

Data enia

Revista Jurídica Digital



A legitimidade da autoridade do poder estadual

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestre em Teoria do Direito pela FDUL

Sumário:

Este estudo procura avançar algumas pistas para identificar de onde provém a legitimidade da autoridade do poder estadual, de forma a justificar o uso da força através do poder.

A legitimidade da autoridade do poder estadual

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestre em Teoria do Direito pela FDUL

Introdução

Este estudo versa sobre a legitimidade que um Estado tem para exercer a força através do poder. Partindo do pressuposto de que tal exercício só pode ser feito na medida em que o Estado detenha autoridade, torna-se necessário apurar em que medida é que essa mesma autoridade é legítima. S. Agostinho pergunta, famosamente, "*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*"¹ Duas respostas são possíveis: 1) de um ponto de vista substantivo, nada distingue os Estados dos salteadores a não ser a administração da Justiça através do Direito. Contudo, 2) de um ponto de vista formal, os Estados são dotados de uma máquina institucional cuja autoridade não encontra rival noutra tipo de organizações institucionais, lícitas ou ilícitas. Assim, é nossa contenção que a *existência* do Estado não se encontra predicada na necessidade de administração da Justiça através do Direito, mas a sua *legitimidade* sim.

A exposição dividir-se-á em duas partes: na primeira, descrevemos o pensamento de Alexander Passerin d'Entreves, cuja observação de que o Estado assenta em "might", "power" e "authority" é contrastada com as posições de Hans Kelsen e Carlos Blanco de Moraes, para quem a noção de "legitimidade da autoridade" é meramente formal, ou seja, uma autoridade tem legitimidade para sê-lo meramente em virtude de ser uma autoridade. Dito por outras palavras, estes autores não consideram que a legitimidade tem um fundo

¹ S. Agostinho, IV, 4, 1.

moral. Isto leva Kelsen a arguir, por um lado, que Estado e Direito são dois termos usados para descrever a mesma realidade, e Blanco de Moraes, por outro, a defender que uma Constituição criada a partir de um acto de força não deixa, por isso, de ser uma Constituição.

Na segunda parte, procuramos justificar uma visão diferente, apoiada na ideia de que a legitimidade deriva da Moral, seguindo de perto o labor de Joseph Raz, que tem vindo a trabalhar longamente a questão da legitimidade da autoridade, de forma a demonstrar que a existência de autoridade estatal é algo diferente da legitimidade da autoridade estatal. Na nossa opinião, um Estado só exerce a "força" através do "poder" dotado de "autoridade legítima" se utilizar, no processo, o Direito para administrar a Justiça. Um Estado que não o faça será, certamente, dotado da autoridade para exercer a força através do poder, mas não terá legitimidade para o fazer, o que cria, entre outras coisas, o direito dos cidadãos a resistirem ao Estado e, no limite, a utilizarem a força para estabelecerem um Estado que actue legitimamente, isto é, que administre a Justiça através do Direito.

1. O Estado: exercício da "força" através do "poder", dotado de "autoridade".

Em *The Notion of the State*, d'Entreves nota que o termo "Estado" é, tal como o conhecemos na actualidade, um neologismo que surge no Renascimento. Até então, autores como Platão, Aristóteles, Cícero e S. Agostinho utilizavam termos como "polis", "res publica", "civitas" e "regnum" por duas razões, sendo que a primeira prende-se com o facto de que

the situation to which they referred was different in each case, or at any rate for each of the periods in which they were active. Greek political experience, at least in the classic age, was summed up in the *polis*, the city-state, a small and exclusive concern, which both Plato and Aristotle assumed to be the highest expression of the common good, that is, the embodiment of a moral value. (...)

The Roman horizon was much wider and more complex than the Greek—not only because it broadened out from the restricted vision of the City-state

to that of the universal framework of the Empire, but because it introduced into the notion of the State an element which had remained at least partially unknown to Greek thought—the legal element. From this point of view Cicero's definition of *res publica* is particularly significant. The accent is here shifted from the goal to the structure of the State; *ius* is the distinguishing feature of political associations.

As far as St. Augustine is concerned, his choice of words is sometimes perplexing. He does in fact use different terms such as *res publica*, *civitas*, *regnum* in referring to political matters; but the definitions he gives of each of them in turn are almost identical. These are, indeed, precisely the terms which recur most often in medieval political writings, but with different meanings according to the different circumstances to which they apply, to the great variety of forms or types of human association. In medieval political language *civitas* usually referred to the city-state which flourished in various parts of Europe, and more particularly in Italy. *Regnum* was used to describe the territorial monarchies in process of formation from the time of the high Middle Ages onwards. *Respublica* was reserved in most cases for describing a wider community, the *respublica Christiana* which united all believers in one sheepfold. The angle of vision determined whether that community was the Church or the Empire.²

Realidades distintas requeriam, portanto, designações terminológicas diferentes. Quanto à segunda razão, esta consiste no seguinte:

Down to a certain date the word 'State' is missing altogether. It was missing—and this is the second reason why other words were used in its stead—because it had not yet been coined, or, more exactly, because it had not yet acquired a definite, precise meaning. In its modern acceptation the word 'State' is a new word, found in the various European languages only in a period relatively near our own. Its acceptance was linked with certain factual circumstances, with the fact above all that it referred to a new state of affairs, one that differed in many respects from that which was visible to the eyes and imagination of the political writers of antiquity and of the Middle Ages.³

² D'Entreves, pp. 28 e 29.

³ *Idem*, p. 29.

O surgimento do neologismo "Estado" deve-se, em grande parte, conforme d'Entreves salienta, ao contributo de Niccolò Machiavelli:

There is a widely held opinion that the chief merit for having definitely fixed and popularized the modern meaning of the term 'State' belongs to Niccolò Machiavelli. This opinion is certainly in great measure justified, but it should not be accepted without reservations. In fact, the word 'State' seems to have entered the vocabulary of politics before Machiavelli. And by Machiavelli himself the word was at times used indiscriminately, with different meanings which can be traced to preceding linguistic usage.⁴

O que é facto é que Machiavelli começa *Il Principe* dizendo que

Tutti gli Stati, tutti i domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra gli uomini sono stati e sono o repubbliche o principati."⁵

Tudo aquilo que, portanto, exerceu ou exerce "império" sobre os homens é um "Estado". Este mesmo exercício de "império" conheceu, ao longo da História, configurações diferentes, o que, segundo d'Entreves, ajuda a explicar as diferenças terminológicas existentes, até então, para designar a realidade que, contemporaneamente, é denominada por "Estado".

Torna-se, então, necessário apurar o que se entende, contemporaneamente, por "Estado". D'Entreves tenta responder a esta questão através da análise de três dos pontos mais salientes associados ao uso do termo. O primeiro desses pontos é o seguinte:

(a) The word 'State' is generally associated with the notion of a force outside the individual will, superior to it, and able not only to issue commands but to enforce them.⁶

O Estado surge, portanto, dotado de força coerciva, imposta através de uma hierarquia vertical, de cima para baixo, de governante sobre governado,

⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁵ Machiavelli, pp. 175 e 176.

⁶ D'Entreves, p. 1.

numa relação de subordinação do segundo em relação ao primeiro. D'Entreves propõe, para designar esta característica do Estado, o termo "might":

The State regarded as 'might' or mere force is the State as it is conceived by what is usually called 'political realism': a way of thinking of the State that has a long tradition behind it, and recently, perhaps owing to the circumstances of life today, this has seemed to be the only objective and plausible way of approaching the problem of politics.⁷

Este é, contudo, apenas um dos pontos salientes do Estado contemporâneo, de acordo com d'Entreves; o segundo é este:

(b) The fact that the notion of the State is associated with that of an imperative and superior force, which is attached to its commands and not to others, does not imply that this force is inscrutable and arbitrary. On the contrary, the notion of the State is closely associated with that of a power exercised in accordance with definite procedure, with rules that are known, or at any rate knowable.⁸

O Estado não é, por conseguinte, mera força arbitrária; "might" surge temperado através de "power":

The State regarded as 'power' is the State of legal theorizing, where power means force qualified by the law, force with the sign 'plus' attached to it. It is not surprising that it was precisely this 'plus' sign that attracted the exclusive attention of the jurists, to whom we owe the refining and further elaboration of the concept of the State and the identification of its essential attributes, first and foremost among them the attribute of 'sovereignty'.⁹

Assim, o Estado surge como indissociável do Direito, no sentido em que precisa de uma ordem normativa para reger os seus assuntos internos. Hans Kelsen leva esta ideia de indissociabilidade entre o Estado e o Direito ao extremo, propugnando por uma total identificação entre Estado e Direito:

⁷ *Idem*, p. 6.

⁸ *Ibidem*, p. 1.

⁹ *Ibidem*, p. 6.

Ist erkannt, daß der Staat als Ordnung menschlichen Verhaltens eine relativ zentralisierte Zwangsordnung, der Staat als juristische Person die Personifikation dieser Zwangsordnung ist, löst sich der Dualismus von Staat und Recht als eine jener Verdoppelungen auf, die dadurch entstehen, daß die Erkenntnis die von ihr konstituierte Einheit ihres Gegenstandes — und ein solcher Einheitsausdruck ist der Begriff der Person — hypostasiert. (...)

Durchschaut man aber die Identität von Staat und Recht, begreift man, daß das Recht, das positive, mit der Gerechtigkeit nicht zu identifizierende Recht, eben dieselbe Zwangsordnung ist, als welche der Staat einer Erkenntnis erscheint, die nicht in anthropomorphen Bildern steckenbleibt, sondern durch den Schleier der Personifikation zu den durch menschliche Akte gesetzten Normen durchdringt, dann ist es schlechthin unmöglich, den Staat durch das Recht zu rechtfertigen. So wie es unmöglich ist, das Recht durch das Recht zu rechtfertigen, wenn dieses Wort nicht das eine Mal im Sinne des positiven, das andere Mal im Sinne des richtigen Rechts, der Gerechtigkeit, verwendet wird. Und dann enthüllt sich der Versuch, den Staat als "Rechts" - Staat zu legitimieren, darum als völlig untauglich, weil — wie schon betont — jeder Staat in dem Sinn ein Rechtsstaat sein muß, daß jeder Staat eine Rechtsordnung ist.¹⁰

O raciocínio de Kelsen assenta na premissa de que o Direito não se identifica com a Justiça, não só no sentido de Direito e Justiça não serem a mesma coisa, como igualmente no sentido de que o Direito não almeja um ideal de Justiça. Esta ideia é o cerne da sua "Teoria Pura do Direito":

Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. (...)

Als Theorie will sie ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.

Wenn sie sich als eine "reine" Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil

¹⁰ Kelsen, pp. 319 e 320.

sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehört. Das heißt: sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.¹¹

Por conseguinte, o Direito, para Kelsen, na sua "pureza", isto é, considerado em si mesmo, é uma ordem normativa social coactiva que, através da aplicação de sanções em caso de incumprimento das suas normas, rege as condutas dos destinatários da ordem jurídica.¹² Assim, a ordem jurídica, que é o Estado, usa a ameaça da força, com o intuito de dissuadir os cidadãos de infringirem o ordenamento jurídico, bem como a própria força, quando a violação das normas ocorre. A prossecução de um ideal de Justiça poderá surgir como objectivo de alguns sistemas jurídicos, mas, segundo Kelsen, tal não é necessário para se qualificar uma ordem normativa como sendo "jurídica", ou um Estado como sendo um "Estado de Direito". Com efeito,

Die schon erwähnte Einschränkung des Begriffs des Rechtsstaates auf einen Staat, der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht, involviert die Annahme, daß nur eine so geartete Zwangsordnung als eine "wahre" Rechts-Ordnung angesehen werden kann. Eine solche Annahme ist aber ein naturrechtliches Vorurteil. Auch eine relativ zentralisierte Zwangsordnung, die autokratischen Charakter hat und bei unbeschränkter Flexibilität keinerlei Rechtssicherheit bietet, ist eine Rechtsordnung, — und sofern man Ordnung und Gemeinschaft differenziert — ist die durch eine solche Zwangsordnung konstituierte Gemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft und als solche ein Staat.¹³

Assim, Kelsen critica a concepção, por si rotulada de "jus-naturalista", segundo a qual há ordens normativas jurídicas por oposição a ordens normativas de mera força.¹⁴ A propósito da validade material e da legitimidade da autoridade da Constituição enquanto Lei Fundamental de um ordenamento

¹¹ *Idem*, p. 1.

¹² Cf. *ibidem*, pp. 31-59.

¹³ *Ibidem*, p. 320.

¹⁴ A propósito da distinção, cf. Ferreira, Os direitos fundamentais, pp. 295-310 e 327-331.

jurídico, Carlos Blanco de Moraes defende uma posição semelhante à de Kelsen:

Na verdade, em nome de que parâmetro de referência jurídica será possível negar natureza constitucional a normas de hierarquia superior que têm por escopo a organização do poder político de um Estado autoritário, e que foram objecto de uma decisão constituinte não democrática? (...)

Retornar a uma concepção *jus-fundamentalista* da Constituição que negue a existência de um acto de soberania constituinte se este não for democrático representa para além de um retrocesso dogmático, também um reducionismo jurídico.

Retrocesso dogmático, porque importa a renúncia a uma noção positiva e abrangente de Constituição, que se adapte a qualquer regime político, e que, afinal, já se tinha por adquirida durante a segunda metade do século XX.

Reduccionismo, porque, por razões ideológicas presas a uma visão *eurocêntrica* de Constituição, se retira natureza constitucional às normas organizatórias do poder que se assumem positivamente como tal e se nega, por consequência, a existência de constituições em cerca de metade dos estados da Comunidade internacional, onde pontificam modelos de concentração de poder.

Será, por exemplo, realista, negar em termos fácticos e jurídicos a existência da soberania constituinte que presidiu à feitura da Constituição de uma potência como a República Popular da China, pese o carácter *existencial* da representação popular, legitimadora dessa decisão?

É que, independentemente de a sociologia constitucional, na base de um conhecido critério ontológico, poder rotular essa Constituição como "*semântica*", o que o jurista não poderá fazer é qualificar o acto de soberania que a instituiu como um *não acto constituinte* e as normas de organização superior do poder e sociedade efectivamente vigentes na base dessa aparência de acto como uma *não-Constituição* ou uma *Constituição aparente*.¹⁵

¹⁵ Blanco de Moraes, pp. 28 e 29.

O que Blanco de Moraes afirma, portanto, é que a validade e legitimidade de uma Constituição não depende da observância de critérios de Justiça, de entre os quais se destaca, em relação a esta questão em particular, a necessidade de uma Constituição derivar de um poder constituinte democrático. Isto significa, na óptica deste Autor, que a autoridade da Constituição não assenta nem na democracia, nem em quaisquer outros critérios substantivos de Justiça. Em todo o caso, o que separa autores como Kelsen ou Blanco de Moraes de autores de pensamento jus-naturalista é o *fundamento* da autoridade; a *existência* da autoridade não é posta em causa, constituindo, para d'Entreves, o terceiro ponto saliente associado ao Estado:

(c) The recognition of this power as exercised according to definite rules implies the recognition of an obligation to submit to these rules. The word 'State' in this sense provides a term of reference for these obligations. It refers not merely to a force which exists in actual fact, or to a power which makes itself felt in accordance with certain rules, but to an authority which is recognized as warranted and justified in practice.¹⁶

O termo "Estado" refere-se, por conseguinte, a uma autoridade legítima dotada de força (might) e de poder (power):

The State regarded as 'authority' is the State that requires a justification which is not, and cannot be, provided by mere force or by the sole exercise of power. The demand for some justification of this kind is a very old one, and one which has provided material for fierce controversy and deep speculation. These in turn have had a strong influence not only on the modern notion of the State, but even on its shape and its structure.¹⁷

Com efeito, jus-naturalistas e jus-positivistas concordam nestes pontos: o Estado é uma entidade que faz uso da força através do poder, sendo dotado de autoridade legítima para tal. Jus-positivistas na senda de Kelsen ou Blanco de Moraes, por exemplo, aderem a uma concepção maquiavélica de legitimidade, segundo a qual há duas formas de se obter o poder:

¹⁶ D'Entreves, p. 2.

¹⁷ *Idem*, p. 6.

Questi sono quando o per qualche via scelerata e nefaria si ascende al principato, o quando un privato cittadino con il favore degli altri suoi cittadini diventa principe della sua patria.¹⁸

Assim, para Machiavelli, o poder pode ser obtido tanto por meios nefastos como através do consenso dos cidadãos em nomearem um deles como príncipe da sua pátria. Não existem quaisquer considerações de legitimidade da autoridade de um ponto de vista moral; o exercício da força através do poder é sempre legítimo quando efectuado pelo detentor de um cargo de soberania.

Estas considerações levam a que a legitimidade da autoridade se torne num conceito puramente formal: o exercício da força através do poder por parte de quem detenha autoridade é legítimo apenas e só porque é efectuado por instituições que são órgãos do Estado, independentemente de a autoridade das mesmas derivar, ou não, de uma legitimidade moral.

2. Direito e legitimidade.

A veracidade das reflexões acima mencionadas é aferível através da discussão dos conceitos de "Direito" e de "legitimidade". Nesta secção, procuraremos refutar a ideia kelseniana de que o Estado é o Direito, bem como a asseveração de Blanco de Moraes de que a autoridade legítima da Constituição (e, por consequência, de todo o sistema normativo subsumido à mesma) deriva simplesmente de circunstâncias fácticas. No primeiro caso, procuraremos demonstrar que existem, de facto, Estados que, ao invés de usarem o Direito para regular os seus assuntos internos, usam uma ordem normativa de mera força, o que nos leva a concluir que Estado e Direito não são a mesma coisa; há Estados onde não existe Direito. Quanto à segunda questão, não se põe em causa a existência da autoridade dos Estados cuja Constituição não obedece a ideais de Justiça e que, por via disso, não são dotados de um sistema jurídico, i.e., de uma ordem normativa que tem em vista a prossecução de um ideal de Justiça. O que se pretende evidenciar é que esta autoridade não é legítima em virtude de a "legitimidade" ser um conceito moral, não podendo,

¹⁸ Machiavelli, p. 230.

por conseguinte, ser analisado a partir de um prisma puramente fáctico, conforme é pretensão de Machiavelli e de alguns dos seus seguidores.

2.1. Força e Direito.

O Direito é uma ordem normativa na medida em que, tal como todas as ordens normativas, é dotado de coercividade, eficácia e racionalidade.¹⁹ O que distingue o Direito de outras ordens normativas é o facto de ser, simultaneamente, institucional e justo,²⁰ i.e., procurar proteger três valores emanados do Direito Natural que compõem o cerne da Justiça, a saber, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, aplicando o princípio da igualdade.²¹

Assim, uma ordem normativa institucional que não se encontre submetida a uma concepção de Justiça, nos termos acima definidos, não é uma ordem jurídica, embora partilhe, com o Direito, as características da coercividade, da eficácia e da racionalidade. A força é derivada da coercividade, sendo que a sua utilização no âmbito de uma ordem normativa assume uma importância fulcral: é através do uso da força que as normas que compõem a ordem normativa são executadas e respeitadas.

Na medida em que é coercivo, o Direito faz uso da força. Este mesmo uso é, contudo, direccionado em prol de um ideal de Justiça, dado que as normas de um ordenamento jurídico visam proteger, igualitariamente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Desta forma, um Estado de Direito, i.e., um Estado que se encontra submetido a uma ideia de Direito usa, na governação dos seus assuntos internos, um sistema jurídico. Um Estado autoritário ou totalitário, i.e., um Estado cujas finalidades não assentam, primordialmente ou de todo, em alcançar e respeitar um ideal de Justiça não

¹⁹ Ferreira, O Direito, pp. 47-48.

²⁰ *Idem*, pp. 49-52.

²¹ Ferreira, Os direitos fundamentais, pp. 295-310.

usa, para reger os seus assuntos internos, uma ordem jurídica, mas sim uma ordem de mera força.²²

2.2. A legitimidade da autoridade.

Em "Legitimate Authority", Joseph Raz demonstra que

The question of the legitimacy of authority takes the form that it was always assumed to take: an examination of the grounds that justify in certain circumstances regarding some utterances of certain persons as exclusionary reasons.²³

"Exclusionary reasons" refere-se a uma certa categoria de "razões para agir". A terminologia empregue por Raz é definida pelo próprio da seguinte maneira:

Consider any situation in which an authority instructs a subordinate to follow the instruction of another whose authority does not derive from that of the first. A father telling his son to obey his mother is such a case. It differs from the father telling the son to obey his nanny, since the nanny's authority derives from that of the parents. An instruction to obey the nanny is, we may assume, her only source of authority. The mother's instructions are in any case authoritative. They are reasons for action for the son. So are the father's instructions. His instruction to obey the mother is, therefore, a reason to act for a reason. It is a reason to act on the mother's instruction, which is itself a reason anyway. I shall call a reason to act for a reason a positive second-order reason. There are also negative second-order reasons, that is, reasons to refrain from acting for a reason. I shall call negative second-order reasons exclusionary reasons. To get an example of an exclusionary reason we need only reverse the father's instruction and assume that he orders his son not to act on his mother's orders. Now the son has a reason for not acting on a reason.²⁴

²² Cf., para um desenvolvimento destas ideias, Ferreira, *O Direito*, pp. 50-56, e Ferreira, *Os direitos fundamentais*, pp. 295-310 e 333-339.

²³ Raz, *Legitimate*, p. 27.

²⁴ *Idem*, pp. 16 e 17.

O argumento de Raz é o seguinte: existindo uma relação de subordinação entre uma autoridade e outra pessoa, todas as ordens que a autoridade dê a essa mesma pessoa configuram uma "razão para agir". No entanto, se uma determinada ordem tiver por conteúdo uma injunção nos termos da qual o destinatário da mesma deva obedecer a uma autoridade *que não a que decretou a ordem*, então o destinatário tem uma "razão para agir por uma razão". Seguindo o exemplo de Raz, o filho é obrigado a obedecer à mãe. A ordem do pai, segundo a qual o filho deve obedecer à mãe, dá ao filho uma razão para agir por uma razão. Sem a ordem do pai, o filho teria uma razão para agir. Com a ordem do pai, o filho fica com uma razão para agir por uma razão, ou, na terminologia de Raz, com uma razão de segunda ordem positiva. No entanto, se a autoridade ordenar ao destinatário que não obedeça às ordens de outra autoridade, o destinatário fica com uma "razão para não agir por uma razão". Raz reconhece, em nota de pé de página,²⁵ que a autoridade que instrui o destinatário a desobedecer às ordens de outra autoridade tem que ser, em relação a esta última, hierarquicamente superior, o que não se verifica na relação entre pai e mãe com respeito à autoridade sobre os filhos. A ideia, todavia, é a de que, se determinada autoridade tiver o poder de ordenar ao destinatário que desobedeça às ordens de uma outra autoridade hierarquicamente inferior à primeira, então o destinatário fica com uma razão para não agir por uma razão, ou com uma "razão excludente" (exclusionary reason).

Por último, no rol das "razões para agir", Raz fala daquilo que o próprio denomina como "razões protegidas para agir":

Sometimes a person may have a reason for performing an action and also a reason for not acting for certain reasons against that very action. The son, in our example, may know that his only coat is ugly. This is a reason against wearing it. It conflicts with his mother's instruction to wear a coat when he goes out at night. But the reason against wearing the coat is reinforced indirectly by the father's order to disregard the mother's instruction. In this and many other cases the fact that is a reason (the father's order) for disregarding certain reasons (the mother's instruction) for ϕ -ing (wearing the

²⁵ *Ibidem*, p. 17, nota 18.

coat) is different from any fact that is a reason (the coat's ugliness) for not ϕ -ing. But sometimes the same fact is both a reason for an action and an (exclusionary) reason for disregarding reasons against it. I shall call such facts protected reasons for an action.²⁶

Dito por outras palavras, a ideia de Raz é a de que, por vezes, o mesmo facto (uma determinada ordem dada por uma autoridade) é, simultaneamente, uma "razão para agir" em si mesma e uma "razão excludente" de outras razões contraditórias. Assim, pegando novamente no exemplo de Raz, o filho tem uma razão para vestir o casaco (a ordem da mãe) e uma razão para não o vestir (a ordem do pai para não obedecer à mãe). A ordem do pai é, em si mesma, uma razão para agir. O facto de a ordem do pai obrigar à desobediência da ordem de uma outra autoridade, para efeitos do exemplo, hierarquicamente inferior, é uma razão excludente para não agir. Quando isto acontece, segundo Raz, estamos perante uma "razão protegida para agir":

by using power to tell a person to ϕ , the power-utterance is a reason for that person to ϕ and also a second-order reason for not acting on (all or some) reasons for not ϕ -ing. Exclusionary instructions are, therefore, protected reasons.²⁷

Na medida em que o Direito é um sistema normativo, os órgãos dotados da capacidade de criarem regras de Direito terão uma

ability to change protected reasons. More precisely, a man has normative power if he can by an action of his exercise normative power. An act is the exercise of a normative power if there is sufficient reason for regarding it either as a protected reason or as cancelling protected reasons and if the reason for so regarding it is that it is desirable to enable people to change protected reasons by such acts, if they wish to do so.²⁸

As regras de Direito, sejam estas de fonte legislativa, consuetudinária ou jurisprudencial, são uma razão protegida para agir. É a partir deste facto que o Direito retira a sua autoridade:

²⁶ *Ibidem*, pp. 17 e 18.

²⁷ *Ibidem*, p. 18.

²⁸ *Ibidem*.

The law has authority if the existence of a law requiring a certain action is a protected reason for performing that action; i.e. a law is authoritative if its existence is a reason for conforming action and for excluding conflicting considerations.²⁹

Assim, tomando como exemplo a ponderação que um indivíduo terá que efectuar de forma a decidir se deverá, ou não, pagar os seus impostos, este mesmo indivíduo poderá ter uma razão para não os pagar (v.g. o seu desejo em empregar esse montante na realização de uma viagem), bem como uma razão para os pagar (v.g. o facto de existir uma regra de Direito, legal ou consuetudinária, que prescreve o pagamento dos impostos). Nos exemplos de razões para agir por nós apontados, o segundo é uma "razão protegida", visto que surge a partir de uma injunção dada por uma autoridade que tem legitimidade sobre o indivíduo em questão para o fazer.

A questão que permanece, todavia, em aberto é a de saber o que é que confere ao legislador a legitimidade para criar ou modificar "razões protegidas para agir". Segundo Raz, são os próprios destinatários das normas que atribuem essa mesma legitimidade ao legislador:

To hold that a government is *de facto* government is to concede that its claim to be government *de jure* is acknowledged by a sufficient number of sufficiently powerful people to assure it of control over a certain area. A person has effective or *de facto* authority only if the people over whom he has that authority regard him as a legitimate authority.³⁰

Por outro lado, ser uma "autoridade legítima" implica ter

relatively permanent and pervasive authority over persons, that is, either authority over a large group of people or with respect to various spheres of activity, or both.³¹

²⁹ Raz, *Claims*, p. 29.

³⁰ *Ibidem*, p. 28.

³¹ Raz, *Legitimate*, p. 19.

Tomando como ponto de partida as considerações de Raz expostas nesta subsecção, poderemos formular as seguintes conclusões: as regras de Direito são razões protegidas para agir, o que equivale a dizer que configuram razões que, por si só, afastam outras razões para agir de forma diferente do prescrito pelas regras. Tal acontece na medida em que quem tem o poder para criar ou modificar as regras de Direito é uma autoridade dotada de legitimidade, legitimidade essa que advém, no caso das relações estatais, dos próprios destinatários das normas, i.e., os cidadãos. É um facto que não existe uma explicação completamente satisfatória das origens deste reconhecimento, por parte dos cidadãos, da autoridade legítima de um soberano ou de uma assembleia representativa. As teorias contratualistas (v.g. Hobbes, Locke, Rousseau) mais não são do que um contributo filosófico para *justificar* a legitimidade do exercício da força, através do poder, por parte de uma autoridade, não tendo, certamente, os seus autores a pretensão de que as mesmas sejam aceites como um relato histórico fiel da origem das instituições estatais; dito por outras palavras, o argumento de que há uma transferência do poder, por parte da comunidade, para a esfera de um soberano, com o intuito de acabar com o "estado de natureza" e instituir a "sociedade civil", não é uma descrição histórica de um processo factual. É, isso sim, um argumento filosófico que justifica a legitimidade do poder, mas que não *explica* como é que, historicamente, a legitimidade estatal surgiu.

A sugestão de Raz, por seu turno, permite *justificar* e *explicar* a legitimidade da autoridade *nos Estados contemporâneos*. A autoridade que exerce a força através do poder fá-lo legitimamente na medida em que os cidadãos reconhecem, expressa ou implicitamente, essa mesma autoridade. Tal como as teorias contratualistas, a sugestão de Raz não contribui para explicar a origem histórica da legitimidade da autoridade, fornecendo, contudo, uma explicação para a aceitação contemporânea desta mesma legitimidade.

Referências

(Blanco de Moraes)

BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Tomo I - Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2006.

(d'Entrevés)

D'ENTREVES, Alexander Passerin, *The Notion of the State - An Introduction to Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1967 (reimpressão 1969)

(Ferreira, Os direitos fundamentais)

FERREIRA, Pedro Tiago, *Os direitos fundamentais como garante da ideia de Direito*, in *Data Venia*, nº 4, Dezembro 2015.

Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_287-344.pdf

(Ferreira, O Direito)

FERREIRA, Pedro Tiago, *O Direito é necessariamente justo?*, in *Data Venia*, nº 3, Fevereiro 2015.

Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p045-060.pdf

(Kelsen)

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Österreichische Stantsdruckerei, Viena, 1992 (reimpressão da edição de 1960).

(Machiavelli)

MACHIAVELLI, Niccolò, *Il Principe*, Oxford University Press Warehouse, 1891.

(Raz, Legitimate)

RAZ, Joseph, "Legitimate Authority", in *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011), pp. 3-27.

(Raz, Claims)

RAZ, Joseph, "The Claims of Law", in *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011), pp. 28-33.

(S. Agostinho)

S. AGOSTINHO, *De civitate Dei*, Nabu Press, 2011.

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestre em Teoria do Direito pela FDUL