A premissa decisiva não é que as práticas conceituais garantam claramente a caracterização desse sistema como jurídico apesar da ausência de sanções, mas sim que não há nessas práticas nada que implique de modo evidente que ele deixe de ser um sistema jurídico em razão da falta de sanções coercitivas do tipo apropriado.

Himma explica ainda que, como as práticas conceituais — tal como definidas pelos cânones de uso comum e pelos pressupostos filosóficos que informam esses significados — são epistemicamente indeterminadas quanto à questão de saber se esse sistema é jurídico, não há nelas nada que implique a Tese da Coerção. Na interpretação de Hart, isso significaria que a Tese da Coerção deve ser rejeitada, já que as práticas conceituais permitem, ao menos em tese, a possibilidade conceitual de um sistema jurídico sem sanções.

No entanto, Himma (2020, p. 204) sustenta que, independentemente de o sistema da Carta da ONU ser corretamente caracterizado como jurídico, ele autoriza a imposição de medidas econômicas e diplomáticas que podem ser qualificadas como sanções coercitivas, na medida em que são razoavelmente concebidas para dissuadir e punir o descumprimento. Embora tais medidas se diferenciem de forma significativa das sanções coercitivas previstas nos sistemas jurídicos internos, elas satisfazem as condições conceituais necessárias para serem assim caracterizadas.

O autor argumenta ainda (2020, p. 230) que os mecanismos de imposição não militares atendem a todas as condições conceitualmente necessárias para contar como sanções coercitivas. De acordo com os cânones do uso ordinário, uma medida constitui uma sanção coercitiva se, e somente se: (1) sua aplicação for autorizada por uma norma de reconhecimento que regula o comportamento dos agentes oficiais do sistema e permite ou exige que a medida seja imposta como resposta institucional ao descumprimento de normas obrigatórias válidas que regem o comportamento não oficial; (2) a medida for destinada e razoavelmente planejada para coibir e punir o descumprimento dessas normas; e (3) for plausível supor que a medida seja eficaz, em alguma extensão não trivial, para dissuadir agentes competentes de violar tais normas. Segundo Himma, os mecanismos econômicos e diplomáticos de aplicação autorizados pela Carta da ONU satisfazem cada uma dessas condições.

De acordo com Himma (2020, p. 204), basta que uma medida imponha um prejuízo não ordinário que sujeitos autointeressados e racionalmente competentes tendam a experimentar como algo que desencoraja e pune a não conformidade, justamente porque devem vivenciá-lo como tal, para que ela conte como sanção coercitiva. Assim, uma vez que as medidas econômicas e diplomáticas relevantes são razoavelmente elaboradas para produzir esse efeito, o sistema da Carta da ONU, independentemente de ser ou não um sistema jurídico propriamente dito, é compatível com a Tese da Coerção e, portanto, não constitui um contraexemplo a ela.

Em nenhum momento Himma afirma categoricamente que o sistema de regulação internacional baseado na Carta da ONU seja, de fato, um sistema jurídico, mas tampouco o nega. Seu objetivo é avaliar se esse sistema, caso seja corretamente caracterizado como jurídico, poderia funcionar como um contraexemplo à Tese da Coerção. Se o direito internacional não for realmente direito, então ele não pode ser um contraexemplo à tese, independentemente de suas propriedades. Contudo, mesmo que o sistema da Carta da ONU seja considerado um sistema jurídico, ele não fundamenta um contraexemplo à Tese da Coerção, uma vez que autoriza mecanismos de execução que são adequadamente caracterizados como sanções coercitivas.

4.3.6 Coerção como Condição Conceitualmente Necessária do Direito

Para Himma (2020, p. 250), na medida em que a Tese da Coerção se encontra, ainda que de forma remota, ancorada na experiência dos sistemas jurídicos existentes, torna-se difícil identificar uma motivação plausível para negá-la. Segundo o autor, quando se observa o conjunto dos sistemas jurídicos que ocupam posição central na formação dos próprios conceitos das pessoas, constata-se que todos eles compartilham determinadas características institucionais que se destacam como paradigmáticas do direito à luz das práticas conceituais correntes.

Esse conjunto de características pode ser descrito nos seguintes termos: (1) todo sistema jurídico existente contém normas que constroem ou empoderam indivíduos comuns; (2) todo sistema jurídico existente possui um órgão oficial incumbido do exercício da função legislativa; (3) todo ordenamento jurídico existente inclui um conjunto de normas que autorizam determinadas pessoas a exercer a função legislativa, bem como normas que regulam o modo pelo qual essa função deve ser desempenhada por aqueles assim autorizados; (4) todo sistema jurídico existente conta com um órgão oficial responsável pelo exercício da função judicial; (5) todo ordenamento jurídico existente inclui normas que autorizam determinadas pessoas a exercer a função judiciária e que prescrevem a forma pela qual essa função deve ser desempenhada; (6) todo ordenamento jurídico existente dispõe de um órgão oficial encarregado do exercício da função executiva; (7) todo ordenamento jurídico existente contém normas que autorizam determinadas pessoas a exercer a função executiva, bem como normas que disciplinam o modo de seu exercício; e, por fim, (8) todo sistema jurídico existente inclui um conjunto de normas que autorizam a aplicação de mecanismos coercitivos de execução para algumas violações de normas jurídicas obrigatórias (Himma, 2020, p. 251).

Diante disso, qualquer metodologia plausível para a teoria conceitual do direito teria necessariamente de reconhecer as características elencadas de (1) a (5) como conceitualmente necessárias à existência de um sistema jurídico. Independentemente da maneira pela qual se conceba a função de um sistema jurídico, ele não poderia desempenhar adequadamente seu papel sem incorporar tais elementos. É por essa razão que se tornou lugar-comum afirmar que a existência de instituições legislativas e judiciárias, bem como das normas de reconhecimento que as criam e regulam, constitui uma condição conceitualmente necessária do direito.

Segundo Himma (2020, p. 251-252), uma hipotética sociedade de anjos necessitaria apenas de um sistema normativo institucional que apresentasse as características de (1) a (5). Na medida em que tais agentes precisariam de um sistema institucional para coordenar suas atividades e solucionar desacordos suscetíveis de gerar rupturas da paz, seriam suficientes normas institucionais, uma instituição legislativa para produzi-las e uma instituição judiciária para aplicá-las na resolução de conflitos. Como esses agentes estariam sempre conclusivamente motivados a obedecer às normas, independentemente de serem respaldadas por sanções, não haveria necessidade das características indicadas em (6), (7) e (8).

Entretanto, na medida em que uma teoria conceitual do direito deve dar conta das características necessárias para manter a paz entre seres autointeressados e racionalmente competentes como nós, em um mundo marcado por escassez material, ela deve incluir como conceitualmente necessárias também as características expressas em (6), (7) e (8). Como já destacado, as sociedades reais diferem profundamente da sociedade de anjos, pois os indivíduos não são, como uma questão descritiva de fato contingente, sempre conclusivamente motivados a obedecer à lei, independentemente de seu conteúdo. Ademais, as pessoas frequentemente agem de modos que geram conflitos capazes de ameaçar a estabilidade da comunidade da qual dependem para prosperar em um contexto de recursos sociais e materiais limitados. A relevância desse pressuposto — segundo o qual a teoria conceitual do direito deve orientar-se por condições humanas não ideais — será retomada adiante, quando se examinar o alcance e os limites desse critério diante de cenários que variam quanto à motivação para conformidade e à necessidade de mecanismos institucionais de garantia do cumprimento das normas.

Nesse sentido, Himma (2020, p. 252) observa que, assim como sempre haverá *bad men* holmesianos, também existirão pessoas de consciência que, em determinadas circunstâncias, precisam ser induzidas por meio da ameaça de uma sanção coercitiva a cumprir normas jurídicas obrigatórias que, de outro modo, poderiam violar convictamente por considerá-las

injustas ou imprudentes. Diferentemente dos anjos, os seres humanos necessitam de sanções para assegurar que a paz seja preservada em grau suficiente para possibilitar a convivência e a cooperação em condições mínimas de segurança e estabilidade social — isto é, para que o sistema possa realizar sua função de minimizar, de modo não trivial, as rupturas da paz entre agentes racionalmente competentes.

Uma vez exposta a forma como Himma compreende e aplica a Análise Conceitual Modesta, torna-se possível avaliar criticamente essa metodologia a partir da reação de Frank Jackson, autor que originalmente formulou a distinção entre análise conceitual modesta e imodesta.

4.4 ANÁLISE CONCEITUAL MODESTA E A TESE DA COERÇÃO: O DEBATE ENTRE JACKSON E HIMMA

No artigo *Conceptual analysis and the Coercion Thesis* (2021), Frank Jackson avalia o argumento de Kenneth Himma em favor da chamada Tese da Coerção em *Coercion and the Nature of Law* (2020), segundo a qual mecanismos coercitivos de sanção são uma característica conceitualmente necessária dos sistemas jurídicos. Para introduzir o problema, Jackson recorre a uma analogia entre convenções sociais e regras jurídicas: quando uma prática social — como uma regra de circulação em ciclovias — deixa de ser mera convenção e se transforma em lei, surge um novo tipo de consequência negativa para sua violação, a saber, a possibilidade de sanções coercitivas impostas por um sistema jurídico. Esse contraste inicial tem a função de destacar o papel distintivo da coerção no direito.

Embora reconheça a existência de leis pouco aplicadas ou mesmo simbólicas, Jackson observa que tais casos são tratados como exceções dignas de nota, o que sugere que a presença de sanções coercitivas é uma característica essencial — e não acidental — dos sistemas jurídicos. É nesse sentido que ele apresenta a formulação de Himma da Tese da Coerção: a existência de mecanismos coercitivos de aplicação da lei seria uma verdade conceitual sobre o que é um sistema jurídico, uma característica conceitualmente necessária.

Jackson esclarece que não escreve como filósofo do direito, mas como alguém convencido da plausibilidade da Tese da Coerção. Seu objetivo principal não é defender diretamente a tese, mas examinar o método utilizado por Himma, sobretudo o recurso à análise conceitual. Em especial, Jackson discute a forma como Himma mobiliza a distinção entre Análise Conceitual Modesta (*Modest Conceptual Analysis* – MCA) e Análise Conceitual

Imodesta (*Immodest Conceptual Analysis* – ICA), distinção originalmente proposta pelo próprio Jackson em *From Metaphysics to Ethics* (1998).

Segundo Jackson (2021, parágrafo 4), embora Himma compreenda essa distinção de maneira parcialmente equivocada, esse equívoco não compromete o interesse nem a força geral do argumento em favor da Tese da Coerção. O ponto central da metodologia de Himma aparece com clareza em passagens nas quais ele afirma que só podemos compreender a realidade tal como ela se apresenta mediada por nossos conceitos e práticas linguísticas empiricamente contingentes. Nessa formulação, a MCA é apresentada como o único tipo epistemicamente viável de análise conceitual, por se limitar a investigar a natureza metafísica das entidades conforme determinada, ao menos em parte, por nossas práticas conceituais, e não como elas seriam independentemente de qualquer mediação conceitual.

Jackson reconhece que esse modo de formular a posição levanta preocupações filosóficas significativas. Em particular, pode parecer controverso sustentar que práticas linguísticas contingentes restrinjam nosso acesso ao que os conceitos referem, ou que nossas atividades conceituais "estruturem" o mundo, em vez de simplesmente descreverem uma estrutura independente. Jackson sustenta, contudo, que tais preocupações decorrem mais da forma como a posição é apresentada por Himma do que do conteúdo efetivo da metodologia adotada. Com uma exceção a ser examinada adiante, ele afirma que o método empregado por Himma é, em linhas gerais, defensável.

Para justificar essa avaliação, Jackson recorre brevemente a considerações gerais sobre classificação. Compreender, explicar e prever o mundo exige que classifiquemos os objetos e eventos que encontramos, reconhecendo semelhanças e diferenças relevantes. Essa atividade classificatória é indispensável para ações cotidianas simples, para o conhecimento científico e para a comunicação linguística. A linguagem funciona como um instrumento que permite registrar, compartilhar e estabilizar essas classificações ao longo do tempo.

Jackson enfatiza, contudo, que há dois sentidos distintos em que se pode dizer que "criamos" classificações. Por um lado, as semelhanças e diferenças entre os objetos existem independentemente de nós; nesse sentido, não criamos os fatos classificatórios do mundo. Por outro lado, somos nós que escolhemos quais esquemas classificatórios empregar para dar sentido à realidade. O exemplo antropológico da categoria "irmão" ilustra esse ponto: ao definir irmãos como pessoas que compartilham um mesmo progenitor, criamos uma categoria e um termo linguístico, mas não criamos as relações biológicas que tornam alguém irmão de outra pessoa.

Dado que somos responsáveis pelos esquemas classificatórios que utilizamos, é epistemicamente legítimo recorrer às nossas intuições para decidir se algo se enquadra ou não em determinada categoria. Jackson observa que esse tipo de apelo à intuição é comum e amplamente aceito em áreas como a ortografia e a gramática, bem como na linguística teórica. Tais práticas não são arbitrárias, mas refletem nossa competência conceitual compartilhada.

É exatamente esse tipo de procedimento que, segundo Jackson, Himma adota ao analisar o conceito de "sistema jurídico". Ao defender que a possibilidade de punição é uma condição necessária para que algo conte como um sistema jurídico, Himma apela às nossas intuições conceituais sobre o uso desse termo. O recurso a dicionários serve, nesse contexto, para mostrar que tais intuições não são idiossincráticas, mas amplamente compartilhadas.

Jackson reforça a plausibilidade da Tese da Coerção por meio de experimentos de pensamento. É possível imaginar uma sociedade com um sistema jurídico no qual ninguém jamais é punido, simplesmente porque ninguém viola a lei; isso não constitui um contraexemplo à tese, pois a possibilidade contrafactual de punição permanece. No entanto, se eliminarmos essa possibilidade — isto é, se não for verdade que punições seriam aplicadas caso as leis fossem violadas —, então desaparece a distinção entre um sistema jurídico e um mero conjunto de normas de comportamento. A coerção, portanto, não é um elemento opcional do direito, mas aquilo que o distingue de sistemas normativos não jurídicos.

Jackson levanta, entretanto, uma preocupação interpretativa relevante: algumas passagens do texto de Himma podem sugerir que a Tese da Coerção expressaria não apenas uma afirmação descritiva sobre o conceito de direito, mas também uma tese normativa acerca do papel desejável da coerção na organização social. Trata-se, contudo, de uma objeção quanto à formulação do argumento, e não de uma posição que Jackson endosse como correta. Como ficará claro na réplica de Himma, essa leitura normativa não corresponde à intenção do autor, que distingue explicitamente entre afirmações empíricas sobre a função social do direito e a tese conceitual acerca das condições de aplicação do termo "direito".

Na parte final do texto, Jackson explicita sua divergência com Himma quanto à caracterização da Análise Conceitual Modesta. Para Jackson, a distinção crucial não é entre conceitos que estruturam ou não a realidade, mas entre duas questões distintas: (i) o que é necessário para que um conceito se aplique a algo e (ii) se esse conceito de fato se aplica a alguma coisa no mundo. A Análise Conceitual Imodesta ocorre quando se passa indevidamente de uma tese sobre (i) para uma conclusão metafísica substantiva sobre (ii).

Jackson ilustra esse erro metodológico com exemplos da metafísica e da ética, em especial tentativas de refutar o naturalismo moral a partir de análises conceituais do "bem".

Segundo ele, tais argumentos atribuem à análise conceitual um poder metafísico excessivo. A atitude metodologicamente adequada não é usar conceitos como atalhos para descobertas ontológicas profundas, mas reconhecer os limites da análise conceitual.

É nesse ponto que se localiza sua discordância fundamental com Himma. Embora concorde que a análise conceitual possa esclarecer o que é necessário para algo contar como um sistema jurídico, Jackson rejeita a ideia de que nossas práticas conceituais ou linguísticas constituam ou estructurem a própria realidade do direito. Para ele, esclarecer o conceito de direito não equivale a determinar a natureza do direito, mas apenas a explicitar os critérios segundo os quais aplicamos esse conceito. Em outras palavras, ao caracterizar a análise conceitual, Himma por vezes parece atribuir às práticas conceituais um papel constitutivo na própria realidade jurídica, algo que Jackson rejeita.

Na réplica a Frank Jackson, apresentada na seção *Reply to Frank Jackson* do artigo *In defense of the Coercion Thesis and modest conceptual methodology* (2023), Himma reconhece explicitamente o caráter amplamente simpático da leitura jacksoniana tanto em relação à Tese da Coerção quanto ao método empregado em sua defesa. Jackson, observa Himma, declara-se convencido da plausibilidade da tese, ainda que ressalve não ser um filósofo do direito, e afirma de modo inequívoco que a metodologia adotada no livro — fundada na Análise Conceitual Modesta — é, em linhas gerais, adequada. Assim, a controvérsia entre ambos não diz respeito à legitimidade do uso da análise conceitual enquanto tal, mas a certos aspectos específicos de sua formulação e alcance.

Himma identifica duas preocupações centrais levantadas por Jackson. A primeira diz respeito à possível leitura normativa de passagens em que o autor descreve o papel da coerção na preservação da ordem social. Jackson sustenta que tais trechos poderiam ser interpretados como defendendo que seria desejável, e não apenas conceitualmente verdadeiro, que a possibilidade de punição fosse condição necessária para a existência de um sistema jurídico. Em resposta, Himma admite que sua linguagem pode ter favorecido essa interpretação, mas insiste que sua intenção era estritamente descritiva. As observações em questão pertencem a um argumento empírico — segundo o qual os sistemas jurídicos existentes utilizam sanções para manter a paz — e não devem ser confundidas com a tese conceitual propriamente dita, que afirma que chamamos de "direito" apenas sistemas minimamente eficazes em garantir a ordem por meio da ameaça institucionalizada de sanção.

A segunda preocupação de Jackson refere-se à ideia de que a Análise Conceitual Modesta atribuiria aos conceitos um papel excessivamente constitutivo na estrutura do mundo, potencialmente incompatível com o realismo ontológico. Himma responde que essa

crítica resulta de um mal-entendido. Ao afirmar que nossas práticas conceituais "estruturam" o mundo, ele não pretende sugerir que criamos as entidades ou propriedades que compõem a realidade, mas apenas que organizamos a experiência por meio de esquemas classificatórios linguisticamente mediados. Esses esquemas pressupõem a existência independente dos objetos que classificam e são compatíveis tanto com posições realistas quanto antirrealistas. Uma teoria conceitual modesta do direito, conclui Himma, deve permanecer agnóstica em relação a disputas ontológicas mais amplas, limitando-se a explicitar as práticas conceituais efetivamente em vigor.

À luz dessa discussão metodológica entre Jackson e Himma, o debate sobre a Tese da Coerção alcança um ponto de inflexão decisivo. Se, por um lado, Jackson reconhece a legitimidade do apelo a intuições classificatórias para sustentar que a possibilidade de sanção distingue sistemas jurídicos de meros sistemas normativos, por outro, permanece em aberto se tais intuições são suficientemente robustas para resistir a cenários conceitualmente extremos⁶⁴. É precisamente nesse espaço que se insere o mais influente desafio substantivo à Tese da Coerção: o experimento mental raziano da sociedade de anjos, concebido para testar os limites da própria aplicação do conceito de direito. O debate desloca-se, assim, do plano metodológico, relativo ao uso da análise conceitual, para a questão substantiva acerca da concebibilidade de um sistema jurídico plenamente funcional desprovido de mecanismos coercitivos — problema que será examinado no capítulo seguinte.

⁶⁴ Thomas da Rosa de Bustamante (2021) oferece uma crítica metodológica relevante à forma como Himma defende a *Coercion Thesis* como uma tese de análise conceitual. Embora Bustamante aceite substancialmente a conclusão de Himma — isto é, que a coerção desempenha um papel necessário no direito —, ele contesta o método utilizado para justificá-la. Segundo Bustamante, a tese não pode ser adequadamente defendida com a metodologia de análise conceitual que Himma afirma empregar, inspirada em Frank Jackson. Em especial, Bustamante questiona a interpretação de Jackson segundo a qual a análise conceitual deveria partir de significados lexicais e de "cânones" da linguagem ordinária. Para o autor, o argumento de Himma só produz seus resultados porque, na prática, se apoia em um raciocínio pragmático e empiricamente orientado acerca das características das práticas sociais jurídicas — notadamente sobre como o direito efetivamente funciona em contextos institucionais concretos — e não em uma análise conceitual em sentido estrito, seja ela clássica ou mesmo "modesta". Nesse sentido, Bustamante sustenta que o caráter coercitivo do direito é mais bem compreendido como uma conclusão sustentada por considerações interpretativas e pragmáticas, próximas a uma abordagem dworkiniana, do que como um resultado derivado de uma análise conceitual baseada em condições de aplicação linguisticamente fixadas.

Em resposta a esse conjunto de críticas, Himma (2023) defende, em artigo posterior, que a objeção de Bustamante não demonstra uma inconsistência interna em sua metodologia, mas apenas evidencia uma leitura alternativa do estatuto da análise conceitual. Himma argumenta que a análise conceitual modesta não se compromete com uma investigação puramente lexical ou com a identificação de critérios fixados exclusivamente pela linguagem ordinária, tampouco exclui o recurso a considerações sobre o funcionamento típico das práticas sociais. Segundo ele, a incorporação de dados amplos sobre o modo como sistemas jurídicos operam não transforma automaticamente o argumento em uma tese empírica ou naturalista forte, sendo compatível com uma análise conceitual que visa esclarecer os traços estruturalmente centrais do conceito de direito. Assim, Himma sustenta que a crítica de Bustamante não elimina a possibilidade de defender a *Coercion Thesis* como uma reivindicação conceitual modesta, mas apenas ressalta a existência de diferentes estratégias explanatórias — interpretativas, pragmáticas ou conceituais — que podem convergir para conclusões semelhantes quanto ao papel da coerção no direito.

5 DIREITO, COERÇÃO E A SOCIEDADE DE ANJOS: O DEBATE ENTRE RAZ E HIMMA

Feita essa preparação metodológica, podemos agora entrar no núcleo substantivo do debate entre direito e coerção. Este capítulo examina o argumento da "Sociedade de Anjos", formulado por Joseph Raz em *Practical Reason and Norms* (1999), segundo o qual, mesmo em condições morais ideais, persistiriam problemas de coordenação suficientes para justificar a existência de instituições jurídicas, ainda que desprovidas de sanções. O experimento de pensamento raziano busca, assim, demonstrar que a coerção não constitui uma condição conceitualmente necessária do direito.

A partir desse ponto, analisaremos a resposta de Himma e o modo como ela depende de suas teses sobre função, autoridade e coerção, esclarecendo também o papel desempenhado pela distinção entre moralidade e direito nesse cenário, com apoio adicional de *Morality and the Nature of Law* (2019) e de *Between Authority and Interpretation* (2009). O objetivo é compreender em que medida a crítica de Himma pretende limitar o alcance do experimento raziano e reafirmar a relevância conceitual da coerção em contextos humanos não ideais.

Por fim, incorporaremos a leitura alternativa de Lucas Miotto em *From Angels to Humans* (2021b), segundo a qual não apenas é possível conceber um direito não coercitivo em mundos ideais, mas também sustentar que, mesmo em sociedades humanas reais, a coerção seria apenas contingente. Essa perspectiva desloca o debate para suas implicações normativas, especialmente quanto à desejabilidade da redução ou eliminação da coerção nas práticas jurídicas.

Com isso, o capítulo busca avaliar se Himma consegue, por meio do método analítico previamente examinado, resgatar a importância da coerção no conceito de direito e se sua crítica a Raz enfraquece a conclusão raziana de que a coerção não é condição essencial da juridicidade.

5.1 A SOCIEDADE DE ANJOS PARA RAZ

Conforme indicado no início deste trabalho, a obra de H.L.A. Hart exerceu influência decisiva sobre o pensamento de Joseph Raz. Além de herdar de Hart a compreensão da coerção como uma ameaça de imposição de sanções mediante o uso da força, Raz contribuiu para que o conceito de coerção perdesse progressivamente centralidade na tradição analítica da filosofia do direito. Essa herança teórica manifesta-se de modo particularmente claro no

conhecido experimento mental da sociedade de anjos, desenvolvido por Raz, que visa problematizar a relação entre direito, normatividade e sanções.

Em *Practical Reason and Norms* (1999, p. 159), Raz afirmou que mesmo uma sociedade composta por anjos necessitaria de instituições jurídicas, uma vez que tais seres também enfrentariam problemas de coordenação que o direito se propõe a solucionar. Antes de desenvolver plenamente esse argumento, contudo, Raz dedica-se a examinar o problema da normatividade do direito, isto é, a questão de saber em que sentido as regras jurídicas podem ser consideradas razões para a ação.

5.1.1 Sistema Jurídico Baseado na Sanção

Partindo da premissa de que as leis são normas — isto é, razões para agir —, Raz (2010, p. 152) busca esclarecer o que exatamente significa afirmar que as regras jurídicas são normativas e o que justifica o uso de linguagem normativa para descrever o direito. Para introduzir o problema, ele recorre a um exemplo ilustrativo: a lei exige que Júlia pague determinado valor a título de imposto de renda; caso ela não o faça, seu empregador poderá demiti-la, e seu pai, gravemente doente, ficará profundamente angustiado ao saber que ela se envolveu em sonegação fiscal.

Segundo Raz, o simples fato de existir uma lei que impõe o pagamento do imposto constitui uma razão para que Júlia cumpra essa obrigação. Essa razão decorre, ao menos, de dois tipos distintos de razões completas. A primeira é de natureza prudencial: a possibilidade de demissão, somada ao desejo de manter o emprego, em conjunto com a existência da legislação tributária. A segunda é de natureza moral: o sofrimento que sua conduta causaria ao pai enfermo, aliado à existência da lei e a determinados valores relativos à prevenção do sofrimento alheio (Raz, 2010, p. 153).

Todavia, Raz (2010, p. 154) observa que, não fosse pela lei, Júlia não teria razão para efetuar o pagamento às autoridades fiscais. Ainda assim, esses fatos, embora relevantes, não são suficientes para justificar o uso generalizado da linguagem normativa na descrição do direito. O problema central, segundo o autor, é que não há garantia de que tais razões estejam presentes em todos os casos de aplicação de uma regra jurídica. Assim, se as pessoas se inclinam a tratar regras jurídicas como normas, devem ser capazes de justificar esse uso com base em características presentes em todas as situações às quais a regra se aplica (Raz, 2010, p. 154).

Diante desse desafio, Raz afirma que, baseados em tal raciocínio, muitos teóricos do direito concluíram que a resposta para o problema da normatividade do direito deve residir no fato de que ele estipula as sanções a serem aplicadas àqueles que o violam. Já outros, seguindo esse mesmo raciocínio, defendem que é na aplicação sistemática do uso de força contra as transgressões que reside o núcleo da normatividade do direito. Sendo assim, se as sanções ou a força devem ser aplicadas contra os transgressores, então, para pessoas normais em circunstâncias normais, essa seria uma razão para obedecer à lei.

Raz (2010, p. 154), contudo, rejeita essa explicação em sua forma forte. Ele observa que nem todas as violações da lei recebem sanções ou uso de força e, por esse motivo, alguma generalização mais fraca pode ser feita. Raz chama essa generalização mais fraca de generalização motivacional. Segundo essa generalização, normalmente, habitualmente ou frequentemente, as violações da lei dão ensejo à imposição de sanções ou ao uso da força contra os infratores. Para Raz, a precisão estatística dessa generalização é menos importante do que a compreensão de porque ela tende a ser verdadeira.

Essa generalização, explica o autor, baseia-se em duas premissas principais: (i) o direito prevê sanções ou o uso da força para todas as suas violações; e (ii) o direito é, em geral, eficaz, de modo que suas sanções costumam ser aplicadas quando apropriado. A partir dessas premissas, o simples fato de que uma violação ocorreu fornece uma razão para acreditar que uma sanção poderá ser imposta ou que a força poderá ser utilizada contra o transgressor (Raz, 2010, p. 155).

Raz reconhece, entretanto, que informações adicionais podem invalidar essa conclusão, como nos casos em que o crime não é descoberto ou o infrator morre antes de ser punido. Como ocorre com qualquer generalização probabilística, a força apresentada depende de suas evidências de bases e a generalização motivacional tem uma evidência de base muito limitada, pois depende somente do conhecimento de que um determinado ato é uma violação da lei.

Quanto à veracidade das premissas que sustentam essa generalização, Raz admite que a segunda pode ser aceita, desde que o argumento seja restrito a sistemas jurídicos efetivamente vigentes, os quais, por definição, devem ser minimamente eficazes. Já a primeira premissa exige uma distinção conceitual relevante entre sanções e uso da força. Algumas sanções envolvem o uso direto da força — como a pena de morte —, mas a maioria consiste na remoção de direitos ou na imposição de deveres, como ocorre, por exemplo, em regimes de prisão domiciliar. Além disso, o uso da força não se limita à execução de sanções, sendo frequentemente empregado como medida coercitiva para assegurar a obediência tanto à lei

quanto às ordens que impõem sanções (Raz, 2010, p. 155).

5.1.2 Sistema Jurídico Desprovido de Sanções

Raz (1999, p. 158) formula explicitamente a questão de saber se a existência de um sistema jurídico exige, como condição necessária, que toda norma jurídica seja sustentada por outra norma que preveja sanções ou o uso da força contra aqueles que a violarem. Para o autor, não é possível negar que todos os sistemas jurídicos conhecidos são, de fato, baseados em sanções e que todos eles recorrem, em última instância, ao uso da força. A dúvida relevante, contudo, consiste em determinar se há algo mais a ser esclarecido sobre o papel da força e das sanções em um sistema jurídico, tendo em vista que todos esses sistemas regulam o uso da força, proibindo-o em certas circunstâncias e permitindo-o ou exigindo-o em outras.

Apesar das profundas diferenças na forma como os sistemas jurídicos regulam o uso da força, Raz sustenta que eles compartilham ao menos duas características fundamentais. Em primeiro lugar, todos os sistemas jurídicos proíbem o uso da força contra agentes oficiais quando estes estão desempenhando suas funções. Em segundo lugar, todos eles autorizam o uso da força para assegurar o cumprimento de sanções. Mesmo quando tal uso não é intencional, o fato de que a execução das sanções é garantida por agentes autorizados a empregar a força — e que esses agentes não podem ser impedidos por força contrária — pode sugerir que, se o direito é baseado em sanções, então ele se encontra muito próximo de ser baseado no uso da força.

Raz identifica ainda uma terceira característica comumente apontada: a de que todos os sistemas jurídicos conhecidos preveem sanções para a violação intencional de regras jurídicas dirigidas a indivíduos comuns. Todavia, segundo o autor, nenhuma dessas generalizações é suficiente para estabelecer a tese de que o direito prevê sanções ou o uso da força contra todas as violações. Embora sejam generalizações empiricamente verdadeiras acerca dos sistemas jurídicos conhecidos, elas não expressam um aspecto lógico ou conceitual da nossa compreensão do direito (Raz, 2010, p. 158).

Além disso, Raz observa que essas generalizações admitem a existência de normas impositivas dirigidas a agentes oficiais que não são respaldadas por sanções. A primeira generalização, segundo ele, não requer maiores explicações, pois é amplamente reconhecido que juízes, chefes de Estado e outros altos funcionários estão sujeitos a obrigações jurídicas que, em determinadas circunstâncias, podem descumprir sem sofrer sanções. A segunda

generalização é mais complexa e foi objeto de críticas posteriores, inclusive foi citada na crítica que Kenneth Himma fez a Raz:

É possível que exista um sistema jurídico em vigor que não preveja sanções ou que não autorize a sua aplicação pela força? A resposta parece ser que é humanamente impossível, mas logicamente possível. É humanamente impossível porque para os seres humanos, como são o suporte de sanções, a serem impostas por lei se necessário, é necessário assegurar um grau razoável de conformidade com a lei e evitar seu colapso completo. E, no entanto, podemos imaginar outros seres racionais que podem estar sujeitos à lei, que têm e que reconheceriam que têm razões mais do que suficientes para obedecer à lei, independentemente de sanções. Talvez até mesmo os seres humanos possam ser transformados para se tornarem tais criaturas. É razoável supor que em tal sociedade o legislador não se preocuparia em decretar sanções, pois seriam desnecessárias e supérfluas. Se tal sistema normativo tiver todas as características de um sistema legal descrito acima, então ele seria reconhecido como um por todos, apesar de sua falta de sanções (Raz, 1999, p. 158-9).

Assim, ao concluir que é controverso afirmar que o recurso a sanções, embora universal, não seja uma característica essencial na concepção de direito, Raz levanta três comentários baseados no experimento mental da sociedade de anjos para fundamentar seu argumento.

Em primeiro lugar, Raz (1999, p. 159) argumenta que mesmo uma sociedade de anjos poderia necessitar de autoridades legislativas para assegurar a coordenação social. Ainda que esses seres concordem amplamente sobre valores e sobre as estratégias para implementá-los, tal concordância não pode ser presumida como absoluta. Os anjos podem ter objetivos distintos e conflitantes, bem como enfrentar dificuldades semelhantes às humanas na resolução de disputas e na coordenação de interesses. A diferença crucial entre humanos e anjos, nesse cenário, reside no fato de que estes últimos possuem um respeito universal e profundamente enraizado por suas instituições jurídicas, não apresentando qualquer inclinação para desobedecer às regras. Assim, eles teriam todas as razões que os humanos possuem para dispor de autoridades, ainda que não necessitassem de sanções.

Em segundo lugar, Raz sustenta que é um equívoco supor que uma sociedade de anjos não precisaria de tribunais e, conseqüentemente, de um sistema jurídico. As cortes seriam necessárias, ao menos, por duas razões: haveria desacordos frequentes quanto à interpretação de transações jurídicas e de seus efeitos, bem como controvérsias cuja solução não seria plenamente determinada pelas normas existentes, exigindo o exercício de discricionariedade judicial. Assim, embora controvérsias totalmente não reguladas não demandem necessariamente um órgão primário, a maioria das disputas reais é apenas parcialmente regulada, o que torna indispensável a existência de tribunais dotados de autoridade decisória.

Em terceiro lugar, Raz (1999, p. 160) considera a possibilidade de leis que assegurem direitos e deveres reparatórios em casos de danos acidentais, decorrentes de erro factual ou de

interpretação equivocada da lei. A questão relevante consiste em saber se tais deveres reparatórios devem ser considerados sanções. Segundo o autor, mesmo que assim fossem caracterizados, a sociedade de anjos não disporia de sanções penais nem autorizaria o uso da força para impô-las, pois tais mecanismos seriam desnecessários. Essas medidas não seriam formuladas para dissuadir violações deliberadas da lei, mas pressuporiam que os agentes estariam dispostos a cumprir seus deveres tão logo fossem convencidos de que tais deveres lhes são aplicáveis. Por exemplo, um contrato de aluguel com uma cláusula na qual o locatário se compromete a compensar danos causados por ele é uma cláusula que estipula sanções?

Raz (1999, p. 160) conclui que não é apenas difícil, mas conceitualmente complexo determinar se tais obrigações reparatórias devem ser classificadas como sanções. Para ele, a explicação da normatividade do direito não exige a demonstração da possibilidade de um sistema jurídico completamente desprovido de sanções, mas requer uma explicação alternativa da normatividade em tais circunstâncias. Assim, embora explicações baseadas em sanções e no uso da força não se apliquem a esse tipo de sistema hipotético, isso não implica que sejam falsas em relação a todos os sistemas jurídicos humanos conhecidos.

Raz explica que pode haver uma resistência na crença de que a explicação da normatividade do direito varie de um sistema jurídico para outro. Contudo, sendo a natureza humana como é, as três generalizações, segundo o autor, podem ser consideradas verdadeiras para todos os sistemas jurídicos conhecidos e possíveis dentro da sociedade humana. Além disso, Raz afirma também ser possível, aceitar uma explicação da normatividade do direito que se aplique a todos os sistemas humanos possíveis, e admitir a necessidade de uma explicação diferente acerca da normatividade do direito em circunstâncias radicalmente distintas.

Dessa forma, para Raz (1999, p.160-1), as três generalizações que fornecem a base para uma explicação da normatividade da lei humana fundada na sanção e no uso de força não são inviabilizadas pela possibilidade de uma lei desprovida de sanções. A questão sobre as várias normas sem sanções endereçadas aos agentes públicos ainda permanecem e uma possível solução, talvez possa ser uma pequena modificação da explicação fundada na sanção. Não obstante, as explicações desse tipo podem, por uma razão completamente diferente, ainda assim, falhar.

Portanto, para Raz (1999, p.161), a diferença entre uma sociedade de anjos e uma sociedade real de humanos é que, tal conceito é possível e, portanto, que o conceito de direito não requer o conceito de coerção para ser entendido. O ponto crucial do experimento mental

raziano, contudo, não reside na plausibilidade empírica da sociedade de anjos, mas em sua suposta força conceitual: se for possível conceber, sem incoerência, um sistema normativo institucional que desempenhe todas as funções paradigmáticas do direito sem recorrer a sanções coercitivas, então a coerção não pode ser uma condição conceitualmente necessária do direito. É exatamente essa inferência — da concebibilidade de um cenário idealizado para uma conclusão sobre o conteúdo de nossas práticas conceituais — que passa a ser o alvo da crítica de Himma. Ao aceitar o desafio de Raz em seus próprios termos, Himma não nega a inteligibilidade do experimento mental, mas questiona se ele fornece o tipo de evidência que uma Análise Conceitual Modesta pode legitimamente mobilizar para revisar o conceito de direito.

5.1.3 A Crítica Metodológica de Himma ao Argumento Raziano da Sociedade de Anjos

Segundo Himma (2020, p. 321), Joseph Raz segue a tradição hartiana ao desafiar a Tese da Coerção, mas diverge de Hart ao rejeitar a ideia de que as práticas conceituais sejam indeterminadas em relação a essa tese em virtude de serem compatíveis com a possibilidade de um sistema jurídico desprovido de sanções coercitivas autorizadas. Para Raz, é concebível a existência de um sistema jurídico entre seres que são anjos, entendidos como agentes que estão sempre motivados de maneira conclusiva, independentemente de o sistema autorizar a imposição de sanções coercitivas por descumprimento, a fazer aquilo que as normas obrigatórias que regem o comportamento não oficial exigem.

Himma, contudo, sustenta que o chamado argumento da sociedade de anjos depende de pressupostos acerca das características psicológicas desses seres que se afastam significativamente daquilo que é possível para sujeitos autointeressados e racionalmente competentes. Em razão disso, tal argumento não seria capaz de dizer algo teoricamente relevante sobre as práticas conceituais e, portanto, não poderia fundamentar um contraexemplo persuasivo à Tese da Coerção. Assim, o objetivo de Himma é demonstrar, enfrentando diretamente os argumentos de Raz — sobretudo aqueles apresentados em *Practical Reason and Norms* (1999) —, que uma metodologia analítica pode reincorporar a centralidade do conceito de coerção para a compreensão da natureza do direito.

Para Himma (2020, p. 232), não pode haver um sistema jurídico cuja função seja regular o comportamento de sujeitos que não possuem qualquer disposição para agir de maneiras socialmente indesejáveis. Isso porque o direito é conceitualmente necessário apenas para regular o comportamento de sujeitos racionalmente competentes que são, ao menos em

algumas circunstâncias, inclinados a praticar atos injustamente prejudiciais. Nesse ponto, Himma endossa o argumento de Lon Fuller segundo o qual a necessidade de regras jurídicas decorre da natureza egoísta, conflituosa e contestadora dos seres humanos.

Seguindo essa linha de raciocínio, Himma observa que, como os anjos são moralmente impecáveis no sentido de sempre fazerem aquilo que corretamente acreditam que a moralidade exige, eles não necessitam do direito, pois não são predispostos a se comportar de modo a gerar conflitos capazes de romper a paz. Desse modo, como não precisam do direito para minimizar conflitos desse tipo, não poderiam possuir um sistema jurídico, uma vez que este não faria qualquer diferença em relação à maneira como se comportam (Himma, 2020, p. 233). Assim, conforme sustenta Himma, se é uma condição conceitualmente necessária para que algo conte como um sistema jurídico que ele impeça comportamentos socialmente disruptivos e, desse modo, seja necessário para fazer diferença em relação à conduta de sujeitos racionalmente competentes, então não poderia haver algo que conte como um sistema jurídico em uma sociedade composta exclusivamente por tais seres.

Por outro lado, Himma (2020, p. 233) ressalta que essa conclusão não implica que não possa haver direito em uma sociedade na qual sujeitos racionalmente competentes sempre conformem seu comportamento à lei. Isso poderia ocorrer, por exemplo, em um sistema jurídico totalitário combinado com mecanismos de vigilância extremamente eficazes para detectar violações e com sanções severas destinadas a erradicar comportamentos socialmente perturbadores. Quanto maior a probabilidade de um sujeito racionalmente competente acreditar que será descoberto e severamente punido por violar a lei, menor será a probabilidade de que ele efetivamente o faça.

Exemplos disso são evidentes: raramente alguém é suficientemente imprudente para desobedecer à ordem de um assaltante armado, pois o risco de sair ileso é praticamente inexistente. Outro exemplo utilizado por Himma é a aparente inconsistência presente na narrativa bíblica de Adão e Eva. O autor (2020, p. 234) questiona como seria possível que ambos tenham sido tão facilmente persuadidos a desobedecer ao comando de um criador onipotente, sabendo que tal desobediência resultaria em sua expulsão imediata do Éden e em sua morte certa.

Para Himma (2020, p. 234), se o comportamento de Adão e Eva for indicativo do que se pode esperar de sujeitos autointeressados e racionalmente competentes, então esses sujeitos seriam movidos por desejos tão problemáticos que nem mesmo o sistema jurídico totalitário mais repressivo imaginável seria capaz de manter minimamente a paz. Em outras palavras, se a ameaça proveniente de um ser reconhecidamente onipotente não foi suficiente para impedir

a desobediência, então não haveria nada que outras pessoas pudessem fazer para impedir alguém de realizar qualquer ação que desejasse, por mais trivial ou prejudicial que fosse.

De acordo com Himma (2020, p. 235), não é uma condição conceitualmente necessária para a existência de um sistema jurídico que ele seja capaz de deter toda forma de violência. Contudo, é uma condição conceitualmente necessária que ele detenha violência suficiente para que os sujeitos possam viver juntos em algo que conte como uma comunidade. Assim, quanto mais as pessoas se aproximam do modelo representado por Adão e Eva, menos plausível se torna a ideia de que poderia haver um sistema jurídico capaz de manter, ainda que minimamente, a paz entre sujeitos autointeressados e racionalmente competentes em um mundo caracterizado por severa escassez material.

Da mesma forma que os seres humanos não se assemelham a Adão e Eva, cujo comportamento não pode ser regulado de maneira eficaz por um sistema jurídico, eles também não são como anjos moralmente impecáveis, cujo comportamento não necessita de qualquer forma de regulação eficaz por nunca estarem dispostos a agir de modo moralmente errado. Segundo Himma (2020, p. 235), enquanto houver algum sistema normativo institucional que mantenha os indivíduos afastados de um estado de natureza hobbesiano, eles continuarão sendo, em grande medida, sujeitos racionalmente autointeressados, embora moralmente decentes, que podem, ainda assim, ser tentados a comprometer sua decência quando os benefícios prudenciais se mostram suficientemente atraentes.

Dessa forma, a ideia de que é uma condição conceitualmente necessária para que algo conte como um sistema jurídico que ele seja razoavelmente planejado para manter a paz pressupõe que os sujeitos racionalmente competentes do sistema sejam psicologicamente capazes de realizar atos socialmente indesejáveis que violem essa paz. Assim, se os anjos são moralmente impecáveis por serem psicologicamente incapazes de praticar atos que violem normas morais obrigatórias, então um sistema normativo institucional — independentemente de seu conteúdo ou de suas características — não pode ser razoavelmente planejado para manter a paz entre eles. Como afirma Himma, "o direito não pode ser utilizado para manter a paz em uma sociedade na qual a paz é perfeitamente mantida sem ele, assim como um medicamento não pode ser utilizado para curar uma doença que não existe" (2020, p. 235).

Himma acrescenta ainda que é possível admitir que o direito não seja possível em uma sociedade de anjos propriamente dita, mas seja possível em uma sociedade composta por seres que estão sempre motivados de forma conclusiva a fazer o que a lei exige⁶⁵,

⁶⁵ Referência ao *Puzzled Man* hartiano. Ver *The Concept of Law*, 1994, p. 40.

independentemente de seu conteúdo. Esses seres seriam sujeitos autointeressados e racionalmente competentes, semelhantes aos humanos, capazes de agir de maneira socialmente disruptiva. Contudo, eles poderiam sempre ser induzidos a se abster desses comportamentos por uma autoridade institucional cujas diretrizes considerassem como geradoras de razões motivadoras conclusivas para a conformidade.

Nesse sentido, Himma (2020, p. 235–236) esclarece que tais seres são frequentemente denominados "anjos", embora não o sejam em sentido estrito, uma vez que permanecem psicologicamente capazes de agir de modo socialmente disruptivo. Eles são "anjos" apenas em um sentido lexicalmente distorcido, na medida em que, apesar dessas propensões antissociais latentes, estão sempre conclusivamente motivados a conformar seu comportamento às normas obrigatórias de um sistema institucional, independentemente de tais normas serem respaldadas por sanções coercitivas. Isso ocorre porque consideram o sistema como conclusivamente competente (*conclusively authoritative*) e, por essa razão, sempre fazem aquilo que as normas exigem.

Ainda assim, conforme observa Himma (2020, p. 236), se o sistema normativo dos anjos satisfaz as condições mínimas estabelecidas por Hart para a existência de um sistema jurídico e é metafisicamente capaz de regular de maneira autoritativa o comportamento, então os anjos dispõem de algo que pode ser devidamente caracterizado como um sistema jurídico sem sanções coercitivas. Nessa medida, se o sistema institucional dos anjos possui todas as propriedades paradigmáticas do direito e desempenha, para eles, todas as funções que o direito deve ser capaz de desempenhar sem autorizar mecanismos de aplicação coercitiva, ele pode ser considerado um sistema jurídico.

Assim, a totalidade do argumento da sociedade de anjos contra a Tese da Coerção, tal como articulado por Raz, descreve, na leitura de Himma (2020, p. 237), um sistema normativo institucional desprovido de sanções e simplesmente assume que falantes ordinários o caracterizariam como um sistema jurídico caso ele exibisse todas as demais propriedades conceitualmente necessárias do direito. Em essência, o argumento pressupõe, sem recorrer aos significados lexicais dos termos relevantes ou a qualquer levantamento empírico das práticas linguísticas de falantes comuns, que falantes competentes convergiriam para essa caracterização.

Embora seja epistemicamente legítimo — e até argumentativamente necessário —, no contexto de uma Análise Conceitual Modesta, apelar para intuições comuns, é preciso oferecer alguma justificativa para a afirmação de que tais intuições são, de fato, "comuns", isto é, amplamente compartilhadas entre falantes competentes da língua. Para Himma (2020,

p. 238), isso requer algum tipo de evidência empírica que demonstre a difusão dessas intuições, uma vez que afirmações conceituais só podem ser adequadamente fundamentadas em proposições acerca dos significados lexicais dos termos, os quais são contingentemente determinados por nossas convenções linguísticas.

Diante disso, Himma conclui que o argumento da sociedade de anjos é, *prima facie*, problemático, pois não oferece uma defesa adequada da alegação de que o sistema em questão é devidamente caracterizado como jurídico de acordo com as práticas conceituais vigentes e, por essa razão, não constitui um contraexemplo convincente à Tese da Coerção.

Para avaliar se essa dificuldade é apenas metodológica ou se atinge o próprio núcleo do experimento dos anjos, é necessário ir além da questão acerca das intuições compartilhadas às quais Raz recorre e esclarecer o que, afinal, distingue o direito da moralidade, ou, ao menos, quais serviços o direito presta à moralidade em situações nas quais esta permanece subdeterminada. Afinal, mesmo admitindo que anjos sejam agentes moralmente impecáveis (no sentido de sempre fazerem o que a moralidade exige), ainda resta a pergunta decisiva: por que precisariam de instituições jurídicas? Uma resposta típica, associada à teoria raziana da autoridade, sustenta que, mesmo quando os agentes são moralmente impecáveis, a moralidade não determina exaustivamente o que deve ser feito em todos os contextos, deixando em aberto problemas de coordenação e escolha entre alternativas igualmente permissíveis — como a decisão sobre dirigir pela esquerda ou pela direita — cuja solução não pode ser deixada ao critério individual sem custo social. Nesses casos, o direito se distinguiria da moral precisamente por envolver decisões de uma autoridade positiva, capaz de fixar publicamente um curso de ação comum em situações nas quais a moralidade, por si só, não especifica uma resposta única.

É nesse sentido que a sequência do capítulo se desloca do debate estrito sobre coerção para o exame da normatividade do direito e de sua relação com a moralidade. Além de *Practical Reason and Norms* (1999), torna-se importante considerar o modo como Raz, em *Between Authority and Interpretation* (2009), critica testes simplificadores de "conexão necessária" e reconstrói a ideia de que o direito reivindica um tipo particular de autoridade prática distinto do da moralidade. O objetivo, aqui, não é antecipar se essa reconstrução é bem-sucedida, mas compreender com precisão se ela sustenta o ponto crucial exigido pelo experimento dos anjos: a saber, que os destinatários podem ter razões conclusivas para seguir determinações autoritativas sem que a coerção seja necessária. Uma vez explicitado esse pano de fundo, será possível retomar a resposta de Himma em *Morality and the Nature of Law* (2019) para verificar em que medida a distinção entre direito e moralidade proposta por Raz

(e o papel que ela atribui à autoridade) é suficiente para amparar a possibilidade conceitual de um direito angelical não coercitivo.

5.2 A CRÍTICA DE RAZ AO TESTE DA CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE DIREITO E MORALIDADE

No capítulo *About Morality and the Nature of Law* (2009, p. 166-181) de *Between Authority and Interpretation*, Joseph Raz empreende uma crítica metodológica ao chamado teste da conexão necessária entre direito e moralidade justamente para esclarecer em que sentido o direito, enquanto instituição de autoridade, se distingue da moralidade e pode reivindicar um papel normativo próprio. Raz inicia observando que o que são consideradas pela maioria das pessoas duas obviedades verdadeiras e inquestionáveis estão por trás de grande parte da dificuldade que temos em compreender as relações entre direito e moralidade: o direito pode produzir benefícios significativos e também grandes males. Segundo Raz (2009, p. 166), essas obviedades refletem a compreensão comum das pessoas e são plausíveis enquanto não houver argumentos teóricos sólidos que as refutem.

Raz explica que a dificuldade surge quando se pergunta se essa ambivalência é apenas contingente ou se há alguma conexão necessária entre direito e moral. Diversas correntes afirmam que tal conexão existe, mas chegam a conclusões opostas. Alguns anarquistas, por exemplo, defendem que o direito é necessariamente imoral por exigir obediência incompatível com a autonomia moral individual. Já certas perspectivas tomistas afirmam que o direito é, por natureza, intrinsecamente bom. Apesar disso, ambos os lados reconhecem que o direito pode produzir tanto bem quanto mal. Os anarquistas admitem que algumas normas são razoáveis e podem gerar opções valiosas, embora defendam que a obediência só é justificada quando coincide com o julgamento moral do indivíduo, e não por força da autoridade. Já os tomistas reconhecem que o direito pode ser corrompido ou mal aplicado, mas tratam esses casos como exceções que não afetam sua natureza fundamentalmente boa.

Diante desse cenário, Raz (2009, p. 167) questiona o uso metodológico da pergunta "existe uma conexão necessária entre direito e moralidade?" como critério de classificação das teorias jurídicas. É comum rotular como positivistas autores que respondem negativamente — como Austin, Bentham, Kelsen e Hart — e como jusnaturalistas aqueles que respondem afirmativamente — como Tomás de Aquino, Michael Moore, Philip Soper e Ronald Dworkin. Contudo, essa divisão é enganosa e pouco esclarecedora, segundo Raz.

O autor (Raz, 2009, p. 168) observa que, como de fato existem certas conexões necessárias entre direito e moralidade, o teste que usa essa pergunta como critério

classificatório cria a falsa impressão de que o positivismo estaria automaticamente errado e que o jusnaturalismo, por reconhecê-las, teria acesso a uma verdade profunda. Contudo, essa conclusão é ilusória. Negar alguma conexão necessária pode tornar uma teoria falsamente correta em um ponto marginal, mas isso não compromete suas teses centrais sobre a natureza do direito. Porém, a verdade comum às teorias jusnaturalistas, quando formulada nesses termos, revela-se trivial e incapaz de fundamentar o que nelas realmente importa.

Raz (2009, p. 168) mostra, assim, que a pergunta sobre a "conexão necessária" é um teste decisivo ruim para estabelecer a tipologia das teorias jurídicas, pois confunde mais do que esclarece. Para ele, investigar a relação entre direito e moralidade é essencial, mas é preciso formular questões mais precisas para obter progresso teórico. Raz ilustra seu ponto mencionando três conexões necessárias que, embora verdadeiras, são filosoficamente pouco relevantes: dada a natureza humana e as condições da vida humana, necessariamente nenhum sistema jurídico pode ser estável a menos que forneça alguma proteção à vida e à propriedade; dado que apenas animais vivos podem ter relações sexuais, necessariamente o estupro não pode ser cometido por instituições jurídicas (embora estas possam sancioná-lo e ser cúmplices dele); e dado o pluralismo de valores, necessariamente nenhum Estado ou sistema jurídico pode manifestar em seu mais alto grau todas as virtudes ou todos os vícios existentes. Essas conexões mostram que relações necessárias entre direito e moralidade existem, mas também que, na maior parte dos casos, são triviais e pouco úteis para diferenciar teorias jurídicas significativas.

5.2.1 A Rejeição da Obrigação Moral Geral de Obedecer ao Direito

Na sequência, Raz (2009, p. 169) volta-se à análise de um conjunto de teses que procuram estabelecer uma conexão moral necessária entre direito e moralidade. Entre essas proposições, figuram ideias como a de que (1) necessariamente todos teriam o dever de obedecer ao direito de seu país; de que (2) necessariamente haveria sempre razões para obedecer ao direito de seu país; de que, (3) se o direito é justo, necessariamente todos os seus súditos têm o dever de obedecê-lo (ou, alternativamente, uma razão para obedecer); de que, (4) sendo democrático o governo de um país, necessariamente haveria um dever de obediência ao seu direito; e, ainda, de que (5) existiria necessariamente uma obrigação de apoiar sistemas jurídicos justos. Se verdadeiras, tais afirmações revelariam algo significativo sobre o modo como o direito e a moralidade se interligam. Contudo, Raz procura demonstrar

que essas conexões alegadas são, em grande medida, mal formuladas e conceitualmente frágeis.

Raz (2009, p. 169-170) observa que a tese (1) — segundo a qual todos têm o dever de obedecer ao direito de seu país — não implica que cada novo dever jurídico acrescente novas exigências morais ao indivíduo. Assim como alguém pode prometer fazer algo que já deveria moralmente realizar, o direito pode criar deveres jurídicos que apenas reforçam obrigações morais pré-existentes, oferecendo-lhes um novo fundamento. Nessa perspectiva, o direito passa a integrar a própria moralidade, de modo semelhante ao ato de prometer.

Alguém poderia objetar que, se o direito é parte da moralidade, ele não poderia ser imoral. Raz (2009, p. 170), porém, argumenta que essa objeção é fraca: mesmo admitindo uma obrigação geral de obedecer ao direito, ainda é possível reconhecer que um sistema jurídico pode se afastar dos ideais morais. Isso ocorre porque toda teoria adequada deve distinguir seus casos centrais de seus casos degenerados ou marginais. Assim como existem Estados que não exibem todas as características essenciais do conceito de Estado (como o Vaticano), mas ainda são reconhecidos como tais sem invalidar a definição geral, também pode haver sistemas jurídicos que são imperfeitos, excepcionais ou degenerados. Eles não deixam de ser direito, mas tampouco servem como contraexemplos que refutem teorias válidas sobre a natureza do fenômeno jurídico.

Segundo Raz (2009, p. 171), mesmo autores que defendem uma obrigação geral de obedecer ao direito, como John Finnis e Ronald Dworkin, admitem a existência de sistemas jurídicos "marginais" nos quais tal dever não se aplica. Além desses casos excepcionais, há outra forma de compreender como o direito pode causar danos mesmo sob a suposição de um dever geral de obediência: alguns sustentam que esse dever decorre não do mérito moral de cada norma, mas de virtudes gerais e de certas propriedades morais do sistema jurídico como um todo. Se esse é o fundamento da obrigação geral de obedecer, segundo Raz, então ela é compatível com consideráveis falhas morais.

Raz (2009, p. 171) distingue, então, entre propriedades morais agregadas, quando o direito como um todo pode ter propriedades morais porque a maioria ou todos os seus componentes as possuem e propriedades morais sistêmicas, que pertencem ao direito enquanto instituição e não dependem de serem agregados das propriedades de suas partes componentes. Para Raz, as propriedades morais necessárias do direito como um todo podem ser sistêmicas, permitindo uma boa dose de deficiência no mérito moral de suas normas individuais.

De acordo com Raz (2009, p. 172), o fato de o dever geral de obedecer poder depender de características sistêmicas do direito não demonstra, evidentemente, que seja compatível com uma concepção adequada de quão perverso o direito pode ser. Para Raz, é improvável que as qualidades morais sistêmicas do direito sejam inteiramente independentes às qualidades morais do conteúdo do direito, isto é, do conteúdo moral das leis que o constituem. Como devemos então avaliar a alegação de que existe uma obrigação geral de obedecer? A questão gira em torno de quais são as principais características sistêmicas essenciais do direito e de quais são suas propriedades morais sistêmicas essenciais.

A resposta mais aceita, segundo Raz, relaciona essas propriedades ao caráter institucional do direito, que envolve estruturas de adjudicação, aplicação e, em muitas sociedades, legislação (com poder de criar normas), todas apoiadas no uso organizado da força. Raz (2009, p. 173) explica que defender o caráter moral do direito entendido como uma busca por suas propriedades morais sistêmicas — e não da moralidade de cada norma isolada — equivale a justificar moralmente a existência de autoridades jurídicas encarregadas de criar e aplicar o direito. Essa linha de defesa, de inspiração tomista, parte de duas premissas: (1) a vida social exige uma autoridade capaz de coordenar as interações humanas; e (2) quem quer que esteja em posição de cumprir essa tarefa tem a autoridade moral para fazê-lo, ou seja, quem de fato detém o poder político e controle jurídico necessários para desempenhar essa tarefa possui, por isso mesmo, autoridade legítima.

Raz afirma que esse argumento tem a forma correta por não se basear na suposta qualidade moral de todo e qualquer direito. Em vez disso, o argumento se baseia nas qualidades morais sistêmicas do direito, das quais se pode derivar a obrigação de obedecer às normas, incluindo as ruins. Contudo, segundo Raz, a conclusão do argumento pode ser facilmente exagerada. O simples fato de alguém possuir poder de fato não basta para gerar autoridade legítima.

Para que exista tal autoridade, duas condições precisam ser atendidas: (a) uma vez que decorre a autoridade do Estado ou do governo do fato de poder desempenhar uma tarefa que precisa ser feita, essa autoridade deve ser limitada a um governo que a desempenhe com sucesso ou com probabilidade razoável de sucesso (condição de sucesso); e (b) sua legitimidade deve limitar-se às esferas pertinentes ao cumprimento dessa tarefa (condição de relevância).

Em outras palavras, esse argumento não pode dotar os governos de uma autoridade geral, capaz de legitimar qualquer ato que considere apropriado. Ao contrário, a autoridade

que ele deriva é necessariamente limitada às tarefas que justificam sua existência. Por isso, tal argumento é insuficiente para fundamentar uma obrigação geral de obedecer ao direito.

Raz (2009, p. 174) argumenta que, mesmo que o governo detenha autoridade legítima para cumprir certas tarefas fundamentais — como manter a paz, assegurar um sistema justo de propriedade e evitar privações graves — essa autoridade não é ilimitada. Regulações que extrapolam essas funções, como por exemplo normas sobre consumo ou publicidade de tabaco, excedem sua competência e, portanto, não geram obrigação de obediência.

Aplicadas as duas qualificações anteriormente mencionadas (sucesso e relevância da atuação), apenas governos que efetivamente desempenham ou têm probabilidade razoável de desempenhar suas funções essenciais podem reivindicar autoridade legítima. Estados justos ou democráticos podem atender parcialmente a esses critérios, mas mesmo eles perdem legitimidade quando ultrapassam sua esfera adequada de atuação.

Raz observa que duas objeções são tradicionalmente levantadas contra esse critério da autoridade legítima. A primeira sustenta que impor condições à autoridade estatal enfraqueceria sua capacidade de desempenhar as tarefas para as quais existe. Raz rejeita essa crítica por ser meramente empírica e pouco convincente: governos podem funcionar bem mesmo diante de cidadãos críticos, e a existência de um dever independente de apoiar instituições justas reduz o risco apontado. A segunda objeção — mais plausível — afirma que justiça ou democracia, embora importantes, não garantem que todas as leis individuais sejam justas; portanto, não podem fundamentar, por si só, uma obrigação de obediência. Surge então a questão: haveria dever de obedecer a tais leis? Uma resposta possível seria a necessidade de apoiar instituições justas; contudo, Raz argumenta que mesmo sistemas jurídicos justos funcionam melhor quando o cumprimento não é absoluto. Violações ocasionais de leis injustas ou ineficazes — tanto por cidadãos quanto pelas próprias autoridades — podem reduzir atritos, evitar injustiças e ajudar a preservar o caráter justo das instituições. Populações críticas e dispostas a resistir a normas indevidas, conclui Raz, contribuem mais para a manutenção da justiça do que populações passivamente obedientes.

Assim, uma doutrina adequada de autoridade deve basear-se no argumento da tarefa a ser desempenhada, qualificado pelas condições de sucesso e relevância. Segundo Raz (2009, p. 175), não é fácil formular adequadamente essas condições. Para ele, o que parece claro é que elas estabelecem um teste que está longe de ser trivial e que não é tão difícil encontrar governos que falhem completamente (isto é, não tenham autoridade legítima alguma) ou parcialmente (ou seja, tenham alguma autoridade legítima, mas menos do que afirmam ter). Isso significa que não há a mínima chance de que as teses da "obrigação geral de obedecer"

ou da "obrigação geral de obedecer a sistemas jurídicos justos ou democráticos" estejam corretas.

5.2.2 Do que o Direito é Capaz: a Tarefa Moral e a Analogia com as Promessas

Raz (2009, p. 176) identifica um erro comum que enfraquece as teses (1) a (4): elas tentam derivar uma propriedade moral que se aplica igualmente a toda e qualquer norma a partir de propriedades morais sistêmicas do direito como um todo, ou de certos tipos de sistemas jurídicos. Segundo Raz, não há motivo para pensar que premissas sobre as propriedades morais sistêmicas do direito não possam gerar conclusões que apontem para as propriedades morais de cada norma jurídica individual. Todavia, sem premissas adicionais, não é possível obter conclusões significativas como as defendidas nessas teses.

Raz sugere que, em vez de tentar derivar obrigações morais para cada norma a partir de características do sistema jurídico, é mais promissor investigar quais atitudes as propriedades morais sistêmicas do direito exigem. Para isso, ele recorre a uma analogia com as promessas. Tanto normas jurídicas como promessas criam obrigações por meio de atos realizados com a intenção de vincularem seus destinatários. Assim como prometer é uma prática moralmente valiosa porque pode atingir objetivos valiosos, o direito é moralmente valioso como uma instituição geral por ter valores aos quais pode servir. O fato de o direito ser uma instituição moralmente valiosa faz parte de sua natureza. No entanto, assim como nem toda promessa é vinculante (promessas feitas sob coação ou por agentes incapazes, por exemplo, não vinculam), o fato de a prática de prometer ser moralmente valiosa não implica que cada promessa deva ser cumprida; do mesmo modo, reconhecer que o direito possui valor moral sistêmico não gera automaticamente obrigações morais em relação a cada norma jurídica. Ainda assim, esse paralelo sugere uma conexão necessária entre direito e moralidade — conexão que a tradição tomista afirma e o positivismo jurídico nega.

Na sequência, Raz (2009, p. 177) distingue três teses possíveis para defender uma conexão necessária entre direito e moralidade: (i) O direito, por sua natureza, é uma instituição que pode ser usada para alcançar fins valiosos; (ii) O direito, por sua natureza, é uma instituição com uma tarefa moral a cumprir; (iii) O direito, por sua natureza, é uma instituição moralmente valiosa.

A primeira é trivial, pois praticamente tudo pode ser usado para fins morais. A segunda parece mais significativa, pois postula ser central para que uma norma seja o tipo de instituição que é ter alguma tarefa moral específica. Todavia, segundo Raz, a tese de que o

direito tem uma tarefa moral específica não implica que: seja melhor, moralmente ou de outra forma, ser governado por normas do que não ser; sistemas jurídicos existentes sejam moralmente bons e justos; apenas o direito possa cumprir tal tarefa; o direito não possa legitimamente perseguir outros objetivos além da tarefa moral específica inerente à sua natureza. A afirmação de que o direito tem, por natureza, uma tarefa moral específica é, no entanto, uma afirmação importante, pois define a maneira como devemos pensar sobre o direito. Estabelece uma perspectiva crítica para julgá-lo.

Contudo, para Raz (2009, p. 177), como ele pretende tratar principalmente da maneira básica de conceber a conexão entre direito e moralidade, basta apenas identificar a possibilidade ou probabilidade de que uma dessas conexões seja a de que o direito tenha tarefas morais. Assim Raz sugere, de modo breve, que a função central do direito decorre de seu caráter de autoridade, isto é, de um sistema estruturado e coordenado de autoridades. A tarefa do direito para ele é garantir que certos objetivos morais, difíceis de alcançar sem um sistema jurídico e cuja realização não seja contraproducente, possam efetivamente ser atingidos.

A terceira tese exige maior cautela. Raz (2009, p. 178) questiona: se o direito tem uma tarefa essencial, segue-se que ele é, por natureza, uma instituição essencialmente valiosa? A analogia com promessas sugeriria que sim, mas a analogia é falha, segundo Raz. O autor identifica duas diferenças importantes entre promessas e direito que influenciam a maneira como concebemos suas relações com a moralidade. Primeiro, promessas são voluntárias e vinculam apenas quem as faz. As normas jurídicas, por sua vez, diferem das promessas porque obrigam pessoas que não as criaram nem consentiram com seu conteúdo, razão pela qual recorrem à coerção para garantir o cumprimento. Segundo, ao contrário das promessas, as normas jurídicas não são atos isolados, mas parte de um sistema normativo complexo, composto por normas inter-relacionadas e uma rede de instituições responsáveis por sua modificação e aplicação.

Para Raz (2009, p. 179), a primeira diferença torna razoável pensar que as normas jurídicas são mais suscetíveis a abusos, injustiças e imoralidades do que as promessas. Mas a segunda diferença é crucial. Quando dizemos que prometer é uma instituição moralmente valiosa, estamos julgando a instituição abstrata, não a forma como ela é posta em prática em um país ou outro. Já a afirmação de que "o direito é moralmente valioso" costuma se referir às normas jurídicas concretas de um país.

Assim, ao contrário da prática de prometer, que é avaliada como uma instituição moral em sentido abstrato, afirmar que o direito é uma "instituição moral" envolve julgar suas

formas concretas de aplicação ao longo da história. E, segundo Raz, isso não pode ser sustentado. Embora o direito, como instituição abstrata, possa servir a fins morais e tenha tarefas morais a cumprir, não é correto afirmar que, nas suas diversas manifestações históricas, ele tenha sido sempre ou geralmente moralmente valioso, nem que necessariamente o seja. Isso equivaleria a dizer que o direito só pode existir de modo moralmente adequado, o que Raz rejeita.

Conforme todo o exposto, as reflexões de Raz (2009, p. 179-180) não levaram a conclusões definitivas, como ele mesmo afirma, mas a conclusões importantes. Ele mostrou, de um lado, que negar por completo a existência de conexões necessárias entre direito e moralidade é insustentável. De outro, que muitas das conexões necessárias específicas propostas por teóricos do direito são equivocadas. Sendo assim, sugeriu, então, que embora existam conexões necessárias entre a moralidade e como o direito é, as conexões necessárias mais significativas se relacionam com a perspectiva avaliativa que informa nosso pensamento sobre como o direito deveria ser, e não sobre como ele é.

De acordo com Raz (2009, p. 180), pode-se pensar que a tese de que, por sua natureza, o direito deve ser moral é trivial ou vazia, já que nada deveria ser imoral. Contudo, diferentes instituições têm excelências próprias que não são morais por natureza. Por exemplo, a virtude intrínseca de uma universidade, ou seja, o que torna uma universidade uma boa universidade, é a excelência em aprendizado, pesquisa e ensino. O que torna o direito distinto, o que torna sua excelência intrínseca uma excelência moral, é que ele constitui uma estrutura de autoridade cujo propósito é dizer às pessoas o que devem fazer. Assim, ele necessariamente reivindica autoridade moral legítima sobre seus súditos. Portanto, sua virtude intrínseca é ter tal autoridade. E afirmar isso é o mesmo que dizer que sua virtude é ser moral ao justamente satisfazer as condições de legitimidade. Isso não impede que o direito possa ter outras formas de excelência, inclusive em outras maneiras morais. A posse de legitimidade moral é apenas sua excelência intrínseca, aquela que deve ter, não a única que pode, ou idealmente deveria ter.

Para esclarecer a diferença entre a autoridade legítima do direito e outras possíveis excelências que ele pode ter, Raz oferece um exemplo. As pessoas, como lembra Aristóteles, são animais sociais: só podem florescer dentro da sociedade humana, e isso requer a existência de grupos sociais de diversos tipos. Talvez nenhum tipo específico de agrupamento seja necessário, talvez os humanos não precisem viver em sociedades organizadas como as de hoje, mas uma variedade de tipos de agrupamentos sociais, alguns maiores e outros menores,

são necessários para fornecer o pano de fundo para vidas humanas plenas. Continuando o exemplo, Raz pede que aceitemos tais afirmações vagas como estando no caminho certo.

Diante disso, pode-se afirmar que o direito é um elemento constitutivo de certas formas valiosas de sociedade, no contexto atual das sociedades nacionais, o que é precioso para a prosperidade humana. Além disso, pode-se sustentar que prosperar como membro de uma comunidade envolve identificar-se com ela. No entanto, dessa constatação não decorre necessariamente que as pessoas devam identificar-se com o direito ou nutrir respeito e estima por ele. A participação em uma sociedade e a necessidade de pertencer a ela não bastam, por si só, para exigir reverência ao sistema jurídico.

Raz (2009, p. 181) observa que o argumento apresentado não é válido: parte de condições necessárias para certas formas de prosperidade pessoal, mas trata essas condições como se fossem suficientes para exigir identificação e respeito pelo direito. Ainda assim, mesmo essa formulação vaga sugere que tanto o direito quanto a sociedade podem ser — embora não necessariamente sejam — dignos de identificação e respeito. Quando isso ocorre, identificar-se com eles é valioso. Assim, ser merecedor de identificação e respeito constitui uma virtude adicional de um bom sistema jurídico, distinta da sua legitimidade.

Raz reconhece que essas considerações são vagas, mas ainda assim revelam algo importante. Quando falamos que "o direito" é constitutivo de certos grupos sociais valiosos, geralmente nos referimos a sistemas jurídicos atuais — os quais podem ser injustos, ilegítimos ou até sustentar formas de organização moralmente condenáveis. Nada garante, portanto, que o direito possua virtudes; isso depende da história e das circunstâncias. Além disso, formas sociais valiosas não precisam necessariamente ser estruturadas pelo direito — existem grupos nacionais que não formam Estados-nação, sem status jurídico especial que não deixam de prosperar. Assim, tudo o que se pode afirmar é que o direito pode ser um componente valioso de grupos sociais valiosos e, quando isso ocorre, tem mérito moral por ser um objeto digno de identificação e respeito. Mas não se pode dizer que ele deve ser um componente constituinte, ou que falha se não o for. Em contraste, todo direito deve possuir autoridade legítima; caso contrário, fracassa em sua própria pretensão de autoridade.

Com isso, Raz desloca o debate sobre "conexões necessárias" entre direito e moralidade para um terreno metodologicamente mais fértil: em vez de tratar a relação como um teste tipológico simplificador (capaz de classificar teorias como positivistas ou jusnaturalistas), ele insiste que há múltiplas conexões possíveis — algumas triviais, outras substantivas — e que o ponto filosoficamente relevante é identificar quais delas dizem respeito ao modo como o direito funciona como uma estrutura institucional de autoridade. Ao rejeitar a tese de uma

obrigação moral geral de obedecer e ao enfatizar, por meio da analogia com as promessas, que uma prática pode ser moralmente valiosa sem tornar cada instância particular moralmente obrigatória, Raz sustenta que a conexão mais significativa entre direito e moralidade não se exprime como uma garantia de "bondade" do direito, mas como a compreensão de que o direito, enquanto instituição, opera mediante reivindicações práticas de autoridade e fornece razões para agir em contextos em que a moralidade pode permanecer subdeterminada. É a partir desse enquadramento — autoridade, tarefa institucional e limites do teste da conexão necessária — que se pode retornar ao problema dos anjos com a formulação adequada: não se trata de saber se o direito é moral, mas de saber que serviço distintivo ele presta quando a moralidade não fixa uma única resposta.

5.3 A CONCEPÇÃO FUNCIONAL DO DIREITO EM HIMMA

Esse deslocamento é decisivo porque torna explícita a pergunta que o experimento da sociedade de anjos precisa enfrentar: o que distingue o direito de outras formas de normatividade — em especial da moralidade — e sob quais condições um sistema normativo pode ser corretamente classificado como jurídico? A resposta raziana tende a enfatizar o papel da autoridade positiva na resolução de problemas de coordenação e escolha entre alternativas moralmente permissíveis; contudo, esse caminho só é persuasivo se o conceito de direito puder ser estendido a arranjos normativos cuja existência não depende de escassez, conflito ou falibilidade prática. É exatamente aqui que a proposta de Himma, em *Morality and the Nature of Law* (2019), introduz uma inflexão metodológica e substantiva: antes de decidir se os anjos podem ter "direito" sem coerção, é preciso estabelecer critérios conceituais mais restritivos para o pertencimento ao conceito de direito e, sobretudo, explicitar uma concepção funcional segundo a qual o direito é uma instituição distintivamente humana, inteligível em virtude do tipo de serviço regulativo que presta em condições sociais não ideais.

Um dos desafios centrais da filosofia do direito conceitual consiste em determinar quais sistemas normativos podem ser adequadamente caracterizados como "direito", sem diluir o conceito a ponto de torná-lo indistinguível de qualquer outra forma de normatividade institucional. Embora o termo "direito" seja, por vezes, aplicado a arranjos normativos bastante diversos, uma teoria conceitual que se proponha a explicar o direito tal como ele é estudado nas faculdades de direito e praticado nas sociedades humanas contemporâneas precisa adotar critérios mais restritivos de pertencimento conceitual (Himma, 2019, p. 1-2).

É a partir desse enquadramento que Himma formula sua proposta, sustentando que o direito não deve ser compreendido como um sistema normativo genérico, mas como uma instituição distintivamente humana, cuja existência e inteligibilidade dependem de uma função conceitual específica: regular a conduta de agentes psicologicamente falíveis em contextos de escassez e conflito potencial.

A partir dessa concepção funcional, Himma rejeita a identificação entre "direito" e qualquer sistema normativo. Para ele, não basta que um sistema possua normas, instituições ou mecanismos de conformidade, é necessário que ele desempenhe a função regulativa característica do direito enquanto prática social voltada à governança de condutas humanas em condições não ideais. Essa tese tem consequências metodológicas importantes. Ela implica uma distinção cuidadosa entre diferentes tipos de investigação — empírica, normativa e conceitual —, sob pena de se confundir perguntas sobre como o direito deveria ser, como ele de fato funciona ou o que ele é enquanto conceito.

Sendo assim, no início de *Morality and the Nature of Law*, Himma distingue três tipos de investigação: empírica, normativa e conceitual (Himma, 2019, p. 6). De acordo com o autor, a investigação empírica ocupa-se de identificar relações contingentes entre direito e moralidade no mundo social. Trata-se de uma investigação descritiva que busca estabelecer como agentes jurídicos efetivamente se comportam e quais fatores influenciam suas decisões. Por exemplo, perguntas sobre se juízes costumam ou não levar considerações morais em conta ao decidir casos são questões empíricas, cuja resposta depende da observação de práticas institucionais e comportamentos reais. Segundo Himma (2019, p. 6), tais questões não podem ser respondidas por análise conceitual ou reflexão normativa, mas exigem métodos apropriados às ciências empíricas.

Distinta da investigação empírica é a investigação normativa. A investigação normativa pergunta como o direito deveria ser e avalia leis, sistemas jurídicos e práticas institucionais à luz de padrões morais. Questões normativas incluem, por exemplo, se uma determinada lei é justa, se um sistema jurídico é moralmente legítimo ou se determinadas decisões judiciais são moralmente corretas. Para Himma (2019, p. 6), esse tipo de investigação envolve juízos avaliativos e não pode ser confundido com a tarefa de explicar o que o direito é enquanto fenômeno social ou institucional.

O terceiro tipo de investigação identificado por Himma é a investigação conceitual, a qual tem por objetivo explicitar o conteúdo de um conceito, identificando as propriedades que são conceitualmente necessárias para que algo conte como um membro da classe designada por esse conceito. No caso do direito, a investigação conceitual busca determinar quais

características são necessárias para que um sistema normativo seja corretamente caracterizado como um sistema jurídico. Trata-se de uma investigação descritiva, e não avaliativa, voltada a esclarecer o significado do conceito de direito tal como ele é empregado nas práticas linguísticas relevantes (Himma, 2019, p. 6).

Himma observa que uma investigação conceitual não pergunta como o direito deveria ser nem como ele se manifesta em determinados contextos históricos, mas sim o que é o direito em virtude do conteúdo do conceito correspondente. De modo análogo, uma teoria conceitual do direito busca identificar as propriedades sem as quais algo não poderia ser corretamente classificado como um sistema jurídico. Essas propriedades são conceitualmente necessárias no sentido de que não é possível, dadas as práticas linguísticas relevantes, que algo conte como direito sem possuí-las (Himma, 2019, p. 7). Esse ponto é decisivo para o experimento dos anjos, pois a questão relevante não é se um sistema angelical seria desejável ou eficaz, mas se poderia contar como "direito" à luz de nossas práticas conceituais.

5.3.1 Direito e Sistemas Normativos

Himma (2019, p. 2-3) sustenta que a filosofia do direito conceitual deve tomar como seu objeto primário os sistemas de direito municipal e internacional, isto é, o direito enquanto instituição política característica das sociedades humanas. Embora outros sistemas normativos institucionais — como o direito religioso — compartilhem estruturas semelhantes, eles desempenham funções conceitualmente distintas.

O direito, tal como praticado nas comunidades políticas, tem como finalidade reduzir conflitos socialmente disruptivos e possibilitar a cooperação em condições de escassez, desacordo e falibilidade humana (Himma, 2019, p. 3). Por isso, uma teoria que trate todos os sistemas normativos institucionais como instâncias do mesmo conceito falha em explicar o tipo específico de serviço que o direito presta.

Esse ponto afeta diretamente o experimento dos anjos: se o conceito de direito é funcionalmente ancorado em condições humanas não ideais, então um sistema normativo concebido para agentes moralmente perfeitos pode não satisfazer as condições conceituais mínimas para ser jurídico, ainda que seja coerente ou eficiente.

5.3.2 Função Conceitual e Orientação Normativa

Himma (2019, p. 168-170) sustenta que o direito é um artefato⁶⁶ institucional, isto é, uma prática criada para desempenhar uma função característica. A função conceitual do direito é regular o comportamento por meio da orientação de normas, de modo a permitir a cooperação social e a manutenção da paz em contextos de conflito potencial.

De acordo com Himma (2019, p. 170), os sistemas jurídicos são compostos por duas classes de normas. De um lado, normas que governam atividades legislativas, adjudicativas e executivas — isto é, o comportamento oficial — e que estruturam a regra de reconhecimento, definindo os critérios de validade jurídica. De outro, normas que governam o comportamento não oficial dos sujeitos, inclusive dos próprios agentes oficiais quando atuam fora de suas funções institucionais. Todas essas normas, instituições e agentes constituem partes próprias do sistema jurídico.

Por isso, algo só pode contar como norma jurídica se for capaz de orientar o comportamento. Como a função conceitual do direito enquanto sistema normativo envolve orientar o comportamento, é condição conceitualmente necessária para que algo conte como norma jurídica que seja capaz de orientar comportamento. Entretanto, não é o fato de algo ser jurídico que o torna capaz de orientar comportamento. Essa orientação exige, no mínimo, que o conteúdo da norma seja metafisicamente possível de ser cumprido. Normas que exigem o impossível não são normas (Himma, 2019, p. 170-171).

Embora toda norma jurídica deva ser capaz de orientar comportamento, nem toda norma que orienta comportamento é jurídica. Normas morais também orientam ações, mas se distinguem conceitualmente das normas jurídicas, já que pode haver normas morais que não sejam jurídicas. A capacidade de orientar comportamento é, portanto, condição necessária, mas não suficiente, da juridicidade.

Além disso, segundo Himma (2019, p. 173), a função conceitual do direito não exige que toda norma jurídica seja eficaz em orientar comportamento para que o sistema como um todo cumpra sua finalidade. Um sistema jurídico pode falhar parcialmente — por exemplo, ao promulgar normas obscuras ou confusas — sem, por isso, deixar de ser capaz de regular o comportamento de modo suficiente para manter a paz social. Ainda assim, para que o direito

⁶⁶ Artefatos distinguem-se de objetos meramente artificiais porque são fabricados, adaptados ou adotados por seres intencionais para fazer algo. Um objeto pode ser artificial sem ser artefactual, como uma pilha de galhos reunidos ao acaso; ele só se torna um artefato se for produzido ou adaptado para desempenhar um propósito reconhecível. Essa distinção é crucial porque algo só pode ser adequadamente caracterizado como um determinado tipo de artefato se for capaz de desempenhar a função conceitual própria desse tipo (Himma, 2019, p. 168-169).

seja eficaz e justo em um mundo como o nosso, ele deve fornecer informação suficiente para que os sujeitos saibam o que dele se exige, já que ninguém pode obedecer a uma norma cujo conteúdo desconhece.

Por fim, Himma (2019, p. 174) conclui que o traço distintivo das normas jurídicas não é sua capacidade de orientar comportamento — comum a todas as normas —, mas o fato de serem reconhecidas, aplicadas ou executadas como juridicamente vinculantes por agentes oficiais, segundo uma regra de reconhecimento do sistema. Normas jurídicas são, assim, proposições capazes de orientar comportamento que podem ser legitimamente impostas por autoridades institucionais a sujeitos capazes de cumpri-las ou violá-las.

De acordo com Himma, a análise da função conceitual do direito mostra que orientar o comportamento é uma condição necessária para a juridicidade, mas ele ainda deixa em aberto como, exatamente, essa orientação ocorre. Himma esclareceu o sentido em que normas jurídicas devem ser capazes de guiar a conduta dos sujeitos e quais limites conceituais essa exigência impõe ao direito enquanto sistema normativo institucional. No entanto, a noção de "orientação" permanece, nesse nível, relativamente abstrata. Para avançar na explicação de como normas jurídicas efetivamente cumprem essa função regulativa, é preciso distinguir os diferentes modos pelos quais uma norma pode orientar o comportamento.

Himma (2019, p. 174) sustenta que, para que um sistema jurídico seja capaz de regular o comportamento dos sujeitos por meio da governança de normas, ele deve fornecer dois tipos distintos de orientação normativa: orientação motivacional e orientação epistêmica. Segundo o autor, a orientação motivacional ocorre quando a conformidade de uma pessoa com uma norma é motivada precisamente pelo fato de a norma ser válida dentro do sistema jurídico. Uma norma n orienta motivacionalmente uma pessoa P se, e somente se, P age em conformidade com n porque $\underline{n}$ é uma norma que governa sua conduta. Nesse caso, a razão da ação de P é a normatividade da regra enquanto tal, e não fatores externos, como medo de sanções ou imitação do comportamento alheio. Já a orientação epistêmica diz respeito ao papel informativo das normas. Uma norma n orienta epistemicamente uma pessoa P se, e somente se, P aprende quais são suas obrigações consultando a norma e, em seguida, age em conformidade com aquilo que ela exige. Aqui, a norma funciona como uma fonte de conhecimento prático acerca do que deve ser feito. Embora distintos, ambos os tipos de orientação exigem conformidade de conduta. Para que alguém seja orientado motivacionalmente por uma norma, é necessário tanto que seu comportamento esteja de acordo com a norma quanto que essa conformidade seja motivada pelo status normativo da regra. Para que alguém seja orientado epistemicamente, é necessário que a pessoa aprenda o

conteúdo da obrigação consultando a norma e, depois disso, aja em conformidade com ela. Se, após aprender o que a norma exige, o sujeito não conforma seu comportamento, então não há orientação normativa de nenhum dos dois tipos.

Himma (2019, p. 174-175) ilustra essa distinção com o exemplo de uma norma jurídica que estabelece um limite máximo de velocidade de setenta milhas por hora em uma rodovia. Um motorista é orientado motivacionalmente por essa norma apenas se mantiver a velocidade abaixo do limite porque a norma assim exige. Se ele respeita o limite apenas para evitar a multa prevista para infrações, então seu comportamento não é motivacionalmente orientado pela norma. Por outro lado, o motorista é orientado epistemicamente pela norma se aprende qual é o limite consultando a regra e, em consequência disso, dirige dentro do limite estabelecido.

Um ponto central do argumento é que orientação motivacional e orientação epistêmica são logicamente independentes. É possível que uma pessoa seja orientada epistemicamente por uma norma sem ser orientada motivacionalmente por ela — como quando alguém consulta a norma para saber o que é exigido, mas age apenas por temor à sanção. Do mesmo modo, é possível que alguém seja orientado motivacionalmente sem ser orientado epistemicamente — por exemplo, quando um motorista segue o padrão de comportamento dos demais usuários da via para cumprir a norma enquanto norma, sem nunca ter consultado diretamente o texto que estabelece o limite de velocidade (Himma, 2019, p. 175).

Essa distinção é fundamental para o debate com Raz, pois o intuito de Himma é tentar mostrar que a capacidade do direito de orientar a conduta não exige a eliminação do raciocínio moral dos sujeitos nem de substituir todas as razões práticas, mas apenas de fornecer razões normativas reconhecidas dentro de uma prática institucional. Ao articular a função conceitual do direito com a noção de orientação normativa, Himma fornece os critérios que permitem reavaliar o experimento da sociedade de anjos. Se o direito é um artefato institucional voltado a regular agentes psicologicamente falíveis em condições de conflito, então um sistema normativo concebido para agentes moralmente impecáveis pode falhar em satisfazer as condições conceituais mínimas da juridicidade, ainda que seja coerente ou eficaz. É a partir desse enquadramento funcional que a pertinência do experimento raziano pode ser examinada criticamente.

Uma vez estabelecido esse enquadramento, torna-se inevitável perguntar sob quais condições essa orientação pode assumir a forma de autoridade prática legítima — questão que estrutura diretamente os chamados Argumentos da Autoridade formulados por Raz.

5.3.3 Análise Conceitual e a Tese da Autoridade

Os chamados Argumentos da Autoridade de Raz são apresentados, na leitura de Himma, como teses conceituais sobre a natureza do direito e da autoridade, e não apenas como avaliações morais de certos sistemas jurídicos. Segundo essa leitura, o objetivo desses argumentos não é apenas mostrar que alguns sistemas são moralmente defeituosos, mas sustentar que determinados arranjos normativos — em especial aqueles que incorporam critérios morais de validade — seriam conceitualmente incompatíveis com a própria ideia de autoridade legítima e, por consequência, com o conceito de direito.

Para avaliar esse tipo de alegação, contudo, é necessário esclarecer que tipo de análise conceitual está em jogo. É nesse ponto que Himma mobiliza a distinção, originalmente formulada por Frank Jackson, entre Análise Conceitual Modesta (MCA) e Análise Conceitual Imodesta (ICA) (Himma, 2019, p. 33). Essa distinção não diz respeito a diferenças de estilo filosófico, mas a diferenças quanto ao papel das práticas linguísticas e das intuições ordinárias na fixação do conteúdo dos conceitos.

Segundo Himma (2019, p. 29-30), a análise conceitual tradicional busca identificar as propriedades que são conjuntamente instanciadas por todas e apenas as coisas que caem sob um determinado conceito. Uma propriedade é conceitualmente necessária para um conceito *C* se não é possível que algo seja *C* sem instanciá-la. Essas propriedades não causam a pertença ao conceito, mas a constituem: algo é um solteiro em virtude de ser um homem não casado, assim como algo é direito em virtude de instanciar as propriedades que constituem o conceito de direito (Himma, 2019, p. 30-31).

A divergência surge quando se pergunta como essas propriedades são identificadas, explica Himma. Na MCA, o conteúdo de um conceito é determinado pelas práticas linguísticas ordinárias e pelas intuições compartilhadas dos falantes competentes. Uma teoria conceitual é adequada se e somente se se ajusta a essas práticas. Na ICA, ao contrário, o filósofo busca identificar a natureza das coisas independentemente de como elas são concebidas no uso ordinário da linguagem, admitindo a possibilidade de que nossas intuições estejam sistematicamente equivocadas e que uma teoria do erro seja verdadeira (Himma, 2019, p. 34-35).

De acordo com Himma, essa distinção é decisiva para avaliar os argumentos de Raz. Na interpretação de Himma, Raz frequentemente apresenta suas teses como se fossem conceituais — isto é, como se decorressem do próprio conceito de direito e autoridade —, mas oscila entre as duas metodologias. Quando Raz apela ao que o direito "reivindica" ou ao que "os

oficiais acreditam", ele parece pressupor uma abordagem modesta, pois essas alegações dependem de práticas e usos linguísticos. Quando, porém, afirma que o direito é necessariamente autoritativo ou que certos sistemas são conceitualmente impossíveis, ele passa a operar como se estivesse fazendo uma análise imodesta, isto é, uma tese sobre a natureza do direito independentemente dessas práticas. Segundo Himma, essa ambiguidade metodológica compromete a força dos Argumentos da Autoridade, pois não fica claro segundo que critérios conceituais a exclusão de determinados sistemas deve ser justificada (Himma, 2019, p. 34-35).

É precisamente à luz dessa distinção metodológica que a premissa central dos Argumentos da Autoridade — a chamada Tese da Identificação — pode ser adequadamente avaliada, pois seu estatuto conceitual depende diretamente de qual concepção de análise conceitual se adota.

5.3.4 A Tese da Identificação, os Argumentos da Autoridade e o Experimento dos Anjos

Na reconstrução proposta por Himma, os três Argumentos da Autoridade formulados por Raz convergem em uma mesma premissa central, que ele denomina Tese da Identificação (Himma, 2019, p. 149). Segundo essa tese, para que um sistema normativo institucional possa ser legítimo enquanto autoridade, seus destinatários devem ser capazes de identificar o conteúdo de suas normas sem recorrer de modo necessário ao próprio juízo moral acerca do que a razão correta exige. A exigência não é que o sujeito nunca faça considerações morais, mas que a identificação do conteúdo da norma não dependa, como condição necessária, de um raciocínio moral independente.

Essa exigência está intimamente ligada às duas condições que estruturam a concepção raziana da autoridade como serviço. A Tese da Preempção sustenta que uma diretiva autoritativa legítima deve substituir, e não apenas acrescentar-se, às razões que o sujeito teria para agir na ausência da autoridade. Uma autoridade fornece razões excludentes, isto é, razões para agir que excluem a consideração de razões concorrentes. Já a Tese da Justificação Normal afirma que uma autoridade só é legítima se o sujeito tiver mais chances de agir corretamente ao seguir a autoridade do que ao seguir seu próprio juízo prático. Segundo Raz, sistemas jurídicos que incorporam critérios morais de validade violam ambas as teses, pois o sujeito só consegue determinar o que a norma jurídica exige decidindo previamente, por conta própria, o que a moral exige. Nessas condições, a autoridade não substitui nem melhora o

raciocínio prático do agente, falhando em desempenhar o papel que caracteriza uma autoridade legítima (Himma, 2019, p. 149-150, 155).

Combinada à Tese da Instanciação, a Tese da Identificação produz uma consequência conceitual mais ampla. A Tese da Instanciação afirma que apenas sistemas normativos institucionais que são capazes de autoridade legítima podem contar como sistemas jurídicos. Trata-se de uma tese ontológica acerca do tipo de coisa que o direito é: se o direito, por sua própria natureza, reivindica autoridade, então ele deve ser o tipo de entidade que pode, ao menos em princípio, instanciar legitimidade. Assim, se um sistema normativo é incapaz de satisfazer as condições mínimas da autoridade legítima — entre elas, a identificabilidade sem recurso necessário ao juízo moral —, ele não apenas carece de legitimidade, mas não pode sequer ser classificado como jurídico. Na leitura de Himma, é essa combinação entre a Tese da Identificação e a Tese da Instanciação que sustenta a exclusão conceitual de sistemas com critérios morais de validade do conceito de direito (Himma, 2019, p. 149-150).

É também essa estrutura que, segundo Himma, confere ao experimento da sociedade de anjos seu papel teórico na obra de Raz. Mesmo em condições morais ideais — nas quais os anjos são perfeitamente motivados a agir corretamente —, Raz sustenta que ainda haveria necessidade de autoridade para resolver problemas de coordenação e escolha entre alternativas moralmente permissíveis. Contudo, essa autoridade só poderia ser legítima se satisfizesse a Tese da Identificação; isto é, se fosse possível identificar o conteúdo das normas jurídicas sem recorrer ao raciocínio moral dos próprios destinatários. Assim, o experimento dos anjos serviria para mostrar que a autoridade — e, por conseguinte, o direito — é conceitualmente possível sem coerção, mas não sem a estrutura raziana de autoridade preemptiva (Himma, 2019, p. 158-160).

Himma, contudo, rejeita essa premissa central. Segundo ele, nossas práticas linguísticas ordinárias relativas aos conceitos de "direito" e "autoridade" não excluem sistemas normativos que incorporam critérios morais de validade. Para sustentar esse ponto, Himma recorre a diferentes tipos de evidência linguística e institucional. Em primeiro lugar, definições dicionarizadas de "direito" e "autoridade" não contêm qualquer restrição que exclua, de modo explícito, normas cujo conteúdo dependa de avaliações morais. Em segundo lugar, o uso recorrente de linguagem moral em textos constitucionais — como cláusulas que proíbem "punições cruéis" ou "tratamentos desumanos" — é amplamente tratado por agentes jurídicos como juridicamente vinculante. Em terceiro lugar, divergências profundas entre juízes linguisticamente competentes, como Scalia e Brennan, acerca do papel dessas cláusulas mostram que é perfeitamente possível tratar normas moralmente abertas como direito sem

incorrer em incoerência conceitual. O desacordo não é sobre se tais normas são jurídicas, mas sobre como devem ser interpretadas, o que indica que a incorporação de critérios morais não viola o uso ordinário dos conceitos de direito e autoridade (Himma, 2019, p. 160-161).

Diante disso, Himma (2019, p. 163-164) conclui que a Tese da Identificação não corresponde ao nosso conceito ordinário de autoridade. O ponto não é negar que normas jurídicas possam empregar linguagem moral ou que juízes recorram a considerações morais em sua aplicação, algo amplamente reconhecido mesmo por positivistas exclusivos. O que está em jogo é como o conteúdo dessas normas é juridicamente determinado: cláusulas como a proibição de "punições cruéis" não exigem que cada julgador recorra ao seu próprio juízo moral independente, mas têm seu significado progressivamente definido por práticas institucionais, precedentes e interpretações autorizadas. Isso sugere que a presença de termos moralmente abertos não implica, por si só, que a identificação do conteúdo jurídico dependa necessariamente de raciocínio moral independente. Se falantes competentes admitem como inteligível — e não contraditório — que normas jurídicas dependam de avaliação moral para a determinação de seu conteúdo, então não há base conceitual para excluir sistemas moralmente incorporativos do domínio do direito. À luz dessa crítica, o experimento da sociedade de anjos não perde sua inteligibilidade, mas tem seu alcance conceitual restringido: ele mostra que a coerção pode ser dispensável para a eficácia normativa, sem, contudo, demonstrar que a autoridade jurídica exija a identificabilidade das normas sem qualquer referência a juízos morais. O cenário angelical indica, no máximo, que a coerção não é condição necessária da juridicidade, mas não estabelece que sistemas jurídicos que incorporam critérios morais de validade sejam conceitualmente impossíveis.

É justamente nesse ponto que, segundo a reconstrução de Himma, torna-se necessário examinar um pressuposto ainda mais profundo dos Argumentos da Autoridade de Raz: a Tese da Autoridade, isto é, a alegação de que o direito, enquanto tal, reivindica autoridade moralmente legítima como condição conceitual necessária.

5.3.5 Himma Contra a Tese da Autoridade e o Alcance Conceitual do Experimento dos Anjos

Himma sustenta que os Argumentos da Autoridade, tal como formulados por Raz, partem da suposição de que é uma verdade conceitual que o direito reivindica autoridade legítima — o que ele denomina de Tese da Autoridade. Segundo essa tese, o direito não apenas exerce autoridade, mas afirma que suas normas geram obrigações morais

independentes do conteúdo, isto é, que o fato de algo ser juridicamente obrigatório o torna, por isso mesmo, moralmente obrigatório (Himma, 2019, p. 121).

Himma contesta essa ideia em dois níveis. Primeiro, ele argumenta que atribuir reivindicações ao sistema jurídico enquanto objeto abstrato envolve um erro categorial: sistemas jurídicos são compostos de normas, instituições e agentes, mas não são entidades capazes de realizar atos de fala ou de formular pretensões normativas em sentido literal (Himma, 2019, p. 123-128). Normas podem expressar conteúdos, mas não podem fazer afirmações; e conjuntos abstratos não podem ter intenções ou estados mentais.

Segundo, mesmo quando se tenta fundamentar a Tese da Autoridade nas crenças e práticas dos oficiais, segundo Himma, Raz não demonstra que tais crenças impliquem uma alegação pública de legitimidade moral, nem que estejam presentes em todo sistema jurídico conceitualmente possível. O uso de linguagem de "direitos" e "deveres", a designação de instituições como "autoridades", a crença dos oficiais de que podem impor obrigações ou a alegação de que os cidadãos devem obedecer ao direito podem ser plenamente explicados em termos de autoridade jurídica ou prática, sem pressupor qualquer compromisso com a legitimidade moral do sistema; além disso, é perfeitamente concebível um sistema jurídico funcional no qual esses elementos estejam ausentes (Himma, 2019, p. 129-148).

O contraexemplo da sociedade *S* (Himma, 2019, p. 144-148), na qual cidadãos e oficiais seguem normas e as tratam como razões excludentes sem acreditar que o direito seja moralmente legítimo, mostra que autoridade prática e pretensão institucional de legitimidade são conceitos distintos. Como o experimento da sociedade de anjos só pode sustentar a conclusão raziana se pressupuser que todo direito reivindica legitimidade moral, a crítica de Himma enfraquece diretamente o alcance conceitual desse experimento. Isso porque, sem a Tese da Autoridade, o experimento dos anjos mostra apenas a dispensabilidade da coerção, mas não a existência de uma autoridade jurídica conceitualmente necessária. À luz disso, o cenário angelical mostra apenas que normas podem exercer autoridade prática sem coerção, mas não que o direito, enquanto tal, dependa da coerção para exercer autoridade prática.

As críticas de Himma ao experimento da sociedade de anjos mostram que, embora Raz não sustente que a coerção seja uma condição conceitualmente necessária do direito, suas conclusões dependem da suposição de que apenas sistemas capazes de instanciar autoridade legítima — nos termos da Tese da Identificação — podem contar como jurídicos. Ao rejeitar essa suposição, Himma enfraquece o alcance conceitual do experimento dos anjos, sem com isso demonstrar que a coerção seja dispensável ao direito. O debate permanece, assim, aberto não apenas entre a possibilidade conceitual abstrata e a relevância para sistemas jurídicos

humanos reais, mas também quanto ao peso metodológico de experimentos idealizados e à própria função substantiva atribuída ao direito.

É precisamente nesse espaço residual — entre a possibilidade conceitual abstrata e a relevância para sistemas jurídicos reais — que se insere a contribuição de Lucas Miotto. Ao deslocar o foco do experimento da sociedade de anjos para cenários que envolvem agentes humanos ordinários e instituições jurídicas típicas, Miotto procura mostrar que a contingência da coerção não é apenas uma hipótese concebível em mundos idealizados, mas uma possibilidade que pode ser explorada a partir das próprias capacidades normativas dos sistemas jurídicos humanos. O objetivo da seção seguinte é examinar se essa estratégia consegue avançar além das limitações identificadas no debate entre Raz e Himma, oferecendo razões adicionais para sustentar que a coerção não é uma condição conceitualmente necessária do direito, mesmo em contextos sociais não ideais.

5.4 ENTRE ANJOS E HUMANOS: O PONTO DE VISTA DE MIOTTO

De acordo com Lucas Miotto (2021b, p. 2-3), no artigo *From Angels To Humans: Law, Coercion, And The Society Of Angels Thought Experiment*, os críticos do experimento mental da sociedade de anjos alegam que não é correto fazer afirmações sobre sistemas jurídicos com base em cenários que descrevem instituições projetadas para lidar com necessidades angélicas, mas sim se concentrar em sistemas jurídicos típicos, ou seja, aqueles feitos por humanos para atender às necessidades humanas. Todavia, conforme Miotto, para demonstrar que mesmo os sistemas jurídicos típicos não são necessariamente coercitivos, não é necessário considerar um cenário caracterizado por um sistema desprovido de sanções. Assim sendo, o autor (Miotto, 2021b, p. 20) apresenta dois argumentos contrários a essa visão tradicional.

O primeiro deles é o argumento do experimento mental do Estado ferido, no qual um Estado internamente justo sofre um ataque terrorista e tem todos os meios locais de aplicação da lei (polícia, exército e quaisquer substitutos) temporariamente desarmados e desativados. Ao perdurar por vários anos, essa condição faz aumentar os índices de criminalidade e diminuir o cumprimento das leis. Todavia, ao invés de resultar em uma guerra de todos contra todos, os cidadãos fortalecem o sentimento de solidariedade de forma suficiente para que a maioria continue a cumprir as leis. Enquanto as leis ainda conquistam o respeito da maioria por meio de debates, o Estado continua a fornecer os serviços que sempre proveu (Miotto, 2021b, p. 21-2).

Assim, no sistema do cenário supramencionado não há meios operacionais para a aplicação coercitiva da lei. Embora nada seja dito sobre a presença de sanções e mecanismos de execução, é possível supor que eles ainda existam, mas não sejam aplicados. Os habitantes do Estado ferido sabem que as autoridades não farão cumprir os mandatos legais e, como resultado, eles podem deduzir que o descumprimento dos mandatos legais não é irracional, já que o aumento do descumprimento e da atividade criminosa corrobora isso. Nesse cenário, os mecanismos coercitivos permanecem formalmente existentes, mas deixam de desempenhar papel funcional no sistema. No entanto, conforme descrito no cenário, a maioria dos cidadãos ainda cumpre os mandatos desse sistema e, exceto pela aplicação da lei, o sistema continua a desempenhar suas funções centrais e a fornecer os serviços públicos habituais (Miotto, 2021b, p. 22).

A força do argumento do Estado ferido reside no fato de que o cenário descreve um sistema projetado para funcionar em uma sociedade humana e se apoia em pressupostos firmemente fundamentados em nosso conhecimento prévio sobre sistemas jurídicos típicos e comportamento humano. Diferentemente da sociedade de anjos, o cenário descreve uma comunidade composta por agentes ordinários, sujeita a aumento da criminalidade e ao enfraquecimento do cumprimento das normas, mas que ainda assim mantém um sistema jurídico funcional. Isso fornece uma razão relevante contra a tese de que a coerção é uma condição necessária para a existência ou operação de sistemas jurídicos humanos.

Para Miotto (2021b, p. 22), ao descrever um sistema projetado para funcionar em uma sociedade humana, próximo dos sistemas jurídicos típicos, esse cenário sugere que o sistema em questão pode ser adequadamente caracterizado como um sistema jurídico. O cenário descrito pode ser bem improvável de acontecer, mas um argumento contra a necessidade de coerção não precisa apelar para o que é provável: basta demonstrar que tal arranjo é possível.

Nesse ponto, o argumento de Miotto cumpre uma função estratégica importante: ele demonstra que a objeção segundo a qual sistemas jurídicos não coercitivos seriam apenas conceitualmente possíveis, mas humanamente irrelevantes, não se sustenta. O Estado ferido mostra que a ausência de coerção efetivamente operante não implica, por si só, a dissolução da juridicidade.

Conforme o autor (Miotto, 2021b, p. 23), um sistema jurídico que prevê a punição e a utiliza não precisa ser estruturado de modo coercitivo. Tudo depende da maneira como esse sistema se dirige a seus cidadãos ao prever a punição e ao punir aqueles que violam suas leis. Assim, um segundo argumento é o do sistema criminal justo. Miotto expõe que é uma característica saliente e essencial das ações coercitivas que o coagido não seja tratado com

respeito. Os coatores não orientam ou tentam orientar as ações do coagido; segundo ele, os coatores buscam constranger sua conduta por meio de ameaça ou força, em vez de tratá-lo como agente dotado de razões..

Por exemplo, no caso do assaltante à mão armada, o atirador, nesse cenário, não avisa ou apenas informa a vítima de uma consequência indesejada. Em vez disso, o assaltante se dirige à vítima apenas como um meio para sua própria intenção unilateral de pegar a bolsa. É nesse sentido que as ações coercitivas paradigmáticas são desrespeitosas: são ações que caracteristicamente negam ou usurpam a autoridade, o poder ou a legitimidade do coagido, para decidir declinar de perseguir ações que o coagido não escolheu ou não teve motivos para escolher por si mesmo. Desse modo, acreditar que o direito penal e os sistemas jurídicos devem abordar os cidadãos dessa maneira peculiar para serem o que são constitui um equívoco (Miotto, 2021b, p.24).

Miotto (2021b, p.25) esclarece que o sistema jurídico que ele tem em mente não é perfeitamente justo, mas um sistema que procura tratar os cidadãos com respeito, e não apenas como um meio para os fins unilaterais do sistema. Para o autor, podemos acabar nunca nos livrando completamente da coerção e implementando com sucesso um sistema jurídico moderadamente justo, mas isso não significa que isso seja impossível metafisicamente, conceitualmente ou mesmo humanamente. E se por acaso esse sistema não coercitivo e razoavelmente justo for implementado, ainda seria sensato considerá-lo um sistema jurídico. Ou seja, um sistema jurídico não coercitivo desse tipo não seria apenas um sistema jurídico, talvez seja o tipo de sistema jurídico que os humanos, e não os anjos, devam implementar.

Segundo Miotto, esses argumentos apresentados baseiam-se em suposições relativamente tênues, isto é, em fatos empíricos sobre o comportamento humano e em suposições amplamente aceitas sobre coerção dos sistemas jurídicos. Se forem bem-sucedidos, eles mostram que a maioria dos que assumem que os sistemas jurídicos típicos são necessariamente coercitivos não levam seriamente em conta o que os sistemas jurídicos podem alcançar sem recorrer à coerção.

Para Miotto, os sistemas jurídicos típicos devem muito de sua eficácia e estabilidade a outros fatores além da ameaça de sanções e mecanismos de aplicação. Sendo assim, os sistemas jurídicos típicos podem e devem fazer melhor. Descartar a ideia de que a coerção é necessária em sociedades reais é um bom ponto de partida para uma forma de governança jurídica menos desrespeitosa e menos injusta (2021b, p. 26).

Portanto, os argumentos de Miotto não apenas enfraquecem a tese de que a coerção é uma característica necessária dos sistemas jurídicos, como também abrem espaço para uma

crítica normativa mais ampla das instituições jurídicas contemporâneas. Ao mostrar que a coerção é contingente, o autor desloca o ônus da justificativa para os sistemas que continuam a operar de modo coercitivo, sugerindo que a persistência da coerção pode refletir não uma necessidade estrutural do direito, mas uma falha institucional ou moral.

6 CONCLUSÃO

A análise desenvolvida até aqui permitiu reconstruir o modo como a tradição analítica da filosofia do direito se afasta progressivamente da identificação entre direito e coerção. A crítica de Hart à Teoria Imperativa mostrou que a explicação do direito como um sistema de ordens respaldadas por sanções é conceitualmente inadequada para dar conta de traços centrais da juridicidade moderna, como a generalidade das normas, a continuidade institucional, a distinção entre deveres e poderes e a perspectiva interna dos participantes da prática jurídica. Ao deslocar o foco explicativo da ameaça de sanção para o papel das regras sociais — em especial, para a articulação entre regras primárias e secundárias —, Hart rompe com a centralidade conceitual da coerção sem, contudo, negar sua presença empírica ou sua relevância prática nos sistemas jurídicos existentes.

Esse deslocamento tem consequências teóricas importantes. Em primeiro lugar, ele desestabiliza a ideia, amplamente aceita na tradição imperativista, de que a normatividade jurídica se reduz à eficácia causal da ameaça de punição. A distinção hartiana entre "ter uma obrigação" e "ser obrigado" mostra que a coerção, embora frequentemente associada ao direito, não pode explicar o caráter normativo das obrigações jurídicas, mas apenas seu eventual papel de reforço externo. Em segundo lugar, ao introduzir o ponto de vista interno como elemento constitutivo da prática jurídica, Hart sugere que a obediência ao direito não é adequadamente compreendida como mero resultado de medo ou cálculo estratégico, mas como expressão de uma atitude normativa compartilhada em relação às regras.

Ao mesmo tempo, o exame da teoria hartiana evidencia que esse afastamento da coerção não equivale a uma eliminação completa de seu papel no direito. Hart insiste que sanções e mecanismos de aplicação continuam a desempenhar uma função relevante em sistemas jurídicos reais, sobretudo em contextos de desvio persistente ou conflito social. O que ele rejeita não é a presença da coerção, mas sua elevação ao estatuto de critério conceitual definidor da juridicidade. Nesse sentido, a coerção passa a ocupar uma posição residual: importante para explicar a estabilidade e a eficácia de sistemas jurídicos concretos, mas incapaz de fundamentar, por si só, a natureza do direito enquanto prática normativa institucional.

Essa posição ambígua — que retira da coerção seu papel constitutivo, sem negar sua importância prática — inaugura o espaço teórico no qual se desenvolvem as controvérsias posteriores. Ao mesmo tempo em que oferece uma alternativa poderosa à Teoria Imperativa, a concepção hartiana deixa em aberto uma questão fundamental: se a coerção não é

conceitualmente necessária ao direito, em que medida ela permanece relevante para compreendê-lo? É precisamente essa lacuna que permite, por um lado, a radicalização da tese da separação entre direito e coerção em autores como Raz e, por outro, a reação crítica de autores que procuram reinscrever a coerção no centro da teoria do direito. O debate subsequente sobre o estatuto metodológico da análise conceitual e sobre o peso explicativo das propriedades típicas do direito só se torna inteligível à luz desse deslocamento inicial operado por Hart.

O debate contemporâneo sobre o papel da coerção no direito ganha novo contorno quando Frederick Schauer questiona diretamente as premissas metodológicas herdadas da tradição hartiana. Ao criticar o foco exclusivo da análise conceitual em propriedades essenciais, Schauer chama a atenção para um possível empobrecimento explicativo da teoria do direito: ao perguntar apenas pelo que é conceitualmente necessário para algo contar como direito, os filósofos analíticos teriam negligenciado propriedades típicas que, embora não definidoras, são centrais para a compreensão ordinária do fenômeno jurídico. A coerção, segundo essa crítica, seria precisamente uma dessas propriedades: não uma condição necessária da juridicidade, mas um traço tão recorrente e estruturante que sua marginalização comprometeria a adequação da teoria.

A força da crítica de Schauer reside em deslocar o eixo do debate. Em vez de disputar diretamente se a coerção é ou não uma condição conceitualmente necessária do direito, ele questiona se esse tipo de pergunta — formulada nos termos clássicos da análise conceitual — é suficiente para captar aquilo que realmente importa na prática jurídica. Ao recorrer a analogias com outros domínios conceituais, Schauer sugere que uma teoria pode ser formalmente correta e, ainda assim, profundamente inadequada por ignorar aquilo que é típico, previsível e socialmente saliente. Nesse sentido, a coerção não seria apenas um dado empírico contingente, mas um elemento estruturalmente relevante da forma como o direito opera no mundo social.

A resposta de Leslie Green procura preservar a intuição metodológica central da tradição analítica sem, contudo, negar a relevância empírica da coerção. Para Green, a crítica de Schauer confunde dois níveis distintos de análise: a determinação do que conta como direito e a investigação das propriedades mais frequentes ou importantes dos sistemas jurídicos existentes. Antes de perguntar o que é típico do direito, é necessário saber o que será incluído na extensão do conceito; e essa tarefa, segundo Green, exige precisamente um conceito dotado de condições necessárias e suficientes. Sem esse critério delimitador, a investigação empírica sobre tipicidade perde seu próprio objeto.

Nesse ponto, o debate revela uma tensão metodológica profunda. De um lado, Schauer sugere que a análise conceitual tradicional é excessivamente austera e incapaz de capturar aspectos centrais da prática jurídica; de outro, Green insiste que qualquer teoria que abandone critérios conceituais claros corre o risco de um empirismo ingênuo, incapaz de distinguir o direito de outras formas de normatividade social. A coerção, nesse contexto, passa a desempenhar um papel ambíguo: ao mesmo tempo em que parece indispensável para compreender o funcionamento real dos sistemas jurídicos, resiste a ser elevada ao estatuto de condição definidora do conceito de direito.

Esse impasse não se resolve simplesmente pela escolha entre essencialismo conceitual e atenção à tipicidade empírica. Ao contrário, ele revela que a disputa sobre a coerção no direito é inseparável de uma disputa mais fundamental sobre método. A pergunta "qual é o papel da coerção no direito?" depende, em última instância, da pergunta "o que estamos fazendo quando teorizamos sobre o direito?". Se o objetivo for apenas identificar condições conceituais mínimas, a coerção pode parecer dispensável; se, porém, a ambição for explicar o funcionamento e a autoridade efetiva das instituições jurídicas, sua relevância se impõe com força renovada.

É nesse cenário de tensão metodológica não resolvida que a proposta de Kenneth Einar Himma se insere. Ao contrário de Schauer, Himma não propõe abandonar a análise conceitual; ao contrário de Green, ele não se contenta em relegar a coerção a um papel meramente contingente. A estratégia que se delineia a partir desse ponto é tentar mostrar que uma abordagem analítica — desde que adequadamente compreendida — pode, ela própria, justificar a centralidade conceitual da coerção. O passo seguinte consiste, portanto, em examinar se essa tentativa é bem-sucedida e se, ao recorrer à chamada análise conceitual modesta, Himma consegue efetivamente reconciliar a metodologia analítica com a intuição de que a coerção ocupa um lugar estrutural na compreensão do direito.

O debate alcança seu ápice quando a questão da coerção deixa de ser tratada apenas como um traço empírico ou funcional do direito e passa a ser examinada como um problema conceitual interno à própria metodologia analítica. É nesse ponto que a proposta de Himma assume papel central. Partindo da preocupação, compartilhada com Schauer, de que a coerção foi excessivamente marginalizada na teoria do direito contemporânea, Himma rejeita, contudo, a conclusão metodológica de que seria necessário abandonar a análise conceitual. Ao contrário, sua estratégia consiste em mostrar que uma forma específica de análise conceitual — a chamada análise conceitual modesta — é capaz de reincorporar a coerção como elemento conceitualmente relevante para a compreensão do direito em sociedades humanas não ideais.

Para sustentar essa posição, Himma articula uma concepção funcional do direito, segundo a qual o conceito jurídico deve ser compreendido à luz do tipo de serviço normativo que o direito presta. O direito não é concebido como um sistema normativo genérico, aplicável a qualquer tipo de agente racional, mas como uma instituição distintivamente humana, voltada à regulação da conduta de agentes psicologicamente falíveis, em contextos marcados por escassez, desacordo e potencial conflito. Essa caracterização funcional impõe limites importantes à extensão do conceito de direito e fornece o pano de fundo para avaliar experimentos de pensamento que abstraem dessas condições, como o experimento da sociedade de anjos.

Nesse contexto, a crítica de Himma ao argumento raziano não se limita à questão da coerção. Ela envolve, de maneira mais profunda, uma contestação das teses sobre autoridade que sustentam o experimento dos anjos. Na reconstrução proposta por Himma, os chamados Argumentos da Autoridade formulados por Raz dependem de uma premissa central — a Tese da Identificação — segundo a qual o conteúdo das normas jurídicas deve ser identificável sem recurso necessário ao juízo moral dos destinatários. Essa exigência é apresentada como condição para que a autoridade jurídica seja legítima, pois estaria diretamente ligada às teses da preempção e da justificação normal que estruturam a concepção raziana da autoridade como serviço.

Himma rejeita essa premissa com base em uma análise das práticas linguísticas e institucionais ordinárias associadas aos conceitos de direito e autoridade. Segundo ele, não há nada nessas práticas que exclua, de modo conceitualmente necessário, sistemas jurídicos cujos critérios de validade incorporem avaliações morais. O uso recorrente de linguagem moral em textos constitucionais, bem como divergências persistentes entre intérpretes linguisticamente competentes, indica que normas juridicamente vinculantes podem depender de julgamento moral sem que isso seja considerado incoerente ou contraditório. À luz dessa análise, a Tese da Identificação não corresponderia ao nosso conceito ordinário de autoridade, o que enfraquece o papel conceitual atribuído por Raz ao experimento da sociedade de anjos.

A crítica se aprofunda quando Himma passa a examinar a chamada Tese da Autoridade — a ideia de que o direito, enquanto tal, reivindica autoridade moralmente legítima como condição conceitual necessária de sua existência. Aqui, o argumento assume um caráter ontológico e categorial. Himma sustenta que atribuir uma pretensão de legitimidade moral ao sistema jurídico envolve um erro de categoria, uma vez que sistemas jurídicos são artefatos abstratos, compostos por normas, instituições e agentes, mas não entidades capazes de formular reivindicações ou atos de fala em sentido literal. Mesmo quando se tenta

fundamentar essa pretensão nas crenças e práticas dos agentes oficiais, não há, segundo Himma, base conceitual suficiente para afirmar que tais crenças impliquem necessariamente uma alegação pública de legitimidade moral presente em todo sistema jurídico possível.

Essas considerações têm impacto direto sobre o alcance conceitual do experimento da sociedade de anjos. Se a autoridade prática pode existir sem uma pretensão institucional de legitimidade moral, e se a identificação do conteúdo das normas não precisa excluir o raciocínio moral dos sujeitos, então o experimento dos anjos não demonstra aquilo que Raz pretende demonstrar. Ele pode mostrar que a coerção não é necessária para a eficácia normativa em certos cenários idealizados, mas não que a coerção seja conceitualmente irrelevante para o direito humano, nem que sistemas jurídicos moralmente incorporativos sejam conceitualmente impossíveis.

É precisamente nesse ponto que a contribuição de Lucas Miotto adquire relevância estratégica. Ao deslocar o foco de cenários idealizados para situações envolvendo agentes humanos ordinários e sistemas jurídicos típicos, Miotto procura mostrar que a contingência da coerção não é apenas uma possibilidade concebível em mundos morais perfeitos, mas uma hipótese que pode ser explorada no interior das próprias condições humanas não ideais. Seus argumentos — em especial o experimento do Estado ferido e a análise do sistema criminal justo — sugerem que a ausência de coerção não implica, por si só, a dissolução da juridicidade, nem a perda das funções centrais desempenhadas pelo direito.

Com isso, o debate retorna ao seu ponto de partida sob uma nova luz. A coerção não aparece nem como um elemento conceitualmente indispensável em todos os mundos possíveis, nem como um traço meramente accidental do direito positivo. Ela emerge, antes, como um elemento cuja relevância depende da concepção de direito adotada, das condições sociais consideradas e do método empregado para delimitar o conceito jurídico. O exame das propostas de Hart, Schauer, Green, Raz, Himma e Miotto mostra que a disputa sobre a coerção é, em última instância, uma disputa sobre o modo adequado de compreender a normatividade jurídica e os limites da análise conceitual na filosofia do direito.

O percurso desenvolvido ao longo do trabalho não conduz a uma resposta simples ou unívoca. O que ele mostra, antes, é que a questão da coerção no direito não pode ser adequadamente enfrentada sem uma reflexão cuidadosa sobre método. Se a coerção é uma condição conceitualmente necessária do direito, um traço apenas típico ou um elemento normativamente indesejável depende, em grande medida, do que se entende por teoria do direito e do papel que se atribui às práticas sociais na fixação de seus conceitos.

Considerado o conjunto dos argumentos examinados, o trabalho sugere que Himma alcança com êxito parte significativa de seus objetivos, em especial ao mostrar que a tradição analítica não está comprometida, por princípio, com a exclusão da coerção do conceito de direito. Sua crítica aos argumentos de Raz e ao papel conceitual atribuído ao experimento da sociedade de anjos revela limites importantes nas tentativas de dissociar completamente direito e coerção por meio da análise conceitual.

Ao mesmo tempo, permanece em aberto se a estratégia funcional adotada por Himma, combinada à análise conceitual modesta, é suficiente para demonstrar que a coerção é uma condição conceitualmente necessária do direito, e não apenas um traço estruturalmente central de sistemas jurídicos humanos não ideais. Nesse sentido, a proposta de Himma parece mais bem-sucedida em mostrar a insuficiência das teses rivais do que em estabelecer, de modo definitivo, a tese forte da necessidade conceitual da coerção.

Sob esse aspecto, a contribuição central desta dissertação não consiste em oferecer uma definição definitiva do direito, mas em esclarecer os pressupostos metodológicos que estruturam o debate contemporâneo sobre coerção e normatividade jurídica. Ao tornar explícitas as diferentes estratégias analíticas em jogo, o trabalho busca mostrar que a discussão sobre a coerção no direito é, em última instância, uma discussão sobre como compreendemos o próprio projeto da filosofia do direito: se como uma investigação puramente conceitual, como uma explicação funcional das práticas sociais ou como uma reflexão normativa sobre as formas legítimas de governança em sociedades humanas.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BENTHAM, Jeremy. *Of laws in general*. Editado por H. L. A. Hart. London: Athlone Press, 1970.

BIX, Brian; JOHN AUSTIN. In: ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2024 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2024/entries/austin-john/>. Acesso em: fev. 2025.

BLANCO, V. R. The Methodological Problem in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited. *Ratio Juris*, v. 19, n. 1, p. 26–54, mar. 2006, p. 29-44.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: mar. 2024.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: mar. 2024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Should the Coercion Thesis really be defended as a conceptual claim? A Dworkinian rumination on Himma. *Revus* [Online], n. 45, 2021. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/7565>. Acesso em: dez. 2025.

DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, p. 148, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

FAGGION, Andrea. O positivismo jurídico de Hart. In: MURATA, Daniel Peixoto; MORBACH, Gilberto (Org.). *Curso de filosofia do direito contemporânea*. São Paulo: Editora Dialética, 2024. p. 71-105.

GREEN, L. The Forces of Law: Duty, Coercion and Power. *SSRN Electronic Journal*, 2015.

_____. *The Authority of the State*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

_____. The Concept of Law Revisited. *Michigan Law Review*, v. 94, n. 6, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Rúrion Melo e Felipe Gonçalves Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2021.

HART, Herbert L. A. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

_____. *O Conceito de Direito*. 6 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *The Concept of Law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HIMMA, K. E. *Coercion and the Nature of Law*. First edition ed. Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press, 2020.

_____. In defence of the Coercion Thesis and modest conceptual methodology: a reply to critics. *Revus* [Online], n. 51, 2023. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/revus/9984>>. Acesso em: mar. 2025.

_____. *Morality and the nature of law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Richard Tuck (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p. 117.

HOLMES JUNIOR, O. W. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 1897.

JACKSON, F. Conceptual analysis and the Coercion Thesis, *Revus* [Online], n. 45, 2021. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revus/7594>>. Acesso em: set. 2025.

_____. *From metaphysics to ethics: a defense of conceptual analysis*. Reprinted ed. Oxford: Clarendon, 2008.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Tradução de Valério Rohden e Ubirajara Ranciaro. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. 3 ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRAMER, Matthew H. *H.L.A. Hart: the nature of law*. Medford, MA: Polity, 2018.

_____. *In defense of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MACCORMICK, N. *H.L.A. Hart*. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MIOTTO, Lucas. The Good, The Bad, and the Puzzled: Coercion and Compliance. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; ROSAS, Gonzalo Villa (eds.). *Conceptual Jurisprudence: Methodological Issues, Classical Questions and New Approaches*. New York: Springer, 2021a. p. 111-129.

_____. From Angels to Humans: Law, Coercion, and the Society of Angels Thought

Experiment. *SSRN Electronic Journal*, 2021b. Disponível em:
<<https://ssrn.com/abstract=3732892>>. Acesso em: nov. 2025.

PAPINEAU, David. Naturalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition). Eds. Edward N. Zalta & Uri Nodelma. Disponível em:
<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/naturalism/>>. Acesso em: dez. 2025.

POSTEMA, Gerald J. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. In: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11. Dordrecht: Springer, 2011.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009.

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

_____. *Practical Reason and Norms*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *The Authority of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

SCANLON, T. M. *What We Owe to Each Other*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SCHAUER, F. F. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

_____. A Reply to Five Friends. *Ratio Juris*, v. 29, n. 3, set. 2016, p. 348-363.

_____. Positivism as Pariah. In: GEORGE, R. P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 31-55.

STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity and Three Brief Essays*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 200.

SUGARMAN, David. In his own voice: H. L. A. Hart in conversation with David Sugarman. *Journal of Law and Society*, Lancaster, v. 32, n. 2, 2005, p. 267-293.

WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck: Philosophical Papers 1973–1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. 4th ed. G. E. M. Anscombe, P.M.S. Hacker, & Joachim Schulte, trans. Oxford: Basil Blackwell, 2009.