

## Direito, Estado e Autoridade em Kelsen, Schmitt e Raz<sup>1</sup>

*Law, State and Authority In Kelsen, Schmitt and Raz*

### Igor de Carvalho Enríquez

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007), especialização em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013). Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista FAPEMIG  
igor\_enriquez@hotmail.com

### Thomas da Rosa Bustamante

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2000), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007), com período de investigação na University of Edinburgh, Reino Unido, como bolsista da CAPES. Atualmente é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais, onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. tbustamante@ufmg.br

Artigo recebido em 08/05/2014 e aceito em 1/10/2014.

---

<sup>1</sup> Este trabalho foi realizado com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG

**Resumo**

O artigo traça uma análise comparativa das obras de Hans Kelsen, Carl Schmitt e Joseph Raz. Para tanto, compara-se suas respectivas teorias do Direito, do Estado e da Autoridade, buscando explicitar diferenças e semelhanças. O fato desses três autores terem sido enquadrados, em algum momento de suas vidas, no pensamento jus positivista faz com que compartilhem diversos pontos de trabalho, mas não diminui a distância entre as suas opiniões.

**Palavras-chave:** Autoridade. Positivismo jurídico. Estado.

**Abstract**

This paper seeks for a comparative analysis among the legal theories of Hans Kelsen, Carl Schmitt and Joseph Raz. For that, it compares their visions about Law, State and Authority, trying to show differences and similarities. The fact of the three authors had been, in some moment of their lives, classified as legal positivists makes them to share legal conceptions, but does not reduce the distance among their views.

**Keywords:** Authority. Legal positivism. Law.

## Introdução

O presente trabalho traça uma análise comparativa das obras de Hans Kelsen, Carl Schmitt e Joseph Raz. Para tanto, os três autores são comparados nas suas teorias do Direito, do Estado e da Autoridade, com intuito de explicitar diferenças e semelhanças entre esses três autores fundamentasi na formação do positivismo contemporâneo.

A relação entre os dois primeiros autores é amplamente conhecida, já tendo sido considerada em muitos trabalhos, e refere-se à contraposição entre direito positivo e direito politizado. A disputa acadêmica que envolveu a ambos reflete os dilemas da teoria jurídica em um contexto histórico no qual o positivismo não conseguia mais apresentar respostas satisfatórias e vivia uma transformação estrutural. Nesse sentido, destacar-se-ão pontos em comum entre ambos, bem como sua influência no futuro desenvolvimento da doutrina positivista de matriz analítica anglo-saxônica, na qual o trabalho de Raz se desenvolve.

Pretende-se, com isso, situar a teoria de Joseph Raz no preexistente debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, demonstrando uma relação intrínseca de continuidade dentro do positivismo. Apesar desse autor ter desenvolvido seu trabalho predominantemente a partir da teoria jurídica de Herbert Hart, sua obra possui, também, ainda que implicitamente, notáveis ligações tanto com conceitos desenvolvidos por Kelsen, quanto com algumas visões político-instrumentais de Schmitt.

O fato de os três autores estudados nesse ensaio poderem ser enquadrados, em algum momento de suas vidas, na vertente do positivismo jurídico faz com que compartilhem ideias, mas não diminui a distância entre as suas concepções de direito, Estado e autoridade. Nesse sentido, ao afastar-se da Sociologia e de considerações morais das comunidades específicas nas quais cada ordenamento está inserido, Kelsen peca por deixar sem resposta diversas questões relacionadas ao papel da política e da autoridade na normatividade jurídica e, assim, abre espaço para que autores posteriores identifiquem equívocos em sua concepção de ciência do direito.

Não por acaso, Herbert Hart utiliza-se da “vitória” de Kelsen sobre Schmitt para fundamentar sua própria concepção de direito como base do que viria a ser o positivismo jurídico contemporâneo, criando uma nova visão da teoria jurídica fundada em críticas e modificações do pensamento kelseniano. Todavia, apesar de Hart apresentar uma série de soluções a questões político-jurídicas, ele acaba por deixar muitas outras em aberto. Algumas dessas respostas somente são desenvolvidas satisfatoriamente pelo positivismo exclusivo de Raz, que se depara, em contrapartida, com sociedades multiculturais muito mais complexas do que as de seus predecessores, tendo por isso que opinar sobre questões antes tidas como inimagináveis.

A comparação entre esses três autores pode contribuir, portanto, não apenas para uma compreensão mais adequada do pensamento de Raz, mas também para um novo enfrentamento de temas fundamentais para a teoria do direito.

## **1. Hans Kelsen**

### **1.1 Kelsen e a Teoria Do Direito**

Em sua obra, Hans Kelsen tenta estabelecer uma teoria do direito que rejeite as proposições metafísicas, notadamente jus naturalistas, sobre a natureza do direito e a validade de suas normas, em prol de um caráter científico a ser assumido pelo estudioso do fenômeno jurídico. Sua obra insere-se em um positivismo jurídico que ansiava por mudanças diante da insuficiência do modelo anterior, no qual as tendências formalistas preponderavam. Sua ascensão remetia às codificações iniciadas com surgimento do Estado nacional, sendo fortalecido pelo pensamento empirista e tendo como contraponto um jus naturalismo de raízes medievais.

Nesse sentido, ao estabelecer seus conceitos em uma base formal, ele almeja livrar aquilo que denominou como ciência do direito de contingências históricas do ordenamento no qual estaria inserida, permitindo uma descrição

do direito independentemente dos conteúdos específicos das normas vigentes em um determinado sistema jurídico.

Inicialmente, Kelsen esboça uma teoria designada como “pura”, pretendendo garantir um conhecimento do direito como dever-ser e excluir dele tudo que não pertença ao seu objeto. Assim, busca libertar o sistema de todos os elementos estranhos, ao mesmo tempo em que estabelece a diferenciação entre o direito, de natureza eminentemente normativa, e a ciência do direito, de aspecto descritivo (KELSEN, 2003, p.1).

Todavia, ao contrário do que afirmam alguns detratores, sua teoria não subestima a importância do caráter empírico do direito, mas pretende fazer uma ciência sem conotações ideológicas. A “razão para fundar uma ciência pura do direito não consiste em justificar todo o poder, mas no contrário: despojar de toda justificação ‘científica’ a qualquer poder” (CORREAS, 1989, p.28). Nesse sentido, a ciência do direito kelseniana não abdica do contexto político-social em que está inserida, ao mesmo tempo em que não pretende ir além dele, como faz o direito natural, apenas centrando-se em seu objeto: a norma jurídica.

A partir daí, a teoria pura do direito constata que as normas jurídicas são imperativos hipotéticos de imputação e não categóricos ou causais, estruturando-se segundo a fórmula: “se X, então deve ser Y”, sendo X a hipótese para a aplicação da consequência jurídica Y. Tal raciocínio, defendido ao longo de toda sua obra, faz com que a noção de delito não seja vista como negação, mas sim como pressuposto do direito, uma vez que este é a concretização da hipótese X, à qual é imputada a consequência Y, cabendo ao Estado materializar a sanção vinculada à conduta (KELSEN, 2003, p.124).

Ao cidadão, todavia, o argumento kelseniano deixa a liberdade moral de fazer o que suas convicções morais exigirem, ainda que o direito recomende o contrário e o indivíduo esteja sujeito à punição prevista em lei. Dessa maneira, não se renuncia à própria consciência em favor da consciência do legislador, sendo a autonomia moral um dos mais importantes legados dessa teoria jurídica.

A unidade sistêmica, entretanto, está na relação entre a validade, a eficácia e o conceito de norma fundamental. Por efetividade da norma jurídica, entende-se o ato de vinculação da sanção a certo comportamento tido como ilícito, criando dessa forma dois resultados necessários: a obrigatoriedade de aplicação de medidas por parte de órgãos estatais competentes para tanto e a obediência dos indivíduos submetidos à ordem jurídica, que passam a evitar a sanção.

Já a validade da norma só é atingida quando essa, além de seguir todas as regras estabelecidas no ordenamento, tenha sido criada em conformidade com a norma fundamental (KELSEN, 2003, p.221), estabelecendo-se uma cadeia de validade que sempre remete a ela. A validade objetiva da norma, contudo, não provém de nenhum ato do plano dos fatos, mas da obrigatoriedade estabelecida pela norma que autoriza a realização deste ato, estando ligada, ao contrário da eficácia, ao plano do dever-ser e não do ser. A essa posição pode-se denominar originalismo, uma vez que toda ordem jurídica remete à origem de um sistema normativo, no caso a norma fundamental, cuja criação é pressuposta, mas não surgida a partir da simples pressuposição (RAZ, 2009, p.126).

Nesse sentido, conclui-se que as normas jurídicas devem ter um mínimo de eficácia para ser válidas, o que evidencia a contínua relação entre ambos os conceitos, sendo a sua vinculação imprescindível para a segurança do ordenamento jurídico. Segundo Kelsen (2003, p.12), devemos entender eficácia como uma condição de validade da norma, sendo importante ressaltar que as normas jurídicas podem perder a sua eficácia e, por conseguinte, a sua validade, quando não são mais respeitadas em certo meio social.

## 1.2 Kelsen e a Teoria Do Estado

Um dos principais pontos do pensamento kelseniano é a dissolução do dualismo ideológico Estado/direito, já que ambos representariam uma única realidade lógica e ontológica. Isso esvazia o Estado como ente isolado, passando ele a ser entendido principalmente como ordem jurídica centralizada

(MATOS, 2011-b, p. 79). É a partir desse ponto que o jurista austríaco diferencia-se de todos aqueles que tentam defender a onipresença estatal, produzindo um intenso questionamento a qualquer modelo estatista dominante.

Para tanto, estabelece o poder como epicentro originário do direito (CORREAS, 1989, p.10), remanejando a questão da justiça do âmbito da metafísica para o da política, característica presente em seu pensamento ao longo de toda obra. Desse modo, denuncia também aqueles que pregam uma devoção incontestável à autoridade estatal, sendo o fenômeno jurídico capaz de garantir a permanência da liberdade individual e coletiva, desde que se adote a metodologia adequada.

Desse momento em diante, estabelece-se uma teoria baseada nas noções de anticomunitarismo e formalismo. A primeira pode ser tida como a negação de um papel subserviente do indivíduo à coletividade, característica assumida por Kelsen sem a rendição a um individualismo também absoluto. Já a segunda, baseia-se na premissa que é possível, se não necessária, a transformação de noções substanciais em ideias funcionais, acabando-se com a concepção de um direito ideal submetido a um Estado real (KELSEN, 2003, p.105).

Considerado esse segundo aspecto, nota-se que o normativismo kelseniano assume papel ideológico, criando uma ideologia defensora do abandono de ideologias, de modo a revelar a farsa de qualquer cientificidade que se pretenda como definitiva e verdadeira (MATOS, 2011-b, p. 77). Assim, na tentativa de discutir o conteúdo jurídico, parte-se de uma teoria formal cuja finalidade última é desmistificar o direito e, por consequência, aproximá-lo daqueles que lhe são submetidos, sem necessariamente ter que ser a ele submissos<sup>2</sup>.

Desse modo, traça-se a contraposição entre os modelos baseados na cientificidade e na teologia, sendo aquele o caminho que será posteriormente

---

<sup>2</sup> De acordo com Hart (1982, p. 21-39), essa tentativa de desmistificação do direito já se encontrava na obra de Bentham, que advogava a ideia de que o direito seria um artefato social, produto da vontade humana e não da razão ou da natureza.

defendido pelo autor. Isso porque, percebe-se que o dualismo preponderante até aquele momento é apenas uma tentativa de defesa do poder por meio da justificação de sua autoridade baseada em um ente superior e em uma verdade pré-definida, que é revelada por aqueles com poder para tanto.

Nessa tarefa, entretanto, ele se depara com um obstáculo aparentemente intransponível, a incontável vontade de obedecer. Essa tendência, embora pareça paradoxal diante da suposta autonomia da vontade inerente à condição humana, mostra-se muitas vezes preponderante mesmo em contextos aparentemente racionais, pois elementos simbólicos estão implicitamente presentes a todo instante, fazendo com que propostas autoritárias sempre tenham ouvidos dispostos a escutá-las. Esse simbolismo se baseia na crença em uma autoridade transcendente instituidora da realidade, que está fortemente ligada a ideias medievais de um dualismo Deus/natureza. Desse modo, Kelsen chega à conclusão de que tanto a sociedade quanto Deus exigem do indivíduo uma obediência absoluta, colocando-se no espaço da psique que supostamente deve ser preenchido pela consciência individual (MATOS, 2011-b, p.100).

Segundo esse raciocínio, seguindo uma tradição que vem desde Platão, o Estado não precisa legitimar seus atos por meio da justificação de cada um deles, uma vez que o poder da autoridade estatal se legitima por si mesmo, ou seja, da sua condição divina/paternal. Sua coação, portanto, não se baseia na possibilidade de sanção, mas em algo mais profundo, lastreado em seu simbolismo e que esconde um interesse de dominação. *“A aparência do Estado como pessoa imaterial oculta o feito do domínio do homem sobre o homem”* (KELSEN, 2003, p.26).

Percebe-se, assim, uma opção kelseniana pela função em detrimento da substância, pois no ordenamento nada há além de violência organizada e estabilizada. E é justamente pela negação da diferença entre Estado e direito, portanto, que se prova a ausência de substância no direito, sendo a ordem vigente apenas uma sociedade política (LINDHAL, 1996, p.66).

### 1.3 Autoridade no Pensamento de Kelsen

Voltamo-nos, agora, para um dos pontos primordiais da teoria kelseniana e sem dúvida a origem de toda e qualquer noção de autoridade em sua visão de ordenamento jurídico: a noção de norma fundamental. Como dito anteriormente, a norma jurídica, em Kelsen, não deriva a sua validade da eficácia, embora um mínimo de eficácia seja necessário como condição de validade. Entretanto, o mínimo de eficácia não é fundamento da validade, papel reservado exclusivamente à norma fundamental (MATOS, 2011-a, p. 49).

A norma fundamental surge como o elemento que funda a ordem normativa e dá origem à cadeia valorativa que vai se estender a todas as normas componentes do ordenamento, pois a normatividade só existe se houvesse uma objetivação do comando normativo, exatamente para se saber a origem da ordem e se ela possui a autoridade para ser obedecida. Caso contrário, há uma regressão ao infinito deslegitimadora do sistema, tornando-o inaplicável.

Dessa forma, o autor austríaco tenta com a noção de norma fundamental estabelecer uma fonte da normatividade distante da metafísica, preocupando-se primordialmente com o caráter científico do direito. Ao criar um fundamento de validade que é ao mesmo tempo formal e vazio, de modo que se oponha à indeterminação e ao particularismo dos critérios morais e políticos sob os quais boa parte das teorias jurídicas da época foi gestada, ele cria uma norma que não é posta por atos humanos de vontade, mas antes pressuposta pelo pensamento jurídico (MATOS, 2011-a, p. 50).

Essa pressuposição, contudo, gera uma série de dúvidas e interpretações equivocadas relacionadas à abstração necessária para o entendimento de sua real natureza. Isso se deve ao seu caráter hipotético, uma vez que não é possível demonstrá-la empiricamente, já que ela é descoberta *a posteriori* em relação ao seu surgimento, não estando relacionada nem com a vontade do grupo social no qual surgiu, nem com manifestações metafísicas que fariam a sua criação. A *Grundnorm* é, antes de tudo, assumida.

É na própria fundação da norma fundamental, portanto, que reside sua autoridade, já que a Teoria Pura do Direito não se baseia em qualquer atitude da população para com o direito e o sistema jurídico só existe se é efetivo, não tendo qualquer obrigação de ser moralmente justo (RAZ, 2009, p.141). Essa ausência de fundação no consentimento daqueles que a ela estão submetidos, aliás, vem a ser a única explicação que torna plausível as ideias kelsenianas, naquilo que Raz chamou de “*point of view of the legal man*” (ponto de vista do jurista), já que o autor rejeitou enfaticamente qualquer posição em sentido contrário.

Todavia, essa postura acaba o aproximando de tudo aquilo que combateu ao longo de sua vida, ou seja, a justificação metajurídica da autoridade do direito e um autoritarismo implícito na utilização de axiomas para fundamentar a juridicidade. Não em conteúdo, obviamente, já que a *Grundnorm* é desprovida deste com base na tentativa, realmente útil, de isolar o válido do justo, mas ao se assumir como necessária a cadeia de autorizações e de transferências de poder que conecta os fundadores de determinada ordem jurídica aos atuais detentores do poder de criar direito válido (MATOS, 2011-a, p. 66).

Essa assunção deriva da importância dada por ele ao ato de conectar a norma fundamental à primeira constituição, produzindo uma cadeia de validação não somente dentro de um ordenamento específico no tempo, mas em uma linha atemporal de validade, denominada eficácia global. Segundo Kelsen, somente uma revolução pode romper a cadeia, dando origem a uma nova que tem o mesmo comportamento da anterior, uma vez que, conquanto a norma fundamental esteja fora do direito, torna todo ordenamento a ela submetido.

Dessa forma, dois fatores fazem com que suas ideias se aproximem da ideologia jus naturalista por ele tão combatida: 1) separação das interpretações jurídicas feitas pelo cientista do direito e pelo aplicador da lei, considerando somente o conteúdo das normas, e 2) o que Raz denominou de normatividade justificada (RAZ, 2009, p.134), tida como a fundação da validade

da norma em algo fora da sociedade. A partir deste ponto, ao contrário de negar a importância ou afirmar os perigos de ambas as teorias, buscar-se-á, demonstrar a proximidade Kelsen-Schmitt, bem como os problemas que decorrem de se basear a autoridade jurídica na crença, seja ela científica ou política.

## 2. Carl Schmitt

### 2.1 Schmitt e a Teoria Do Direito

Para explicar a visão schmittiana do que é o direito, faz-se imprescindível o conhecimento do conceito de decisionismo presente em sua obra. Situado no mesmo contexto histórico e jurídico germanófono do final do século XIX e início do século XX de Hans Kelsen, Carl Schmitt opta também pelo abandono do positivismo formalista vigente até então, mas ao invés de seguir em busca da pureza do direito baseada na sua cientificidade, ela opta pela formulação da figura de um soberano idealístico, que tem a prerrogativa de ordenar o sistema jurídico, e a própria sociedade, de modo que suas ordens trouxessem a estabilidade necessária naquele momento de crise política e social.

Extremamente ligado à noção de soberania, o ideário de Schmidt pode ser entendido como vinculado a noção de ordem posta por meio de uma decisão, produzindo o direito a partir do nada (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 34). Nesse sentido, a figura do soberano, ou seja, aquele que de fato detém o poder para tanto, cria o ordenamento, passando a ser seguido por seus subordinados. Giorgio Agamben sugere, por exemplo, que alguns elementos da noção romana de *auctoritas*, que permitiam ao soberano governar além dos limites formais da normalidade jurídica do ordenamento, foram usadas pela teoria schmittiana para conectar o poder diretamente as decisões do líder de modo a torna-lo a própria fonte de legitimação do ordenamento (AGAMBEN, 2003, p.32).

Essa teoria tem origem nos tempos modernos com os pensamentos de Thomas Hobbes e Jean Bodin, mas é adaptada por Schmitt, que lhe tira os elementos jus naturalistas, em uma tentativa de substituir a entidade divina

como base da fundamentação da autoridade pelas figuras do Estado ou povo. Dessa forma, ele contrasta a tomada da decisão ao que chamou neutralidade e à recusa em decidir inerente ao liberalismo, mesmo que isso acabe levando à adoção de um ceticismo moral, já que a escolha do soberano não tem limites além da sua própria vontade. Esse elemento será posteriormente corrigido pela adoção do institucionalismo (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 46).

Nessa primeira fase, diferenciando-se do positivismo tradicional, mas aproximando-se da visão kelseniana, o *Krojurist* determina que o surgimento do ordenamento jurídico repousa sobre a decisão e não sobre a norma, não sendo necessário nenhum nexos com o meio no qual se está inserido, uma vez que a soberania se justifica unicamente na condição do soberano e garante a validade do ordenamento. Nesse sentido, de maneira contraditória, Schmitt ainda se mantém ligado ao positivismo, pois ao procurar uma definição pura de soberania, separa o direito da ciência do direito (SCHMITT, 1972).

Em um segundo momento, todavia, ele percebe que precisa de algum elemento para fundamentar a norma, uma vez que a simples justificação na decisão soberana deixava-o preso a um normativismo que não explica o estado de exceção, pois este se encontrava fora do âmbito legal. Logo, sua teoria abandona o voluntarismo de matriz hobbesiana em prol de um decisionismo mitigado.

Esse decisionismo institucionalista, nas palavras de Macedo Júnior (2011, p. 12), reporta ao fundamento do direito e da soberania, estabelecendo que ambos não podem se lastrear apenas em um poder político superior, mas sim nas instituições que integram o jogo político de determinada sociedade. Destarte, ao definir o Estado como instituição das instituições, o jurista alemão cria uma cadeia de remissão institucional que liga a ordem estatal ao seu meio externo e ao *Fuhrer*, criando, pois, um contraponto à cadeia de validação baseada em normas, de matriz kelseniana.

Ademais, ele reafirma a importância estatal e sua sobreposição ao direito, definindo o momento excepcional, no qual o direito perde seu sentido diante da sua impossibilidade de reger a situação, como o instante no qual o

soberano desperta para tomar a decisão definitiva. Nesse sentido, a soberania continua existindo de forma latente, já que em situações de normalidade as instituições voltam a existir com sua aparente independência, não impedindo, entretanto, o retorno da decisão soberana toda vez em que o caos precise dar lugar a uma nova ordem normativa (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 99).

Isso posto, embora a decisão nasça de uma escolha necessariamente arbitrária, as instituições existirão de modo sincrético com a escolha por parte do soberano, pois ganhariam autonomia a partir do início da normalidade. Desse modo, formar-se-ia uma vontade institucional cuja autoridade está fundada na própria instituição e seu papel político, que por sua vez criam valores e conteúdos que influenciarão a decisão soberana, quando ela for necessária. O Estado enquanto instituição das instituições une e subordina as demais, estabelecendo uma hierarquia e materializando a relação de dependência mútua e correlação entre a decisão e os vínculos interestatais (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 105).

Dessa forma, no decisionismo institucionalista schmittiano, versão última da sua teoria do direito, percebe-se a decisão do soberano como garantia da validade do direito, mas não do seu conteúdo, uma vez que esse será dado pelas instituições. No momento da exceção, entretanto, a decisão provém daquele que pode tomá-la, justificando-se em si mesma. Logo, o jurista alemão destaca-se como pluralista em relação às fontes de conteúdo normativo e monista quanto ao fundamento de validade.

## 2.2 Schmitt e a Teoria Do Estado

Como visto anteriormente, o Estado tem papel preponderante na teoria do direito schmittiana, sendo definido como o status de um povo e da unidade política (SCHMITT, 1972, p.205). Nota-se, entretanto, que para a manutenção dessa unidade do povo, faz-se necessária a legitimação dos governantes perante os governados, especialmente por meio dos princípios da *identidade* e da *representação*.

Enquanto o primeiro princípio (identidade) pode ser tido como a ligação popular consigo mesma, em um sentimento de unidade política, o segundo (representação) é percebido como a consciência da impossibilidade da presença de todo o corpo social a todo momento em que algo precise ser decidido, sendo fundamental a representação de todos por alguns. O conceito de democracia está ligado à identidade, já que o sentimento de igualdade é importante para o reconhecimento de indivíduos como parte do todo. A noção de liberdade, contudo, não é condição para a existência da democracia nem contraponto com a ditadura, já que esses conceitos podem conviver em sistemas políticos específicos e o oposto da ditadura está na discussão (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 49).

Nesse sentido, ele distingue soberania de ditadura, definindo as diferenças entre o ditador comissário e o ditador soberano. Segundo seu pensamento, o primeiro vem de uma ação indeterminada do poder constituído, enquanto o segundo tem sua origem na emanação de um poder com ambição constituinte. A ditadura comissária atua fora da legalidade com o intuito de preservar a norma, embora o ditador não seja representante dos outros, mas o único que decide. Mesmo quando a constituição estiver suspensa, essa ação é provisória, pois é realizada para protegê-la, já que o ditador atua por delegação do soberano.

Em sentido oposto, no estado de exceção denominado ditadura soberana, a constituição vigente é combatida, buscando instaurar uma nova legalidade e rompendo com tudo que existia anteriormente. Neste caso, o ditador é o soberano na força máxima, mas também em sua máxima indeterminação, pois se suspende a vigência do ordenamento indefinidamente até a criação da verdadeira constituição (SCHMITT, 1999, p.322).

Para esse autor, no período entre guerras, alguns fenômenos ligados ao liberalismo, como o pluralismo e a policracia, estariam levando a Alemanha a uma fragmentação política por incentivarem a indecisão e, conseqüentemente, a falência do Estado Legislativo. O caráter ideológico da doutrina liberal, portanto, induz ao erro ao promover o discurso da não

intervenção econômica e autorregulação dos mercados, pois gera uma paralisia decisória inerente a seu modelo. Somente com a decisão soberana em um contexto de ditadura comissária é que se faz possível assumir modelo adequado às necessidades de uma sociedade moderna.

Nesse contexto, o *Fuhrer* tem papel fundamental, pois, como expressão do próprio Estado, absorve as funções legislativas e judiciárias, tornando-se o guardião da constituição. Isso porque, para Schmitt, os tribunais não possuem as condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político-jurídico implícitos na constituição, tendo em vista que um judiciário, composto segundo ele por juízes inamovíveis, independentes e politicamente não responsáveis, não pode desempenhar a função política de defender o direito e a legalidade (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 55).

De forma diversa, a democracia procedimental como proposta por Hans Kelsen, baseada em um pluralismo liberal que nega a unidade soberana em prol de uma louvação da individualidade, faz com que seu conteúdo material recaia na mão de um legislador que no fim das contas não decide em momento algum, levando a coletividade a um estágio de insegurança e instabilidade política e social. Assim, somente o líder que representa o soberano e ao mesmo tempo a unidade das instituições pode libertar o Estado desse limbo e fazer a transição entre normalidade e estado de exceção.

Conclui-se, portanto, que a visão política schmittiana reserva ao *Fuhrer* um papel primordial, pois esse desempenha o papel de ligação entre a decisão soberana, de matriz decisionista, e a representação da unidade do povo alemão, de caráter institucionalista. Sendo assim, o professor alemão percebe em sua teoria a unidade estatal conjugada com um pluralismo jurídico, jamais político, formando o decisionismo institucionalista que soluciona os problemas que afligiam a nação naquele momento. No entanto, ele não notou os imensos riscos inerentes a essas posições e as consequências que elas trariam.

### 2.3 A Autoridade no Pensamento de Schmitt

De acordo com a teoria schmittiana, portanto, a autoridade está no dualismo exceção/normalidade. Se por um lado prega-se a ruptura com a visão normativista por meio da decisão do soberano, fazendo com que o direito surja a partir dessa escolha, a autoridade em um contexto de normalidade também está fortemente ligada às instituições e sua articulação com o Estado. Apesar de surgirem em um ponto fora do ordenamento, as teorias de Schmitt e Kelsen acabam se desenvolvendo de modos frontalmente opostos.

Isso porque, embora ambas as noções de autoridade tenham origem decisionista e, portanto, sejam baseadas em uma legitimidade que se funda em si mesma, no estado de normalidade schmittiano a construção sociológica do direito é considerada. Abrem-se as portas, portanto, mesmo que em termos não definitivos, para a atuação da razão prática. Essa maleabilidade tornará a teoria de Schmitt mais aceitável aos olhos do leitor, especialmente daquele não versado nos conhecimentos jurídicos de ordem acadêmica.

Nota-se, dessa forma, o poder sedutor de sua teoria político-jurídica, afinal esses elementos não poderiam ser analisados separadamente em sua obra, tendo especial relevância no momento de crise do embate entre liberalismo e ditadura vivenciados no período entre guerras. Nesse contexto, não se pode esquecer que a valorização da unidade e coesão alemãs são pontos fundamentais do embate ideológico promovidos por Schmitt, já que garantiriam àquela nação a estabilidade e segurança perdidas desde o fim do segundo império.

As opiniões do *Krojurist*, todavia, se mostraram equivocadas diante dos fatos. Ao basear a unidade alemã na figura do *Fuhrer* e delegar-lhe papel fundamental na teoria, ele acaba por desconsiderar o poder deletério da própria personalidade do líder real que a Alemanha possuía naquele momento. Desse modo, embora não defenda um modelo de autoridade carismática weberiana (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 111), uma vez que suas preocupações com as instituições e com a unidade alemã lhe eram preponderantes sobre a fé no líder máximo, é esse modelo que se consolida no poder com a ascensão nazista.

Pode-se, portanto, citar três grandes problemas da visão político-jurídica schmittiana, pelo menos do período anterior à Segunda Guerra Mundial. Primeiramente sua confiança no *Fuhrer* como encarnação da unidade política das instituições, baseada talvez na inocência em relação às reais potencialidades deletérias do poder personalista ou em um excesso de confiança sobre seu real poder de influenciar a construção do Estado (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 113). Isso talvez, fez com que ele alterasse sua posição política a respeito do nazismo, o impedindo de prever que o decisionismo de Hitler não era o seu, pois esse se baseia na violência e no medo como formas de imposição (BENDERSKY, 1979, p. 314).

A seguir, pode-se citar a não valorização da separação entre direito e moral, já que ao adotar o institucionalismo ele abandona as influências positivistas iniciais em detrimento de uma ligação entre sociedade e direito por meio das instituições. Não que esse posicionamento signifique uma incompatibilidade *a priori* entre a separação entre moralidade e juridicidade, tendo a sociedade como fonte do ordenamento, mas no sentido de que, sem uma teoria da norma ao estilo kelseniano, a moralidade implícita na decisão traz mais instabilidade que o contrário.

Por fim, cita-se a não definição da natureza da autoridade que rege seu ordenamento como seu último problema. Muito embora a autoridade teórica, tida como aquela que se baseia em razões para crença e se legitime em si mesma, seja a grande criadora do ordenamento e responsável pela preservação da ordem, a autoridade prática, vista como aquela que fornece apenas razões para a ação e se legitima em cada ato, também se faz presente por meio das instituições e da ligação destas com a sociedade.

Ao mesclar ambos os tipos de origem do poder em contextos diferentes, fato em si revolucionário e merecedor de novos estudos por sua atualidade, o *Krojurist* cria um problema de indefinição da autoridade por não determinar se, como e quando, a razão prática influencia o *Fuhrer*. Essa tarefa, portanto, cabe àqueles que, em momentos futuros, debruçar-se-ão sobre sua obra com o intuito de entendê-la, sendo imprescindível a dissociação deste autor, que

ficou marcado por fatos políticos muito além do seu alcance e quiçá passíveis de serem previstos, como as consequências política do regime ao qual se associou.

### 3. Joseph Raz

#### 3.1 Raz e a Teoria Do Direito

Apresenta-se a partir daqui a teoria de Joseph Raz como um contraponto ao debate Kelsen/Schmitt, tanto para entender a repercussão de ambos nas teorias jurídicas contemporâneas, quanto para enfatizar a contribuição dessas duas visões à noção de juridicidade positivista moderna. O contexto histórico de Joseph Raz é aquele posterior à Segunda Guerra, no qual o positivismo jurídico se mostra insuficiente no formato até então existente (atrelado ao formalismo e a mera obediência ao soberano), necessitando de uma grande repaginação para continuar a ser um modelo útil para a teoria do direito. Não por acaso, seu orientador em Oxford e grande incentivador no aperfeiçoamento do positivismo é Herbert Hart, tido como o grande responsável pela reconstrução do positivismo contemporâneo, ao alinhar seu pensamento positivista a teoria da linguagem e a diversas ideias de raízes sociológicas e filosóficas, expandindo suas fronteiras para muito além do direito positivado.

Ao buscar um contraponto entre o respeito ao multiculturalismo inevitável no mundo moderno, sem se render ao relativismo cultural, e a necessidade de se descobrir a normatividade por trás da autoridade, sem abrir concessões para o autoritarismo, Joseph Raz pode ser definido como um institucionalista normativista, pois o direito não surge da decisão da autoridade que se justifica em si mesma, mas sim de fontes sociais criadoras da norma que se separam da moral, muito embora seja por elas influenciadas indiretamente e externamente ao ordenamento, em um esquema positivista exclusivo.

Para Leslie Green, porém, essa influência não foi meramente uma passagem de tocha, já que Raz modifica ou complementa uma série de ideias

centrais na obra de Hart a respeito do positivismo jurídico e da filosofia do direito, como por exemplo, que regras são práticas sociais (complementa), que todo sistema legal tem uma regra última de reconhecimento (modifica), que a validade do direito pode depender de princípios morais (complementa e modifica), que direitos protegem escolhas importantes feitas pela sociedade (complementa) e que existe uma obrigação moral, baseada na noção de *fairness*, em obedecer ao direito (modifica) (GREEN, 2005, p.503).

Abarcando todas essas questões, mas apresentando repostas muito originais, e em alguns casos controversas, para os dilemas provenientes delas, é possível definir o pensamento de Raz como acreditando que o comportamento humano se baseia em razões, tidas como motivações que impulsionam o indivíduo no plano do agir (RAZ, 2010, p.31). Essas, por sua vez, se dividiriam em razões de primeira ordem, ou seja, aquelas inerentes à relação indivíduo/meio, como a necessidade de comprar comida para preparar o almoço, e as de segunda ordem, tidas como razões para agir ou abster-se de agir com base em uma razão, como um motivo para não ir ao supermercado, pois se tem que fazer algo diferente antes, sendo razões sobre razões.

O poder de comandar ou influenciar advém, para o autor, exatamente da existência de razões de segunda ordem, pois tem como origem a consideração por parte de outras pessoas de que aquele que reivindica a autoridade possui a capacidade de tê-la, mesmo que parcialmente, tornando-se autoritativas, a partir de então, suas ordens ou opiniões. (RAZ, 2010, p. 57). Dessa forma, embora nem todas as características necessárias ao sistema normativo possam ser localizadas em toda autoridade prática, essa é entendida, também, como uma instituição produtora do conteúdo jurídico.

Isso porque, para desempenhar tal papel, a norma deve ser, ou pelo menos ser apresentada como sendo, uma expressão do juízo de algumas pessoas ou de algumas instituições sobre o mérito das ações que isso requer. Assim, a identificação da regra como jurídica consiste no reconhecimento da atribuição dessa função a uma pessoa ou instituição, que passa a representar suas decisões e expressar seus julgamentos (RAZ, 1996, p. 231).

Para tanto, ele sintetiza sua concepção de autoridade em três teses: 1) *A tese da dependência*, segundo a qual todas as diretivas de uma autoridade "devem estar baseadas, entre outros fatores, em razões que se aplicam aos destinatários de tais diretivas e que se referem às circunstâncias do caso", havendo portanto um nexo necessário entre o que é avaliado e o que está sendo ordenado, exercendo a autoridade um papel de mediador; 2) *A tese da justificação normal*, que afirma que o melhor meio para se estabelecer a autoridade de uma pessoa é demonstrar que o indivíduo sujeito à diretiva da autoridade terá maiores benefícios e maiores chances de agir de acordo com as razões que se aplicam a ele caso aceite como vinculantes as diretrizes da alegada autoridade e tente segui-las, ao invés de realizar por si mesmo uma ponderação de razões; e 3) *A tese de substituição prévia*, na qual a requisição da realização de uma ação pela autoridade é uma razão para seu desempenho, existindo uma substituição das razões individuais existentes previamente e o surgimento de razões novas que as substituirão (RAZ, 1996, p.214).

As duas primeiras teses se articulam no que se chamará de *concepção de serviço da autoridade* (*service conception*). Desse modo, a autoridade é considerada como mediadora entre as pessoas e as razões que lhes são aplicáveis, de modo que os juízes são autoridades cujos pronunciamentos devem ser tidos como fonte de razões especiais, assim como as demais instituições produtoras de normas.

Surge daí a separabilidade entre direito e moral, pois a validade de uma norma jurídica é proveniente do ato da autoridade legitimada para estabelecê-la, ocorrendo por meio de fatos verificados em um contexto social. Não pode haver, portanto, vinculação autoritativa caso fosse permitida a inclusão de preceitos morais pelas regras de reconhecimento dos sistemas jurídicos particulares, já que a denominada "incorporação" da moral pelo direito leva à incerteza sobre qual norma se sobreporia, causando, conseqüentemente, desestabilização sistêmica.

Sem embargo, Raz admite também uma diferença clara entre a teoria do direito, que permite a identificação do direito válido, e a teoria da

interpretação. Embora se consiga definir o que é direito, não é possível para a teoria do direito explicar a aplicação do mesmo, sendo necessário que tal fato ocorra em um contexto extrajurídico. Percebe-se aqui uma semelhança dessas ideias com a teoria kelseniana, principalmente em relação à separação moral/direito, e a teoria schmittiana, no ponto do papel que se atribui às instituições como fontes do ordenamento em situações de normalidade. Entretanto, o seu positivismo exclusivo se baseia em uma visão política diferente sobre a relação Estado/cidadão.

### 3.2 Raz e a Teoria Do Estado

Na teoria de Joseph Raz, a construção da legitimidade da autoridade tem papel primordial. Isso porque, ao não adotar uma origem decisionista para a legitimação do direito, preferindo em seu lugar defender a fonte sociológica construtivista, Raz entende que cada um dos atos autoritativos realizados precisa ser justificado individualmente, aumentando ou diminuindo a aceitação da legitimidade reivindicada de acordo com atitudes pregressas da autoridade, seja ela pessoal ou institucional. Raz, todavia, crê que existem outras formas de justificar a norma, como o que ele chamou de normatividade justificada kelseniana (RAZ, 2009, p.145).

Em sua tese de justificação normal, a autoridade desempenha, pois, papel de mediadora entre as razões positivadas e decisões pessoais, cabendo a cada indivíduo seguir a ordem/recomendação estatal ou não, de acordo com a legitimidade que esta tem para o seu julgamento pessoal. Desse modo, não é adequado dizer que uma medida autoritativa é justificada somente porque serve ao interesse público ou individual, uma vez que, se ela é obrigatória para os cidadãos, deve ser fundamentada por considerações que os obrigam, existindo raramente a possibilidade do uso de razões estatais na ação política (RAZ, 2011, p. 67).

Longe de ser uma defesa da anarquia resultante da facultatividade da obediência ao Estado, Raz defende que os motivos existentes para seguir uma

autoridade se baseiam na noção de consentimento (*agreement*). Essa é mais restrita do que a concordância e equivale ao sentido performativo desta, pois se pretende concordar em conceder o direito, conferindo-lhe poder agora ou em momento futuro. Vale ressaltar que o consentimento no caso é do tipo real e não hipotético, como o defendido pela teoria de John Rawls, e pode ser expresso na fórmula “X consentiu com a ação de Y” ou “X consentiu que Y seja...” (RAZ, 2011, p.74).

Nesse sentido, o consentimento se baseia tanto em razões instrumentais, quanto em não instrumentais, sendo as primeiras as que focam nos benefícios de se seguir a autoridade, sejam diretos ou indiretos, fazendo com que seja vantajoso ou não prejudicial atender às suas ordens e dando-lhe, portanto, legitimidade. É importante notar que a validade do consentimento só se dá quando não existe contaminação pela coação, pois, nesse caso, não há produção de legitimidade.

Os segundos motivos, nomeados não instrumentais, são tidos por Raz como a base do fundamento da relação moral entre cidadãos e Estado. Isso porque o *“valor instrumental do consentimento à autoridade de um governo justo deve ser visto como reforço para os outros motivos morais para apoiar instituições justas quando aqueles falham devido à ignorância ou fraquezas humanas”*. Assim, eles se baseariam em uma obrigação moral de cada indivíduo em apoiar governos vistos como justos. Ademais, é importante frisar que essa obrigação se dá para com a sociedade como um todo e não somente para com o direito, tido como um dos diversos aspectos da sociedade (RAZ, 2011, p. 82-83).

Surge, entretanto a questão sobre o que é um governo justo. Para esse autor liberal, não seria aquele que se encaixa em um modelo kantiano de valores axiologicamente definidos e universalmente válidos, mas sim o que consegue fundamentar as suas decisões, seja de cada uma das suas autoridades-instituições ou de suas autoridades-agentes públicos. Aqui, a teoria raziana defende que o consentimento à autoridade pode ser expresso na forma de uma atitude básica de identificação, muito parecida com a da

Schmitt, embora ela não seja imprescindível para o consentimento e obrigação para com o Estado, pois existiriam outras formas de identificação social sem o reconhecimento do sistema jurídico.

Desse modo, aqueles que consentem à autoridade de governos considerados por eles mesmos como justificados ou respeitam suas leis estariam sujeitos à sua autoridade e estariam vinculados à obediência das suas leis. Mesmo aqueles que não consentem, todavia, apesar de não estarem cometendo um delito, estariam sob a obrigação parcial e qualificada de reconhecer a autoridade do Estado na medida em que esta é necessária para permitir-lhes assegurar objetivos individuais, além do fato da coordenação estatal e suas variações serem indubitavelmente úteis.

Conclui-se, a partir disso, que Raz defende a autoridade estatal como o resultado de uma espécie de relação indivíduo/Estado, muito próxima da noção hobbesiana de contrato social, mas provida da noção de legitimação de Locke. Ele admite a importância tanto de aspectos mais pragmáticos, quanto da independência da identificação com a comunidade como base não instrumental da obrigação de obedecer (RAZ, 2011, p.95)

### 3.3 A Autoridade No Pensamento De Raz

Joseph Raz busca, ao longo da sua obra, dissipar aquilo que chamou de paradoxo da autoridade, ou seja, as alegações que clamam pela existência de uma incompatibilidade entre autoridade e autonomia. Assim, é irracional a cessão de parte da autonomia para outro indivíduo ou instituição, mesmo que se alegasse um suposto bem comum como finalidade, denominando-se isso negação da autoridade (RAZ, 2009, p.27)

Para, portanto, demonstrar a compatibilidade entre autoridade e autonomia, Raz utiliza-se da divisão daquela em efetiva e legítima, bem como da inter-relação necessária entre ambos os conceitos. A autoridade efetiva, ou *de facto*, pode ser entendida como aquela avaliada sob o ponto de vista do *ser*, ou seja, aquela que produzi efeitos práticos. Ela não pode, entretanto, ser tida

apenas como a capacidade de influenciar as escolhas e opiniões das pessoas isoladamente. Isso porque Raz acredita que toda autoridade de facto tem que ter um mínimo de legitimidade (RAZ, 2009, p.8).

Por outro lado, a autoridade legítima, ou *de jure*, é aquela que é efetiva de um modo *justificado*. De forma diversa dos autores citados no começo deste trabalho, a teoria raziana defende que o poder bruto inicial, que dá origem ao Estado em sua forma, deve ser seguido por uma reivindicação de autoridade por meio da fundamentação dos atos daqueles que detém o poder. Assim, surge um reconhecimento por meio da justificação, com uma consequente efetividade dos atos de poder, produzindo uma autoridade que se legitima e que, por sua vez, reivindica mais reconhecimento para cada um dos seus atos, produzindo uma relação necessária entre justificação e efetividade (RAZ, 2009, p.9).

Isso se dá em um contexto de razão prática, uma vez que se afirma a autoridade como uma noção não-relativizada a um ordenamento específico, pois reivindicações ou pretensões autoritativas de um determinado sistema tendem a remeter somente a ele, impedindo que as premissas sejam interpretadas como inferências práticas gerais e produzam uma autoridade que se legitima em si mesma (RAZ, 2009, p.11). Raz, todavia, admite a existência da noção relativizada, sem entrar no seu mérito, o que talvez seja seu maior erro metodológico.

Entretanto, a diretiva de uma autoridade não pode ser encarada como uma obrigação *prima facie* que pode ser superada por qualquer reivindicação em sentido contrário, mesmo que por uma pessoa com autoridade para tanto. Isso se deve ao fato de ser somente o próprio sistema normativo aquele que define o que pode ser considerado como vinculante ou não, em uma noção muito parecida com a de Kelsen, que prevê a norma jurídica como definidora do ato jurídico violador e passível de punição. Raz, em um mesmo contexto positivista, diferencia comando de requisição exatamente nesse sentido.

Para tanto, ele reafirma o poder normativo da autoridade por meio da utilização das razões de primeira e segunda ordem. Como já dito, aquelas

seriam razões para ação ou omissão em um determinado sentido, enquanto essas seriam razões para ação ou omissão *por uma razão*, podendo ser positivas ou negativas. As razões de segunda ordem negativas foram, portanto, denominadas razões excludentes, pois excluiriam aquelas em sentido contrário. Ele dá como exemplo, as ordens de um pai para não seguir o comando da mãe, tendo o filho, a partir daí, uma razão para não agir em determinado sentido baseada em outra razão (RAZ, 2009, p.17).

As ordens autoritativas seriam razões para fazer algo, somadas às razões para excluir todas as razões em sentido contrário, o que Raz denominou razões protegidas. Elas, não são, contudo, razões absolutas para fazer ou não fazer, já que dentro de um contexto de razão prática sempre pode surgir uma razão que supera as previamente estabelecidas. O poder normativo está, então, exatamente na habilidade de mudar as razões protegidas (RAZ, 2009, p.18), permitindo a coexistência entre a autonomia e a autoridade que substitui a vontade do indivíduo por outra externa a ele.

Conclui-se, desse modo, que a teoria raziana parte de uma premissa institucional sociológica para um normativismo, que em muito se assemelha ao kelseniano, por pretender um direito separado da razão no âmbito interno ao sistema, mas cuja ligação com a moral fora desse meio é de natureza inegável. Com Schmitt, por sua vez, ele compartilha a influência do que chamou normatividade social, já que as instituições produzem norma, mesmo que em condições diversas para cada um dos autores.

#### **4. Conclusão**

Ao longo deste trabalho buscou-se compreender a visão de três autores diferentes a respeito da teoria do Direito, do Estado e da Autoridade, almejando-se não apenas buscar semelhanças e diferenças, mas também verificar se a teoria de Joseph Raz dá resposta adequada às principais deficiências dos dois primeiros autores. Isso porque, apesar de inserido em um contexto político e jurídico posterior, na qual o multiculturalismo e o papel da normatividade influenciada pela moral surgem como fatores preponderantes,

a obra de Raz é um produto das modificações no positivismo jurídico decorrentes da insuficiência de sua postura do final do século XIX e início do século XX, o qual foi somente superado a partir do debate Kelsen-Schmitt.

Kelsen, partindo de uma teoria positivista que vinha sendo trabalhada previamente na Alemanha, construiu uma teoria jurídica complexa e coerente, baseada na noção da norma fundamental – o elemento mais controvertido da Teoria Pura do Direito – mas, que em termos gerais, consegue dotar seu ordenamento jurídico de maior sistematicidade, reforçar a sua teoria monista a respeito da indissociabilidade entre Estado e direito, bem como fundar a autoridade da ordem jurídica fora da mesma, mas com inquestionável efetividade interna após ser posta.

Embora sua visão possa ser interpretada e tida por alguns como defasada, é indubitável que a teoria kelseniana é pouco entendida e mal analisada pela maioria de seus críticos. Sua contribuição para o fortalecimento da forma como o mundo moderno entende a norma e a relação entre autonomia de pensamento e atuação estatal, todavia, é reconhecida por aqueles que se preocupam em analisar adequadamente o que ele pretende e como ele foi levado a entender o direito dessa maneira.

Carl Schmitt, por sua vez, inicia sua obra em um âmbito de decisionismo jurídico, teoria segundo o qual o fundamento último do direito é uma decisão política do soberano, mas que gradualmente se aperfeiçoa, modificando-se, sem se tornar contraditória. Com a assimilação nos anos 30 do institucionalismo jurídico de autores como Maurice Hauriou e Santi Romano, a teoria schmittiana, a partir dos anos 30, passa a basear o sentido próprio do decisionismo, fundado no pensamento da ordem concreta, em influências externas ao direito, criando, assim, o que viria a ser conhecido como decisionismo institucionalista.

Trata-se de um modelo que prega o surgimento do sistema normativo por ordem do soberano em meio a um estado de exceção, caracterizado pelo dualismo entre Estado e direito e a autoridade baseada na dicotomia normalidade/excepcionalidade, sendo de natureza institucional na primeira e

soberana na segunda, estando ambas fortemente ligadas, uma vez que a exceção explica a própria normalidade.

Já Joseph Raz, que provém de um contexto de direito consuetudinário anglo-saxônico fortemente influenciado pela razão prática proveniente do pensamento de David Hume e do instrumentalismo ligado a sua obra, possui forte influência do trabalho de Hans Kelsen, embora seu mentor intelectual Herbert Hart tenha construído boa parte da moderna visão positivista com base na derrubada de noções intrínsecas ao pensamento kelseniano. Já sua relação com a obra schmittiana é, no entanto, mais obscura, uma vez que o *Krojurist* não é sequer citado em nenhuma de suas obras analisadas neste artigo, fato pelo qual se buscou apresentar diversos pontos em comum ao longo desta obra.

A teoria de Raz consegue, sem embargo, superar várias dificuldades presentes no pensamento dos dois autores analisados neste ensaio, mostrando-se superior na tarefa de justificar a juridicidade. Contrastada com o pensamento kelseniano, ela consegue evitar algumas das dificuldades da teoria pura do direito, como a falta de uma explicação da fonte da normatividade do direito, já que Kelsen é forçado a fundamentar a validade do direito positivo em uma norma que está fora da sociedade, mas nada pode dizer sobre o conteúdo dessa norma. Por outro lado, ao se comparar com o modelo de Schmitt, a teoria do direito e da autoridade de Raz consegue evitar os perigos do decisionismo (seja radial ou matizado) e reconciliar as ideias de direito e razão prática, contribuindo para uma teoria do direito e da autoridade mais bem adaptada aos sistemas jurídicos que adotam a forma do Estado de direito e são construídas ao longo do debate político-moral-jurídico efetuado por cada sociedade.

Isso ocorre porque ele se filia a um pensamento de liberalismo político no qual a tolerância e a valorização da moralidade política da comunidade em que se está inserido têm papel primordial, já que os próprios direitos individuais adviriam de construções sociológicas de cada grupo, podendo ser fins em si mesmos, somente na medida em que tais grupos os entendessem

assim. Sua teoria do direito é, portanto, uma mescla da autonomia moral do indivíduo com a ligação permanente alimentada por vínculos associativos que advém da coletividade, mas sem, no entanto, produzir uma obrigação moral de obedecer ao direito.

Buscou-se, por fim, tentar ressaltar a obra desses três autores, destacando-se que o debate ainda está muito longe de se encerrar e que, do mesmo modo que cada um representa uma fase distinta do positivismo, essa visão jurídica continua em contínua construção, devendo ser modificada e melhorada à medida que se depare com novos desafios. Apesar de ainda haver certos pontos específicos que ainda merecem um estudo mais aprofundado, este ensaio conclui que as noções de Direito, Estado e Autoridade são definitivamente indissociáveis, qualquer que seja a interpretação que se dê a cada uma delas.

### Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. trad. Henrique Burigo, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. trad. Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.

BENDERSKY. *The Expendable Kronjurist: Carl Schmitt and National Socialism, 1933-36*, Journal of Contemporary History, London and Beverly Hills, vol. 14, pp. 309-328. 1979.

CORREAS, Óscar. *El outro Kelsen*. En: *El otro Kelsen*. Org. Óscar Correas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp. 27-55. 1989.

GREEN, Leslie. *Three Themes from Raz*. Oxford Journal of Legal Studies. Oxford. Vol. 25, nº 3, pp. 503-523.

HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. 5. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LINDAHL, Hans. *El Pueblo Soberano: El Régimen Simbólico del Poder Político en la democracia*. Revista de estudios políticos. México. Nº 94, pp. 47-72. 1996.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *A Norma Fundamental de Hans Kelsen como postulado científico*. Rev. Fac. Dir. UFMG, Belo Horizonte, n. 58, pp. 41-84, jan./jun. 2011-a.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra o Absoluto - Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011-b.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 1986.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press. 1996. ·

RAZ, Joseph. *Moralidade da Liberdade*. Trad. Henrique Blecher. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph, *The authority of Law: essays on law and morality*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press. 2009.

SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*, trad. it., Em: Le categorie del politico, Bologna: Giappichelli, 1972.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Trad: Pedro de Vega. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. trad. Es. Madrid: Alianza Editorial, 1985.