



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

FERNANDA FERREIRA RUIZ

**JOSEPH RAZ E A TESE DAS FONTES:
LIMITES INTERNOS, OBJEÇÃO DE DWORKIN E
ALTERNATIVA DE SCHAUER**

FERNANDA FERREIRA RUIZ

**JOSEPH RAZ E A TESE DAS FONTES:
LIMITES INTERNOS, OBJEÇÃO DE DWORKIN E
ALTERNATIVA DE SCHAUER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Londrina – UEL, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Filosofia.

Orientador: Profa. Dra. 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

Ruiz, Fernanda.

Joseph Raz e a tese das fontes : Limites internos, objeção de Dworkin e alternativa de Schauer / Fernanda Ruiz. - Londrina, 2026.
97 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. Joseph Raz - Tese. 2. tese das fontes - Tese. 3. casos difíceis - Tese. 4. positivismo presuntivo - Tese. I. Bucchile Faggion, Andrea Luisa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

FERNANDA FERREIRA RUIZ

**JOSEPH RAZ E A TESE DAS FONTES:
LIMITES INTERNOS, OBJEÇÃO DE DWORKIN E
ALTERNATIVA DE SCHAUER**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Estadual de
Londrina – UEL, como requisito parcial para
a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profa. Dra. Andrea Luisa
Bucchile Faggion
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Fábio Cesar Scherer
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Thomas Bustamante
Universidade Federal de Minas Gerais –
UFMG

Londrina, 05 de março de 2026.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não foi feito apenas de leitura e escrita. Ele foi feito de rotina reorganizada, de prazos que apertam, de escolhas difíceis e, sobretudo, de pessoas que ajudaram a sustentar o caminho quando ele ficou pesado.

Agradeço, com muita sinceridade, à minha orientadora, Prof.^a Andrea, pela paciência e pelo modo como conduziu a orientação: com firmeza quando foi necessário, com calma quando eu precisava respirar, e com respeito ao tempo real que uma pesquisa exige. Sou grata também pela disponibilidade e pela confiança depositada no processo, mesmo nos momentos em que ele parecia não avançar na velocidade que eu gostaria.

Agradeço à minha família, agradeço por ser o lugar para onde eu retorno quando a cabeça já não dá mais. À minha mãe, Zeza, e ao meu pai, Luiz, pelo apoio constante – às vezes em forma de palavras, às vezes em forma de ajuda prática, mas sempre com um tipo de confiança que dá chão. Agradeço por terem feito parte deste período, mesmo quando as coisas foram mais turbulentas do que eu gostaria. Aos meus irmãos, Thiago e Nathan, obrigada pela torcida, cada um a seu modo, e pelo apoio constante. Ao meu marido, Julio, eu agradeço pela parceria que se mede mais pelos dias comuns do que pelos dias especiais: por insistir comigo – com paciência – na ideia de que eu chegaria até o fim.

À minha filha, Isabella, meu agradecimento é o mais sensível de todos. Você foi, ao mesmo tempo, a parte mais difícil e a mais bonita desse processo: difícil porque a vida acadêmica nem sempre respeita a vida real, bonita porque você me lembrou diariamente o que importa. Você me deu força não como ideia, mas como presença – e isso atravessa tudo o que eu fiz aqui.

À Bruna, deixo um agradecimento especial e muito concreto: obrigada pelo cuidado com a Isabella e pela confiança do dia a dia. Em muitos momentos, o seu trabalho foi o que tornou possível eu ter tempo e alguma tranquilidade para escrever.

À Nicole, Priscilla e Rafaela, por algo que nem sempre cabe nas formalidades acadêmicas, mas que foi decisivo: vocês me ajudaram a não “normalizar” o esgotamento. O cuidado de vocês com a minha saúde não foi abstrato

– foi concreto, e apareceu em conversas, alertas e acolhimento. Em diferentes momentos, isso me devolveu o mínimo de estabilidade para continuar

Agradeço aos colegas do mestrado pelas trocas que realmente ajudam: dúvidas compartilhadas, indicações, conversas, leituras sugeridas, também o simples fato de ver que outras pessoas estavam lidando com dificuldades parecidas. A experiência acadêmica melhora quando não é vivida como competição.

Agradeço à banca, Prof. Fábio e Prof. Thomas, pela disponibilidade e pela leitura atenta. Sou grata pelas observações e pelas críticas bem fundamentadas, porque este trabalho se beneficia de interlocutores exigentes – e porque a pesquisa melhora quando é colocada à prova com seriedade.

Aos amigos, Van, Bete, Zandra, Taty, Ed, Zaca, Dani, Bino, obrigada por não sumirem quando eu sumi. Obrigada por compreenderem respostas tardias, recusas de última hora, silêncios longos, e por continuarem presentes do jeito possível: com conversa, humor, cuidado e, às vezes, com a ajuda de simplesmente não pedir mais do que eu podia oferecer naquele momento.

Por fim, agradeço a todos que, de formas diferentes, contribuíram para que este percurso não fosse apenas um acúmulo de tarefas, mas um processo que valeu a pena atravessar.

“O real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia.”

Guimarães Rosa, Grande sertão: veredas.

RESUMO

RUIZ, Fernanda Ferreira. **Joseph Raz e a tese das fontes**: limites internos, objeção de Dworkin e alternativa de Schauer. 2026. 96 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso Mestrado em Filosofia – Centro de Letras e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

Em sociedades pluralistas, o direito precisa orientar condutas e produzir decisões publicamente controláveis mesmo sob desacordo moral persistente, por isso, compreender como a autoridade jurídica se sustenta em casos difíceis é um problema teórico e institucional decisivo. Esta dissertação investiga, a partir de Joseph Raz, em que medida a tese das fontes e a estrutura das razões excludentes explicam a objetividade e a convergência decisória, e onde seus limites aparecem quando as fontes subdeterminam a decisão. O objetivo geral é avaliar se é possível preservar o papel do direito *qua* direito em casos difíceis sem reduzir a decisão judicial a discricionariedade robusta nem converter controvérsias morais em critério ordinário de validade. A metodologia é analítico-conceitual, com reconstrução sistemática da teoria raziana (autoridade, razões excludentes, pluralismo axiológico e tese das fontes), crítica interna orientada por consequências institucionais e diálogo contrastivo com o diagnóstico de Ronald Dworkin sobre princípios e interpretação. Como principal resultado, argumento que, embora a tese das fontes ofereça ganhos metodológicos (publicidade, previsibilidade e controle), ela é estruturalmente pressionada em casos difíceis, nos quais a prática exige critérios de exceção e justificações adicionais. Em resposta, defendo que o positivismo presuntivo de Frederick Schauer fornece uma via intermediária: regras e fontes operam como padrão normalmente decisivo, mas derrotável sob ônus justificatório elevado, permitindo administrar a indeterminação sem dissolver a autoridade. Concluo que uma arquitetura presuntiva explícita e disciplina o ponto de transição entre aplicação e desenvolvimento do direito, favorecendo convergência e legitimidade institucional em contextos de desacordo.

Palavras-chave: Joseph Raz; tese das fontes; casos difíceis; autoridade do direito; positivismo presuntivo.

ABSTRACT

RUIZ, Fernanda Ferreira. **Joseph Raz and the sources thesis: internal limits, Dworkin's challenge, and Schauer's alternative.** 2026. 96 pages. Master's Thesis in Philosophy – Center for Letters and Human Sciences, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2025.

In pluralistic societies, law must guide conduct and deliver publicly controllable decisions under persistent moral disagreement, thus, explaining legal authority in “hard cases” is a decisive theoretical and institutional problem. This dissertation examines, through Joseph Raz's framework, to what extent the sources thesis and the structure of exclusionary reasons account for objectivity and decisional convergence, and where their limits emerge when legal materials underdetermine outcomes. The general aim is to assess whether one can preserve the role of law *qua* law in hard cases without collapsing adjudication into robust discretion or turning ordinary moral controversy into a standing criterion of legal validity. Methodologically, the study is analytic and conceptual: it offers a systematic reconstruction of Raz's theory (authority, exclusionary reasons, value pluralism, and the sources thesis), develops an internal critique guided by institutional consequences, and engages Ronald Dworkin's diagnosis of principles and interpretation as a pressure test for convergence. The main finding is that, while the sources thesis secures important methodological benefits (publicity, predictability, and public control), it faces structural strain in hard cases, where legal practice demands explicit exception-criteria and heightened justification beyond routine source-application. As a constructive response, the dissertation argues that Frederick Schauer's presumptive positivism provides an intermediate architecture: sources and rules operate as the normally decisive default, yet remain defeasible under a high justificatory burden, thereby managing indeterminacy without dissolving authority. The conclusion is that an explicit presumptive structure disciplines the transition between applying and developing the law, improving convergence and institutional legitimacy in contexts of deep disagreement.

Key-words: Joseph Raz; sources thesis; hard cases; legal authority; presumptive positivism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	RAZÃO PRÁTICA E COORDENAÇÃO SOCIAL EM JOSEPH RAZ	14
2.1	Razões	15
2.2	Razões excludentes	19
2.3	Conflitos parciais e a tese da conformidade	23
2.4	Razões excludentes e a autoridade	28
2.5	Normas promulgadas pela autoridade	32
2.6	O direito como instituição	36
2.7	Pluralismo axiológico e incomensurabilidade	39
2.8	Convergência sobre significado como condição de possibilidade da autoridade jurídica em contexto de pluralismo de valores	42
3	A TESE DAS FONTES	45
3.1	Positivismo e a tese social	46
3.2	A tese das fontes	49
3.3	O argumento da autoridade a favor da tese das fontes	52
3.4	Tese das fontes e convergência sobre significado das normas	56
3.5	Limites das fontes	58
3.6	A crítica de Ronald Dworkin	61
4	A PRESUNÇÃO EM FAVOR DAS FONTES	66
4.1	Preliminarmente: <i>hard cases</i>	66
4.2	O positivismo presuntivo de Frederick Schauer	67
4.3	Transição: do positivismo exclusivo ao positivismo presuntivo	71
4.4	Um modelo presuntivo de decisão judicial	73
4.5	Compatibilidade institucional	75
4.6	A função de razões substantivas na justificação jurídica	77
4.7	O positivismo presuntivo resolve o conflito?	81

4.8	O positivismo presuntivo é resposta necessária para sistemas jurídicos?.....	83
5	CONCLUSÃO	88
	REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

Uma das perguntas mais persistentes da filosofia do direito contemporânea é como o direito consegue funcionar como autoridade em sociedades marcadas por desacordo moral profundo e duradouro. A dificuldade não é apenas abstrata: ela toca a legitimidade das instituições jurídicas em democracias pluralistas, porque o direito não opera como um simples conselho de conduta, mas como uma pretensão de orientar e vincular mesmo quando os destinatários discordam sobre o que seria moralmente melhor fazer.

É nesse pano de fundo que esta dissertação se organiza. Tomamos a teoria de Joseph Raz como ponto de partida porque ela oferece uma arquitetura especialmente ambiciosa para explicar a autoridade do direito: a ideia é que certas diretivas jurídicas reorganizam a deliberação prática ao funcionarem como razões de segunda ordem, e que, por isso, o direito pode ser identificado e aplicado com centralidade nas fontes, sem depender – ao menos ordinariamente – de controvérsias extrajurídicas abertas. A promessa institucional embutida aqui é forte: se a autoridade pretende substituir parte da deliberação individual, ela precisa de critérios públicos e relativamente estáveis sobre o que conta como direito, para que decisões possam ser compartilháveis e controláveis na prática institucional.

O problema é que essa promessa é pressionada justamente onde a prática jurídica mais precisa dela: nos casos difíceis. Nesta pesquisa, tratamos esses casos como situações de lacunas e subdeterminação pelas fontes, isto é, cenários em que o material autoritativo (textos, precedentes, práticas reconhecidas) permite mais de uma resposta institucionalmente defensável – ou em que a aplicação literal ou estrita da regra impõe um custo institucional tão alto que a própria prática passa a exigir uma justificativa de exceção.¹ Nesses casos, a decisão não desaparece: ela continua sendo exigida, mas a tese das fontes, tomada isoladamente, corre o risco de empurrar a decisão judicial para uma zona de discricionariedade robusta, aproximando o juiz de um legislador delegado e tensionando, de dentro, a pretensão de autoridade que a teoria busca explicar.²

¹ Essa delimitação é importante porque impede que “caso difícil” vire um termo elástico e, ao mesmo tempo, identifica o ponto exato em que a promessa da tese das fontes é testada: quando a passagem de fonte para resultado deixa de ser unívoca.

² Não se sustenta, aqui, que a teoria de Joseph Raz colapse ou seja incapaz de explicar o direito em termos gerais. O argumento é mais restrito: a combinação entre autoridade, razões excludentes e tese

É aqui que entra a fricção com Ronald Dworkin. O ponto que nos interessa em Dworkin não é, neste trabalho, assumir integralmente uma teoria concorrente da resposta certa como solução global do problema. O que nos importa é o diagnóstico institucional: em casos difíceis, juristas não tratam a decisão como simples criação livre após o silêncio das fontes, eles discutem o que o direito requer que seja decidido, mobilizando princípios e razões com peso, e não apenas regras aplicadas de modo tudo-ou-nada.

Essa observação pressiona diretamente uma imagem do direito como constatação puramente fatural. Ao mesmo tempo, não queremos que a resposta a esse diagnóstico seja simplesmente deslocar a identificação do direito para disputas morais ordinárias, porque isso pode dissolver o ganho institucional que motivou a centralidade das fontes em primeiro lugar (previsibilidade, coordenação e controle público).

Por isso, a pergunta que orienta esta dissertação é deliberadamente dupla: como obter convergência decisória em casos difíceis sem abandonar (i) a centralidade das fontes, que é decisiva no modelo raziano, e sem negar (ii) que há uma dimensão interpretativa e argumentativa estrutural na prática, como insiste o diagnóstico dworkiniano, e, além disso, em que medida uma alternativa institucional – o positivismo presuntivo de Frederick Schauer, entendido como presunção forte em favor de fontes e regras com derrotabilidade excepcional – pode oferecer uma forma mais disciplinada de administrar a indeterminação, preservando autoridade, previsibilidade e pluralismo axiológico.

A estratégia do trabalho é tratar essa pergunta como um teste de rendimento institucional. Em vez de ler a tese das fontes apenas como um critério classificatório, a tratamos como uma aposta metodológica: ela pretende sustentar objetividade e convergência por meio de critérios públicos, e é justamente por isso que seus limites, quando aparecem, são limites relevantes. Ao longo da dissertação, “objetividade” não é entendida simplesmente como ausência de valoração, mas como a capacidade de produzir decisões justificáveis por padrões publicamente controláveis – algo que importa de modo especial quando a prática entra na zona de penumbra e a decisão

das fontes oferece uma explicação robusta da função coordenadora do direito em contextos ordinários, mas encontra pressão analítica quando a identificação do conteúdo jurídico depende da determinação do alcance de regras, exceções e princípios em tensão. Trata-se, portanto, de um teste de limites, e não de uma rejeição global da arquitetura raziana.

ainda precisa ser apresentada como jurídica.

O texto está organizado em três capítulos, que acompanham essa linha de investigação: No Capítulo 1, reconstruímos os elementos centrais da teoria raziana da razão prática (razões, razões excludentes e pluralismo axiológico) para explicitar porque, em Raz, a autoridade do direito depende de mecanismos de coordenação pública que reduzem o custo deliberativo sob desacordo. A ideia é estabelecer as condições sob as quais a exclusão funciona como técnica de orientação, e por que isso prepara, ao mesmo tempo, o problema do alcance da exclusão e das exceções quando o caso é contestado.

No Capítulo 2, passamos ao núcleo metodológico: a tese das fontes. O objetivo aqui é avaliar até onde ela consegue sustentar, por si só, a promessa de objetividade e decidibilidade que a teoria da autoridade pressupõe – e, ao mesmo tempo, explicitar os limites internos do modelo quando enfrenta lacunas e indeterminação. É também neste capítulo que preparamos o terreno para a crítica dworkiniana e para a possibilidade de uma alternativa presuntiva.

No Capítulo 3, recuperamos a diferença entre casos fáceis e casos difíceis como peça do problema da convergência, reconstruímos o diagnóstico dworkiniano sobre a presença de princípios no raciocínio jurídico e, então, apresentamos o positivismo presuntivo como uma via intermediária: fontes e regras mantêm prioridade forte, mas superável, e a superação exige um limiar alto e um ônus justificatório elevado, de modo a tornar a passagem da subdeterminação à decisão vinculante institucionalmente governável.

Ao final, a conclusão deve retomar a pergunta de partida – como preservar a capacidade do direito de orientar condutas e produzir decisões compartilháveis em contexto de desacordo moral persistente – agora com um balanço mais claro sobre o que a tese das fontes entrega e o que uma arquitetura presuntiva consegue (ou não) estabilizar.

Nesse contexto, o trabalho não apenas se insere no debate entre positivismo e antipositivismo, mas propõe um critério alternativo de avaliação: não apenas o que o direito é, mas como ele funciona institucionalmente quando mais se exige dele. Em suma: pretendemos partir de Raz porque ele oferece a versão mais exigente do ideal positivista de identificação por fontes, levamos a sério a crítica de Dworkin como diagnóstico do que acontece quando a prática entra em disputa interpretativa, e testamos se Schauer fornece um arranjo institucional capaz de reconhecer a

inevitabilidade da argumentação em casos difíceis sem transformar essa argumentação em critério ordinário de validade.

2 RAZÃO PRÁTICA E COORDENAÇÃO SOCIAL EM JOSEPH RAZ

Um problema bastante discutido na filosofia do direito contemporânea, pode ser formulado assim: como o direito consegue funcionar como uma autoridade – ao menos pretensamente – legítima em sociedades em que as pessoas discordam fundamentalmente sobre o que é moralmente correto? Quando o direito estabelece uma regra, ele não está simplesmente dizendo: considere fazer isso. Está dizendo algo mais forte: você deve fazer isso conforme a autoridade determina, independentemente de suas próprias convicções morais sobre a questão.

A teoria das razões práticas de Joseph Raz permite investigar em que medida a ação pode ser guiada sob desacordo e porque padrões públicos de orientação se tornam centrais para que o direito sustente sua pretensão de autoridade. É nesse ponto que entram as razões excludentes: a hipótese é que certas diretivas jurídicas operam como razões de segunda ordem, reconfigurando o espaço da deliberação individual. A tese das fontes – segundo a qual o direito pode ser identificado sem recorrer a argumentos morais – pressupõe essa estrutura: ao menos como regra e dentro do domínio de competência que a diretiva pretende ocupar, a força prática das normas jurídicas deriva de sua fonte institucional, e não da avaliação substantiva do seu mérito.³

Este capítulo reconstrói sistematicamente a teoria raziana das razões práticas, das razões excludentes e do pluralismo axiológico, mostrando como esses elementos se articulam na fundamentação da autoridade jurídica. O que nos interessa não é apenas expor uma arquitetura conceitual, mas analisar em que condições essa estrutura realmente consegue sustentar a pretensão de autoridade do direito sem exigir que o destinatário refaça, a cada decisão, o debate moral que a autoridade pretende encerrar.

Em outras palavras, a pergunta que orienta o capítulo é quando e como a exclusão funciona como técnica de coordenação pública em cenário de desacordo. A escolha de começar por Raz não é apenas expositiva: ela é estratégica para o problema que pretendemos enfrentar. Se a tese das fontes reivindica que o direito pode ser identificado sem recorrer a controvérsias extrajurídicas, então a pergunta

³ Por exemplo, quando uma autoridade competente ordena que se feche a porta, a força normativa dessa ordem não depende de uma análise pessoal sobre se fechar a porta é a melhor opção moralmente. Depende do fato de ter sido emitida pela autoridade.

decisiva passa a ser o que torna essa identificação relevante para uma prática que pretende guiar condutas sob desacordo. É por isso que, neste capítulo, trato razões excludentes e pluralismo axiológico como peças de uma mesma engrenagem: elas explicam por que a autoridade jurídica precisa operar por padrões públicos de decisão – e por que, sem algum grau de convergência estável, a própria ideia de autoridade compartilhada perde o seu sentido prático.

Com isso, estabelecemos o pano de fundo do problema que orienta essa dissertação: por que, em Raz, a pretensão de autoridade do direito depende da centralidade das fontes e do governo por regras, e o que ocorre com essa estratégia nos casos difíceis, em que as fontes não determinam ou deixam espaço para mais de uma resposta institucionalmente defensável ou quando a aplicação estrita de regras e fontes parece produzir resultados extremos, que desafiam as próprias razões institucionais do governo por regras.

2.1 RAZÕES

Quando se trata de razões práticas é comum nos referirmos a fatos, afirmações e crenças⁴ como razões⁵. Para Raz, porém, razões devem ser compreendidas como fatos em sentido amplo: tudo aquilo por meio do qual as afirmações são verdadeiras ou justificadas. Nesse sentido, valores, eventos, atividades e até mesmo a crença – o ato de crer, e não o conteúdo da crença – entre outros, podem contar como fatos. As razões, para Raz, cumprem três funções: explicar, avaliar e orientar o comportamento. Afirmações e crenças podem desempenhar papel explicativo e avaliativo, mas não orientam a ação quando não correspondem a um fato, por isso, é a razão enquanto fato que tem relevância normativa para a orientação da conduta (Raz, 2010a, p. 10).

Essa distinção aparece com nitidez em exemplos ordinários. Se vou ao portão porque ouço alguém chamando, o fato de alguém chamar é a razão que orienta minha conduta, se apenas acredito que alguém chamou (e não chamou), a crença pode explicar por que fui ao portão, mas não constitui uma razão-guia adequada. O mesmo vale para o caso da chuva: o fato de estar chovendo é razão para levar um guarda-chuva, enquanto a crença ou a afirmação só funcionam como razão-guia se

⁴ Nesse contexto, conforme feito por Raz, ao utilizar o termo “crença”, faz-se referência ao conteúdo da crença e não ao fato de crer, ou fato da crença. Raz entende que o conteúdo da crença não é um fato e, portanto, não é uma razão para a ação (Raz, 2010a, p. 10).

⁵ O termo “razões” nessa dissertação sempre remeterá a ideia de razão para a ação.

corresponderem ao fato (Raz, 2010a, p. 8-11).

Raz acrescenta, contudo, um requisito importante: para que um fato opere efetivamente como uma razão capaz de orientar o comportamento, ele deve ser passível de conhecimento pelo agente. Essa é a ideia de um filtro epistêmico, partindo da premissa lógica de que assim como um fato desconhecido não pode nos guiar, uma razão normativa desconhecida não pode figurar na explicação da conduta⁶ (Çapar, 2025, p. 10; Raz, 2011, p. 110).

Esta concepção de razões como fatos cognoscíveis delimita as condições sob as quais uma orientação prática é possível e ajuda a compreender por que o direito pode guiar condutas sob desacordo: ele depende de padrões públicos e acessíveis. Quando uma norma jurídica é promulgada por uma autoridade competente, o fato de sua promulgação passa a contar como uma razão para a ação. Nesse sentido, compreender razões como fatos esclarece por que o direito pode ser identificado por suas fontes sociais: são fatos sociais que desempenham o papel de razões jurídicas na identificação do que o direito requer.

Raz também afirma que podem existir muitas razões a favor e contra determinada ação, e que o que deve ser feito depende do balanço da totalidade dessas razões – do que se deve fazer todas as coisas consideradas (Raz, 2021, p. 3). Esse modelo de balanço pressupõe que as opções disponíveis envolvem aspectos valiosos a serem comparados, e que a deliberação atribui peso a tais considerações (Moreso, 2024, p. 149; Owens, 2008, p. 28). Além disso, a superação de uma razão por outra mais forte não elimina sua existência nem a transforma em exceção⁷: ou a razão se aplica – podendo ser derrotada – ou não se aplica⁸ (Raz, 1989, p. 1154-1555). A existência de razões conflitantes não afasta a legitimidade das razões

⁶ Por exemplo, um sinal de trânsito coberto por vegetação: o fato de a placa existir e proibir a passagem é um dado objetivo, mas ela não pode orientar o motorista se ele não conseguir vê-la. A existência do sinal só poderá ser usada mais tarde para explicar a infração, mas não serviu como guia para a ação no momento da decisão.

⁷ Raz entende que exceções não se aplicam a razões. Apesar de razões não admitirem exceções, quando se trata de regras pode-se falar em exceções. As regras são adotadas quando se adianta o julgamento sobre eventuais conflitos. Decide-se de antemão quais as razões vão determinar a conduta dentre as razões conflitantes. São compromissos prévios sobre o resultado de conflitos de razões, sobre várias razões que se aplicam a determinada situação. Uma exceção à regra ocorre quando algumas das principais razões que fundamentam a regra se aplicam ao caso, mas o “compromisso refletido na regra” determina que outras razões conflitantes devam prevalecer naquela situação específica. Por exemplo, “Você pode mentir para salvar uma vida” seria uma exceção à regra “Nunca minta”, se tal regra existir (Raz, 1989, p. 1156-1157; 2010a, p. 187).

⁸ Por exemplo, quando uma promessa é superada pela necessidade de atender a uma emergência, isso não ocorre porque não há razão para manter a promessa nessas circunstâncias, mas porque existe uma razão mais forte que conflita com ela (Raz, 1989, p. 1156).

superadas na ponderação de razões, apenas atestam que há inferências igualmente legítimas, ou valiosas, que levam a conclusão de que a ação não deve ser realizada (Raz, 2010a, p. 186-187).

Raz sustenta que as razões operam em níveis distintos e que conflitos entre razões do mesmo nível e conflitos entre razões de níveis diferentes não se resolvem do mesmo modo (Raz, 2010a, p. 28). A distinção entre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem é, por isso, central: ela esclarece não apenas como agentes decidem em situações ordinárias, mas também como uma autoridade pode pretender disciplinar a deliberação prática em certos domínios.

Razões de primeira ordem são os fatos que contam diretamente a favor ou contra a prática de uma ação. Seu objeto é o próprio ato. Razões de segunda ordem, por sua vez, são razões cujo objeto é uma razão: elas incidem sobre como deliberar e sobre quais razões devem – ou não devem – ser tomadas em conta ao decidir (Raz, 2010a, p. 31). Desse modo, não se trata apenas de acrescentar mais um fator ao balanço deliberativo, mas de introduzir razões que podem atuar sobre a estrutura do próprio raciocínio.

Entre as razões de segunda ordem, Raz distingue as positivas e as negativas. Razões de segunda ordem positivas determinam que a ação seja realizada por uma razão específica: não basta agir, é preciso agir por aquele motivo. Por isso, elas possuem um caráter dual, operando como razão de primeira ordem – para realizar a ação – e, ao mesmo tempo, como razão de segunda ordem – para realizá-la por determinada razão (Raz, 2021, p. 4-6). Já as razões de segunda ordem negativas determinam que o agente não deve agir com base em certas razões, ainda que essas razões sejam, em si mesmas, válidas (Raz, 2010a, p. 32)⁹.

Contudo, a própria distinção raziana entre níveis busca mostrar que há conflitos cuja lógica não é adequadamente capturada pela imagem de um simples balanço: se razões de segunda ordem – especialmente as negativas – têm a função de bloquear certos tipos de consideração deliberativa, então o ponto central não é acrescentar

⁹ O exemplo clássico é o de Colin, que promete à esposa tomar decisões sobre a educação do filho considerando apenas os interesses da criança. A promessa, nessa configuração, não elimina outras razões que poderiam parecer relevantes (custos, justiça social, opinião de terceiros), mas exclui que Colin delibere com base nelas naquele domínio: seu escopo é definido justamente pelo conjunto de razões que ficam fora do campo deliberativo (Raz, 1989, p. 1156). As razões de primeira ordem que não são excluídas permanecem disponíveis para consideração e podem ser sopesadas na deliberação prática, inclusive em conjunto com razões de nível superior, na medida em que o agente precisa decidir como agir⁹ (Owens, 2008, p. 33).

mais peso a uma razão concorrente, mas alterar quais razões podem legitimamente entrar no cálculo prático (Essert, 2012, p. 50-51; Owens, 2008, p. 17). É por isso que Raz sustenta que nem todo conflito pode ser resolvido apenas pela ponderação, defendendo a necessidade de uma teoria lógica dos conflitos práticos: enquanto conflitos intraordem se definem por força relativa, conflitos entre primeira e segunda ordens envolvem um tipo distinto de relação normativa, em que certas razões deixam de contar – não por serem mais fracas, mas por estarem excluídas no escopo relevante (Raz, 2010a, p. 28-31).

Quando se trata de conflitos entre razões do mesmo nível – seja entre razões de primeira ordem ou razões de segunda ordem¹⁰ – Raz sustenta que a solução típica ocorre pela ponderação: as razões competem pela sua força relativa, e a decisão é dada pela razão vencedora no balanço de razões (Raz, 2010a, p. 32 e 38). Ainda assim, razões conclusivas de primeira ordem podem ser sobrepujadas por razões de segunda ordem, justamente por operarem em um nível diferente do raciocínio prático (Raz, 2010a, p. 19). É por isso que, além do balanço entre razões do mesmo nível, Raz distingue um tipo diverso de conflito: o conflito entre razões de primeira e de segunda ordens. Nesses casos, o agente pode ser levado a agir por uma razão não porque ela é a mais forte, mas porque uma razão de segunda ordem positiva exige que ele aja por aquele motivo, ou pode ser levado a não agir por determinada razão não porque essa razão seja mais fraca, mas porque uma razão de segunda ordem negativa a exclui do domínio relevante. Raz usa como exemplos desse segundo tipo situações como regras de experiência, ordens de autoridade e promessas. Aqui, a ponderação torna-se dispensável no sentido relevante: uma vez que incide uma razão de segunda ordem negativa válida e que a razão de primeira ordem esteja dentro do seu escopo, ela deixa de poder funcionar como base justificatória da decisão naquele contexto (Raz, 2010a, p. 28-31).

Para Raz, cada uma dessas razões possui força lógica. Essa força é relativa: a força de uma razão é definida quando há a ponderação de razões distintas dentro de um conflito de razões. A razão com maior força é aquela que supera as razões com as quais entra em conflito, ou seja, aquela que prevalece na ponderação de razões.

¹⁰ Segundo Raz, razões de segunda ordem para agir por determinada razão podem conflitar com razões de segunda para não agir por determinada razão (Raz, 2010a, p. 39). Essa visão é criticada por Owens que defende que razões de segunda ordem negativas nunca podem ser sopesadas com razões de segunda ordem positivas (Owens, 2008, p. 30).

Portanto, pode-se dizer que as razões têm uma dimensão de força ou peso, referente à posição relativa das razões dentro de um balanço de razões (Raz, 2010a, p. 17-18). Essa ideia é apresentada como um princípio prático: “*É sempre o caso em que se deve, todas as coisas consideradas, fazer aquilo que se deve fazer como resultado da ponderação das razões*” (Raz, 2010a, p. 28). A razão vencedora será considerada a razão conclusiva¹¹, que é aquela que se sobressai no conflito de razões. O fato é uma razão conclusiva se, e somente se, não houver outra razão – dentro do escopo em que a razão opera – que o supere, e se não for excluído ou cancelado por uma condição canceladora¹² (Raz, 2010a, p. 19).

Até aqui, a exposição mostrou por que a teoria raziana das razões não pode ser reduzida a um modelo único de balanço: além de razões que contam diretamente a favor ou contra ações, há razões que incidem sobre o próprio processo deliberativo. Esse ponto é crucial para o objetivo da dissertação, porque ele explica como é possível orientar condutas sem exigir que o agente realize, a cada caso, uma nova ponderação integral de razões subjacentes. Quando razões de segunda ordem negativas atuam para bloquear certas razões de primeira ordem dentro de um escopo, a deliberação deixa de ser apenas uma comparação de pesos e passa a envolver uma estrutura de exclusão. É justamente essa estrutura – em que algumas razões deixam de poder contar como base justificatória não por serem mais fracas, mas por estarem excluídas – que prepara a introdução do conceito decisivo para a teoria da autoridade em Raz: as razões excludentes.

2.2 RAZÕES EXCLUDENTES

A natureza excludente das razões é central para entender como normas jurídicas podem orientar e vincular independentemente de seu conteúdo: quando uma razão excludente afasta outras razões da deliberação prática, a norma vincula sem que seja necessário avaliar seu mérito. Por isso, a ideia de exclusão é decisiva para

¹¹ Em seu livro “Razão prática e normas” (2010) Raz também nos apresenta outros conceitos de razões, como o de razão absoluta, razão *prima facie*, razão auxiliar, que não nos acrescentam nesse momento.

¹² Sobre as condições canceladoras, tanto as razões de primeira ordem quanto as razões de segunda ordem podem ser canceladas. Caso sejam, elas não vão gerar as suas consequências, pois deixarão de existir, conseqüentemente, não terão qualquer participação no conflito. Nesse caso, não haverá a superação da razão pela força. Note-se: não haverá conflito de razões, sendo inadequado falar em força da razão. A razão apenas será cancelada. Uma razão sujeita a uma condição canceladora não é mais fraca do que outra razão sobre a qual a condição canceladora não incide (Raz, 2010a, p. 19).

a tese das fontes sociais do direito, pois sustenta a identificação do direito sem recurso a argumentos extrajurídicos – sempre como uma tese sobre quais razões contam no tipo de decisão em questão, dentro de um escopo e sob condições de incidência.

Esse ponto é relevante para o problema desta dissertação porque a conclusão prática prometida pela exclusão depende de limites determináveis: é preciso indicar quando a exclusão incide e o que ela exclui. Em casos contestados, a disputa recai justamente sobre esses limites, e a teoria precisa explicar como eles podem ser fixados por critérios públicos sem reintroduzir, como critério identificador, a argumentação moral que a tese das fontes pretende deixar de fora.

As razões excludentes são razões de segunda ordem do tipo negativas, ou seja, são razões para que o sujeito se abstenha de agir com base em determinada razão. Note-se que a razão excludente não é uma razão para não fazer algo, mas sim uma razão para não agir com base em uma determinada razão (Raz, 2010a, p. 31–32). Essa distinção – “não fazer” *versus* “não agir com base em” – pode ser reforçada com o comentário de Adams: na leitura justificatória¹³, o ponto não é proibir o resultado (a ação), mas restringir quais tipos de razões podem justificar aquela ação naquele contexto decisório. A razão excludente não é uma razão contra a ação em si, ela opera sobre o papel que certas considerações podem desempenhar na deliberação. Em consequência, não é necessário interpretar a exclusão como uma espécie de “apagamento” da razão, é suficiente dizer que, para aquela escolha, a razão “não conta” do modo que contaria ordinariamente (Adams, 2021, p. 6).

Quando a razão excludente entra em conflito com razões de primeira ordem, esse conflito não é resolvido pela força. Nesses casos, existe uma razão de primeira ordem para a ação e uma razão excludente, que indica que não se deve agir com base nesta razão de primeira ordem. Quando a razão de primeira ordem conflitante está no escopo de incidência da razão excludente, ela é excluída, mesmo sendo válida. Será excluída ainda que, não fosse pela razão excludente, se destacasse como a mais forte dentre as razões de primeira ordem aplicáveis ao caso. Na prática, isso significa que a razão de primeira ordem não poderá competir no balanço de razões com outras razões de primeira ordem. A incidência da razão excludente implica que

¹³ Adams observa que a formulação clássica de Raz costuma favorecer uma leitura motivacional, mas propõe uma leitura justificatória: excluir uma razão não é apenas alterar o que motiva o agente, e sim retirar daquela consideração sua capacidade de contar como justificativa no tipo de escolha em jogo. Assim, a exclusão aparece como uma tese sobre como razões entram (ou deixam de entrar) na deliberação prática, e não apenas como uma tese sobre estados motivacionais (Adams, 2021, p. 1).

não precisamos nos engajar em uma ponderação de razões que inclua a razão de primeira ordem excluída, já que ela não compete com as demais razões de primeiro grau (Raz, 2010a, p. 38). Quando da incidência de uma razão de segunda ordem negativa, após a exclusão determinada por esta razão, o processo de deliberações segue normalmente, de acordo com os princípios gerais da racionalidade prática, e ocorrerá sobre o conjunto restante de razões de primeira ordem (Essert, 2012, p. 56).

Aqui é útil registrar uma diferenciação técnica que evita confusões: Adams distingue exclusão de outras formas de “derrota indireta”, especialmente o *undercutting/cancelling*. Enquanto o *undercutting* opera ao identificar algo no fato-base da razão (algo que explica por que aquele fato não deveria contar ali), a exclusão opera ao identificar algo sobre o tipo de escolha (ou sobre o caráter da decisão) que explica por que aquele fato não deve contar como justificativa para aquela decisão. Em termos simples: uma razão pode “não contar nestas circunstâncias” (*undercutting*) ou “não contar para este tipo de escolha” (exclusão). Essa distinção ajuda a fundamentar, com mais precisão, por que a razão excluída pode continuar sendo uma razão válida em outros planos, sem por isso entrar no balanço daquele caso (Adams, 2021, p. 7).

Raz afirma que existem duas possibilidades em que a razão excludente influencia a conclusão prática: ela pode levar a não agir com base na ponderação de razões, ou a agir com base na razão mais fraca quando a razão excludente exclui a mais forte (Raz, 2010a, p. 33). Segundo Raz, a razão excludente evita ansiedade e equívocos, já que mesmo que a ponderação sobre a razão excluída seja realizada pelo sujeito, o resultado desse processo não afetará a ação. Note-se, porém, que isso não significa que seja vedado ponderar sobre como as coisas seriam se a razão excluída permanecesse (Raz, 2010a, p. 184). As razões excludentes não são razões para não pensar no mérito das questões, considerando todas as razões. Apenas afastam a necessidade de considerar tais resultados, já que há uma razão preestabelecida para a resolução dos conflitos, que determina que o sujeito não deve agir com base no resultado dessa consideração¹⁴ (Raz, 1989, p. 1157).

¹⁴ Owens observa que essa “autorização para pensar” é compatível com o efeito prático de “cortar” a deliberação. Ao discutir o que significa “uma razão para não agir com base em outra razão”, ele observa que há uma ambiguidade importante: pode-se entender “conformidade” como mera coincidência de resultado (o agente simplesmente não realiza a ação recomendada pela razão excluída, mas isso ocorre porque, no seu balanço pessoal, outras razões acabaram prevalecendo. Nesse caso, o agente não “obedeceu” à exclusão, ele apenas chegou ao mesmo resultado por caminhos independentes), ou pode-se entender que a própria deliberação deve ser moldada pelo fato de que a razão excluída não

Raz ilustra a tese com o caso do soldado Jeremias,¹⁵ que recebe uma ordem para se apropriar da caminhonete de um comerciante. Jeremias entende que ordens devem ser cumpridas quando não são manifestamente ilegais nem envolvem grande mal moral, e por isso afasta seu próprio julgamento de razões: ainda que seu balanço de razões de primeira ordem apontasse para outra conclusão, ele compreende que deve agir com base na ordem (Raz, 2010a, p. 33).

Raz argumenta que tais situações são resolvidas apenas quando entendemos que as razões são de tipos diferentes, pelas suas distintas dimensões de força (primeira e segunda ordens), e estão submetidas a avaliações diversas, que não se anulam mutuamente. Note-se que a situação pode ser observada sob duas óticas que levam a resultados conflitantes. Na primeira, a ponderação de razões de primeira ordem realizada por Jeremias leva à conclusão de que a caminhonete não deve ser retirada de seu proprietário. Na segunda, o soldado afasta seu próprio julgamento de razões, concluindo que não lhe cabe tomar essa decisão com base na ponderação por si realizada. Note-se que são avaliações realizadas em níveis diferentes. Se aceitarmos a existência de diferentes tipos de razões nesse sentido, a teoria de que todas as razões são comparáveis apenas com base em sua força, dentro de um mesmo nível, e que isso é o único relevante para implicações práticas, torna-se insuficiente. Por isso, para Raz, para compreendermos a conclusão de Jeremias, é necessário aceitar a existência de razões excludentes. Raz acredita que o raciocínio, válido ou não, que leva ao posicionamento quanto ao acatamento de ordens de autoridade, só pode ser compreendido por meio do conceito de razões excludentes (Raz, 2010a, p. 35-36). O exemplo pode ser reforçado por uma formulação de Owens: obrigações não moldam a deliberação apenas por adicionar um ponto a favor de cumprir, mas também por constranger o espaço deliberativo, de modo que a matéria deixa de estar inteiramente nas mãos do agente (Owens, 2008, p. 3). Isso ajuda a explicar por que o caso não é descrito como uma simples divergência de avaliação de razões de primeira ordem: a ordem opera como um elemento que limita quais razões

poderá ser tomada como base decisiva. Essa ambiguidade é relevante porque afeta a leitura da tese de Raz: se a exclusão exige que o agente delibere “já sob a condição” de não agir com base nas razões excluídas, a exclusão tende a se aproximar de uma exigência de compliance (e não mera conformidade), ao menos em certos casos (Owens, 2008, p. 16).

¹⁵ Em *Razão prática e normas* (2010) Raz apresenta outros dois casos paradigmáticos, sobre regras de experiência (“rules of thumb”) e sobre promessas. Porém, entende-se que estes casos não se relacionam diretamente com a discussão que se pretende desenvolver nesta dissertação, motivo pelo qual não serão diretamente abordados.

podem assentar a decisão prática naquele contexto.

Raz conclui que a razão excludente, enquanto válida e incidente, prevalece por seu tipo (segundo grau), e não por “peso” comparativo com razões de primeira ordem (Raz, 2010a, p. 32). A exclusão só é afastada se incidir sobre ela uma causa canceladora ou se houver uma razão relevante fora de seu escopo (Raz, 2010a, p. 38). Owens formula uma ressalva crítica: se considerações excludentes não são sopesadas contra razões (de qualquer ordem), então elas parecem não operar como razões no sentido ordinário de itens que entram no balanço. Owens sintetiza a dificuldade assim: se elas excluem, excluem, se não excluem, não têm nada a dizer – apenas deixam as razões não excluídas operarem normalmente. Daí a suspeita de que, sob certo aspecto, tratar o elemento excludente como “razão” pode tensionar uma imagem racionalista tradicional da deliberação prática, o que torna ainda mais importante especificar o papel normativo peculiar da exclusão no argumento raziano (Owens, 2008, p. 32).

A partir daqui o ponto central não é apenas que a exclusão retira certas razões, mas como essa exclusão interage com situações em que o agente continua tendo razões relevantes remanescentes, e ainda assim precisa explicar sua ação como uma ação em conformidade com o que a autoridade exige.

É justamente nesse ponto que o tema do escopo (alcance da exclusão) se conecta ao problema dos *hard cases*: quando fontes e linguagem não determinam com segurança o alcance de uma regra, o que está em jogo não é só “qual decisão é melhor”, mas qual é o domínio que a regra realmente cobre e, portanto, qual é o conjunto de razões que deve ser tratado como excluído. Ou seja, em um cenário em que o direito continua oferecendo um enquadramento público, mas não fixa sozinho as fronteiras internas desse enquadramento.

2.3 CONFLITOS PARCIAIS E A TESE DA CONFORMIDADE

Raz oferece uma justificativa para o motivo pelo qual as razões excludentes sempre devem prevalecer às razões de primeiro grau que estão em seu escopo. Ou seja, para não se agir pela razão válida e mais forte dentro do balanço de razões que inclua a razão excluía, mas sim para se afastar essa razão com base na razão excludente. A justificativa tem como fundamento a existência de conflitos parciais e a tese da conformidade: o papel da exclusão não é impedir a ação exigida por uma

razão de primeira ordem, mas restringir a forma pela qual essa ação pode ser realizada, de modo a preservar a orientação prática.

O conflito de razões pode ser total ou parcial. O conflito será total quando a superação da razão causar a frustração de qualquer possibilidade de satisfação daquela razão (Raz, 2010a, p. 188). Este é o conflito no qual quando o sujeito satisfaz uma razão não pode satisfazer a outra, esse é o único jeito de se satisfazer completamente ao menos uma das razões (Raz, 2021, p. 12). Os conflitos entre razões de mesma ordem são conflitos totais, ou seja, apenas uma das razões em conflito poderá ser satisfeita, já que a condição de satisfação das razões para ação de primeira ordem é o sujeito efetivamente realizar a ação, ou deixar de realizar a ação, dependendo se está diante de uma razão a favor ou contra a prática da ação¹⁶ (Raz, 2021, p. 3).

O conflito parcial, por sua vez, ocorre quando uma razão não é completamente superada, sendo possível praticar a ação para a qual ela é uma razão, mas por outro meio que não seja agir motivado por essa razão específica¹⁷. Ou seja, é possível a satisfação completa de uma das razões e há um meio alternativo de satisfazer a razão parcialmente superada (Raz, 2010a, p. 188). Há dois tipos de conflitos parciais. No primeiro, é possível satisfazer completamente uma das razões e satisfazer a outra apenas parcialmente. A satisfação completa das duas razões é impossível. No segundo, é possível a satisfação completa de todas as razões. Esse último caso trata-se de um conflito que envolve uma razão restritiva, que é aquela que restringe as formas de satisfação de outra razão, mas há outras formas de satisfazer essa outra razão que permite a satisfação completa de ambas as razões (Raz, 2021, p. 12).

Para Raz, as razões excludentes entram em conflito apenas parcialmente com

¹⁶ Por exemplo, suponha que alguém tenha uma razão para comparecer a um evento acadêmico e, simultaneamente, uma razão para visitar um amigo doente no mesmo horário. Como ambas as razões são de mesma ordem e exigem ações mutuamente excludentes, o agente não pode satisfazer ambas. Qualquer escolha resultará na frustração completa de uma das razões. Em contrapartida, nos conflitos parciais, a superação de uma razão não elimina por completo a possibilidade de satisfação da outra. Imagine que um estudante tenha uma razão para revisar um texto antes de entregá-lo, mas também tenha uma razão para dormir cedo e estar descansado para uma apresentação no dia seguinte. O estudante pode revisar parte do texto e ainda dormir relativamente cedo, satisfazendo ambas as razões de maneira parcial.

¹⁷ Por exemplo, um estudante pode decidir passar a noite estudando não porque considera o aprendizado intrinsecamente valioso, mas porque deseja obter uma boa nota na prova do dia seguinte. Nesse caso, a razão para estudar – o valor do conhecimento – é satisfeita incidentalmente, ainda que a motivação principal tenha sido outra (o desejo de um bom desempenho acadêmico). Ou seja, é possível a satisfação completa de uma das razões e há um meio alternativo de satisfazer a razão parcialmente superada.

as razões de primeira ordem que excluem. Elas excluem uma das formas de se satisfazer a razão, ou seja, impedem que a ação seja realizada motivada por determinada razão. No entanto, a ação requerida pela razão excluída ainda pode ser realizada por outras razões, permitindo a satisfação tanto da razão excludente quanto da razão excluída (Raz, 2010a, p. 189). Isso é possível porque, como exposto, tudo o que a razão de primeira ordem exige do sujeito é a realização da ação. Realizada a ação, a condição de satisfação da razão é cumprida. Por outro lado, para a razão excludente, a condição de satisfação é que a ação não seja realizada por determinada razão, qual seja, a razão excluída. Isso não significa que ação não possa ocorrer (Raz, 2021, p. 3-4). Dessa forma, as razões excludentes são um exemplo de razões restritivas, já que apenas restringem as formas de satisfação da razão excluída. Contudo, todas as razões podem ser completamente satisfeitas (Raz, 2021, p. 12).

Aqui, a discussão ganha precisão quando se explicita o problema do alcance da exclusão. Essert chama a atenção para a pergunta: o escopo inclui razões que contam a favor de *u* (a ação exigida pela norma) ou não? Em Raz, há passagens que parecem apoiar ambos os lados, e cada resposta produz uma consequência indesejável¹⁸ (Essert, 2012, p. 51). Essa questão é importante para o argumento desta dissertação porque, nos casos contestados, é justamente o alcance da exclusão que tende a se tornar objeto de disputa.

Raz diz que é preciso compreender a diferença entre superar uma razão e excluir uma razão para entender como as razões excludentes atuam no raciocínio prático. Na superação, é possível satisfazer apenas uma das razões, na exclusão se pode satisfazer todas. Isso porque a exclusão não determina que a ação prevista pela razão não possa ser realizada. A razão que exclui e a razão excluída não são incompatíveis. Sempre é possível satisfazer as duas, desde que a ação seja realizada por uma razão que não seja a razão excluída. Assim, as razões excludentes geram apenas conflitos parciais (Raz, 1989, p. 1167). Em certo sentido, o papel de nenhuma consideração válida é excluído, só que deverá ser desempenhado por outra razão (Raz, 1989, p. 1168), já que as razões excludentes não anulam nem cancelam razões

¹⁸ É aqui que aparece uma crítica técnica: se a norma fornece (i) um aspecto de primeira ordem a favor de *u* e (ii) uma razão excludente, e se o peso do aspecto de primeira ordem depende das razões subjacentes, então, ao manter também as razões subjacentes “no balanço”, corre-se o risco de dupla contagem: as mesmas razões passam a contar “sozinhas” e também como parte da força do aspecto de primeira ordem do comando. Essert mostra que isso pode distorcer o balanço especialmente quando surgem razões novas “não dependentes” após a decisão (Essert, 2012, p. 19).

válidas. Apenas são razões para não agir de acordo com determinadas razões (Raz, 2010a, p. 184).

Raz diferencia duas maneiras pelas quais as razões operam no raciocínio prático. Primeiro, é possível agir pela razão, ou seja, a razão será determinante para a realização da ação. Segundo, pode-se agir conforme a razão, ou seja, realizar a ação que a razão determina, mas com base em outras razões. A pergunta de Raz é se as razões para ação são razões para conformidade ou para *compliance*. Basta que a ação exigida pela razão seja realizada para que o sujeito aja como deveria agir, ainda que por razão diversa? Ou é necessário que a ação seja realizada pela razão específica, que deverá integrar a motivação do sujeito? (Raz, 2010a, p. 178).

Raz é adepto da tese da conformidade.¹⁹ Segundo essa tese, para satisfazer uma razão, não é necessário agir por essa razão, mas em conformidade com ela.²⁰ Basta para a razão ser um possível guia do comportamento, mesmo que os sujeitos não se guiem por ela, mas ajam apenas em conformidade com ela (Raz, 2010a, p. 182). Ou seja, mesmo que não se aja pela razão R, que foi excluída, para realizar $\emptyset$, contanto que se realize $\emptyset$, seja por qual razão for que não R – seja por X, Y ou Z – age-se em conformidade com a razão R, pois realiza-se $\emptyset$, que é tudo o que é determinada por ela. Raz ilustra essa distinção com o exemplo do Guia Michelin de Paris: o agente pode usá-lo como referência, mas o essencial não é qual guia foi seguido e sim que se chegue ao destino pretendido. Do mesmo modo, agir por uma razão é sempre uma forma de satisfazê-la, mas não a única, já que a conformidade pode ocorrer por motivos distintos (Raz, 2010a, p. 178–179, 2021, p. 5).

Em um conflito parcial é possível que ambas as razões sejam satisfeitas, já que para isso é necessário apenas agir em conformidade com o que a razão exige do sujeito. Contudo, a única forma de satisfazer ambas as razões é se a razão excludente se sobressair. Isso ocorre porque a razão excludente não opera sobre ações. São razões que determinam como se deve relacionar com outras razões. Diz que o sujeito

¹⁹ Owens explora exatamente esse ponto para pressionar a interpretação de como razões excludentes operam. Ao analisar a ideia de “razão para não agir com base em outra razão”, ele sugere que, dependendo da leitura, a conformidade pode ser satisfeita mesmo quando o agente “não levou a exclusão a sério” (porque apenas acabou não agindo com base na razão excluída por outros motivos). Mas se a exclusão tem a função de limitar a deliberação, então ela parece exigir algo mais próximo de *compliance*: a deliberação relevante (aquela destinada a decidir o que fazer) já deve operar “sob a condição” de não assentar a decisão nas razões excluídas (Owens, 2008, p. 16).

²⁰ A razão autorreflexiva, que é aquela que combina uma razão de primeira ordem com uma razão de segunda ordem positiva, é uma exceção a esse raciocínio. Quando estamos diante de uma razão autorreflexiva não basta que ajamos em conformidade com a razão, devemos agir pela razão (Raz, 2010a, p. 178).

não se deve motivar por certas razões, ainda que essas razões sejam razões válidas. Mas em nenhum momento veda que aja em conformidade com tais razões, desde que essa seja alcançada por alguma razão independente (Raz, 2010a, p. 184). Isso ocorre porque as razões não se contrapõem diretamente, já que a razão excludente não é uma razão contra ações. Ela apenas determina que a razão excluída seja afastada de consideração, mas não afasta a possibilidade de que seu resultado seja alcançado de outra forma (Raz, 2010a, p. 182–183). Assim, desde que a razão excludente prevaleça, é possível que todas as razões sejam satisfeitas, já que a ação pode ser realizada, desde que se baseie em outras razões que não tenham sido excluídas. Porém, o contrário não é verdadeiro: não é possível agir pela razão excluída e, ao mesmo tempo, satisfazer a razão excludente. Por isso, a razão excluída nunca derrota a razão excludente. A conformidade sempre é exigida porque é desejável (Raz, 2021, p. 12).

Raz argumenta que o que importa é a conformidade, pois o valor de agir por uma determinada razão não está em agir por ela, mas no fato de que, ao fazê-lo, maximizam-se as chances de agir em conformidade com o que é exigido por ela. No entanto, esta não é a única forma de agir em conformidade com determinada razão, pois é possível agir por outras razões e alcançar o mesmo resultado, já que tudo o que é exigido pela razão é que a ação que ela corrobora seja realizada (Raz, 2021, p. 8). Raz reforça que muitas das razões para ação que poderiam afetar determinadas ações no raciocínio prático normalmente não são consideradas pelo sujeito no seu processo de decisão e que não há erro nisso: mesmo sem esgotar todas as razões disponíveis para aquela ação, o agente pode agir em conformidade com elas ao realizar tudo que elas exigem dele (Raz, 2010a, p. 180–182; Raz, 2021, p. 8). Isso pode ser demonstrado pelas situações em que tudo que a razão exige do sujeito é realizado, mas ele nem está consciente de que aquela razão existe ou seja relevante no caso concreto²¹ (Raz, 2010a, p. 179).

Em resumo, o argumento de Raz se baseia nessas duas teses principais: para cumprirmos uma razão, devemos agir em conformidade com essa razão, e não necessariamente por ela, nos conflitos parciais, sempre prevalece a razão que

²¹ Raz cita como exemplo a situação de um amigo que vai visitar o outro porque está entediado, mas não tem consciência de que seu amigo recebeu uma notícia ruim naquele dia e que sua visita vai alegrá-lo. Apesar de essa não ser a sua motivação, o resultado exigido pela razão foi atingido, não havendo nenhuma falha na sua racionalidade

possibilita que ambas as razões em conflito sejam satisfeitas, sendo, neste caso, a razão excludente. Como não são as razões individualizadas que determinam o que deve ser feito, é possível que as razões excludentes desempenhem um papel normativo. A razão excludente não determina a ausência da razão base, já que todo papel da razão excludente é justamente o aprimoramento da conformidade com a razão base. Elas só existem quando é possível que a exclusão da razão base leve a uma maior chance de conformidade com ela (Raz, 2021, p. 09–13).

A exclusão não pretende eliminar razões válidas, mas reorganizar o espaço deliberativo em nome de orientação prática. O custo teórico dessa promessa é que precisamos dizer com precisão quando a exclusão incide e o que ela exclui. Mesmo aceitando a tese da conformidade e a explicação via conflitos parciais, a reconstrução raziana exige especificar com cuidado o escopo de exclusão e a relação entre (i) razões dependentes e (ii) o aspecto de primeira ordem da norma, sob pena de produzir distorções como dupla contagem ou resultados sistematicamente enviesados “para além do escopo” da exclusão (Essert, 2012, p. 19).

Essa exigência de precisão aponta para o passo seguinte do argumento: se a exclusão é o mecanismo que restringe quais razões podem fundamentar a decisão, então é inevitável perguntar sob quais condições alguém – e, no direito, quais instituições – pode gerar razões com esse efeito excludente. Em Raz, esse é exatamente o traço distintivo da autoridade.

2.4 RAZÕES EXCLUDENTES E A AUTORIDADE

Inicialmente, é importante lembrar que apenas os fatos são razões e que a regra não é um fato, mas sim um objeto. Contudo, o fato de haver uma regra que determina uma ação é uma razão para a ação. Por esse motivo, por brevidade, Raz refere-se às regras como razões para a ação (Raz, 2010a, p. 44–45), o que também será realizado neste trabalho.

Para Raz, razões para a ação são relações entre fatos e pessoas: não são criações do sujeito, mas considerações que se aplicam a ele e podem ser reconhecidas quando ele observa a realidade (Raz, 2010a, p. 11). Nessa linha, razões para agir equivalem a fatos que contam a favor de uma ação – considerações que tornam racional inferir que algo deve ser feito (Raz, 2010a, p. 186; 1989, p. 1154). Trata-se de uma concepção axiológica: o que conta como razão depende de fatos

dotados de valor, e não apenas de estados mentais do agente, o que sustenta a distinção entre o plano explicativo (motivos psicológicos) e o plano justificativo (razões normativas).

Essa distinção é metodologicamente importante para a análise da autoridade. Se a deliberação correta exige que o agente responda a fatos que já se aplicam a ele (e não apenas ao conteúdo de suas crenças), então a função de uma autoridade prática pode ser compreendida como a de mediar a ação dos sujeitos em direção às razões que efetivamente lhes dizem respeito, substituindo, em certos domínios, o juízo individual por diretivas que se pretendem justificadas. Por isso, o caráter normativo das razões – distinto de mera motivação – é pressuposto para explicar como diretivas jurídicas podem operar como razões vinculantes mesmo em contextos de desacordo (Çapar, 2025, p. 9–10).

De forma geral, as regras emergem da decisão sobre a posição antecipada da solução de um conflito de razões (Raz, 2010a, p. 61). Para Raz, quando se decide sobre a prática de uma ação, essa decisão se torna uma razão que afasta outras razões e argumentos de consideração. A decisão é a chegada a uma conclusão sobre o que se deve fazer juntamente com a opção do agente de encerrar o processo de deliberação. Antes de encerrada a deliberação, não há uma decisão. Decidir é descartar conflito da razão objeto da decisão com outras razões, ou, ao menos, limitar esse conflito, desde que não haja mudanças na situação, ou surja uma informação nova etc. Ou seja, é desconsiderar as outras razões adicionais a favor ou contra a ação. Nesse sentido, decisões são razões excludentes (Raz, 2010a, p. 61–63).

Essert diz que a dificuldade central está em determinar “o conjunto de razões” que uma razão excludente pretende afastar – aquilo que ele denomina “escopo de exclusão” (Essert, 2012, p. 50). Em chave semelhante, Moreso observa que afirmações de que razões conflitantes “na maioria dos casos” são excluídas permanecem insuficientemente fundamentadas se não se explica o que determina esse escopo (Moreso, 2024, p. 5). Assim, ao descrever decisões e regras como razões excludentes, torna-se importante delimitar quais razões são afastadas e em que medida, evitando que a exclusão seja entendida como eliminação total de toda consideração prática relevante.

Para os fins desta dissertação, a relevância do escopo não é apenas conceitual, mas diagnóstica: uma parte importante das dificuldades práticas não decorre do fato de existirem razões excluídas, e sim do desacordo sobre quais razões caem dentro

do domínio que a diretiva pretende substituir. Em termos jurídicos, isso aparece como disputa sobre alcance da regra, condições de aplicação, exceções e competência – isto é, sobre o que a norma pretende governar e, portanto, sobre quais tipos de consideração ela pretende retirar do foro decisório apropriado. Essa é uma via direta pela qual a teoria das razões excludentes prepara o terreno para a análise dos casos difíceis.

Essa delimitação pode ser feita sem abandonar o núcleo da tese raziana. Mullins, por exemplo, destaca que o escopo de exclusão tende a ser restrito: mesmo quando uma razão protegida opera, pode continuar sendo apropriado basear o juízo prático em certas razões “externas” ao mérito substantivo da decisão – como, por exemplo, razões de urgência ligadas a um prazo inadiável, que não competem diretamente com o conteúdo da regra, mas com as condições de sua aplicação no contexto. Em ambientes jurídicos, isso costuma acompanhar o âmbito de competência da autoridade que emite a diretiva: o que é excluído normalmente corresponde ao domínio que a regra pretende substituir na deliberação (Mullins, 2020, p. 9). Essa qualificação ajuda a preservar a função racional das razões excludentes: elas encerram um tipo de deliberação (sobre o mérito no âmbito regulado), sem bloquear toda razão possível.

Quando se decide sobre como agir em determinada situação, é possível decidir tornar essa decisão uma regra para todos os casos semelhantes que venham a surgir no futuro. Essa regra pode, ocasionalmente, ser reapreciada a qualquer momento – mesmo que não se esteja diante de um caso concreto –, sem que perca a característica de ser uma regra. Porém, caso seja reapreciada em todas as situações em que se aplicaria, ela deixaria de ser uma regra (Raz, 2010a, p. 66–67). As regras podem se aplicar a várias pessoas²² e vinculá-las, ainda que elas não acreditem em sua validade. Ao adotar uma regra, o agente a acolhe não apenas como uma razão de primeira ordem válida para realizar uma ação, mas também como uma razão excludente, capaz de solucionar conflitos práticos (Raz, 2010a, p. 68).

A caracterização da regra como razão excludente também pode ser descrita em termos de intensidade. Barclay chama atenção para o fato de que uma razão

²² Apesar de desempenharem um papel semelhante ao das decisões no raciocínio prático, as regras não se confundem com elas. As decisões são pessoais e, acima de tudo, não possuem generalidade necessária. Embora existam regras pessoais, uma decisão vincula apenas a pessoa que a tomou, que deve acreditar na validade de sua própria escolha (Raz, 2010a, p. 68).

excludente pode operar proibindo a consideração de algumas razões, e não necessariamente de todas: o funcionamento excludente pode ser entendido como a exclusão de certos tipos de justificativas que, na ausência da regra, contariam contra o curso de ação protegido ou exigido (Barclay, 2024, p. 1180). Essa observação é útil para precisar a noção de “regra” no raciocínio prático: uma regra pode excluir um conjunto determinado de razões (por exemplo, razões de conveniência ou de avaliação de mérito dentro do domínio regulado), sem implicar que toda deliberação prática seja substituída em bloco.

A distinção entre uma decisão e uma regra dotada de autoridade – como a diretiva da autoridade – é que a primeira não é categórica e a última sim. A regra categórica traz uma obrigação, impondo-se aos sujeitos independentemente de suas inclinações (Essert, 2012, p. 73). Isso é o que diferencia a regra categórica de outras razões para ação. Uma regra é válida somente se deve ser seguida, ou seja, se for uma razão excludente válida (Raz, 2010a, p. 68).

Raz aponta outros argumentos para sua conclusão de que regras são razões excludentes. Ele identifica situações em que o sujeito se encontra diante de soluções contrárias, uma determinada pela regra e outra determinada pela ponderação de razões. Nesses casos, há um conflito sobre como agir, pois existem razões válidas apontando para direções diferentes (Raz, 2010a, p. 67–69). Como a exclusão não invalida as razões de primeira ordem, que mantêm sua força normativa mesmo quando excluídas, pode haver divergência entre a conclusão derivada da ponderação das razões de primeira ordem e a conclusão considerando todas as coisas, incluindo a razão excludente. Sobre essa questão, Adams traz o exemplo de um juiz que, diante de um caso concreto, encontra-se na situação em que a ponderação de razão de primeira ordem o faz concluir pela clemência, mas ele não opera dessa forma, pois há uma regra que atua como uma razão excludente que o leva a aplicação de uma pena mais severa. Adams explica que, conforme Raz, as razões excludentes operam impedindo que certos fatos funcionem como razões para ação, sem afetar sua força normativa. As razões excluídas mantêm seu caráter normativo, mesmo quando não podem guiar a ação devido à presença de uma razão excludente (Adams, 2021, p. 3–4).

Raz diz que frequentemente seguimos a regra apesar de sabermos que outro curso poderia ser mais benéfico e que a desobediência naquela situação específica não traria prejuízos para que a regra fosse observada em outras situações. Isso, para

Raz, parece mostrar como a regra é entendida como uma norma impositiva e uma razão excludente para afastar as demais considerações que poderiam levar a um curso diferente de ação do que aquele determinado pela ação normatizada (Raz, 2010a, p. 67–69). Raz defende que as razões excludentes fazem parte do raciocínio prático e que regras impositivas são razões excludentes por natureza (Raz, 2010a, p. 190).

Raz considera as normas impositivas como razões protegidas. Razão protegida é uma razão que combina uma razão de primeira ordem para a realização de uma ação – o ato exigido pela regra – e uma razão excludente – que exclui outras razões que se encontram no escopo daquela regra, sejam favoráveis ou desfavoráveis (Raz, 2010a, p. 190). Portanto, razões protegidas são razões que não apenas excluem outras razões – sendo razões sobre razões – mas que se somam às razões de primeira ordem – sendo razões para agir – acrescentando ao equilíbrio de razões (Raz, 1989, p. 1160). Essert explica que uma forma de entender as razões protegidas é considerando que ela tem duas formas diferentes de derrotar outras razões. Uma pelo aspecto da primeira ordem, quando as razões serão comparadas em força, e outra pelo aspecto da segunda ordem, quando as razões serão excluídas de consideração, o que pode alterar o resultado do equilíbrio de razões (Essert, 2012, p. 54). Nessa função, elas competem por força com todas as outras razões que não forem por si excluídas, enquanto razões excludentes (Raz, 2010a, p. 72).

Esse ponto – de como razões protegidas interagem com razões subjacentes – é precisamente onde surge uma crítica influente. Essert formula um dilema: se o escopo de exclusão incluir também as razões dependentes que justificam o conteúdo da regra, então o agente não poderia agir “pelas razões subjacentes” que a regra pretende capturar, mas se essas razões não forem excluídas, elas tenderiam a ser consideradas duas vezes, pois a regra já incorpora sua força, gerando um problema de dupla contagem no balanço (Essert, 2012, p. 67). A relevância desse dilema, para os propósitos desta seção, é mostrar que o modelo de razões protegidas exige cuidado ao explicar quais razões permanecem operativas na deliberação e quais razões ficam, de fato, fora do conjunto de razões a serem sopesadas.

2.5 NORMAS PROMULGADAS PELA AUTORIDADE

As razões protegidas podem refletir razões subjacentes ou adicionar novas

razões à deliberação. Decisões judiciais tendem a refletir razões subjacentes, já leis legislativas frequentemente criam novas razões para ação, como no caso de uma lei tributária que fixa um valor e uma data específica – situação em que não havia razão prévia para pagar aquele montante naquela data (Raz, 1989, p. 1160–1161). Por isso, na ponderação, razões refletidas não devem ser contadas duas vezes, ao passo que razões criadas passam a integrar o conjunto de razões relevantes (Raz, 2010a, p. 53).

As razões protegidas podem refletir razões subjacentes ou adicionar novas razões à deliberação. Decisões judiciais tendem a refletir razões subjacentes, já leis legislativas frequentemente criam razões para ação, como no caso de uma lei tributária que fixa um valor e uma data específica – situação em que não havia razão prévia para pagar aquele montante naquela data. Por isso, na ponderação, razões refletidas não devem ser contadas duas vezes, ao passo que razões criadas passam a integrar o conjunto de razões relevantes (Raz, 1989, p. 1160–1161).

Raz também descreve normas promulgadas como razões operativas: razões completas que geram uma atitude crítica prática em relação ao comportamento exigido ou proibido. Essa atitude não equivale a aprovação moral, mas explica por que a mera menção da norma pode orientar e explicar a ação. Ele usa esse termo para se referir a razões completas para a prática de uma determinada ação (Raz, 2010a, p. 24–26). Essa estrutura permite compreender por que, no âmbito de seu alcance, regras promulgadas operam de modo preemptivo, substituindo o balanço de razões de primeira ordem por uma diretriz institucional (Raz, 2010a, p. 53 e 191).

A capacidade das regras de vincular sem concordância, contudo, levanta questão crítica: o que diferencia uma autoridade legítima de um simples comando coercitivo? Quando um criminoso ordena ‘entregue seu dinheiro’, ele também busca que você aja de forma que desconsidere suas próprias razões. Mas poucos considerariam isso como autoridade legítima. Para Raz, a diferença fundamental reside em como a autoridade consegue justificar-se aos seus sujeitos.

Em *Razão Prática e Normas*, ele sustenta que normas impositivas podem ser justificadas instrumentalmente como mecanismos para economizar tempo, trabalho e reduzir erros, e distingue razões externas para seguir ordens (como apoiar instituições justas) de um dever geral de obedecer. A norma só realiza esses objetivos se for tratada como razão excludente. Com base nisso, Raz apresenta dois eixos principais de justificação do acatamento: (i) expertise/conhecimento e (ii) coordenação social (Raz, 2010a, p. 57 e 192).

No primeiro eixo, a norma expressa autoridade quando é seguida mesmo sem o sujeito ter todas as informações para verificar seu acerto. O julgamento individual se desloca para uma questão de segunda ordem: em qual autoridade confiar e qual razão excludente adotar. Em contextos de informação limitada, a autoridade pode estar em posição melhor para ponderar e decidir, aumentando as chances de se agir em conformidade com as razões subjacentes (Raz, 2010a, p. 58; Owens, 2008, p. 32–33). Para Raz, é preferível acatar a ordem da autoridade, aumentando a chance de conformidade, do que realizar o balanço de razões. Raz sustenta que essas razões protegidas têm força normativa, caso contrário, não conseguiriam otimizar a racionalidade. Elas precisam ser razões excludentes pela justificação que há em adotar essas normas²³ (Raz, 2010a, p. 58). Adams diz que o argumento de Raz sobre autoridade explica a natureza escalonada da razão prática. Primeiro, decide-se como devemos tomar as decisões de primeira ordem e somente após nos envolvemos na ponderação das razões, para descobrir a opção que deve nos guiar. No caso de ordens de autoridades, reconhecemos a necessidade de seguir a razão excludente, já que essa determina o procedimento que nos levará às maiores chances de escolher corretamente, devido à importância das razões sob a jurisdição das autoridades. A autoridade depende do cumprimento da tese da justificação normal²⁴, que diz que são maiores as chances de conformidade com as razões subjacentes seguindo a ordem da autoridade do que se fosse seguido o próprio julgamento dos sujeitos submetidos à ela (Adams, 2021, p. 4).²⁵

Uma qualificação adicional pode ser obtida ao observar que a expertise opera de modo diverso em tipos distintos de autoridade. Çapar argumenta que a concepção de serviço pretende funcionar como um padrão geral de legitimidade, mas enfrenta um “problema de especificação”: para ser operacional, precisa indicar como sua

²³ Um exemplo de autoridade prática baseada no conhecimento é a atuação da ANVISA na aprovação de vacinas. Os cidadãos e profissionais de saúde seguem sua decisão sem precisar analisar diretamente todos os dados científicos, confiando na expertise da agência. A decisão da ANVISA funciona como uma razão excludente, substituindo a ponderação individual sobre a segurança da vacina. Assim, a questão se restringe a uma decisão de segunda ordem: confiar ou não na autoridade da ANVISA. Essa é a base do argumento para a legitimidade da razão protegida.

²⁴ Esta tese será mais bem apreciada quando da apreciação dos argumentos de Raz a favor da tese das fontes.

²⁵ A literatura crítica, porém, ressalta que “melhor competência” não basta para estabelecer legitimidade política, especialmente quando há coerção e sanções. Himma argumenta que a confiabilidade comparativa do Estado em identificar o que reflete o balanço de razões não justifica, por si só, a imposição de sanções por desobediência, além disso, tratar a tese da justificação normal como condição suficiente tenderia a excluir restrições procedimentais e substantivas que são parte central do problema da legitimidade política. (Himma, 2007, p. 140, 142)

condição de independência e seu teste de legitimidade se aplicam a diferentes espécies de autoridade (parental, política, internacional e autoridades reconhecidas). Essa observação é útil para esclarecer por que exemplos técnicos – como agências regulatórias – parecem intuitivamente mais persuasivos: muitas vezes seu domínio é mais delimitado, e a relação de deferência tende a ser compreendida como circunscrita ao âmbito técnico, o que facilita a identificação do escopo de exclusão e seus limites (Çapar, 2025, p. 1).

No segundo eixo, a autoridade se justifica pela necessidade de coordenação. Problemas de coordenação surgem quando o que se tem razão para fazer depende das escolhas de outros agentes, a mão de trânsito é o exemplo clássico. Se cada um realizasse seu próprio balanço, o resultado poderia ser racionalmente “correto” e ainda assim socialmente desastroso por falta de convergência. A autoridade soluciona isso ao fixar de modo vinculante o que deve ser feito, e essa função só é cumprida se a diretriz for tratada como razão excludente, mesmo quando o balanço individual apontaria para outra conduta (Raz, 2010a, p. 59). Raz observa que autoridades políticas são justificadas principalmente por coordenação, embora a expertise também conte, tribunais ilustram ambas as dimensões, pois combinam especialização decisória com a função institucional de conter e direcionar disputas (Raz, 1989, p. 1164). A tese central que emerge é que regras aumentam a chance de conformidade com razões subjacentes ao deslocar a deliberação do nível de primeira ordem para o de segunda ordem, simplificando o raciocínio prático por meio da preempção (Raz, 2010a, p. 193).

A exclusão não precisa ser compreendida como eliminação indiscriminada de toda deliberação prática, mas como uma reorganização do raciocínio: certas razões de primeira ordem deixam de ser razões pelas quais se deve agir, justamente porque a autoridade assume a tarefa de avaliá-las dentro de um domínio que lhe compete. Moreso reforça que a diretiva da autoridade não deve ser somada ao conjunto inteiro de razões relevantes como se fosse apenas mais um item no balanço, em vez disso, ela opera de modo preemptivo, substituindo algumas razões que, de outro modo, seriam consideradas pelo sujeito (Moreso, 2024, p. 4).

Faggion chama atenção para um ponto que ajuda a evitar uma leitura equivocada da afirmação que “as ordens da autoridade passam a ser as nossas razões”. A tese raziana de preempção é uma tese sobre o papel normativo das diretivas no raciocínio prático – isto é, sobre quais razões devem ou não devem ser

consideradas – e não uma tese sobre os motivos psicológicos efetivos que levam as pessoas a obedecer. Por isso, Faggion sustenta que a preempção é compatível com o truísmo de que o direito aceita a conformidade mesmo quando o agente age “por qualquer motivo” (prudência, conveniência etc.), sem exigir que o sujeito se motive por razões “corretas” ou internalizadas. O resultado é que a diretiva pode funcionar como razão protegida no plano normativo, ainda que a explicação causal da obediência varie de caso para caso (Faggion, 2024, p. 135)

A partir dessas caracterizações – razões protegidas, preempção e as condições de justificabilidade (expertise e coordenação) – fica mais claro porque, em Raz, a autoridade do direito não é um “efeito psicológico” de obediência, mas uma estrutura normativa que só funciona quando inserida em práticas estáveis de reconhecimento, produção e aplicação de diretivas. Em outras palavras, depois de esclarecer como normas promulgadas podem operar como razões completas e preemptivas no raciocínio prático, o passo seguinte é recuar do nível da diretiva individual para o nível do arranjo institucional que torna possível falar em “direito” (e não apenas em comandos isolados): quais são os fundamentos (*grounds*) pelos quais certas normas contam como jurídicas, como elas persistem no tempo e como a institucionalização organiza, publiciza e estabiliza esses padrões.

2.6 O DIREITO COMO INSTITUIÇÃO

A análise do direito pode ser organizada a partir de uma distinção metodológica útil: de um lado, a questão das condições sob as quais uma norma conta como norma jurídica (os fundamentos ou *grounds* da validade), de outro, a questão das condições de existência e persistência de um sistema jurídico (isto é, o que torna um conjunto de normas um sistema de direito em vigor). Essa separação ajuda a evitar que o problema da validade seja confundido com o problema da vigência/eficácia e esclarece por que a teoria do direito transita entre o plano dos critérios de identificação de normas e o plano das práticas institucionais que sustentam um ordenamento (Atiq; Marmor; Sarch, 2001).

Para Joseph Raz, a explicação sobre a natureza do direito está diretamente ligada à análise dos sistemas jurídicos e suas características institucionais (Raz, 1979, p. 148, 2001, p. 205). O direito é um sistema institucionalizado que cria e aplica normas com pretensão de guiar a ação por meio de diretivas que operam como razões

excludentes, isto é, razões de segunda ordem que eliminam a necessidade de ponderação sobre certas questões práticas dentro de um domínio (Raz, 2010a, p. 119). Nesse sentido, a institucionalidade não é um traço accidental do direito: ela integra as condições pelas quais um conjunto de normas pode funcionar como um sistema capaz de orientar condutas e estabilizar decisões.

Raz sustenta que o sistema jurídico possui um caráter factual e social. O direito é factual porque todas as leis possuem uma fonte. A validade de cada norma está condicionada à existência de determinados fatos: a criação e aplicação das leis dependem de instituições legislativas e adjudicativas, ou da adoção de um padrão geral de comportamento pela população, caracterizando um costume. Além disso, a vigência de uma norma também depende da inexistência de fatos que a revoguem. O próprio direito define quais fatos geram novas normas e quais as revogam, regulando-se a si mesmo nesse processo (Raz, 1979, p. 151–152). Essa ênfase nos fatos institucionais é importante para o argumento que será desenvolvido adiante: ela explica por que a identificação do direito, em condições ordinárias, pode ser tratada como uma questão predominantemente fatual, isto é, vinculada a atos, práticas e critérios públicos de produção normativa.

O direito é também social, pois sua vigência depende da adesão da comunidade às suas normas. Ele está em vigor quando exerce impacto real no comportamento das pessoas que integram determinada sociedade, tornando-se um elemento efetivo na organização social (Raz, 1979, p. 151). Raz enfatiza que essa influência prática distingue o sistema jurídico de outros sistemas normativos, pois um direito que não afeta a conduta dos indivíduos perde sua relevância (Raz, 1979, p. 104). Ainda assim, a mera obediência não é suficiente para caracterizar a existência de um sistema jurídico, embora seja um requisito necessário. Para que um sistema esteja vigente, Raz sustenta que duas condições devem ser atendidas: (a) ele deve ser seguido por parcela significativa da sociedade, e (b) deve ser reconhecido e endossado pelos agentes responsáveis por sua aplicação. Importa notar que o grau de conformidade social não precisa ser alto para que o sistema seja considerado vigente (Raz, 2010a, p. 122). A vigência, assim, é um fenômeno social concreto que envolve tanto padrões de conduta quanto atitudes institucionalizadas dos aplicadores do direito (Raz, 1979, p. 103).

A distinção entre os sistemas jurídicos e outros sistemas normativos se dá, principalmente, pela presença de instituições jurídicas responsáveis pela aplicação e

interpretação das normas (Raz, 2010a, p. 147). Raz reconhece que pode haver sistemas normativos nos quais a aplicação das normas não seja realizada exclusivamente por agentes públicos, mas também por particulares autorizados ou, em alguns casos, por estruturas que não permitem o uso da força para sua implementação (Raz, 2010a, p. 130). Ainda assim, para que um sistema de normas seja jurídico, ele deve conter instituições adjudicativas responsáveis por resolver disputas decorrentes da aplicação do direito (Raz, 1979, p. 43), pois a existência dessas instituições é um elemento essencial do direito enquanto sistema (Raz, 1979, p. 105). Entre tais instituições, Raz destaca aquelas que combinam criação e aplicação de normas – os órgãos primários – dotados de autoridade para determinar situações normativas de maneira vinculativa mediante aplicação de normas preexistentes (Raz, 1979, p. 108–110; 2010b, p. 128).

Para que um sistema jurídico seja reconhecido como tal, Raz indica condições estruturais mínimas: (1) possuir normas que estruturam instituições primárias, (2) assegurar que a aplicação das leis seja realizada por essas instituições, e (3) definir os limites de sua abrangência e atuação (Raz, 1979, p. 115). Além disso, ele identifica três princípios que descrevem a forma típica de funcionamento de sistemas jurídicos: abrangência, supremacia e abertura. A abrangência diz respeito à reivindicação de autoridade para regular qualquer comportamento dentro da comunidade em que o sistema opera, a supremacia, ao fato de o direito reivindicar autoridade sobre outras instituições e sistemas normativos coexistentes no mesmo contexto social, e a abertura, à capacidade de validar e incorporar normas externas (como contratos, costumes e normas internacionais) quando e na medida em que o próprio sistema autoriza essa incorporação (Raz, 1979, p. 117–119; 2010b, p. 149–151). Esses traços ajudam a explicar por que o direito, diferentemente de outros sistemas normativos, pretende operar como estrutura abrangente de coordenação e decisão, ao mesmo tempo em que mantém critérios internos para distinguir o que pertence ao direito e o que apenas é por ele reconhecido.

Por fim, a institucionalidade também ajuda a delimitar o alcance da orientação prática que o direito pode oferecer. Mesmo sendo um sistema destinado a estabilizar decisões e guiar condutas, a existência de órgãos aplicadores e de práticas institucionais não elimina, por si só, incompletude, derrotabilidade ou margens decisórias em casos concretos. Como observa Green ao comentar Raz, tratar sistemas jurídicos como instituições delimitadas não implica que suas diretivas

resolvam integralmente todas as questões práticas: é compatível com a existência de discricionariedade e indeterminação quando as diretivas não determinam conclusivamente a resposta no caso concreto (Green, 2005, p. 504 e 508).

Essa observação é especialmente relevante para o fio condutor da dissertação: a institucionalidade explica por que, em muitos contextos, o direito pode operar com estabilidade e identificabilidade pública, mas também prepara o terreno para compreender por que, em outros contextos – especialmente nos casos difíceis – a determinação do conteúdo jurídico deixa de ser unívoca e o problema dos limites das fontes e da autoridade retorna com força.

A razão pela qual precisamos de estruturas públicas de coordenação não é apenas a complexidade social, mas o fato de que, em sociedades pluralistas, há desacordos persistentes e muitas vezes razoáveis sobre o que conta como melhor decisão. É aqui que o pluralismo axiológico entra no argumento não como um “tema lateral” de teoria moral, mas como uma condição que pressiona o direito a oferecer orientação comum mesmo quando não há métrica única para comparar valores em conflito. Assim, ao avançar para o pluralismo e a incomensurabilidade, o que se busca esclarecer é o cenário de desacordo que torna a autoridade jurídica ao mesmo tempo necessária e problemática: necessário porque estabiliza escolhas coletivas, problemático porque essa estabilização precisa ocorrer sem pressupor consenso moral – exatamente o que reabre, nos hard cases, a pergunta sobre até onde fontes e instituições conseguem sustentar a objetividade e a autoridade do direito.

2.7 PLURALISMO AXIOLÓGICO E INCOMENSURABILIDADE

A questão do pluralismo axiológico e da incomensurabilidade de valores ocupa um lugar central na filosofia de Raz. Esses conceitos atravessam sua reflexão sobre o valor e sobre o modo como as razões orientam a ação humana, oferecendo uma via para compreender por que sistemas normativos – em especial o jurídico – se tornam necessários como mecanismos de orientação e coordenação social. Como observa Green, é útil tratar o pluralismo de valores não como um anexo moral ao positivismo raziano, mas como um tema que permanece no centro do projeto teórico de Raz, ao lado da natureza do direito e da justificação da autoridade (Green, 2005, p. 504). McCabe observa que pluralismo de valores e o apelo a práticas sociais são preocupações mutuamente reforçadoras, e não rotas concorrentes (McCabe, 2001, p.

493). O pluralismo, portanto, pressiona a teoria de Raz a explicar como coordenação é possível sob desacordo razoável.

Para Raz, há diferentes maneiras valiosas de viver, cada uma exprimindo virtudes próprias. Em condições humanas ordinárias, certos ideais de vida competem pelo tempo, pela atenção e pelos compromissos da mesma pessoa (Raz, 1988, p. 159). É por isso que Raz fala em virtudes incompatíveis: valores que formam um conjunto heterogêneo e que não podem ser plenamente concretizados em conjunto por um único indivíduo, nem em sua máxima intensidade (Raz, 2010b, p. 399) – como ocorre entre uma vida orientada à ação e outra à contemplação, ou na tentativa de reunir integralmente as virtudes de uma freira e de uma mãe (Raz, 1988, p. 159).

Em certos conflitos práticos, isso significa que a comparação entre valores falha: não é verdade que uma opção seja melhor que a outra, mas tampouco é verdade que sejam igualmente boas (Raz, 2010b, p. 324–326). Nesses casos, não há uma métrica única e conclusiva capaz de resolver certos conflitos de valor. Em situações de pluralismo, decisões podem refletir preferências, gostos ou projetos pessoais sem que isso implique erro de deliberação²⁶ (Raz, 2003, p. 196).

A consequência mais importante, para os nossos propósitos, é que o pluralismo e a incomensurabilidade tornam o desacordo moral persistente entre indivíduos um dado estrutural explicativo – e não, por si só, um sinal de erro ou irracionalidade (Faggion, 2019, p. 92). Pessoas racionais, bem-informadas e de boa-fé podem e irão discordar profunda e legitimamente sobre qual curso de ação seguir e qual valor priorizar. O desacordo não é reflexo de ignorância ou de vaguidade dos conceitos, nem implica que os conflitos de julgamento de valor sejam meras diferenças de gosto (Raz, 2005, p. 7). A implicação do desacordo de valores é que, em certos conflitos práticos, não se pode determinar uma resposta certa no sentido de uma derrota conclusiva de uma alternativa por outra: razões em conflito podem persistir sem se anularem, e nenhuma opção derrota definitivamente a concorrente (Faggion, 2019, p. 92). A impossibilidade de obter um único resultado racional não implica arbitrariedade: indica que a estrutura das razões está enraizada na própria estrutura do pensamento prático humano (Raz, 1986, p. 132).

Em contextos de pluralismo, procedimentos públicos e estáveis podem ser

²⁶ A literatura nem sempre usa do mesmo modo “incommensurability” e “incomparability”, e que há propostas de distinção conceitual entre esses termos (Chang, 2013, p. 2592, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, p. 2).

vistos como especialmente importantes para resolver controvérsias sem que preferências morais particulares se convertam, por si, em critério decisivo de decisão coletiva (Faggion, 2019, p. 77 e 94). Neste ponto, vale a cautela de Fives: não se segue do pluralismo, por derivação automática, uma prioridade geral da tolerância, o mais que uma linha pluralista pode sustentar é que a tolerância é um valor entre outros, sem regra geral que lhe assegure preeminência (Fives, 2021, p. 1).

Isso coloca um desafio prático essencial: como coordenar a ação coletiva quando há desacordo profundo? A resposta de Raz é que a autoridade jurídica fornece uma solução de coordenação que não exige consenso moral. Como observa Green, em muitas situações pode ser mais importante ter uma solução comum do que ter “a melhor” solução, e, uma vez fixada uma solução de assentamento, há razões para conformar-se a ela e sustentá-la (Green, 2005, p. 510–511). Essa é uma das chaves para entender por que, na reconstrução raziana, a autoridade precisa fornecer razões que substituem a deliberação individual, operando como razões excludentes.

Contudo, para que essa coordenação funcione – não como mera imposição – é decisivo que o direito possa operar como ponto público de referência: os sujeitos precisam conseguir identificar o direito e aplicá-lo sem realizar um “trabalho moral de primeira ordem”, permanecendo “no domínio das fontes” (Green, 2005, p. 508). Ao mesmo tempo, como Green observa, Raz concebe sistemas jurídicos como instituições delimitadas cujos requisitos são frequentemente incompletos ou derrotáveis, deixando espaço relevante para discricionariedade (Green, 2005, p. 504). Essa tensão – entre a necessidade de publicidade/determinabilidade para coordenar e a possibilidade de incompletude/derrotabilidade – leva-nos a seguinte questão: como a autoridade pode oferecer respostas simultaneamente determinadas e compartilhadas sem exigir convergência sobre valores? É precisamente esse tipo de problema que Raz buscará enfrentar por meio da tese das fontes.

Nesse contexto, a tese das fontes entra em cena como uma necessidade institucional: oferecer um critério público de identificação capaz de sustentar coordenação sem exigir unidade moral. Em outras palavras, a tese das fontes promete transformar o ideal de publicidade – decisivo para que o direito funcione como referência comum – em um método de identificação. Um mecanismo que permitiria ao direito estabilizar conteúdo e produzir convergência decisória em condições reais de desacordo.

2.8 CONVERGÊNCIA SOBRE SIGNIFICADO COMO CONDIÇÃO²⁷ DE POSSIBILIDADE DA AUTORIDADE JURÍDICA EM CONTEXTO DE PLURALISMO DE VALORES

A questão de saber se é possível estabelecer uma autoridade partilhada sem a imposição de valores morais universalmente acordados é crucial para a filosofia prática contemporânea. Para Raz, a possibilidade de autoridade partilhada depende, em grande medida, de uma convergência sobre significado – isto é, de um uso compartilhado de conceitos e critérios linguísticos – e não de um acordo substantivo sobre o valor moral inerente às diretivas (Raz, 2003, p. 138; 2009, p. 70). A viabilidade dessa configuração repousa numa distinção metodológica: pode haver compreensão partilhada do vocabulário normativo mesmo quando persiste desacordo avaliativo profundo sobre o mérito, a justiça ou a legitimidade do que é dito/exigido.

Nesse contexto, o direito, enquanto estrutura de autoridade, tem a função de fornecer padrões comuns para orientação da ação. Contudo, a eficácia do direito como guia de conduta exige que seus padrões sejam públicos e acessíveis aos sujeitos. A autoridade jurídica depende de um mínimo de linguagem compartilhada, porque sem isso as diretivas deixam de ser um ponto público de referência e passam a ser apenas mais um motivo de disputa. Essa ideia esclarece como padrões públicos podem orientar a ação mesmo sob desacordo moral persistente: a autoridade pode funcionar com base em conteúdos semanticamente estabilizados por práticas sociais, ainda que a discordância comece no nível do mérito. (Raz, 2009, p. 224). Raz insiste na natureza social dos conceitos: o desacordo pressupõe algum grau de acordo. Discutir o que a lei exige ou se uma autoridade é legítima pressupõe que os participantes compartilhem, ao menos em grande medida, os conceitos mobilizados no debate (por exemplo, “lei”, “autoridade”, “obrigação”). Raz rejeita a visão individualista segundo a qual cada pessoa fixaria seus próprios critérios para o conceito, ao contrário, conceitos são artefatos sociais, determinados pelas regras e práticas que governam seu uso numa comunidade de falantes (Raz, 2009, p. 62–63 e 133–134).

Bix nos diz que a inteligibilidade do significado depende de um consenso prático na aplicação dos termos — aquilo que, nos *plain cases*, aparece como “*general*

²⁷ Neste item, “condição de possibilidade” significa condição mínima para que o direito possa coordenar e guiar a ação como autoridade pública – isto é, para que suas diretivas sejam compreendidas e aplicadas sem exigir convergência moral.

agreement in judgments as to the applicability of the classifying terms” (Bix, 1991, p. 52). Esse ponto ajuda a explicar como o discurso jurídico permanece possível: se não fosse possível comunicar padrões gerais compreensíveis por muitos, “nada que reconhecemos como direito poderia existir” (Bix, 1991, p. 53). Ao mesmo tempo, sua advertência é metodologicamente importante: Hart não deve ser lido como se estivesse fundando a discricionariedade judicial na natureza da linguagem; a tese é melhor entendida como um argumento sobre como regras/textos devem funcionar na prática institucional, e não como se o significado, por si só, garantisse determinabilidade completa (Bix, 1991, p. 51 e 66). Por isso, não se deve “inflar” o papel da linguagem: embora possa haver convergência e até formação de consenso em casos de fronteira, isso “*will do little to mitigate the problem of ‘open texture’*”, pois novos borderline cases podem sempre surgir (Bix, 1991, p. 54–55). Assim, a estabilização semântica explica a base comum do debate, mas não elimina zonas de subdeterminação.

Essa ressalva prepara um refinamento: para evitar que a convergência semântica seja confundida com uniformidade conceitual perfeita, vale considerar a alternativa de Plunkett e Sundell. Em certos “desacordos de base” (*bedrock legal disputes*), os participantes podem estar engajados numa negociação metalinguística (*metalinguistic negotiation*) — isto é, um tipo de desacordo em que usos metalinguísticos expressam disputa sobre *conceptual ethics* (Plunkett e Sundell, 2014, p. 248). Nesses casos, o que está em jogo pode ser como um termo deve ser usado naquele contexto — por exemplo, o que deve contar como o direito — mesmo quando há concordância sobre os fatos empíricos relevantes (Plunkett e Sundell, 2013, p. 268). Essa moldura é útil para delimitar onde e por que a convergência pode falhar: justamente nos pontos em que se disputa a própria moldura conceitual que estabiliza a prática, algo que os autores sustentam ser especialmente esperado no direito e relevante para parte dos hard cases (Plunkett e Sundell, 2014, p. 267). Além disso, isso não implica que o debate se reduza a um simples “falar um ao lado do outro”: mesmo quando há divergência sobre o que significa direito em jogo, isso não autoriza concluir automaticamente que não há desacordo genuíno (Plunkett e Sundell, 2014, p. 267).

Feita essa qualificação, o ponto central permanece: disputas avaliativas frequentemente começam depois de assegurada uma base comum mínima de significado. Duas pessoas podem concordar sobre o que uma diretiva exige (conteúdo

fatual da regra) e divergir profundamente sobre sua legitimidade moral (Raz, 2009, p. 70 e 344). É essa separação – entre identificação do conteúdo e avaliação do mérito – que permite que razões excludentes operem: a autoridade pode fornecer uma razão protegida cuja aplicação não depende de concordância moral, desde que o conteúdo seja identificável por critérios públicos.

A tese das fontes entra, então, como uma tentativa de institucionalizar essa publicidade: transformar determinados fatos sociais (textos, decisões, práticas) em critérios reconhecíveis de identificação do direito. Se a autoridade pretende substituir a deliberação individual, ela precisa de um modo de dizer “o que conta como direito” que seja público, identificável e relativamente estável. É por isso que, no capítulo seguinte, a tese das fontes é tratada não como uma tese classificatória, mas como a aposta metodológica que sustenta a própria pretensão de autoridade em Raz – e que, por isso, concentra também os limites do modelo quando a prática entra na zona de penumbra.

3 A TESE DAS FONTES

Após reconstruir a teoria das razões excludentes de Raz e compreender como o pluralismo axiológico justifica a necessidade de autoridade jurídica, o presente capítulo examina como a tese das fontes sociais do direito oferece o critério objetivo de identificação que essa teoria da autoridade pressupõe.

Este capítulo busca demonstrar como as razões excludentes fornecem a estrutura conceitual necessária para sustentar a identificação do direito sem recurso a argumentos morais – em casos claros e em muitas situações práticas. Contudo, ao lado dessa demonstração de força, o capítulo conduz também uma análise crítica interna: investiga os limites estruturais da tese quando enfrenta lacunas e indeterminação jurídica. A análise parte da tese das fontes e de sua exigência de que o direito seja identificado exclusivamente por critérios sociais, explorando como o argumento da autoridade e a natureza institucional do direito fundamentam essa tese. Simultaneamente, investiga se a compatibilidade institucional consegue preservar uma identificação independente de moralidade. Compreender o alcance dessa tese é essencial para analisar a crítica de Dworkin a Raz e, em seguida, examinar em que medida a proposta de Schauer pode contornar (ou ao menos acomodar) essa crítica, preservando o núcleo positivista da identificação do direito em contextos de indeterminação.

A tese das fontes promete um ganho institucional real – previsibilidade, controle, coordenação -, e é esse ganho que se perde se a identificação do direito passa a depender, de maneira ordinária, de disputas morais abertas. Um modo útil de “medir” esse ganho, na literatura recente sobre convergência, é notar que a prática jurídica precisa explicar não só por que há desacordo em casos difíceis, mas por que há acordo suficiente em larga escala: é essa “capacidade de acordo” que sustenta coordenação e estabilidade, mesmo entre participantes que divergem quanto ao mérito (Watson, 2023, p. 21–23). Porém, devemos considerar o ponto de fricção: quando o caso é difícil, a prática não “para”, e a teoria precisa explicar como a decisão continua sendo jurídica sem dissolver o critério de validade em argumentação valorativa não ancorada.

3.1 POSITIVISMO E A TESE SOCIAL

Para compreender essa investigação, é necessário situar Raz dentro da tradição mais ampla do positivismo jurídico. Embora o presente capítulo se concentre especificamente na análise crítica interna da tese das fontes, será importante compreender como Raz chega a essa posição, qual é sua linhagem filosófica e como sua abordagem difere de outras variantes do positivismo. Isso permite não apenas compreender melhor a estrutura de sua resposta, mas também identificar com mais precisão onde seus limites estruturais se mostram mais sensíveis. A transição que segue situa Raz no panorama do pensamento jurídico, antes de mergulhar na investigação específica da tese das fontes e seus desafios.

O positivismo jurídico, enquanto corrente filosófica, desenvolveu diversas interpretações sobre a natureza do direito e seus fundamentos. Joseph Raz está entre os principais expoentes dessa tradição. Discípulo de H. L. A. Hart, Raz insere-se na tradição da filosofia do direito que busca uma análise crítica e racional dos sistemas jurídicos. Seu objetivo é examinar o direito de maneira objetiva, desprovida de influências morais, a fim de desmistificá-lo (Raz, 1979, p. 37).

Diferentemente de Hart, que introduziu a distinção entre regras primárias e secundárias para explicar a estrutura do direito, Bix observa que a influência de Raz no positivismo contemporâneo se deve em grande medida ao modo como ele combina a tese social com a ênfase na autoridade, tornando Raz um dos principais defensores do que se convencionou chamar de positivismo exclusivo (ou *hard positivism*) (Bix, 2021, p. 349).

Raz evita categorizações rígidas, afirmando que sua própria teoria não deve ser classificada estritamente como positivista, pois considera essa distinção imprecisa e pouco útil, preferindo se remeter a “teorias dentro da tradição positivista” (Bix, 2021, p. 354). Ainda assim, sua abordagem é amplamente interpretada dentro dessa tradição, pois mantém o compromisso com critérios formais e institucionais na definição do direito.

O positivismo jurídico não constitui uma doutrina homogênea, mas um campo teórico diversificado. Raz rejeita a noção de um núcleo essencial positivista, argumentando que a única maneira de compreender essa tradição é pela análise de suas teses centrais, reconhecendo que não há consenso absoluto entre os teóricos sobre tais teses (Raz, 1979, p. 37). Essa cautela com “rótulos” é também destacada

por Bix, que chama atenção para o quanto as divisões em “escolas” podem ser pouco informativas e até distorcidas, sobretudo quando servem para simplificar debates cujo desacordo real é mais fino e metodológico (Bix, 2021a, p. 349).

As principais teses do positivismo são: a tese social, a tese moral e a tese semântica. A tese social sustenta que a identificação do direito é uma “questão de fato social”. A tese moral afirma que o valor moral do direito é contingente, dependendo do conteúdo das normas e das circunstâncias sociais em que são aplicadas. Já a tese semântica defende que termos como direitos e deveres possuem significados distintos em diferentes âmbitos normativos. Para Raz, a tese fundamental do positivismo é a tese social, que se mantém independente das demais. Ele argumenta que essas outras teses não são uma consequência lógica da tese social. Determinar o que é direito e o que não é, enquanto questão de fato social, não implica qualquer juízo sobre a capacidade desses fatos de conferir mérito moral à lei. Além disso, o fato de que, ao utilizarmos linguagem normativa, nem sempre estamos endossando a lei como “moralmente vinculativa” não significa que os termos direitos e deveres assumam significados distintos no contexto jurídico e no contexto moral (Raz, 1979, p. 38–39).

A tese social, nesse quadro, é apresentada por Raz como a espinha dorsal do positivismo jurídico e, em sua formulação mais forte, será reelaborada como tese das fontes. Ele distingue duas vertentes dentro dessa tese: (a) *“Uma condição social é necessária para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica apenas se atender a uma condição social”*, (b) *“Uma condição social é suficiente para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica se atender à condição social.”* (Raz, 1979, p. 40).

A primeira dessas vertentes corresponde ao que Raz denomina tese social fraca, que admite a incorporação de padrões morais ao direito, desde que haja normas determinando sua aplicação na resolução de disputas. Assim, em certos casos, a identificação do direito vigente pode exigir um juízo moral (Raz, 1979, p. 45). No entanto, Raz critica essa vertente por gerar confusão entre a normatividade jurídica e as implicações morais que dela podem advir. Ele enfatiza a necessidade de distinguir entre o que uma norma expressamente estabelece e as consequências morais que dela decorrem (Raz, 2001, p. 230). O procedimento legal, segundo ele, é estruturado para que as autoridades expressem sua visão sobre as obrigações impostas aos cidadãos. Esse procedimento envolve tanto a formulação de normas quanto

convenções de interpretação, que podem, em certos contextos, modificar o significado atribuído a um termo específico. Negar que o legislador tenha intenção de manifestar determinada visão dentro desse procedimento seria, segundo Raz, “*negar que eles saibam o que estão fazendo ao fazer a lei*”. Além disso, equivaleria a desconsiderar a importância do procedimento legal dentro da sociedade (Raz, 2001, p. 236–237). Raz também argumenta que é impossível determinar qual seria a decisão de um legislador caso este tivesse conhecimento prévio de todas as consequências de sua norma, tornando inviável a imputação dessa visão a ele (Raz, 2001, p. 232–233). Ele ressalta que atribuir intenções e visões a instituições jurídicas é um processo complexo, uma vez que estas são compostas por múltiplos agentes e se desenvolvem ao longo do tempo (Raz, 2001, p. 231). Assim, embora cada mudança na lei reflita a intenção de uma autoridade, o conjunto das normas não pode ser atribuído a um único agente específico. Raz reconhece que essa característica pode, por vezes, gerar consequências repreensíveis, mas enfatiza que isso não ocorre necessariamente (Raz, 2001, p. 234). Para Raz, pode ser um defeito moral do direito não permitir que os tribunais considerem certos fatores relevantes, mas isso não significa que o direito deva abarcar todas as considerações possíveis. Ele sustenta que a existência do direito é preferível à sua ausência, pois a insegurança jurídica poderia gerar instabilidade e incentivar abusos. Como ele afirma: “*A incerteza frustra expectativas, impede o planejamento, encoraja abusos da lei ao fomentar tentativas de explorar suas margens vagas, e, muito frequentemente, policiar tais leis envolve intromissões na vida privada dos indivíduos.*” (Raz, 1979, p. 31).

Dessa forma, Raz considera a tese social fraca insuficiente para caracterizar o positivismo jurídico, pois admite a necessidade de recorrer a argumentos morais para identificar a lei (Raz, 1979, p. 47). Isso compromete a autonomia do direito em relação à moralidade, uma vez que sua determinação dependeria, em alguns casos, de avaliações morais externas ao próprio sistema jurídico. Para Raz, essa flexibilidade torna a tese social fraca inadequada como fundamento exclusivo de uma teoria do direito, pois não atende plenamente ao critério de separação entre direito e moralidade que ele considera essencial ao positivismo jurídico (Neiva, 2023, p. 63).

A segunda vertente apresentada por Raz corresponde à tese social forte. Sustenta que a existência e o conteúdo do direito são determinados exclusivamente por fatos sociais. Posteriormente, Raz reformula essa concepção e a denomina tese das fontes, reafirmando que o direito deve ser identificado unicamente por suas fontes

sociais, sem depender de considerações morais ou de outros critérios extrajurídicos (Raz, 1979, p. 46–47). Ao contrário da tese social fraca, a tese forte estabelece um critério de suficiência mais rigoroso, restringindo as teorias compatíveis com essa visão (Neiva, 2023, p. 62).

Um ponto importante aqui – que ajuda a situar por que Raz insiste nessa independência – é que, em Hart, a própria regra de reconhecimento pode contingentemente incorporar critérios morais (por exemplo, princípios de justiça ou valores substantivos) sem que isso altere o fato de que tais critérios só contam como direito porque foram socialmente aceitos como critérios últimos de validade (Hart, 1998, p. 204). É justamente esse tipo de possibilidade que demarca a fronteira entre versões inclusivas e exclusivas do positivismo, e contra a qual Raz formula sua versão mais exigente da tese social (Bix, 2021, p. 350).

O motivo para insistir nessa passagem – da tese social à tese das fontes – é que ela mostra onde está a ambição raziana. Não apenas em dizer que o direito “tem base social”, mas sustentar que o conteúdo do direito é identificável por critérios sociais sem recorrer ao mérito. Vale notar que essa distinção (inclusivo/exclusivo) aparece aqui com função instrumental: ela delimita o tipo de resposta que pode ser dado ao problema dos *hard cases*. Se a identificação do direito puder depender, ainda que em parte, de argumentos morais, a teoria ganha flexibilidade para decidir na penumbra – mas perde, em alguma medida, a promessa de neutralidade que sustenta a autoridade como transferência de decisão. Se, ao contrário, a identificação do direito tiver de permanecer ancorada em fontes, a teoria preserva a separação metodológica entre identificar e justificar, mas assume o ônus de explicar como a prática decide quando as fontes não determinam o resultado. É exatamente esse que torna a tese das fontes o centro do argumento desta dissertação.

3.2 A TESE DAS FONTES

A tese das fontes, em uma explicação precária conforme apresentada por Raz, determina que qualquer teoria jurídica completa e aceitável deve fornecer critérios para estabelecer tanto a existência quanto o conteúdo das normas jurídicas, e esses critérios devem basear-se exclusivamente em fontes sociais (Raz, 1979, p. 39–40). Para ele, a tese das fontes aborda dois problemas fundamentais na filosofia do direito: a validade e o conteúdo (interpretação) das normas jurídicas (Neiva, 2023, p. 63–65).

As fontes jurídicas, nessa perspectiva, são os fatos que fundamentam a validade do direito e definem seu conteúdo. Raz não restringe esse conceito apenas a fontes formais, como leis parlamentares ou precedentes judiciais, mas também inclui as chamadas fontes interpretativas. Ele argumenta que o direito não se encontra isolado em um único ato normativo, mas resulta de uma multiplicidade de fatores institucionais e práticos (Raz, 1979, p. 47–48)

Esta identificação do direito por suas fontes sociais é possível porque as normas jurídicas funcionam como razões excludentes, que afastam a necessidade de avaliar seu mérito moral. A capacidade das razões excludentes de excluir outras considerações do raciocínio prático permite que o direito opere através de critérios puramente sociais e supere desacordos valorativos. A tese das fontes explica como é possível que indivíduos, um dos quais considera a lei ilegítima e o outro a aceita moralmente, ainda assim concordem sobre o que a lei prescreve (Raz, 2009, p. 344)

No positivismo jurídico, a existência do direito é uma questão de fato social, enquanto sua avaliação moral constitui um processo distinto. Para Raz, uma norma jurídica tem uma fonte quando seu conteúdo pode ser identificado sem recorrer a argumentos valorativos. Dessa forma, a determinação do direito não exige juízos morais, e declarações jurídicas podem ser formuladas sem qualquer justificativa moral (Raz, 1979, p. 47 e 158; 2001, p. 205).

Na tese das fontes, a moralidade não se incorpora ao direito, mesmo quando a lei remete o julgador a considerações morais. Nesses casos, padrões morais são tratados como normas externas, de forma análoga à aplicação de legislações estrangeiras por tribunais nacionais: ainda que possam influenciar a decisão, não passam a integrar o ordenamento jurídico local (Raz, 1979, p. 46). Assim, a relação entre direito e moralidade é contingente e circunstancial (Raz, 2001, p. 210).

A tese das fontes não impõe limites às premissas que um juiz pode utilizar em sua argumentação, mas estabelece critérios para identificar o que faz parte do direito. Um magistrado pode recorrer a fundamentos morais ou econômicos ao decidir um caso, mas cabe ao teórico positivista determinar se esses fundamentos pertencem ao ordenamento jurídico ou se operam como considerações externas. Como Raz explica, quando uma questão jurídica não encontra resposta nas fontes legais, os tribunais necessariamente preenchem essa lacuna, desenvolvendo o direito com base em considerações extrajurídicas (Raz, 1979, p. 50).

A tese, portanto, não define quais premissas são legítimas no raciocínio

jurídico, mas sim quais pertencem ao direito. Seu critério de identificação baseia-se exclusivamente em fatos sociais, sem recorrer a argumentos morais (Raz, 1979, p. 39). No entanto, isso não significa que as normas jurídicas sejam apenas guias neutros para a decisão: todas as normas, por sua própria natureza, possuem um caráter excludente, ou seja, elas reivindicam primazia sobre outras razões que poderiam ser consideradas na deliberação judicial. Ainda assim, isso não implica obediência absoluta, pois juízes podem derrotar normas jurídicas em certas circunstâncias (Raz, 2001, p. 213). Além disso, algumas normas jurídicas podem permitir que fatores morais, econômicos ou políticos sejam levados em conta como parte do próprio direito (Raz, 1979, p. 30).

Raz também enfatiza que a tese das fontes é compatível com diferentes regras de interpretação, que variam entre os sistemas jurídicos. No entanto, ela apenas afirma que a interpretação é uma questão de fato, devendo refletir a visão institucionalmente aceita dentro do ordenamento jurídico. Ele esclarece que essa discussão aborda a natureza e os limites do direito enquanto sistema normativo, não a forma de resolução de casos específicos pelos juízes (Raz, 2001, p. 233).

Raz ressalta que a tese das fontes não implica que toda norma jurídica seja explicitamente formulada. Elementos implícitos podem ser juridicamente vinculativos, o que significa que a tese não se limita a um modelo de “conteúdo explícito”. O fato de que nem todas as consequências morais são incorporadas ao direito não impede que algumas reflitam a intenção da autoridade legisladora ao emitir a norma. Em outras palavras, pode haver uma moralidade subjacente que, embora não esteja expressa, decorre do significado jurídico da norma e, portanto, integra o direito (Raz, 2001, p. 230).

Além disso, Raz enfatiza que a tese das fontes não pressupõe uma posição ética não-naturalista. Um fato social pode coincidir com um fato moral sem perder sua capacidade de ser fonte de direito. No entanto, a norma jurídica o será em virtude de sua origem social, e não por corresponder a uma obrigação moral. Mesmo que a moralidade social evolua, o fato que fundamenta a norma permanece como fonte de direito, mantendo-se autônomo em relação a implicações morais (Raz, 2001, p. 235).

Para Raz, a tese das fontes reflete e explica nossa concepção de direito. Ao avaliar decisões judiciais, normalmente distinguimos entre sua validade legal e seu mérito moral. Podemos considerar uma decisão legalmente correta, mas moralmente questionável. Assim, argumentos morais não são vistos como um caso especial de

aplicação do direito, mas contrastam com argumentos estritamente legais. É comum entender que, ao recorrerem a argumentos morais, os juízes estão criando direito, enquanto, ao aplicarem normas estabelecidas, apenas interpretam e aplicam a legislação vigente. Além disso, distinguimos entre normas claramente estabelecidas e questões em aberto, que exigem a utilização de argumentos extrajurídicos para serem resolvidas (Raz, 1979, p. 48–49)

A tese das fontes, segundo Raz, explica essa diferenciação. Quando uma norma está estabelecida, ou seja, há uma fonte vinculante que determina a solução do caso, os juízes identificam seu conteúdo recorrendo a suas habilidades técnicas jurídicas, sem necessidade de avaliações morais. No entanto, quando a lei não oferece uma resposta clara, os tribunais exercem discricionariedade, elaborando novas normas com base em considerações extralegais, sejam elas morais ou de outra natureza (Raz, 1979, p. 49–50). Assim, a tese das fontes reconhece o papel criativo dos tribunais na formação do direito, especialmente em contextos interpretativos (Raz, 2001, p. 234).

Raz destaca que a tese das fontes identifica uma função essencial do direito: fornecer padrões publicamente verificáveis que vinculem os membros da sociedade, impedindo que alguém se exima de sua conformidade apenas questionando a justificativa normativa (Raz, 1979, p. 52). A tese das fontes, portanto, depende fundamentalmente da teoria das razões excludentes para explicar como o direito pode ser identificado sem recurso a argumentos morais. São as razões excludentes que permitem que normas jurídicas operem independentemente de seu conteúdo, possibilitando sua identificação exclusivamente por critérios sociais.

Para sustentar essa posição, Raz recorre ao argumento da autoridade, que, segundo ele, captura uma visão fundamental sobre a função do direito (Raz, 1979, p. 50). A seguir, examina-se a estrutura desse argumento e sua relevância para a tese das fontes.

3.3 O ARGUMENTO DA AUTORIDADE A FAVOR DA TESE DAS FONTES

A relação entre a tese das fontes e a reivindicação de autoridade demonstra que o direito não é apenas um sistema normativo, mas um sistema que necessariamente se apresenta como uma autoridade legítima em potencial, independentemente de sua efetiva legitimidade. Essa reivindicação não é apenas um

elemento externo, mas parte essencial da estrutura e do funcionamento do direito enquanto ordenamento jurídico (Raz, 2010b, p. 148).

O direito precisa estabelecer padrões publicamente verificáveis para orientar o comportamento social de maneira objetiva e acessível. A normatividade jurídica torna-se vinculativa justamente porque as instituições que reivindicam autoridade determinam os comportamentos que devem ser seguidos na sociedade. Esses padrões, além de orientar a conduta individual e coletiva, facilitam a cooperação social, garantindo previsibilidade e estabilidade na aplicação do direito. Isso faz parte da própria justificativa do direito positivo (Raz, 1979, p. 51).

Para Raz, uma regra juridicamente vinculante corresponde a uma decisão autoritativa, o que significa que a sociedade reconhece uma instituição como detentora de autoridade para estabelecer padrões normativos, independentemente de serem justificáveis moralmente ou sob qualquer outro critério externo. Esses padrões devem ser objetivamente identificáveis, sem a necessidade de recorrer a considerações morais ou valorativas. Isso ocorre porque as normas jurídicas derivam da atividade institucional e são publicamente verificáveis (Raz, 1979, p. 51–52).

A tese das fontes desempenha um papel essencial na explicação da função subjacente do direito: fornecer padrões normativos publicamente verificáveis, independentemente de justificações morais ou políticas, para regular a vida social (Raz, 1979, p. 51). A concepção de que toda norma jurídica deve ter uma fonte é um correlato necessário da tese da autoridade, pois sem a tese das fontes, os indivíduos precisariam refazer os argumentos morais para identificar o que foi decidido pela autoridade, o que violaria o caráter preemptivo das diretrizes autoritativas. É essa característica que assegura que o conteúdo do ordenamento jurídico seja determinado de forma objetiva e neutra em relação a valores. Para Raz, a validade de uma norma depende exclusivamente de sua origem institucional, ou seja, de uma ação ou série de ações cujo critério de identificação é objetivo. Assim, considerações morais e políticas não devem interferir na determinação do que constitui direito (Raz, 1979, p. 152).

Raz sustenta que, para cumprir sua função mediadora, as normas jurídicas precisam ser claramente identificáveis como derivadas de uma autoridade legítima e como expressão institucional do direito, seja de forma explícita ou por implicação. Esse reconhecimento só pode ocorrer com base em fundamentos factuais, pois argumentos morais não são úteis para determinar o que a autoridade efetivamente

decidiu, apenas para indicar o que ela deveria ter decidido (Raz, 2001, p. 231).

Compreender o direito como uma autoridade levanta a questão sobre a estrutura institucional por meio da qual ele exerce esse papel. Assim, torna-se fundamental examinar o direito não apenas como um conjunto de normas, mas como um corpo normativo institucionalizado. Apesar das diversas justificativas propostas por filósofos positivistas para sustentar a tese social, Raz enfatiza que sua principal fundamentação está no fato de que o direito é, essencialmente, uma instituição social (Raz, 1979, p. 42).

Para aprofundar a análise da autoridade jurídica, é indispensável considerar sua dimensão institucional e os mecanismos que sustentam seu funcionamento normativo. Raz sustenta que todos os sistemas jurídicos municipais contêm instituições primárias, que desempenham um papel central na estrutura do direito e na sua função social (Raz, 1979, p. 111). Os tribunais são um exemplo desse conceito, pois possuem autoridade para emitir decisões vinculantes sobre situações jurídicas, contribuindo para a definição das condições normativas (Raz, 1979, p. 108; 2010b, p. 131). Além disso, exercem outras funções, como a criação de normas por meio de precedentes, a formulação de regras gerais, a emissão de ordens e a determinação autoritativa de fatos (Raz, 1979, p. 110).

Os tribunais desempenham um papel essencial ao proferirem determinações aplicativas vinculativas, as quais estabelecem direitos e deveres dos indivíduos em casos concretos. Essas decisões estão relacionadas a julgamentos declaratórios (Raz, 1979, p. 110). Uma visão simplista (criticada por Raz) sugere que, quando uma decisão apenas aplica a lei, ela pode ser considerada correta ou incorreta. No entanto, quando a decisão tem caráter vinculante, ela inova na definição da situação jurídica, tornando impossível avaliá-la exclusivamente com base na norma preexistente. Raz refuta essa visão restritiva ao argumentar que mesmo uma decisão que apenas aplica a lei continua sendo vinculante, ainda que equivocada. Se for válida, a decisão tem o poder de criar uma nova situação normativa, mantendo sua obrigatoriedade mesmo que a norma na qual se baseou venha a ser posteriormente revogada (Raz, 2010b, p. 132). Além disso, as determinações dos órgãos primários não apenas excluem regras extrajurídicas conflitantes, mas também afastam normas concorrentes dentro do próprio sistema jurídico. Por isso, tais decisões permanecem vinculantes mesmo quando errôneas (Raz, 2010b, p. 142). Isso significa que as partes envolvidas são obrigadas a cumpri-las, independentemente de eventual equívoco em sua

fundamentação (Raz, 1979, p. 108).

Raz diferencia a fase deliberativa da fase executiva na formulação das normas emitidas pelas autoridades jurídicas. A fase deliberativa é caracterizada pela consideração de múltiplos argumentos, frequentemente de natureza moral, antes da tomada de decisão. No momento em que a decisão é formalizada como uma intenção social, ela se transforma em uma instrução vinculante e autoritativa, marcando o início da fase executiva. A norma autoritativa daí resultante gera uma razão independente para sua observância e pode ser identificada sem necessidade de recorrer aos argumentos que levaram à sua formulação, ou seja, sem depender de considerações morais. Para Raz, apenas aquilo que já foi positivado pertence à fase executiva, e os tribunais desempenham um papel central nesse processo, pois suas decisões são vinculantes e autoritativas. Eles não apenas seguem normas preestabelecidas, mas também emitem suas próprias decisões com caráter autoritativo, contribuindo para a consolidação do direito como parte da fase executiva dos processos institucionais. Embora os tribunais utilizem tanto argumentos deliberativos quanto executivos, o direito, em sua essência, pertence exclusivamente à fase executiva (Raz, 2001, p. 207).

A existência de um sistema institucionalizado depende do endosso e cumprimento das normas pelos órgãos encarregados de sua aplicação. Os sistemas jurídicos fornecem orientação normativa quando suas regras são observadas tanto pelos cidadãos quanto pelos órgãos de aplicação da lei (Raz, 2010a, p. 127 e 135).

Além disso, os sistemas jurídicos vinculam os tribunais, independentemente das opiniões subjetivas dos magistrados sobre os méritos das normas. As cortes estão submetidas a normas vinculativas e, de acordo com a reivindicação de autoridade do direito, aplicam essas normas independentemente das opiniões pessoais dos magistrados sobre seu mérito. Os juízes só podem decidir com base em seu próprio julgamento quando essa possibilidade for expressamente permitida pelo próprio ordenamento jurídico (Raz, 2010a, p. 136; 1979, p. 103).

Os responsáveis por formular normas autoritativas estão subordinados²⁸ a elas, sendo necessário restringir a reabertura do processo deliberativo. Caso contrário, a norma não poderia ser considerada parte da fase executiva (Raz, 2001, p. 207). No entanto, o próprio direito estabelece as situações em que os magistrados podem

²⁸ A subordinação dos formuladores às próprias normas é uma característica institucional que reflete a reivindicação de autoridade do direito, não uma prescrição moral.

exercer discricionariedade, inclusive para afastar certas normas, desde que o façam com base em razões autorizadas pelo próprio sistema jurídico. Esse afastamento pode ocorrer, por exemplo, quando uma lei se revela injusta, discriminatória ou incompatível com o restante do ordenamento jurídico. Ainda assim, essa margem de decisão não permite que os magistrados apliquem critérios puramente subjetivos, mas apenas aqueles já previstos pelo próprio direito (Raz, 1979, p. 114).

Os sistemas jurídicos desempenham uma função orientadora para os indivíduos. Eles estabelecem direitos e deveres que os tribunais são obrigados a aplicar, permitindo que os cidadãos ajustem seu comportamento com base nessas normas para garantir decisões favoráveis em disputas jurídicas. Assim, o direito possui um sistema interno de avaliação, estruturado em normas que orientam condutas e instituições responsáveis por julgar os indivíduos com base nessas normas, caracterizando o que Raz chama de ponto de vista jurídico (Raz, 1979, p. 112).

A abordagem institucional de Raz se afasta da concepção do direito como uma doutrina moral ou baseada em considerações morais. Isso ocorre porque o direito integra a fase executiva e pode ser identificado sem necessidade de recorrer a argumentos morais. Ele argumenta que a teoria do direito estabelece critérios objetivos para identificar normas jurídicas sem que seja necessário recorrer a avaliações de cunho moral ou qualquer outro tipo de juízo subjetivo. No entanto, essa separação não significa que a teoria do direito seja completamente neutra em relação a qualquer forma de valoração. Raz reconhece que sua justificativa está ligada à avaliação da importância relativa de diversas estruturas sociais, as quais, por sua vez, refletem preocupações tanto morais quanto intelectuais (Raz, 2001, p. 207).

Dessa forma, a teoria institucional de Raz sustenta que o direito é um sistema normativo autônomo, dotado de características próprias que garantem sua identificação sem recorrer a argumentos morais. Sua estrutura baseia-se em princípios como abrangência, supremacia e abertura, que asseguram sua função reguladora e sua aplicabilidade dentro das sociedades.

3.4 TESE DAS FONTES E CONVERGÊNCIA SOBRE SIGNIFICADO DAS NORMAS

Como já visto, Raz apresenta a convergência sobre o significado das normas jurídicas como algo viabilizado pela tese das fontes, segundo a qual a existência e o

conteúdo do direito são determinados exclusivamente por fatos sociais, sem depender de argumentos avaliativos. A tese das fontes organiza e esclarece a distinção entre aplicar o direito e desenvolvê-lo. Essa distinção é decisiva para a convergência porque desloca a identificação do direito do campo da deliberação moral para o plano da constatação de fatos (Raz, 2001, p. 209). A ideia de fontes como “fatos ou textos” que dão ao direito sua existência/validade é uma forma de separar o problema do *quid juris* (qual é o direito) de avaliações sobre o mérito do direito, deslocando o foco para critérios reconhecíveis na prática jurídica (Spaak e Carpentier, 2022, p. 1).

O direito estabelece padrões que podem ser publicamente constatados (*publicly ascertainable*). Para determinar o conteúdo de uma lei, basta verificar que a promulgação ocorreu e o que o texto dispõe, o que exige essencialmente conhecimento da linguagem (incluindo o inglês jurídico técnico) e dos eventos factuais relevantes (Raz, 2001, p. 221). Schauer oferece um vocabulário útil para amarrar esse ponto: “formalismo”, em sentido descritivo, designa a ideia de que regras constroem a escolha do decisor por meio da linguagem, limitando o conjunto de razões relevantes no caso – o que reforça por que a publicidade e a fixação linguística das fontes são centrais para a possibilidade de convergência (Schauer, 1988, p. 509).

A identificação do direito por meio de suas fontes permite determinar as diretivas jurídicas. No contexto jurídico, a convergência semântica decorre da adesão a critérios de interpretação que também são, eles próprios, matérias de fato (Raz, 2001, p. 233). O raciocínio jurídico, dentro do escopo da tese das fontes, ocupa-se das implicações das ações, objetivos e intenções das instituições legais. As regras que permitem atribuir intenções e diretivas às autoridades jurídicas são um dado de fato, e não uma questão moral (Raz, 2001, p. 233 e 332).

Ao exigir que a identificação do direito se baseie em fatos sociais contingentes e em padrões públicos, a tese das fontes pretende assegurar que o significado das normas seja fixado por critérios acessíveis e verificáveis por todos os participantes da comunidade jurídica, independentemente de desacordos profundos quanto ao mérito moral dessas normas. Essa é a condição para que o direito cumpra sua função básica: fornecer padrões vinculativos que não podem ser desobedecidos sob o pretexto de contestar o valor moral da norma (Raz, 2002, p. 52).

Essa ideia de constatação pública, contudo, não deve ser lida como promessa de automatismo decisório. Ela indica um ponto de partida institucional: a prática começa onde há critérios reconhecíveis (texto, precedente, história institucional),

porque é isso que permite que pessoas em desacordo ainda compartilhem um mesmo vocabulário jurídico. O problema – que se tornará decisivo adiante – é que a própria linguagem que torna a regra pública também cria zonas de uso discutível, em que diferentes leituras continuam institucionalmente defensáveis. É justamente aí que a pergunta sobre a suficiência das fontes deixa de ser semântica e passa a ser institucional: como manter a autoridade do direito quando a publicidade do critério não garante, por si, a unicidade do resultado?

3.5 LIMITES DAS FONTES

O fenômeno dos casos centrais (*core cases* ou *plain cases*) refere-se às situações em que o significado da norma jurídica é claramente definido e amplamente compartilhado. Nesses casos, há um acordo geral sobre a aplicação de uma regra ou sobre o significado de um termo utilizado em sua formulação, o que permite uma identificação unívoca do conteúdo jurídico (Raz, 2009, p. 60). Os casos claros são definidos em contraste com a zona de penumbra, que decorre da “vaguidade, da textura aberta e da incompletude de todos os sistemas jurídicos” (Raz, 2010a, p. 136).

A tese das fontes ajuda a explicar por que os casos centrais são relativamente claros. Nesses contextos, as “declarações jurídicas puras” que enunciam o conteúdo do direito dependem, para sua verdade, apenas de fatos sociais (Raz, 2001, p. 231). Soma-se que a prática institucional consolidada estabelece que as normas jurídicas funcionam como razões excludentes, obrigando os órgãos primários (como as cortes) a aplicar o direito identificado por fatos sociais, excluindo todas as outras razões conflitantes. Assim, a determinação do conteúdo jurídico é objetiva, e o juiz não dispõe de liberdade para simplesmente desconsiderar a regra (Raz, 2010a, p. 136 e 139). Raz explica essa clareza por meio da ideia de compatibilidade institucional, que expressa a coerência das normas com a estrutura prática do sistema. Para que um sistema jurídico esteja em vigor, suas normas precisam ser endossadas e seguidas pelos funcionários designados (Raz, 2022, p. 283; 2010a, p. 122), os quais estão vinculados a aplicá-las como razões excludentes (Raz, 2010a, p. 139). A identificação do direito, nesses casos, decorre do reconhecimento e da aplicação consistentes das normas por um sistema de tribunais, de acordo com suas práticas e costumes (Raz, 2022, p. 283). A natureza excludente das normas, ancorada nessa prática consolidada dos agentes públicos (uma espécie de regra de reconhecimento consuetudinária),

garante a objetividade na identificação do conteúdo jurídico nos casos centrais (Raz, 2010a, p. 144).

Contudo, o mundo jurídico não se reduz a casos centrais. É justamente na chamada zona de penumbra que a abordagem baseada em fontes é intensamente testada e passa a exigir uma mudança no tipo de atividade jurídica realizada. Para Schauer, uma boa forma de descrever a penumbra é dizer que o direito, ainda que sempre forneça algum enquadramento (“frame”), pode não ser suficiente para concluir, por si só, qual aplicação é correta dentro desse enquadramento – o que torna a pergunta sobre “o papel do direito *qua* direito” nos casos difíceis inevitável (Schauer, 2022, p. 38–40).

A expressão “zona de penumbra”, popularizada por H. L. A. Hart (Endicott, 2003, p. 8), designa a área de incerteza que circunda o núcleo de significado claro (o *core*) das palavras utilizadas nas regras jurídicas (Schauer, 2009, p. 153). Enquanto o núcleo é composto por situações que inequivocamente se enquadram na extensão do termo (Leiter, 2021, p. 91), a penumbra abrange casos marginais em que a aplicação do termo é obscura ou problemática (Endicott, 2003, p. 8). Casos de indeterminação, ou lacunas jurídicas (*legal gaps*), surgem quando uma questão jurídica não conta com uma resposta completa, isto é, quando nenhuma das respostas possíveis é verdadeira (Raz, 2002, p. 70–71).

A teoria de Raz reconhece a possibilidade de verdadeira indeterminação jurídica em casos não resolvidos, em que a convergência fatural não pode ser alcançada e a discricionariedade judicial se torna necessária (Raz, 2002, p. 64). A sua abordagem fatural, porém, traça de maneira rigorosa a linha em que a identificação do direito, baseada em fatos, termina e o raciocínio avaliativo – isto é, a criação ou desenvolvimento do direito – começa (Raz, 2009, p. 239; 2010a, p. 136).

Entretanto, parte do desafio contemporâneo à linha “identificação/aplicação” vem de mostrar que nem toda divergência interpretativa é, desde logo, divergência moral ou “teórica” sobre critérios de validade. Stillman propõe que disputas sobre métodos interpretativos (por exemplo, entre textualismo e purposivismo) podem ter a estrutura de um desacordo denotacional: oficiais podem concordar quanto ao critério (ou ao desiderato que um método deve satisfazer) e discordar sobre qual método de fato o satisfaz – isto é, discordar sobre a aplicação e a denotação de expressões dentro do critério aceito. Nessa leitura, a aparência de “colapso” da convergência pode ser parcialmente explicada como desacordo sobre “o que cai sob a regra”, sem

implicar necessariamente desacordo sobre “qual é a regra” (Stillman, 2025, p. 15). Ainda assim, Stillman também enfatiza um ponto que reforça, em outra chave, a fragilidade estrutural da convergência: quando a divergência semântica se aprofunda a ponto de não haver um conteúdo comum suficiente, a própria existência de uma regra social compartilhada fica em risco, se não houver uma proposição/critério realmente comum operando como padrão (Stillman, 2025, p. 5).

Do ponto de vista metodológico, essa tensão também pode ser formulada como um problema sobre o grau e o tipo de convergência linguística exigido para que “fontes” estabilizem conteúdo. Murata, explorando uma linha wittgensteiniana, insiste que nossa vida jurídica opera com pluralidade de conceitos e “jogos de linguagem” e que, por isso, não se deve presumir que haja um único “conceito” com estrutura criterial suficientemente uniforme para sustentar, sem atritos, uma teoria que depende de convergência semântica robusta (Murata, 2023, p. 262 e 272). Isso não precisa ser lido como refutação geral de Raz (Murata inclusive delimita sua crítica), mas serve para nos mostrar que na penumbra, a “constatação de fatos” não funciona como método neutro quando o que está em jogo é, precisamente, como práticas linguísticas e interpretativas constituem (ou falham em constituir) padrões comuns.

Por fim, o argumento ganha uma camada institucional importante quando colocado em termos de condições sociais de autoridade. Çapar, ao discutir a *service conception* no contexto da legitimidade, sustenta que a legitimidade sociológica é relevante para a legitimidade normativa também metodologicamente, porque práticas e percepções sociais ajudam a “concretizar” razões morais abstratas em razões efetivamente capazes de orientar a ação (Çapar, 2025, p. 1 e 4). Além disso, ele argumenta que crenças difundidas podem impor limites sociais ao campo de alternativas normativamente viáveis – por exemplo, ao remover “possibilidades de alternativa legítima” –, sugerindo uma exigência de alguma harmonia entre aceitação social e a avaliação normativa (Çapar, 2025, p. 15). Isso reforça a ideia de que a autoridade do direito depende, em parte, de um pano de fundo compartilhado – e que, quando a penumbra quebra a convergência sobre significado/método, o direito perde justamente a condição social que lhe permite funcionar como razão excludente com pretensão de encerrar a deliberação.

A consequência é que, se a controvérsia recai nesses níveis, não basta dizer que os juízes “apenas aplicam” o direito identificado por fontes: a própria ponte entre fonte e conteúdo passa a ser o lugar do conflito e a distinção entre aplicar e criar direito

fica mais difícil de sustentar apenas por referência a fatos sociais. É nesse terreno que a crítica dworkiniana é mais incisiva, porque ela descreve uma prática em que os participantes disputam o que o direito requer, e não apenas o que seria desejável fazer. O próximo passo, então, é explicitar em que medida esse diagnóstico pressiona Raz: se a interpretação é inevitável em casos difíceis, qual é o estatuto dessa interpretação dentro de um quadro que pretende manter a moralidade fora do critério ordinário de validade?

3.6 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN

A análise da indeterminação jurídica e da zona de penumbra, tal como reconstruída nas seções anteriores, permite identificar uma tensão importante na teoria do direito de Raz. Esse diagnóstico é reforçado pela crítica metateórica dirigida ao pressuposto central do positivismo exclusivo: a crença na possibilidade de identificar o conteúdo do direito de maneira neutra e pré-interpretativa. Para explorar essa possível limitação metodológica da abordagem de Joseph Raz, recorre-se aqui a uma forma de ceticismo jurídico que opera internamente ao próprio empreendimento jurídico, tal como articulado por Ronald Dworkin.

A crítica mais influente ao positivismo no contexto da indeterminação parte de um questionamento sobre a justificação interna dos juízos jurídicos quando os fatos não bastam. A divergência acerca dos fundamentos do direito, comum em casos difíceis, não é apresentada por Dworkin como expressão de um ceticismo externo, que colocaria em causa a possibilidade de verdade em juízos morais em geral (Dworkin, 2002, p. 433). O foco recai, antes, sobre o chamado ceticismo interno, que interroga a justificação de uma interpretação a partir das próprias regras do empreendimento jurídico (Dworkin, 1999, p. 66). O ceticismo interno não nega a realidade do direito, mas admite que, em certas circunstâncias, a conclusão de que “não há resposta correta” pode ser a posição mais bem fundamentada à luz do material jurídico disponível (Dworkin, 2002, p. 128).

Na teoria da autoridade de Raz, a normatividade do direito está associada à sua capacidade de funcionar como razão excludente. Se a identificação do direito – isto é, do que conta como razão excludente – dependesse de argumentos morais controversos, o direito, segundo Raz, não conseguiria desempenhar de modo adequado sua função de coordenação e de resolução de desacordos. Daí decorre a

suposição de que a divergência em direito deve ser, em última análise, empírica (sobre o que foi decidido) ou, na zona de penumbra, de natureza política, contexto em que o juiz exerce poder discricionário (Dworkin, 1999, p. 8; 2002, p. 50).

A prática judicial é interpretada por Dworkin, entretanto, como indicando que a divergência é frequentemente mais profunda e teórica. Ela envolve os fundamentos do próprio direito (Dworkin, 1999, p. 8, 52 e 500). Juristas experientes podem discordar não apenas sobre a aplicação de uma norma cujo conteúdo já teria sido previamente estabelecido, mas sobre o que o direito positivado efetivamente requer em determinadas situações. Esse aspecto é considerado central: os argumentos apresentados em tribunais para enfrentar a indeterminação não seriam apenas considerações políticas externas ao direito, mas também argumentos de princípio e de valor que disputam a melhor justificação do sistema jurídico (Dworkin, 1999, p. 122; 2002, p. 9).

O ponto dworkiniano destacado aqui, de modo deliberadamente conservador, é que, em situações de indeterminação, a separação rígida entre fato e valor pressuposta por Raz mostra-se, na prática, difícil de sustentar. A limitação atribuída ao modelo raziano decorre da ideia de que a determinação do conteúdo jurídico em casos controvertidos requer que o julgador se envolva em um processo de interpretação construtiva, que atribui um propósito ao texto ou à tradição e busca apresentar a prática “na sua melhor luz” (Dworkin, 1999, p. 63 e 96).

Nesse contexto, a tese de que o direito poderia ser identificado como um “simples fato histórico” (*plain fact approach*) é questionada. Segundo essa crítica, não haveria “dados puros” independentes de interpretação na zona de penumbra (Dworkin, 1999, p. 12). A interpretação seria necessária desde a fase “pré-interpretativa”, em que já se realiza um juízo sobre quais regras e padrões compõem o conteúdo inicial da prática (Dworkin, 1999, p. 81). A retórica judicial sugere que os participantes do discurso jurídico tratam essas controvérsias como discussões acerca do que o direito realmente exige (divergência teórica) e não apenas como deliberações sobre se devem criar nova lei (Dworkin, 1999, p. 8, 52).

Para a metodologia de Raz, o ponto sensível está em que a exigência de adequação (*fit*) à história institucional – um elemento que ele próprio reconheceria como relevante, ainda que com outra classificação – não constitui, por si só, um critério mecânico. A adequação funciona como um limiar: uma vez satisfeita por múltiplas teorias concorrentes, a escolha entre elas parece exigir, nessa leitura, critérios

adicionais de justificação moral ou política, isto é, a pergunta sobre qual teoria “apresenta o histórico jurídico da comunidade da melhor forma possível” (Dworkin, 1999, p. 219, 278 e 305). Se uma teoria do direito parte do pressuposto de que a divergência sobre proposições jurídicas pode ser resolvida apenas com base em fatos sociais (fontes) e juízos empíricos, corre o risco, segundo essa crítica, de não oferecer instrumentos suficientes ao jurista que atua a partir do ponto de vista interno, em busca da fundamentação correta da decisão (Dworkin, 1999, p. 8 e 38).

Dworkin chama atenção para o modo como a estratégia de Raz – excluir a argumentação substantiva como condição de objetividade – depende de uma concepção de “fato” fortemente carregada. Os fatos jurídicos não se comportam como fatos físicos: eles já se apresentam mediados por interpretação e construção conceitual (Dworkin, 1999, p. 61–63). A história institucional de uma comunidade jurídica não é um dado bruto (Dworkin, 1999, p. 81) que qualquer intérprete imparcial identificaria da mesma forma. Diferentes intérpretes, ainda que comprometidos com uma mesma metodologia positivista, podem reconhecer compatibilidades institucionais distintas porque a própria história é suscetível de múltiplas leituras (Dworkin, 1999, p. 83, 91, 278 e 306). Nesse sentido, Dworkin procura mostrar que a abordagem fatural de Raz não alcança plenamente o que promete: uma determinação do conteúdo jurídico sem intermediação interpretativa.

O ponto pode ser formulado de maneira mais precisa com Graham. O tipo de desacordo que Dworkin explora como “teórico” subsumiria o problema tradicional dos *hard cases*, na medida em que muitos casos difíceis podem ser reescritos como disputa sobre quais são os fundamentos/grounds do direito ou sobre o que fixa o conteúdo das fontes, e não apenas sobre como aplicar uma norma já identificada (Graham, 2025, p. 85, 95 e 102).

Abre-se a questão: em contextos de múltiplas compatibilidades, por que via a convergência é gerada? O que sustenta a resposta vinculante? A questão passa a ser, portanto, menos se a argumentação entra em cena, e mais quando – e sob quais condições institucionais – ela pode superar a decisão por fontes sem dissolver as vantagens de coordenação, previsibilidade e limitação do poder decisório que justificam o direito como prática autoritativa.

Isso, contudo, não implica que Dworkin “invalida” Raz nem que a teoria raziana deva ser descartada. O que se sugere é que Raz acerta em domínios específicos. Em casos centrais, em que a história institucional é efetivamente clara e consolidada, e

em que várias gerações de juristas convergem espontaneamente na mesma interpretação, a abordagem de Raz parece funcionar bem. Nesses contextos, os fatos institucionais tendem a determinar de forma praticamente unívoca a resposta correta. Já em situações nas quais a trajetória institucional é ambígua e múltiplas compatibilidades são genuinamente defensáveis, a metodologia raziana encontra suas ressalvas.

É nesse sentido que mobilizamos Dworkin. Não como solução final para o problema – isso porque, se de um lado, o núcleo da crítica parece descrever de modo convincente um limite real da proposta raziana, de outro, a solução alternativa que ele oferece, a qual, embora sofisticada, enfrenta dificuldades próprias quando confrontada com o compromisso de preservar um pluralismo axiológico genuíno. A crítica dworkiniana, contribui para delimitar com mais precisão o alcance do projeto de Raz: ela indica que a separação entre fato e valor, entre descoberta e construção, não é tão nítida quanto a teoria da autoridade pressupõe. É por isso que, para os fins desta dissertação, nem Raz tomado isoladamente nem Dworkin tomado isoladamente fornecem resposta suficiente ao problema em análise. Raz tende a restringir em excesso a argumentação necessária, Dworkin, por sua vez, tende a atenuar o pluralismo que se pretende preservar. Em ambos os casos, torna-se difícil manter simultaneamente dois compromissos centrais: respeito efetivo ao pluralismo axiológico e determinação razoável em situações de indeterminação.

A questão que emerge é, portanto, a seguinte: como oferecer determinação jurídica em contextos de indeterminação, reconhecendo que a argumentação substantiva é indispensável, e, ao mesmo tempo, preservar o pluralismo axiológico que Raz identifica como condição de possibilidade de autoridade legítima? Em outros termos: como evitar o “sacrifício” de Raz (a exclusão da argumentação) sem incorrer no “sacrifício” de Dworkin (a atenuação do pluralismo)?

Buscamos uma alternativa capaz de disciplinar o ingresso da argumentação substantiva sem abandonar o papel central das fontes. Uma hipótese intermediária, compatível com a centralidade das fontes, é que a convergência seja produzida por presunções institucionais em favor de regras e fontes, que funcionam como padrão decisório normalmente vinculante.

É precisamente esse dilema – articular, ao mesmo tempo, o respeito ao pluralismo axiológico, o caráter argumentativo do direito e a exigência de determinação e objetividade – que o positivismo presuntivo de Frederick Schauer se

propõe a enfrentar, por meio de uma reconfiguração institucional do padrão decisório que preserva a objetividade, mas a reconceitualiza. O ponto, portanto, não é substituir a tese das fontes por uma tese “moralizada”, mas explicar como, em casos difíceis, a decisão pode permanecer ancorada em fontes como padrão, enquanto a argumentação substantiva atua como mecanismo excepcional de correção, sob ônus justificatório elevado. Em outras palavras, a proposta a ser avaliada é se a objetividade e a determinação podem ser preservadas não pela exclusão da argumentação substantiva, mas pela sua disciplina institucional: argumentação como regra de justificação de segunda ordem do compromisso com decisões por fontes, e como mecanismo excepcional de derrota quando a aplicação estrita das regras se torna insustentável.

4 A PRESUNÇÃO EM FAVOR DAS FONTES

Como argumentado no capítulo anterior, há situações em que os fatos, por si sós, não determinam univocamente qual resposta deve ser tomada como vinculante. Nesses casos, a decisão judicial tende a exigir justificações substantivas, porque o modo como as fontes se conectam ao resultado passa a depender de escolhas interpretativas. Esse ponto é compatível com a tese hartiana de que a linguagem das regras mantém um “núcleo” de casos claros, mas inevitavelmente produz uma zona de fronteira em que a aplicação não é mecânica e exige julgamento — sem que isso implique “arbítrio”, e sim um tipo de escolha racionalmente justificável dentro da prática (Hart, 2013, p. 652–655).

A tensão relevante para esta dissertação não é, portanto, se existe indeterminação, mas como uma teoria comprometida com a autoridade e a objetividade pode explicar a convergência decisória nos casos difíceis, sem negar a dimensão argumentativa da prática. Como enfatiza Waldron (ao discutir a teoria do planejamento de Shapiro), a virtude jurídica das regras não está em eliminar controvérsias, mas em permitir coordenação e previsibilidade em condições de desacordo e pluralismo. Assim, o direito precisa reduzir custos deliberativos e oferecer um padrão público de orientação, ainda que isso implique aceitar perdas localizadas em casos de fronteira (Waldron, 2011, p. 891–893 e 901). É nesse ponto que introduzimos o positivismo presuntivo, associado a Frederick Schauer.

4.1 PRELIMINARMENTE: *HARD CASES*

Os *hard cases* importam, para nossos propósitos, por duas razões conectadas ao problema geral da dissertação. Primeiro, porque são justamente eles que tornam visível a tensão entre publicidade/coordenação e indeterminação. Se o direito pretende orientar condutas sob desacordo, ele precisa oferecer respostas compartilháveis também quando a linguagem e a história institucional não são suficientes para a determinação do conteúdo do direito. Segundo, porque são nesses casos que a atuação judicial corre o risco de assumir a forma de discricionariedade robusta. Justamente nesse ponto que a disputa entre Raz e Dworkin e a proposta presuntiva de Schauer ganha o seu sentido institucional.

Para nossos fins, *hard case* não é sinônimo de caso faticamente complexo,

mas de caso em que o material jurídico não estabiliza sozinho a resposta. Exatamente o tipo de “fronteira” que Hart trata como inevitável, porque a natureza e a invenção humana criam novas “fact-situations” que não replicam perfeitamente os casos paradigmáticos (Bix, 1991, p. 55).

Para organizar o capítulo, é útil explicitar três vias recorrentes pelas quais casos difíceis emergem (sem pretensão de exaustividade). Primeiro, há os casos difíceis por vagueza categorial/penumbra (*borderline cases*), em que a incerteza está ligada ao alcance do termo da regra e ao que conta como propriedade relevante para classificá-lo (Dajović, 2023, p. 4). Segundo, há casos difíceis associados ao uso de *standards* – técnica regulatória que o legislador emprega justamente porque não pode prever *ab initio* todas as combinações de circunstâncias relevantes. Hart usa como ilustração o *standard* de *due care* em negligência (Dajović, 2023, p. 5). Terceiro, há casos em que, mesmo com regra clara, aparece a pressão por exceções/ajustes quando se entende que a generalização pode não se ajustar bem ao caso concreto. Um problema que Schauer formula como vulnerabilidade estrutural de generalizações e como fonte de perguntas sobre “o papel das regras” nesses casos (Schauer, 1991, p. 36–37)

Um ponto importante, e que evita uma caricatura frequente, é que reconhecer casos difíceis não significa dizer que o juiz decide de forma arbitrária. A própria reconstrução hartiana rejeita a dicotomia “dedução lógica vs. decisão arbitrária”. Quando regras não determinam resultado único, não se segue que tribunais “decidem arbitrariamente sem elaborar razões” (Dajović, 2023, p. 5). Conforme Bix, a textura aberta não é falha accidental, mas um traço estrutural de termos gerais; por isso, o direito pode ter um amplo domínio de casos claros e, ainda assim, conter um resíduo irreduzível em que razões e justificativas passam a desempenhar papel decisivo (Bix, 1991, p. 55–56).

4.2 O POSITIVISMO PRESUNTIVO DE FREDERICK SCHAUER

O positivismo presuntivo é uma teoria desenvolvida pelo jurista Frederick Schauer que busca explicar como as regras operam dentro de um sistema jurídico moderno, funcionando como um meio-termo entre o formalismo rígido e o particularismo moral. Podemos defini-lo como uma tese descritiva sobre o status de força que um conjunto de normas identificadas por critérios sociais possui no raciocínio dos juízes e demais tomadores de decisão (Shiner, 1993, p. 293). Nesta

visão, o direito é compreendido como um domínio limitado de normas que devem, por padrão, ditar o resultado de um caso (Fallon, 1999, p. 1405), salvo quando o resultado está flagrantemente em desacordo (*egregiously at odds*) com um conjunto mais amplo de valores (Hamilton, 1993, p. 1012).

Para compreendermos o positivismo presuntivo, é necessário olhar para os elementos que estruturam o funcionamento das regras na visão de Schauer. Ele define as regras como generalizações prescritivas que são “entrincheiradas”, o que significa que elas resistem a modificações mesmo quando sua aplicação em um caso específico não parece atender ao seu propósito original (Schauer, 2002, p. 135). Esse entrincheiramento é o que permite que a regra forneça uma razão para a decisão de forma independente da sua justificativa subjacente (Schauer, 1988, p. 510). Do ponto de vista institucional, essa “resistência” é justamente o que torna plausível tratar regras como aparato de controle do poder decisório. Ao limitar quais razões contam, a regra desloca poder do decisor para a fonte (Hamilton, 1993, p. 1013–1014).

Um aspecto marcante da teoria é o reconhecimento de que as regras são necessariamente subótimas. Isso ocorre porque o sistema aceita que, ocasionalmente, seguir a regra literal produzirá resultados inferiores ao que seria alcançado por uma análise moral ou política profunda, em troca de ganhos maiores em estabilidade e eficiência (Schauer, 2002, p. 101). O reforço institucional desse *trade-off* aparece tanto na teoria do planejamento (decidir por regras como forma de economizar deliberação contínua) quanto na literatura regulatória (aceitar alguns erros previsíveis para ganhar governabilidade e previsibilidade) (Schauer e Zeckhauser, 2007, p. 75–77; Waldron, 2011, p. 893). Em linguagem de “planejamento”, a ideia é trocar a melhor resposta local por uma solução pública que reduza custo decisório e aumente confiabilidade coletiva. Inclusive porque agentes (e instituições) nem sempre são confiáveis ao decidir sem constrangimentos (Waldron, 2011, p. 177).

Para Schauer, o raciocínio jurídico é, de modo típico, um raciocínio baseado em regras (Schauer, 2002, p. 72). As regras são generalizações que contêm um predicado factual ligado apenas probabilisticamente à justificativa subjacente. Essa estrutura produz, inevitavelmente, casos de sub-inclusão (situações que deveriam ser abrangidas pela justificativa, mas não o são pela regra) e de sobre-inclusão (situações abrangidas pela regra que não correspondem plenamente à justificativa). A generalização presente na regra “estreita o leque de fatos” relevantes para a aplicação da justificativa (Schauer, 2002, p. 31, 33, 38–39 e 94).

O fenômeno do enraizamento (*entrenchment*) faz com que a regra, ou sua formulação, opere com certa autonomia semântica e exerça pressão normativa sobre a decisão, mesmo quando a aplicação direta da justificação subjacente apontaria para um resultado diverso (Schauer, 2002, p. 49 e 72). É precisamente essa pressão normativa que sustenta a chave presuntiva: regras e fontes operam como razões normalmente decisivas, não porque sejam infalíveis, mas porque seu papel institucional é reduzir variações decisórias e estabilizar expectativas em contextos de desacordo. Essa “formalidade invasiva” (*pervasive formality*) exige que o texto ou significado literal (*plain meaning*) funcione como ponto de partida e limite formal da interpretação. O significado literal atua, assim, como dispositivo de coordenação de “segunda melhor” (*second-best coordinating device*) entre múltiplos decisores que divergem quanto ao mérito substantivo (Schauer, 2009, p. 32; 1990, p. 232 e 256). Essa ênfase nas fontes factuais contribui para que o direito ofereça orientação à conduta e se apresente como um domínio delimitado de fontes (Schauer, 2002, p. 165; 2009, p. 151; Spaak, Mindus, 2021, p. 26). Essa justificativa de coordenação é compatível com a ideia de que instituições podem chegar a decisão por acordos incompletamente teorizados: mesmo sem consenso moral profundo, é possível convergir em razões de baixo nível e resultados, preservando governabilidade (Sunstein, 1995, p. 1737–1738).

A noção de “presunção” no positivismo presuntivo não é um artifício retórico, mas uma forma de caracterizar a posição institucional de um conjunto de regras baseadas em fontes “dentro do universo de razões” usadas por decisores: elas têm força presumptiva, não absoluta, isto é, devem ser aplicadas salvo quando razões “particularmente exigentes” justificarem não aplicá-las (Schauer, 1991, p. 204). Nessa formulação, “presuntivo” não precisa ser entendido no sentido estritamente epistêmico de presunções probatórias, Schauer insiste que o ponto pode ser não-epistêmico, ligado a alocação de jurisdição e desenho institucional (Schauer, 1991, p. 204). Isso implica que a derrotabilidade não funciona como convite a reabrir, em cada caso, a “melhor resposta moral”, mas como um regime excepcional com ônus elevado: o decisor não supera a regra apenas por crer que ela gerou um resultado “subótimo”, e sim apenas quando percebe razões de superação como “particularmente fortes” (Schauer, 1991, p. 204–205). Em termos metodológicos, isso redistribui o peso argumentativo nos casos difíceis: não basta oferecer uma alternativa atraente, é preciso justificar por que ela é suficientemente forte para derrotar a orientação

normalmente decisiva das fontes (Schauer, 1991, p. 230–231). A ideia de que exceções existem sem dissolver a *ruleness* das regras também aparece na formulação de Schauer sobre exceções, no sentido de que regras podem ser superadas em circunstâncias “particularmente exigentes”, mas, se a superação vira rotina, deixa de haver caso em que a regra “faz diferença” (Schauer, 1991, p. 897).

Schauer antecipa uma objeção típica: se, para derrotar a presunção, é preciso investigar fatores potencialmente derrotantes, então seria necessário examiná-los em todo caso – e a presunção perderia função. A resposta é que decisores podem distinguir entre fatores que controlariam num processo particularista e fatores que não controlam justamente por causa da presunção e do ônus de persuasão, (Schauer, 1991, p. 205, 230–231) em outras palavras, Schauer sugere que o juiz não deve buscar ativamente razões morais para afastar a regra, mas sim dar uma “olhada superficial” (*glimpse*) nos fatores externos, sem transformar tudo em deliberação plena. Se esse vislumbre não revelar um erro absurdo, a regra deve ser mantida. No modelo presuntivo, o tomador de decisão deve ser capaz de ignorar suas próprias convicções morais em favor do texto da regra, a menos que a aplicação desta gere uma distorção profunda (Oliveira e Elali, 2023, n.p.). Hamilton destaca exatamente esse ponto da *glimpse*: mesmo quando há inspeção de fatores extra-regra, a suposição de base não é que “tudo conta”, mas que “algo pode contar” apenas em situações de fricção grave, o que preserva a função da presunção (Hamilton, 1993, p. 1013).

Essa arquitetura ajuda a explicar por que, mesmo em sistemas em que regras podem ser superadas, isso não significa que regras colapsem integralmente em suas justificações morais: para que a regra seja regra, ela precisa ter algum grau de “resistência”, algum grau de força presumptiva (Schauer, 1991, p. 211). A partir daí, a ideia de positivismo presuntivo é inteligível como descrição de um direito em que regras frequentemente controlam, mas podem ser superadas em condições excepcionais – isto é, um positivismo presuntivo, e não conclusivo (Schauer, 1991, p. 211).

A proposta presuntiva não abandona a centralidade das fontes nem transforma argumentos morais em critérios ordinários de validade. Em vez disso, ela desloca o eixo do problema para um plano institucional. Regras e fontes devem funcionar como guias normalmente decisivos, isto é, como uma presunção estruturante do raciocínio jurídico – no sentido de que a regra deve ser aplicada salvo quando razões

particularmente exigentes possam ser apresentadas para não aplicá-la (Hamilton, 1993, p. 1013). A objetividade e a determinação suficiente, nesse quadro, não dependem da exclusão completa da argumentação, mas da existência de um padrão decisório estável que confere prioridade às fontes reconhecidas e reduz a variabilidade de resultados em contextos de desacordo. Isso é algo que pode ser justificado pela lógica do “planejamento”: a existência do plano é uma questão de fato social, distinta de sua desejabilidade, e planos compartilhados precisam ser determinados por fatos sociais para cumprir sua função de “guiar e coordenar comportamento” resolvendo dúvidas e desacordos (Waldron, 2011, p. 119). Trata-se, portanto, de uma tese sobre o padrão decisório (decisão judicial) e não de uma alteração do critério de validade: o que conta como direito permanece identificado, em primeira ordem, por fontes reconhecidas, o que se acrescenta é uma explicação de como se decide quando essas fontes subdeterminam o resultado. Distinção coerente com a separação entre validade (nível do critério) e decisão (nível do método institucional), sem precisar transformar moralidade em componente ordinário de identificação. O ponto pacífico para o positivismo está no movimento de fatos sociais para normas válidas e a controvérsia aparece no movimento de normas válidas para conteúdo, que exige interpretação (Gizbert-Studnicki, 2024, n.p.).

É nesse cenário que o positivismo presuntivo entra como “ponte”: ele não nega que *hard cases* existam, mas tenta descrevê-los sem transformar a deliberação substantiva em critério ordinário de validade. A ideia é manter um padrão em que fontes e regras ocupam uma posição normalmente decisiva e só cedem diante de razões particularmente fortes – exatamente o tipo de arquitetura que Schauer chama de prioridade forte, porém superável de um conjunto de normas baseadas em fontes sociais (Schauer, 1991, p. 204–205).

4.3 TRANSIÇÃO: DO POSITIVISMO EXCLUSIVO AO POSITIVISMO PRESUNTIVO

A transição da estrita tese das fontes, defendida pelo positivismo exclusivo, para uma abordagem presuntiva das fontes no positivismo presuntivo não representa um mero ajuste terminológico, mas uma mudança no modo de explicar como o direito gera convergência decisória e determinação suficiente em contextos de indeterminação. Em vez de substituir o foco nas fontes por uma “tese de fontes argumentativas”, a proposta presuntiva desloca o problema para um plano

institucional: regras e fontes funcionam como guias normalmente decisivos (isto é, como presunções), embora derrotáveis em circunstâncias excepcionais. Essa mudança parte do reconhecimento de que a abordagem estritamente fatural encontra limites em contextos de indeterminação jurídica, sem que disso decorra, necessariamente, a necessidade de integrar argumentos morais ao critério ordinário de validade. Essa forma de “deslocamento” ajuda a preservar a tese da separação no nível do critério e, ao mesmo tempo, reconhecer que a interpretação — como prática — se torna inevitável quando o material normativo é subdeterminado (Gizbert-Studnicki, 2024, n.p).

Assim, a pergunta não é quais itens agora contam como fontes, mas como uma comunidade jurídica mantém convergência quando as fontes, embora centrais, não entregam uma única resposta. Nesse sentido, o ganho do modelo presuntivo está em explicitar algo que a prática frequentemente faz de modo tácito: presumir a decisão por regras como padrão e exigir razões públicas especialmente robustas quando se pretende sair desse padrão. A racionalidade do arranjo depende, justamente, de tornar a exceção explicável, controlável e rara, sob pena de dissolver o próprio valor do governo por regras. Um modo complementar de descrever esse “ganho de convergência” (sem acordo moral profundo) é que tribunais podem concordar sobre resultados/razões de baixo nível, sem resolver desacordos morais de alto nível, o que explica por que a coordenação jurídica não exige unanimidade axiológica (Sunstein, 1995, p. 1735–1737).

Esse ponto que nos conecta diretamente ao problema de autoridade que abriu a dissertação: a ideia de ônus justificatório alto não é um detalhe retórico, mas um mecanismo que tenta preservar a função coordenadora do direito. Se a presunção pudesse ser derrotada com facilidade, o sistema retornaria ao cenário em que cada caso difícil reabre, na prática, uma deliberação substantiva ampla – e aí a decisão deixa de ser publicamente antecipável e controlável. Ao exigir justificativa pública reforçada, o modelo presuntivo tenta manter um padrão comum de decisão, ancorado em fontes, e um canal institucional para correções, quando a aplicação estrita produz custos normativos intoleráveis.

Ao contrário de Raz, Schauer sustenta que o direito não é um “tipo natural” (*natural kind*), mas um artefato social (*artifact*) (Schauer, 2015, p. 38–39 e 72), o que abre espaço para que a teoria jurídica seja compreendida como empreendimento teleológico e normativo (Schauer, 2015, p. 72; 2021, p. 74). O ponto relevante, para

os fins desta dissertação, é que essa moldura permite justificar por razões políticas e institucionais a escolha de um padrão decisório: em sociedades marcadas por desacordo, a prática tem razões para tratar regras e fontes como guias normalmente decisivos, sob pena de perder previsibilidade, coordenação e limites ao poder decisório individual. A linguagem do planejamento explicita essa justificativa: planos jurídicos funcionam para reduzir a necessidade de reabrir negociação e deliberação a todo momento (Waldron, 2011, p. 891–893).

A abordagem de Schauer não exige que se ampliem “fontes” para incluir moralidade como critério ordinário, mas autoriza compreender o direito como um arranjo institucional cujo desenho pode ser defendido por seus efeitos sobre a distribuição e contenção do poder. Nesse quadro, uma comunidade pode revisar e ajustar o seu modo de tratar fontes e regras com base em objetivos morais ou pragmáticos, buscando torná-lo mais útil para seus fins (Schauer, 2021, p. 72). O ponto, então, não é negar interpretação, mas enquadrá-la. Mesmo em teorias que preservam a separação, a interpretação do conteúdo jurídico pode exigir escolhas — o problema passa a ser como discipliná-las institucionalmente (Gizbert-Studnicki, 2024, n.p.).

4.4 UM MODELO PRESUNTIVO DE DECISÃO JUDICIAL

Para que o Positivismo Presuntivo não permaneça apenas como descrição (“as regras geralmente vencem, mas às vezes cedem”), ele precisa ser apresentado como um método de decisão judicial adequado a contextos de subdeterminação. O ponto de partida é que as regras ocupam uma posição institucional de prioridade que é forte, embora não absoluta: elas devem ser aplicadas salvo quando houver razões “particularmente exigentes” para não aplicá-las (Schauer, 1991, p. 204–205).

O ponto mais delicado do Positivismo Presuntivo é o limiar. Se qualquer desconforto com a regra autoriza superação, a presunção colapsa, se nenhuma superação é possível, o modelo se aproxima de um formalismo incapaz de lidar com penumbra e standards. Schauer formula o limiar em termos de intensidade: a derrota só se justifica quando há razões “particularmente fortes” para não aplicar a regra normalmente decisiva. Admitir exceções é compatível com governo por regras, mas só enquanto a exceção não elimina a capacidade da regra de “fazer diferença” na prática decisória (Schauer, 1991, p. 204–205).

A partir disso, podemos verificar algumas etapas no raciocínio institucional. É necessário identificar as fontes relevantes e mapear o conjunto de soluções ainda compatíveis com elas. Aqui entra a distinção entre casos claros e casos de penumbra: a subdeterminação aparece quando a aplicação não pode ser estabilizada por *general agreement* sobre a incidência da regra (Dajović, 2023, p. 4–5). *Easy* e *hard* não são só rótulos psicológicos, mas descrições do modo como a regra se comporta em diferentes contextos institucionais (Hamilton, 1993, p. 1016–1017). Além disso, é necessário aplicar a presunção pró-fonte/pró-regra. Entre soluções compatíveis, o padrão é favorecer aquela que mantém a inteligibilidade pública do direito e preserva o governo por regras como técnica de contenção e alocação de poder decisório (Schauer, 1991, p. 230–231). Esse passo é reforçado pela lógica do planejamento: quando há desacordo, o ponto de um plano é justamente evitar reabrir deliberação extensa toda vez — logo, a prioridade por regra/fonte tem uma função institucional própria (Waldron, 2011, p. 893). Também é preciso testar a derrotabilidade ou o limiar de excepcionalidade. Perguntar se há razões suficientemente fortes para superar uma prioridade presuntiva – e não apenas para preferir, em termos substantivos, uma decisão alternativa (Schauer, 1991, p. 204–205). E, por fim, assumir o ônus de justificação pública. Se a decisão pretende afastar a regra, o argumento deve explicar por que a superação é excepcionalmente justificável sem converter a exceção em método ordinário. Schauer enfrenta exatamente esse ponto ao distinguir fatores que controlariam num modelo particularista daqueles que deixam de controlar em razão da presunção e do ônus de superação, sustentando que é possível uma inspeção “leve” sem reabrir toda deliberação plena em todos os casos (Schauer, 1991, p. 205 e 230–231).

Sem se comprometer com uma lista fechada, é possível explicitar três famílias de justificações que tornam a derrotabilidade compatível com a preservação do governo por regras:

(i) Desajuste grave entre generalização e caso: regras são generalizações e, como tais, podem falhar em capturar perfeitamente as razões que as justificam. O próprio Schauer trata essa vulnerabilidade como parte do problema das regras: a generalização pode se revelar “mal ajustada” diante de contingências e casos não antecipados (Schauer, 1991, p. 36–37). Essa vulnerabilidade é o “preço” estrutural de generalizar: regular por indicadores visíveis (heurísticas) pode produzir resultados errados em casos individuais, mas o sistema escolhe isso por razões de

governabilidade (Schauer; Zeckhauser, 2007, p. 81–82).

(ii) Resistência constitutiva da regra: para que algo funcione como regra (e não como recomendação constantemente reavaliada), precisa ter alguma resistência à revisão caso a caso. Schauer expressa isso ao indicar que, mesmo em sistemas que admitem exceções, a regra continua sendo regra porque mantém força presumptiva e não colapsa integralmente em suas justificações (Schauer, 1991, p. 211).

(iii) Ônus argumentativo elevado e controle público: a possibilidade de derrota deve ser desenhada para não exigir que o decisor “olhe por trás” da regra o tempo todo. Schauer discute exatamente esse problema ao sustentar que o decisor pode distinguir entre fatores que seriam decisivos num modelo particularista e fatores que não devem controlar em razão da presunção e do ônus de persuasão, preservando o papel das regras sem negar exceções raras (Schauer, 1991, p. 205 e 230–231).

Assim, a derrotabilidade deixa de ser “criação livre” e passa a ser exceção cujo sentido é preservar a racionalidade do arranjo por regras – e não o substituir rotineiramente por deliberação substantiva aberta. A argumentação avaliativa, nesse enquadramento, não ingressa como componente ordinário do critério de validade, mas como razão de derrota excepcional quando a aplicação estrita do material autoritativo se torna institucionalmente custosa ou inaceitável.

4.5 COMPATIBILIDADE INSTITUCIONAL

Como visto, o que o positivismo presuntivo altera não é a centralidade do limite fatural, mas o modo de compreender sua suficiência para a decisão em casos difíceis. A compatibilidade institucional pode permanecer concebida como domínio delimitado por fontes e práticas sociais, porém, quando esse domínio admite múltiplas leituras institucionalmente plausíveis, a prática necessita de um critério institucional de seleção e estabilização. A proposta presuntiva responde a esse problema ao sustentar que regras, textos e precedentes devem gozar de prioridade como padrão decisório: a decisão deve, *prima facie*, seguir o resultado indicado pela fonte reconhecida. Isso fornece um mecanismo de convergência que não depende de consenso moral robusto e preserva as vantagens do governo por regras. Nesses termos, a compatibilidade institucional delimita o conjunto de respostas juridicamente possíveis, a presunção opera para selecionar, dentro desse conjunto, uma resposta vinculante sem deslocar o critério de validade para considerações morais livres. Esse “duplo nível” (delimitar

possibilidades por fontes; selecionar por padrão decisório) é consistente com a ideia de que a interpretação não é “sempre” necessária. Ela é acionada justamente quando o texto não resolve o caso; fora daí, o sistema opera com aplicações rotineiras em que o direito é suficientemente determinante (Gizbert-Studnicki, 2024, n.p.).

A convivência entre o elemento fatural e o elemento avaliativo, na chave presuntiva, pode ser articulada por um mecanismo em duas etapas, que procura preservar a objetividade típica do positivismo exclusivo e, ao mesmo tempo, explicar o papel limitado da argumentação substantiva sem transformá-la em fonte ordinária de validade. O raciocínio jurídico tem início nas palavras promulgadas do estatuto ou em outras fontes autoritativas. Esse limite – o texto legal, o precedente, a história institucional – funciona como barreira formal à deliberação. A prioridade da linguagem literal, ou *plain meaning*, possui valor institucional próprio, pois atua como forma de solução de coordenação: substitui as escolhas contingentes de intérpretes individuais pelas escolhas, igualmente contingentes, mas estabilizadas, da comunidade linguística. A compatibilidade institucional, nesse primeiro nível, é concebida como fatural e linguística (Schauer, 1990, p. 232; 2009, p. 151). A chave presuntiva acrescenta que esse limite não é apenas ponto de partida: ele opera como padrão normalmente decisivo. Ou seja, entre alternativas compatíveis, deve-se presumir a decisão que melhor preserva a autoridade pública da fonte e a estabilidade do esquema por regras. Após, a argumentação substantiva passa a operar não como substituta do limite fatural, mas como razão de derrota quando a indeterminação se manifesta de modo relevante ou quando a aplicação estritamente literal da regra produz discrepância grave em relação à sua justificação subjacente. Nesses casos, a argumentação busca: a) explicar por que o caso constitui uma exceção admissível ao governo por regras, isto é, por que a aplicação do texto ou precedente geraria um resultado institucionalmente custoso ou inaceitável, b) preservar, tanto quanto possível, o compromisso com o desenho por regras – limitando o alcance da exceção e evitando que ela se converta em deliberação moral ordinária, c) justificar o afastamento com ônus argumentativo elevado, justamente para não dissolver a presunção em favor das fontes (Schauer, 2009, p. 29). O ponto central, portanto, não é “incorporar fontes argumentativas”, mas reconhecer a função limitada das razões substantivas como mecanismo excepcional de correção dentro de um arranjo predominantemente governado por fontes e regras.

4.6 A FUNÇÃO DE RAZÕES SUBSTANTIVAS NA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA

Schauer argumenta que o direito, enquanto empreendimento humano, é um “artefato” estruturado por generalizações (regras) que são inevitavelmente imperfeitas, gerando casos de subinclusão e sobreinclusão em relação à sua justificação de fundo (Schauer, 2002, p. 31). É justamente nesses pontos de indeterminação – e nos casos em que a aplicação literal produz discrepâncias relevantes em relação à justificação de fundo – que o positivismo presuntivo encontra sua motivação: não para transformar argumentos substantivos em “fontes” ordinárias do direito, mas para explicar quando e como razões substantivas podem operar como razões de derrota da presunção em favor de regras e fontes. Trata-se, portanto, de uma disciplina da decisão sob subdeterminação, e não de uma redefinição do critério de validade. Esse “ponto de motivação” pode ser formulado, com Bix, como consequência da própria textura aberta: não é que o direito “falhe”, mas que termos gerais inevitavelmente deixam um resíduo onde razões precisam cumprir função seletiva, sob exigências públicas de justificabilidade (Bix, 1991, p. 55–56).

O papel central das razões substantivas aparece quando o direito, tomado como conjunto de regras e precedentes, se mostra insuficiente, ambíguo ou incompleto. Nesses contextos, tais razões não substituem o limite fatural nem funcionam como critério ordinário de validade, mas servem para justificar a superação excepcional do resultado indicado pela fonte quando mais de uma possibilidade é plausível ou quando o seguimento rígido da regra se torna institucionalmente custoso ou inaceitável. O direito, como sistema de regras e precedentes, possui um “núcleo de significado resolvido” (*core of settled meaning*), mas também uma “penumbra” de aplicações discutíveis, em que a linguagem se esgota ou a aplicação literal conduz a resultados claramente problemáticos do ponto de vista da justiça ou da razoabilidade (Schauer, 2009, p. 152–154; Spaak, 2021, p. 455).

Quando o conteúdo literal do texto já não oferece orientação suficiente, a justificação de fundo pode indicar a necessidade de uma exceção: qual interpretação deve prevalecer sem dissolver o compromisso institucional com o governo por regras (Schauer, 1990, p. 166 e 236). A atividade de seleção interpretativa da resposta vinculante pode, então, exigir mais do que a interpretação semântica, mas esse “mais” entra com função delimitada: justificar por que o caso é um candidato à derrota da presunção em favor da regra, e por que essa derrota não deve se converter em prática

ordinária (Schauer, 1990, p. 236; 2009, p. 166). Nessa perspectiva, o sistema não abandona o padrão *rule-based*, ele admite correções excepcionais para preservar a racionalidade do próprio arranjo por regras, evitando que a atuação judicial se reduza a uma função estritamente *inter partes*, o que, segundo Schauer, seria pouco realista e funcionalmente limitado (Schauer, 2009, p. 198).

A força das razões substantivas de derrota não é concebida como subjetiva ou arbitrária, mas como estruturada por restrições que caracterizam o positivismo presuntivo em ação. As razões substantivas estão sempre vinculadas a fatos institucionalizados: texto positivado, precedentes e história institucional. O elemento positivo (fatural) oferece o limite formal que não pode ser ultrapassado, garantindo objetividade e estabilidade. A primazia do texto ou do “significado literal” (*plain meaning*) funciona como solução para o problema de coordenação, substituindo as escolhas contingentes de intérpretes individuais pelas escolhas estabilizadas da comunidade linguística. O positivismo presuntivo preserva, assim, a centralidade do conteúdo comunicativo como ponto de partida e como presunção decisória normalmente vinculante. A argumentação, ancorada na justificabilidade racional, opera sob ônus justificatório elevado dentro desse limite fatural. A falta de apoio em fontes tradicionais leva justamente ao tipo de decisão que os próprios juízes descrevem como “impossível de ser escrita” (*will not write*). O fato de a justificação ser contestável não a torna arbitrária, mas indica que ela deve estar apoiada em argumentos que advogados e juízes considerem defensáveis à luz do estoque existente de autoridades legais (Schauer, 1990, p. 231–232, 236 e 255; 2009, p. 74, 151–152 e 174).

A justificação para derrotar uma presunção exige que o agente público, em princípio, suprima o seu “melhor juízo” pessoal em favor daquilo que a lei exige (Schauer, 2015, p. 89 e 108). Quando a lei é indeterminada, contudo, a justificação deve refletir valores institucionais mais amplos, como a coerência com o princípio de igualdade ou com outros princípios morais incorporados (positivados) em textos constitucionais (Waluchow, 2000, p. 58 e 65). Mesmo quando uma decisão é inicialmente alcançada por intuição, sua justificação precisa ser reconstruída, a posteriori, em termos de regras e precedentes, de modo que o resultado permaneça defensável à luz das fontes tradicionais (Schauer, 2009, p. 135–174). O recurso a considerações de política, justiça ou equidade, ainda que possa funcionar como *tiebreaker* em casos disputados, permanece sujeito a essa disciplina institucional

(Schauer, 1990, p. 249; 2009, p. 136). Esse ponto conversa com a preocupação de Hart de que a existência de discricionariedade em casos de fronteira não autoriza “qualquer” escolha; ela exige justificativas que possam ser reconhecidas como razões dentro da prática (Hart, 2013, p. 653–656).

As razões substantivas também não são arbitrárias porque estão sujeitas à argumentação comunitária: em muitas das decisões mais relevantes, há um dever institucional de “prestar razões” (*reason-giving*) (Schauer, 2015 p. 155; 2009, p. 180). A necessidade de justificar publicamente a decisão limita a margem de arbitrariedade e reforça a racionalidade do processo. Quando um tribunal oferece uma razão para sua decisão, ele “reduz a própria liberdade decisória em casos futuros”, na medida em que cria um compromisso argumentativo com aquela linha de fundamentação (Schauer, 2009, p. 180). No quadro presuntivo, esse dever de prestar razões é especialmente relevante quando se pretende derrotar a presunção: a publicidade e a reconstrução argumentativa funcionam como mecanismos de contenção da exceção, impedindo que ela se torne rotina e preservando a estabilidade do governo por regras. A lógica aqui é a mesma que Waldron atribui ao ideal de legalidade sob desacordo. As razões públicas operam como mecanismo de controle recíproco, precisamente porque não é aceitável depender do “juízo pessoal” não verificável como padrão (Waldron, 2011, p. 893–895).

A aceitação de limites morais substanciais por meio de critérios de validade – como ocorre em sistemas constitucionais de direitos – pode ser compatibilizada com a abordagem presuntiva na medida em que tais limites são institucionalmente positivados e operam como parâmetros internos do próprio sistema. Um ordenamento que reconhece e incorpora limitações morais razoáveis mostra-se, nessa leitura, melhor colocado para “ganhar o respeito de uma cidadania moralmente esclarecida” (Waluchow, 2000, p. 58 e 60). O positivismo presuntivo não precisa ser lido como uma “metodologia de escolha do conceito” para explicar esse ponto: ele pode ser compreendido como um arranjo institucional em que o padrão decisório por regras é normalmente decisivo, e em que o recurso a razões substantivas permanece excepcional, mas possível, justamente para preservar a legitimidade prática do esquema por regras quando ele falha de modo grave. A justificação, ancorada em princípios públicos e em coerência institucional, opera então como razão de derrota justamente onde os fatos não produzem uma resposta unívoca (Schauer, 1990, p. 255).

Desse modo, as razões substantivas ocupam legitimamente um espaço na justificação jurídica, em especial na formação de uma decisão vinculante em casos difíceis. Elas não são arbitrárias porque: (1) estão estruturadas por fatos institucionais, que funcionam como limite que não pode ser ultrapassado, (2) estão sujeitas a uma prática argumentativa compartilhada, baseada em princípios e propósitos publicamente reconhecíveis, o que assegura racionalidade e publicidade às escolhas interpretativas, e (3) permitem alcançar uma determinação institucionalmente justificada mesmo nos contextos em que os fatos, sozinhos, não indicam uma única resposta, sem dissolver o compromisso presuntivo em favor das fontes e do governo por regras, contribuindo para a funcionalidade do sistema jurídico diante da indeterminação.

É aqui que a proposta presuntiva mostra sua utilidade para a pergunta central desta dissertação: ela oferece uma forma de reconhecer a dimensão argumentativa dos *hard cases* sem transformar essa dimensão no próprio critério de juridicidade. Em termos práticos, o mecanismo em duas etapas faz com que a discussão substantiva não flutue livremente: ela precisa dialogar com o limite fatural, justificar por que o caso é excepcional e, sobretudo, demonstrar por que a exceção não compromete o valor institucional do governo por regras. O ponto, portanto, não é encontrar uma teoria que elimine a indeterminação, mas uma teoria que reduza sua volatilidade decisória preservando coordenação, previsibilidade e controle público. Essa “redução de volatilidade” é, de modo muito direto, a promessa institucional de tratar regras como planos públicos: não eliminar desacordo moral, mas permitir ação comum apesar dele (Waldron, 2011, p. 893–895).

Essa reinterpretação da compatibilidade institucional, em chave presuntiva, pode ser lida como um desenvolvimento conceitual que procura conciliar, de um lado, os compromissos da tese da separação (a distinção entre direito e moral na identificação das fontes) e, de outro, a necessidade prática de justificar decisões em cenários de indeterminação. Não se trata de abandonar a teoria raziana – voltada a identificar traços estruturais do direito –, mas de complementá-la com uma explicação institucional da convergência decisória em casos difíceis. O limite fatural é mantido e continua a oferecer objetividade, previsibilidade e estabilidade institucional, atuando como “limite formal” da deliberação, a presunção em favor das fontes, por sua vez, explica por que o direito pode continuar a funcionar como guia público mesmo quando a compatibilidade institucional não determina univocamente uma resposta. A

argumentação substantiva entra, então, de modo controlado: não para substituir o critério de validade, mas para fundamentar derrotas excepcionais e, ao fazê-lo, preservar as próprias finalidades institucionais que justificam o governo por regras. Desse modo, a compatibilidade institucional deixa de ser apenas uma descrição de fatos e passa a incluir, no plano da decisão, a pergunta sobre como a prática estabiliza resultados sem abandonar as fontes, explicando em quais condições a exceção pode ser admitida sem destruir a regra (Schauer, 1990, p. 232; 2009, p. 29). Essa passagem “da descrição à estabilização” é exatamente o ponto em que a interpretação se torna relevante para a tese da separação: mesmo mantendo critérios sociais, precisamos de uma teoria sobre como a prática decide quando os critérios não entregam, sozinhos, um resultado (Gizbert-Studnicki, 2024, n.p.).

Com isso em mãos, propomos avaliar a solução presuntiva por um critério simples: ela resolve o problema apenas se consegue explicar a passagem do desacordo para uma decisão vinculante sem transformar a moralidade em critério ordinário de identificação do direito. Ou seja, se a proposta presuntiva é realmente uma mediação – ou se apenas renomeia, em novos termos, a mesma tensão.

4.7 O POSITIVISMO PRESUNTIVO RESOLVE O CONFLITO?

As principais limitações do positivismo exclusivo de Raz aparecem, sobretudo, diante da indeterminação do direito. Como vimos, quando as fontes se mostram incompletas ou ambíguas (os casos difíceis, na terminologia dworkiniana), o positivismo exclusivo tende a concluir que, na lacuna, a única fonte de direito é a própria decisão judicial, que atua como legislador delegado. Essa forma de descrever a situação tende a minimizar a dimensão argumentativa da prática jurídica, na qual juízes e juristas efetivamente discutem o que o direito positivado requer que eles decidam. Isso porque, a existência de fronteira não implica “ausência de direito”, mas um tipo de situação em que a prática precisa escolher sob justificativas — o que ajuda a explicar por que a discussão permanece “sobre o direito” e não apenas “fora” dele (Bix, 1991, p. 55–56; Hart, 2013, p. 652–655).

O positivismo presuntivo trata essa limitação sem substituir o núcleo raziano da centralidade das fontes por uma tese de fontes argumentativas. A diferença central está no desenho institucional do raciocínio jurídico: regras e fontes funcionam como guias normalmente decisivos (presunções), capazes de produzir convergência e

previsibilidade mesmo quando a história institucional não determina univocamente uma única resposta. A argumentação substantiva não é abolida, mas reposicionada: entra como mecanismo excepcional de derrota da presunção quando a aplicação estrita do texto, do precedente ou da formulação da regra produz um resultado institucionalmente custoso ou inaceitável. Importa notar que essa é uma tese sobre o padrão decisório (decisão judicial), e não uma alteração do critério de validade: o que conta como direito continua ancorado nas fontes, o que se explica é como se seleciona uma resposta vinculante quando as fontes subdeterminam o resultado. Como vimos, a força dessa resposta pode ser defendida por razões de coordenação sob desacordo: regras como “planos públicos” preservam previsibilidade mesmo quando pessoas discordam sobre mérito substantivo (Waldron, 2011, p. 893–895).

Assim, a resposta presuntiva não depende de transformar moralidade e política em critério ordinário de validade, nem de exigir consenso moral robusto para identificar “a” resposta correta. Ela depende, antes, de um compromisso institucional com o governo por regras – compromisso justificado por razões públicas como coordenação, previsibilidade e limitação do poder decisório individual – e de uma estrutura de exceções controladas, com ônus justificatório elevado, para lidar com falhas graves de generalizações inevitavelmente imperfeitas. A determinação é, portanto, preservada como um produto de um padrão decisório: decisões por fontes e regras como regra, derrotas excepcionais como exceção. Isso não elimina a indeterminação, mas a torna governável ao reduzir variação decisória sem exigir unidade moral forte.

O positivismo presuntivo também acomoda a argumentação ao evitar tanto a exclusão rígida da dimensão avaliativa (associada ao ideal de uma identificação puramente fatural em todos os casos) quanto a incorporação da moralidade como componente ordinário do próprio conceito de direito. Em vez de excluir a moralidade da identificação do direito (como em Raz) ou de integrá-la necessariamente ao próprio conceito de direito (como em Dworkin), a abordagem presuntiva mantém a identificação ancorada em fontes e reconhece que a argumentação substantiva tem papel delimitado: (i) justificar, em segunda ordem, por que o governo por regras é um arranjo institucional moralmente preferível em sociedades pluralistas, e (ii) fundamentar derrotas excepcionais quando a regra falha de modo grave, sem dissolver a função coordenadora do direito.

Nesse enquadramento, princípios e razões substantivas não aparecem como “novas fontes” no sentido ordinário, mas como razões que podem justificar exceções

controladas dentro de um sistema que continua a tratar textos, precedentes e convenções como padrão decisório. O ponto não é afirmar que o conteúdo das normas “resulta” de argumentação no mesmo plano em que resulta de fontes, mas reconhecer que a prática jurídica precisa de um modo institucionalmente disciplinado de lidar com a penumbra: interpretação existe, mas seu efeito sobre a decisão é normalmente canalizado pelas fontes e só excepcionalmente supera a presunção. Isso também conversa com a discussão sobre separação e interpretação: manter a separação no nível do critério não impede que valores entrem no método interpretativo; a pergunta passa a ser como limitar e institucionalizar esse ingresso (Gizbert-Studnicki, 2024, n.p.).

À luz dessas considerações, o positivismo presuntivo pode ser visto como oferecendo uma resposta plausível ao conflito aqui analisado: explica como a convergência decisória pode ser gerada em contextos de múltiplas compatibilidades sem negar a inevitabilidade da interpretação, preserva o pluralismo axiológico ao não pressupor unidade moral forte como condição de determinação, e contribui para a determinação em contextos diversos ao estruturar o raciocínio jurídico em torno de um padrão estável (presunção em favor de fontes e regras) e de exceções justificadas com rigor (derrota excepcional). Em vez de substituir a estrutura conceitual de Raz, o positivismo presuntivo pode ser compreendido como seu complemento: preserva a centralidade das fontes como critério e padrão de decisão, mas oferece uma explicação institucional para o que o modelo puramente fatural deixa em aberto – isto é, como o direito mantém autoridade e previsibilidade quando as fontes subdeterminam a resposta nos casos difíceis. Em suma: não é uma “solução total” para a indeterminação, mas um arranjo institucional para administrá-la sem perder as vantagens do governo por regras.

4.8 O POSITIVISMO PRESUNTIVO É RESPOSTA NECESSÁRIA PARA SISTEMAS JURÍDICOS?

A atratividade do positivismo presuntivo decorre, precisamente, da insuficiência do positivismo exclusivo quando o sistema precisa escolher, sob restrições institucionais, entre alternativas que permanecem compatíveis com as fontes. Nessa situação, negar a presença de argumentação substantiva não elimina a necessidade de escolha, apenas deixa a escolha menos transparente e menos controlável. O positivismo presuntivo oferece um modo de reconhecer essa dimensão sem capitular

ao ceticismo: admitir que há decisão, que há justificativa, mas organizar a justificativa a partir de um padrão (fontes) e de critérios de derrota (excepcionalidade). A legalidade existe justamente para tornar a ação coletiva possível apesar de desacordo, e isso requer padrões públicos que reduzam o espaço de decisão caso a caso (Waldron, 2011, p. 893–895).

Raz promete determinação jurídica por meio de critérios institucionais e fatuais, que funcionam como razões excludentes. Esse projeto mostra sua força sobretudo nos casos centrais ou “fáceis”. A adesão do sistema a um modelo de decisão pautado por regras pré-definidas é o que confere, nesses contextos, segurança e previsibilidade. A justificação dessa primazia das fontes remete à *service conception*: a autoridade legítima oferece razões (as razões excludentes) que permitem aos indivíduos conformar-se melhor às razões que já possuíam do que se decidissem isoladamente. A função do direito, nesse cenário, é orientar a conduta, o que exige que ele possa ser identificado sem recorrer a argumentos morais controversos.

Se, para preservar autoridade, a identificação precisa evitar controvérsias morais, então a teoria deve explicar como o direito continua determinando decisões quando as fontes são vagas, conflitantes ou incompletas. Mas, se a explicação para esses casos inevitavelmente recorre a avaliação substantiva, o modelo corre o risco de transformar aquilo que deveria ser exceção em método ordinário, enfraquecendo a própria ideia de fontes como critério público. A tese das fontes, tomada isoladamente, tende a descrever esse momento como lacuna ou como espaço de criação judicial, o desafio, porém, é explicar como a decisão pode continuar sendo *jurídica* (e não apenas política), quando o material autoritativo não determina univocamente a aplicação. A autoridade aplicadora (o juiz), diante dessa indeterminação, passa a exercer uma discricionariedade robusta, criando direito novo para o caso específico e aproximando-se da figura de um legislador delegado. A dificuldade metodológica para o positivismo exclusivo está em explicar como essa decisão é tomada sem recorrer a considerações morais ou políticas: quando as fontes formais não bastam para determinar a aplicação da norma, as opções disponíveis passam, inevitavelmente, por algum tipo de argumentação valorativa. Hart ajuda a qualificar esse diagnóstico: discricionariedade, nesses casos, não é sinônimo de “legislação livre”, mas de escolha em condições em que o direito não fixa um único resultado — e essa escolha pode ser controlada por razões e padrões (Hart, 2013, p. 652–656).

O ponto sublinhado por Dworkin é que, mesmo em *hard cases*, os juristas discutem o que o direito positivado requer que eles decidam, e não apenas se devem ou não aplicar determinada lei. A crítica ao positivismo, nesse aspecto, é que, ao privilegiar neutralidade e objetividade, ele tende a subestimar a dimensão argumentativa do direito. Raz, ao sustentar a autoridade do direito, precisa que o sistema ofereça respostas para questões cuja ausência de solução geraria custos normativos relevantes, sua tese das fontes, entretanto, oferece poucos elementos sobre como proceder quando a identificação da norma válida exige, necessariamente, uma discussão sobre significado, alcance e relevância de princípios em tensão. A textura aberta faz com que a prática tenha de refinar conceitos diante de novas combinações de fatores, e isso explica por que a argumentação sobre extensão de termos permanece “jurídica” (Bix, 1991, p. 55–57).

É por isso que a pergunta não é se haverá interpretação, mas qual arranjo institucional pode torná-la compatível com o papel das fontes como padrão público de coordenação. Não se trata de dizer que o direito “acabou”, mas de reconhecer que, dentro do domínio das compatibilidades institucionais, ainda há mais de uma resposta plausível – e que a prática, mesmo assim, precisa decidir

O positivismo presuntivo, ao reconstruir o padrão decisório, procura justamente fornecer uma moldura para lidar com a dimensão argumentativa em contextos de indeterminação sem transformar a argumentação substantiva em critério ordinário de validade. Em vez de afirmar que “razões argumentativas” passam a integrar o rol de fontes, sustenta que regras e fontes devem funcionar como guias normalmente decisivos – uma presunção institucional em favor da decisão por texto, precedente e formulação da regra. A argumentação valorativa é admitida, então, com função delimitada. Nesse sentido, o positivismo presuntivo torna explícito um compromisso normativo comunitário que, em grande medida, já está pressuposto no positivismo exclusivo: a decisão de privilegiar certeza e autoridade – por meio de regras e fontes – como padrão, ainda que reconhecendo que nenhum esquema de regras elimina integralmente os custos de generalizações imperfeitas. A justificativa institucional para isso é diretamente compatível com o planejamento sob desacordo: a “aceitação” do plano reduz custo deliberativo e aumenta capacidade de coordenação (Waldron, 2011, p. 893–895).

Quando a tese das fontes se mostra insuficiente em razão da indeterminação fática, surge a questão central: como se obtém uma decisão vinculante quando o

domínio de compatibilidades institucionais não determina univocamente uma resposta? O positivismo presuntivo oferece uma forma de resposta: a determinação não depende de converter a exceção em criação livre, mas de estruturar institucionalmente a passagem do “domínio de compatibilidades” à resposta vinculante. A decisão permanece ancorada nas fontes como padrão (presunção), e a superação desse padrão exige um ônus de justificação pública, apto a mostrar por que o caso merece tratamento excepcional sem dissolver o compromisso com o governo por regras. Em outras palavras: o positivismo presuntivo explica como a convergência pode ser produzida por um arranjo institucional – presunção e derrotabilidade – em vez de depender, de um lado, de uma determinação puramente fatural sempre disponível, ou, de outro, de uma unidade moral robusta como condição de “resposta correta”.

A análise do funcionamento de sistemas jurídicos concretos sugere que o positivismo presuntivo não é apenas uma proposta teórica marginal, mas um modo de explicitar e justificar práticas já presentes na maneira como tribunais lidam com a indeterminação. Ao fornecer parâmetros e modelos de decisão que orientam o jurista prático sobre como manejar situações de incerteza, o positivismo presuntivo oferece uma moldura teórica para aquilo que os sistemas jurídicos parecem fazer implicitamente: tratar fontes e regras como padrão normalmente decisivo e reservar espaço – controlado e excepcional – para correções justificadas quando a aplicação rígida ameaça a racionalidade e a legitimidade do próprio esquema por regras. O foco da teoria é tornar inteligível por que “o ordinário” funciona por regras e por que “o excepcional” precisa ser institucionalmente limitado para não corroer o ordinário (Hamilton, 1993, p. 1013–1017).

Nessa perspectiva, pode-se sustentar que o positivismo presuntivo reúne, em um mesmo quadro, elementos que aparecem isoladamente nas alternativas anteriores: preserva a centralidade das fontes e a preocupação com autoridade enfatizadas por Raz, reconhece a inevitabilidade da interpretação e da argumentação em casos difíceis, como sublinha Dworkin, e mantém objetividade e previsibilidade como resultado de um padrão institucional de decisão.

É nesse sentido que, para os fins desta investigação, o positivismo presuntivo é apresentado menos como um “opcional teórico” e mais como uma peça estrutural na tentativa de compreender – e justificar – como o direito pode continuar a funcionar como prática de autoridade em contextos de incerteza e desacordo. O ponto,

entretanto, é de administração institucional da indeterminação: o positivismo presuntivo não promete eliminá-la, mas reduzir sua volatilidade decisória sem sacrificar as vantagens do governo por regras em sociedades pluralistas.

O positivismo presuntivo pode ser lido como uma resposta que concede o ponto dworkiniano mais importante para a decisão judicial: em *hard cases*, a prática jurídica não se esgota na aplicação de regras “tudo-ou-nada”, ela mobiliza princípios e razões com peso, e é por isso que Dworkin rejeita a ideia de que, quando não há regra aplicável, o juiz simplesmente não aplica o direito e insiste na presença estruturante de princípios no raciocínio jurídico (Shapiro, 2007, p. 9–13).

Ao mesmo tempo, o Positivismo Presuntivo modula o alcance dessa concessão. Reconhecer a inevitabilidade de razões substantivas em casos difíceis não implica, automaticamente, que tais razões se tornem critério ordinário de validade ou identificação do direito. O núcleo é que a prioridade das fontes é forte, porém superável, e que a superação demanda um limiar exigente e ônus justificatório elevado, isto é, as regras mantêm a sua posição de regras porque preservam resistência e não colapsam integralmente em suas justificações (Schauer, 1991, p. 204–205, 211 e 230–231). Com isso, não há promessa de uma resposta moralmente correta em todos os casos, mas a possibilidade de uma resposta institucionalmente governável: mesmo sob subdeterminação, a decisão é organizada por presunção pró-fontes, excepcionalidade e justificações publicamente controláveis (Schauer, 1991, p. 204–205 e 230–231).

O balanço do capítulo pode ser formulado nos termos do problema inicial: a alternativa presuntiva não promete uma determinação puramente fatual sempre disponível (como se a penumbra fosse um acidente), nem promete uma unidade moral capaz de garantir resposta correta (como se o pluralismo fosse ruído). Ela propõe, em vez disso, uma racionalidade institucional para decidir sob subdeterminação: fontes como padrão, argumentação como exceção controlada. A conclusão do trabalho, portanto, deve avaliar até que ponto essa disciplina institucional é suficiente para preservar, simultaneamente, o respeito ao pluralismo axiológico e um grau aceitável de determinação prática.

5 CONCLUSÃO

Esta dissertação partiu de uma pergunta que é, ao mesmo tempo, filosófica e institucional: como o direito pode funcionar como autoridade em sociedades marcadas por desacordo moral persistente, sem perder a capacidade de orientar condutas e produzir decisões compartilháveis? A reconstrução da teoria de Joseph Raz mostrou por que esse problema não é periférico: sob pluralismo axiológico, a coordenação social exige padrões públicos que permitam ação comum sem exigir convergência moral, e é nesse contexto que razões excludentes e a tese das fontes aparecem como peças centrais da justificativa da autoridade.

Na formulação raziana, essa promessa é sustentada por uma arquitetura composta por autoridade, razões excludentes e identificabilidade por fontes sociais. A ideia central é que o direito pode orientar a ação ao substituir parte da deliberação individual por padrões públicos de decisão, permitindo que a prática jurídica opere com base em critérios compartilháveis e relativamente estáveis. Nesse sentido, a objetividade não consiste na ausência de valoração, mas na possibilidade de justificar decisões por referenciais publicamente controláveis, enquanto a convergência decorre da redução dos custos deliberativos e da estabilização do que conta como direito.

Essa arquitetura, contudo, revela seus limites precisamente nos contextos em que a prática jurídica mais exige orientação: aqueles em que as fontes subdeterminam a decisão. Nos chamados casos difíceis, a passagem entre fonte e resultado deixa de ser unívoca, e a controvérsia recai não apenas sobre qual decisão é melhor, mas sobre o próprio alcance das regras, das exceções e das razões que devem ser consideradas excluídas. Nesses contextos, não basta afirmar a existência de razões excludentes; é necessário explicar quando a exclusão incide e o que ela exclui. É justamente nesse ponto que a explicação raziana se mostra pressionada: embora ofereça a estrutura da exclusão, não fornece critérios suficientemente estáveis para fixar publicamente seu escopo quando a própria incidência da regra é controversa.

A partir desse diagnóstico, o trabalho sustentou que o problema da tese das fontes não é apenas conceitual, mas também institucional. A questão central deixa de ser apenas o que conta como direito e passa a envolver a capacidade do direito de continuar operando como prática autoritativa em contextos de desacordo persistente. Em outras palavras, trata-se de saber se a tese das fontes consegue sustentar, na

prática, publicidade, controle público e convergência decisória justamente quando a determinação por fontes se mostra insuficiente — isto é, na zona de penumbra, em que múltiplas compatibilidades institucionais podem ser extraídas do mesmo conjunto de fatos e a decisão não se torna unívoca sem interpretação efetiva. Esse deslocamento é capturado pela noção de teste de rendimento institucional, segundo a qual teorias do direito devem ser avaliadas não apenas por sua coerência conceitual, mas por sua capacidade de funcionar como tecnologias institucionais de coordenação sob condições de incerteza.

Ronald Dworkin foi mobilizado, então, como diagnóstico: ele evidencia que fatos jurídicos não “falam por si” e que, em hard cases, a determinação exige escolhas interpretativas que carregam elementos de valoração. Ainda assim, a solução dworkiniana – ao insistir na resposta moralmente correta como eixo da determinação – entra em tensão com o pluralismo axiológico tomado aqui como ponto de partida não negociável. O resultado é uma aporia: Raz tende a restringir em excesso a argumentação necessária, enquanto Dworkin tende a pressupor uma unidade moral que relativiza o pluralismo que se busca preservar.

É nesse espaço que avaliamos o positivismo presuntivo, sobretudo na formulação de Frederick Schauer. Essa abordagem não elimina a indeterminação, nem pretende oferecer uma teoria completa dos limites da exclusão em sentido abstrato. Seu ganho é de outra ordem: ela desloca a resposta para o plano institucional. Em vez de prometer determinação puramente factual, Schauer propõe uma arquitetura presuntiva em que fontes e regras operam como ponto de partida normalmente decisivo, enquanto sua superação exige limiar elevado, ônus justificatório robusto e publicidade da fundamentação.

Nesse modelo, a derrota da regra não é livre, rotineira nem silenciosa; ela precisa ser explicitada e justificada como exceção controlada. Com isso, Schauer não elimina a controvérsia sobre os limites da exclusão, mas a institucionaliza de forma mais disciplinada. A decisão continua podendo envolver desenvolvimento do direito, mas essa dimensão deixa de aparecer como resíduo pouco estruturado e passa a ser enquadrada por uma gramática de excepcionalidade.

O resultado não é a eliminação da dimensão criativa da decisão, mas sua reconfiguração institucional. Mesmo quando a decisão ultrapassa a determinação estrita das fontes, ela permanece inserida em uma prática estruturada por regras, cuja superação precisa ser pública, rara e justificável. Isso permite compreender por que,

nesse modelo, a decisão é publicamente controlável: a exceção só é legítima quando sustentada por razões acessíveis, reconstruíveis e criticáveis, o que reduz a margem para a imposição não transparente da vontade do julgador e cria compromissos argumentativos para decisões futuras.

Nesse ponto, torna-se mais nítida a diferença em relação a Raz. Quando as fontes não determinam a resposta, a teoria raziana tende a reconhecer um espaço de desenvolvimento do direito ainda orientado pelo sistema. Já em Schauer, o foco recai na disciplina dessa transição: não se trata apenas de afirmar que o juiz permanece fiel ao sistema, mas de estruturar institucionalmente quando e como a passagem entre aplicação e desenvolvimento ocorre. O ganho, portanto, não é negar a criação, mas torná-la visível, controlada e excepcional.

Com base nesse percurso, a resposta que propomos à pergunta inicial é a seguinte: em contextos de indeterminação genuína, a convergência decisória não pode depender nem da expectativa de determinação puramente fatural sempre disponível, nem da suposição de unidade moral robusta. Ela depende de um arranjo institucional que trate o governo por regras como técnica de coordenação sob pluralismo e que, ao mesmo tempo, reconheça a inevitabilidade de exceções — mas apenas sob condições públicas e controladas.

Nesse sentido, o positivismo presuntivo aparece, para os fins desta investigação, não como solução definitiva, mas como uma forma mais disciplinada de administrar a indeterminação: fontes como padrão, exceção sob alto ônus justificatório e controle público da passagem entre aplicação e desenvolvimento do direito. Seu ganho é institucional, não metafísico. Ele não resolve completamente o problema dos limites, mas oferece uma estratégia mais adequada para preservação da autoridade, da convergência e da inteligibilidade pública do direito em contextos de penumbra.

Por fim, a contribuição mais geral desta dissertação consiste em reconstruir o problema da tese das fontes em termos simultaneamente conceituais e institucionais, mostrando que sua avaliação depende não apenas de sua coerência teórica, mas de seu desempenho como prática de decisão sob desacordo. Ao ler o positivismo presuntivo de Schauer como uma arquitetura intermediária capaz de disciplinar a transição entre aplicação e desenvolvimento do direito, o trabalho não apenas identifica um ponto de pressão na teoria raziana, mas oferece uma forma mais precisa de compreender como o direito pode continuar operando como autoridade justamente onde sua determinação se torna mais incerta.

É com esse resultado – administração institucional da indeterminação, e não eliminação da indeterminação – que a dissertação pode fechar o seu arco: do problema de autoridade sob pluralismo, passando pela promessa raziana de objetividade por fontes, até a crítica dworkiniana sobre interpretação inevitável em *hard cases*. A conclusão pode, então, explicitar o que se ganha e o que se perde com a solução presuntiva: ganha-se um modelo que preserva a centralidade das fontes como padrão, mas admite derrotas justificadas, perde-se a ambição de que a determinação por fatos sociais estará sempre disponível. O saldo é que esse “recuo” é institucionalmente virtuoso, porque torna a prática decisória mais honesta e mais controlável – exatamente onde o direito mais precisa manter legitimidade.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, N. P. In defense of exclusionary reasons. **Philosophical Studies**, v. 178, n. 1, p. 235–253, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11098-020-01429-8>. Acesso em: 12 jun. 2025.
- BARCLAY, Stephanie H. Constitutional rights as protected reasons. **University of Chicago Law Review**, [S.l.], 2024. No prelo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4740989>. Acesso em: 21 jul. 2025.
- BIX, Brian. H. L. A. Hart and the “open texture” of language. **Law and Philosophy**, v. 10, n. 1, p. 51–72, 1991. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3504835>. Acesso em: 5 jun. 2025.
- BIX, Brian H. Joseph Raz’s approach to legal positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (orgs.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 349–370.
- ÇAPAR, Gürkan. The service conception between sociological and normative legitimacy. 2025. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=5575911>. Acesso em: 3 ago. 2025.
- DAJOVIĆ, Goran. Hart’s judicial discretion revisited. **Revus**, n. 50, 2023. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/9735>. Acesso em: 18 jul. 2025. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.9735>.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268406.001.0001>. Acesso em: 9 jul. 2025.
- ESSERT, Christopher. A dilemma for protected reasons. **Law and Philosophy**, v. 31, n. 1, p. 49–75, 2012. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/41348266>. Acesso em: 27 jun. 2025.
- FAGGION, Andrea. Pluralismo moral e raciocínio prático. **Natureza Humana**, v. 21, n. 2, p. 77–96, 2019. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302019000200007. Acesso em: 6 ago. 2025.
- FAGGION, Andrea. What does the law have to do with our motives? **Pensando – Revista de Filosofia**, v. 15, n. 36, p. 134–140, 2025. Disponível em: <https://periodicos.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/5895>. Acesso em: 14 jul. 2025.

FALLON JR., Richard H. Ruminations on the work of Frederick Schauer. **Notre Dame Law Review**, v. 72, p. 1391–[s.p.], 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol72/iss5/4>. Acesso em: 30 jun. 2025.

FIVES, A. A value pluralist defense of toleration. **Philosophia**, v. 49, p. 235–254, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11406-020-00217-2>. Acesso em: 22 jul. 2025.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz. The separation thesis and legal interpretation. **Revus**, n. 53, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/13k98>. Acesso em: 11 ago. 2025.

GRAHAM, A. Hard cases and theoretical disagreements. **Journal of Legal Philosophy**, v. 50, n. 2, p. 85–102, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.4337/jlp.2025.02.01>. Acesso em: 25 jun. 2025.

GREEN, Leslie. Three themes from Raz. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 3, p. 503–523, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqi025>. Acesso em: 8 jul. 2025.

HAMILTON, Marci A. Playing by the rules by Frederick Schauer. **Cardozo Law Review**, v. 14, p. 1011–[s.p.], 1993. Disponível em: <https://larc.cardozo.yu.edu/clr/vol14/iss3/28>. Acesso em: 13 ago. 2025.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

HART, H. L. A. Discretion. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 2, p. 652–665, 2013. Disponível em: <https://philarchive.org/rec/HARD-20>. Acesso em: 4 jul. 2025.

HIMMA, Kenneth Einar. Just 'cause you're smarter than me doesn't give you a right to tell me what to do. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 1, p. 121–150, 2007. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4494576>. Acesso em: 2 ago. 2025.

LEITER, Brian. Legal positivism as a realist theory of law. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (orgs.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 79–102.

MCCABE, David. Joseph Raz and the contextual argument for liberal perfectionism. **Ethics**, v. 111, n. 3, p. 493–522, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/233524>. Acesso em: 17 jun. 2025.

MORESO, J. J. On the exclusionary scope of Razian reasons. **Ratio Juris**, v. 37, p. 148–160, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/raju.12403>. Acesso em: 29 jul. 2025.

MULLINS, R. Protected reasons and precedential constraint. **Legal Theory**, v. 26, n. 1, p. 40–61, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1352325220000075>. Acesso em: 10 ago. 2025.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *O direito como interpretação*. 2023. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28082023-132232/publico/8481923DIO.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2025.

OLIVEIRA, Inácio Augusto Teixeira Maia de; ELALI, André de Souza Dantas. O positivismo como instrumento de contenção ao subjetivismo axiológico. **Revista FT**, v. 27, n. 121, p. 90, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7872690>. Acesso em: 7 ago. 2025.

OWENS, David. Rationalism about obligation. **European Journal of Philosophy**, v. 16, p. 403–431, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0378.2008.00327.x>. Acesso em: 19 jun. 2025.

PLUNKETT, David; SUNDELL, Timothy. Dworkin's interpretivism and the pragmatics of legal disputes. **Legal Theory**, v. 19, n. 3, p. 242–281, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1352325213000165>. Acesso em: 1 jul. 2025.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. Value incommensurability. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 86, p. 117–134, 1985. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4545040>. Acesso em: 6 jun. 2025.

RAZ, Joseph. Autonomy, toleration, and the harm principle. In: MENDUS, Susan (org.). *Justifying toleration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 155–176.

RAZ, Joseph. Facing up: a reply. **Southern California Law Review**, v. 62, p. 1153–1235, 1989. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/757. Acesso em: 2 jul. 2025.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

RAZ, Joseph. *Engaging reason*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

RAZ, Joseph. *The practice of value*. Oxford: Clarendon Press, 2005.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a.

RAZ, Joseph (org.). *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 2010b.

RAZ, Joseph. Epistemic modulations. In: *From normativity to responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 107–128.

RAZ, Joseph. On exclusionary reasons. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3933033>. Acesso em: 17 jun. 2025.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2022.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, p. 509–548, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/796369>. Acesso em: 15 jul. 2025.

SCHAUER, Frederick. Statutory construction and the coordinating function of plain meaning. **The Supreme Court Review**, v. 1990, p. 231–256, 1990. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3109661>. Acesso em: 28 jun. 2025.

SCHAUER, Frederick. Exceptions. **University of Chicago Law Review**, v. 58, n. 3, 1991. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol58/iss3/1>. Acesso em: 5 ago. 2025.

SCHAUER, Frederick. Normative legal positivism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (orgs.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

SCHAUER, Frederick. A frame without a picture. 2022. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=4122652>. Acesso em: 6 ago. 2025.

SCHAUER, Frederick F. *Playing by the rules*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHAUER, Frederick F. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick F. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick; ZECKHAUSER, Richard. Regulation by generalization. **Regulation & Governance**, v. 1, p. 68–87, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2007.00003.x>. Acesso em: 23 jul. 2025.

SHINER, R. A. Rules of power and the power of rules. **Ratio Juris**, v. 6, p. 279–304, 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00152.x>. Acesso em: 9 ago. 2025.

SPAACK, Torben. The scope of legal positivism. In: SPAACK, Torben; MINDUS, Patricia (orgs.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

SPAACK, Torben; CARPENTIER, Mathieu. Sources of law in continental analytical jurisprudence. 2022. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=4059278>. Acesso em: 19 jul. 2025.

STILLMAN, Richard P. Statutory interpretation and denotational disagreement. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 2025.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, p. 1733–1772, 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1341816>. Acesso em: 11 jun. 2025.

WALDRON, Jeremy. Planning for legality. **Michigan Law Review**, v. 109, 2011. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol109/iss6/3>. Acesso em: 26 jul. 2025.

WALUCHOW, W. J. Authority and the practical difference thesis. **Legal Theory**, v. 6, n. 1, p. 45–81, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1352325200061024>. Acesso em: 2 ago. 2025.

WATSON, Bill. Explaining legal agreement. **Jurisprudence**, [S.l.], 2023. No prelo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4318147>. Acesso em: 28 jun. 2025. DOI: <https://doi.org/10.1080/20403313.2023.2165789>.