

# 1

## A teoria dos sistemas jurídicos de J. Raz

### 1.1

#### Introdução

Segundo Hart, na afirmação de que determinado sistema jurídico existe está contida a afirmação de que certas condutas não são mais facultativas (1994, p. 10). Isso porque um sistema jurídico regula a vida, vale dizer, a conduta recíproca dos indivíduos que convivem na comunidade política a ele submetida, e regular a vida dos indivíduos significa tornar certos comportamentos não-facultativos. Um comportamento pode consistir na abstenção ou na prática de um ato ou atividade qualquer <sup>1</sup>. Nesse prisma, afirmar que dado comportamento não é facultativo significa dizer que a abstenção ou a prática de certo ato ou atividade é *proibida* ou *obrigatória*. Como praticar ou deixar de praticar um ato ou uma atividade que seja considerada, respectivamente, proibida ou obrigatória autoriza, em regra, a aplicação de uma sanção – vale dizer, de uma medida desvantajosa – é conveniente que o sujeito normativo saiba, ou ao menos esteja apto a saber se, com base no sistema jurídico ao qual se encontra submetido, determinada conduta é obrigatória, proibida ou permitida.

Quem pretende saber como se portar perante os outros precisa não só identificar dentre todo o material normativo disponível no mundo um conjunto de disposições que possa ser reconhecido como o sistema jurídico vigente, mas também identificar dentro desse sistema uma quantidade de material normativo que possa ser reconhecido como uma *única* disposição jurídica. Isso se partimos do pressuposto de que o material normativo que forma um sistema

---

<sup>1</sup> Para um estudo mais aprofundado dos atos, atividades e abstenções, conferir von Wright, G. H. "Norma y Acción" (1970), especialmente o cap. III.

jurídico é representado por quem o interpreta de maneira distinta daquela como é produzido. E os fatos parecem não deixar espaço para outro modo de se pensar. Intuitivamente, sabemos que as chamadas “fontes do direito” – vale dizer, a Constituição, leis, decretos e demais diplomas normativos – adquirem sentido na medida em que decodificados como comandos ou outros tipos de disposições normativas, em regra não coincidentes com as manifestações linguísticas dos legisladores. Quem pretende identificar um sistema jurídico precisa, então, buscar critérios, com base nos quais possa dizer que determinado conjunto de enunciados normativos<sup>2</sup> é uma descrição completa do sistema, ou seja, uma descrição que não exclui nenhuma parcela do material normativo existente. A busca por tais critérios consiste no que Raz chamou de “problema da identidade do direito”. Quem pretende individualizar uma disposição jurídica dentro de todo o material normativo identificado precisa encontrar critérios, com base nos quais possa dizer que certo enunciado normativo descreve uma e somente uma disposição normativa. A procura por tais critérios corresponde ao “problema da individualização do direito”.

Identificar o sistema jurídico vigente é imprescindível porque a disposição jurídica aplicável ao caso só será tida como existente e, portanto, vinculante para os indivíduos diretamente envolvidos na medida em que pertencer a tal sistema jurídico. Por outro lado, identificar a disposição jurídica aplicável, especialmente se tal disposição for um comando (e não uma disposição normativa que confere poderes, por exemplo), é fundamental porque é ela e só ela que prescreve o modo legítimo e aceito de se comportar perante o grupo. É com base nessa disposição já identificada que se afirma que dada conduta é proibida, obrigatória ou permitida. É por isso – repita-se – que quem quiser saber se, de acordo com certo sistema jurídico, determinada conduta é obrigatória, proibida ou permitida deve ser capaz de identificar, inicialmente, o sistema jurídico ao qual se encontra submetido, para, em um segundo momento, individualizar dentro desse sistema previamente identificado certa quantidade de material normativo que se deixe descrever como uma única disposição jurídica. Nem mais do que uma, nem menos.

---

<sup>2</sup> Enunciados normativos são enunciados que têm por objeto disposições normativas. Serão verdadeiros se a disposição normativa que descreverem de fato existir.

Não são poucas as teorias que procuram fornecer respostas para os problemas da identidade e da individualização do direito, acima descritos<sup>3</sup>. Por certo que estudá-las seria instigante. O presente trabalho, contudo, é, em grande medida, uma tese autoral de filosofia de direito e por isso não comporta um exame exaustivo da doutrina dos sistemas jurídicos. Sua proposta, bem mais singela, é compreender e examinar criticamente como o filósofo Joseph Raz *concebe* e como ele *pretende resolver* o problema da identificação do comando jurídico<sup>4</sup> aplicável a um caso concreto. Segundo Raz, disposições normativas (de que são exemplos os comandos) são individualizadas a partir da aplicação de certos “princípios de individualização” ao material normativo previamente produzido e já identificado. Compreender como é possível identificar uma única disposição jurídica dentro de todo o material normativo existente em um Estado pressupõe, portanto, a possibilidade de prévia identificação do sistema jurídico que conforma aquele Estado. Será, então, o caso de descrever primeiramente como Raz identifica sistemas jurídicos. Porque seu modelo de identificação é, em grande medida, o resultado da avaliação crítica dos modelos desenvolvidos por Austin, Kelsen e Hart, serão também examinadas as teorias desenvolvidas por tais autores.

Nesse ponto, cabe indagar como Raz individualiza disposições jurídicas dentro do material normativo existente, já identificado como sistema jurídico – vale dizer, como é possível concluir que certa quantidade de material normativo corresponde a uma, e não mais do que uma disposição jurídica. Raz não fornece critérios precisos de individualização do direito, antes sugere algumas balizas para a formulação desses princípios, e o faz depois de examinar as contribuições de Bentham e Kelsen sobre o ponto. É por isso que o exame da teoria da individualização desenvolvida por Raz será precedido por uma descrição dos modelos desenvolvidos pelos dois autores acima mencionados. A partir da exposição realizada, deverá restar demonstrado que Kelsen e Bentham acreditam que os traços distintivos de um sistema jurídico são características que distinguem cada uma de suas disposições das disposições pertencentes a outros sistemas normativos, tais como a moralidade ou a religião. Isso se deixa

---

<sup>3</sup> Em verdade, tais problemas são, em regra, discutidos conjuntamente. Foi Raz quem individualizou os problemas da existência, estrutura, identidade e conteúdo do direito – vale dizer, formulou-os como questões distintas a serem respondidas pela teoria dos sistemas jurídicos.

<sup>4</sup> Será argüido que a expressão “disposição normativa” engloba não somente aquelas unidades básicas dos sistemas jurídicos que podem ser chamadas de normas, vale dizer, comandos e proibições, mas também aquelas outras, igualmente fundamentais, que não possuem um caráter imperativo imediatamente perceptível, embora integrem, sem dúvida, sistemas normativos vigentes, tais como as permissões e as disposições que conferem poder.

ver quando se contrasta os princípios de individualização propostos por esses autores com suas respectivas concepções de sistema jurídico. Será, então, argüido que, por sustentar que os traços diferenciais dos sistemas jurídicos não devem necessariamente estar presentes em cada uma de suas unidades básicas (as disposições jurídicas ou “laws”), Raz não precisa se preocupar com um rol rigidamente definido de princípios de individualização.

Exposta de forma crítica a doutrina raziana da identificação e da individualização do direito, deverá restar demonstrado que em seu conceito de disposição jurídica não precisam, necessariamente, estar presentes todos os elementos que distinguem o direito de outros sistemas normativos. Será visto que Raz concebe as normas como razões protegidas, ou seja, como um conjunto formado por razões de primeira ordem para alguém fazer ou deixar de fazer isso ou aquilo, e por razões de segunda ordem, excludentes, para desconsiderar razões que possam fundamentar cursos diferentes de ação. Será argüido que Raz não admite o sopesamento das razões excludentes. Por certo que outras razões podem influenciar o raciocínio prático, tais como condições de cancelamento e razões que afetam a extensão ou escopo de normas jurídicas, mas se não for esse o caso, então as razões excludentes sempre prevalecerão. Há motivo para crer que as razões excludentes não possuem caráter peremptório, conquanto, em regra, afastem razões de primeira ordem. Será argüido que tal forma de conceber as normas jurídicas (como dotadas de razões excludentes de *caráter peremptório*) não só distorce a noção primeira e mais comum que se tem das normas, mas, principalmente, não é necessária para uma compreensão coerente da teoria dos sistemas jurídicos de J. Raz. A concepção, digamos alternativa, das razões excludentes como razões de caráter não necessariamente peremptórias se deve a F. Schauer; a ideia de que o reconhecimento do caráter não peremptório das razões excludentes não afeta a coerência da teoria dos sistemas de J. Raz é o que se argüi ao final deste trabalho como tese principal.

O roteiro será o seguinte: nos próximos itens deste capítulo, será exposta de forma bem esquemática e resumida a teoria dos sistemas jurídicos de J. Raz. Ali será argüido que, segundo aquele autor, as principais questões teóricas inerentes a uma teoria dos sistemas dizem respeito à identificação, propriamente dita, do sistema jurídico (problema da identidade), à demonstração de que tal

sistema efetivamente existe (problema da existência), à explicitação de sua estrutura básica (problema da estrutura) e à existência de um conteúdo mínimo, sem o qual não se pode falar corretamente que se está diante de um sistema jurídico (problema do conteúdo). Como a elucidação dos problemas da existência e do conteúdo não é necessária para a demonstração da tese, serão abordadas com mais cuidado somente as questões da identidade e da estrutura, especialmente, neste último caso, aquilo que concerne à individualização das disposições jurídicas. Será ainda argüido que o problema da individualização é um dos aspectos, quiçá o mais relevante, do problema da estrutura dos sistemas jurídicos.

O segundo capítulo é destinado ao estudo da identidade dos sistemas jurídicos. Como os critérios de identificação propostos por Raz são, em grande medida, o resultado da avaliação crítica das teorias de J. Austin, H. Kelsen e H. Hart, serão, inicialmente, estudadas e criticadas as propostas teóricas desses três autores. Finalmente, serão apresentados os critérios elencados por Raz como necessários e suficientes para sustentar que determinado conjunto de enunciados normativos é uma descrição completa desse sistema – ou seja, será sustentado que tais critérios permitem afirmar que o conjunto de enunciados não contém, por um lado, menos; nem, por outro, mais do que se exige para identificar o material normativo que integra dado sistema jurídico.

O terceiro capítulo tem por escopo apresentar a doutrina da individualização do direito proposta por Raz (repita-se, um dos aspectos do problema da estrutura dos sistemas). Porque os resultados a que chega são devidos ao estudo crítico dos princípios de individualização desenvolvidos por Bentham e Kelsen, será necessário expor, inicialmente, os princípios estabelecidos por esses dois autores. Feita essa descrição, será argüido que Raz entende não ser necessário formular princípios de individualização do direito, bastando que se formulem diretrizes, exigências ou “requerimentos gerais” para o estabelecimento desses princípios. Será ainda argüido que uma das razões que justificam a não definição dos princípios de individualização é o fato de que Raz acredita que as características que distinguem o direito de outros sistemas normativos não são características que distinguem cada uma de suas disposições normativas daquelas outras, pertencentes a outros sistemas normativos, não jurídicos. É por isso que a inexistência de princípios de individualização rigidamente definidos não compromete a identificação do direito,

conquanto deixe em aberto a questão de se saber o quanto desse material normativo corresponde a uma, e só uma disposição jurídica.

No quarto capítulo, é proposta uma explicação geral sobre as normas. Demonstrado como é possível identificar um sistema jurídico (cap. 2), bem como se dá o processo de individualização de unidades normativas dentro desse sistema previamente identificado (cap. 3), é o caso de investigar com mais rigor as próprias normas, o que, na espécie, implica um exame mais aprofundado das diversas formas como se expressam as disposições normativas e sobre os chamados “tipos”. Em sua primeira parte, é feito um estudo sobre os diversos usos do vocábulo “norma”, ocasião em que é apresentada a classificação das normas propostas por G. H. von Wright. Essa é a base, sobre a qual é proposta uma análise mais minuciosa sobre um tipo específico de normas, qual seja, aquele que veicula tipos, não objetos ou indivíduos particulares. Tais normas são dotadas de *generalidade*. E é justamente tal característica que será investigada no restante do capítulo. Será demonstrado que as normas gerais são tidas como aptas ou potencialmente aptas a produzir resultados desejados por quem as criou, e que nem sempre isso ocorre. A existência de tais casos infelizes, em que o cumprimento da norma não promove seus fins, será a base para o estudo do caráter peremptório das razões excludentes, tema do capítulo seguinte.

O quinto capítulo apresenta, inicialmente, a concepção raziana de normas como razões para a ação. Com base nesse autor, será demonstrado não só que um dos tipos de razões para a existência da norma (digamos, sua finalidade) não integra o raciocínio prático de quem aplica a norma, posto que excluído pelas razões excludentes, mas também que tais razões excludentes possuem natureza peremptória, o que impede seu afastamento em toda e qualquer situação. Será, então, o caso de apresentar, na segunda parte do capítulo, outra concepção de norma, alternativa, desenvolvida por F. Schauer, segundo a qual as assim chamadas razões excludentes não possuem o caráter peremptório que lhes atribui Raz. Será, finalmente, argüido que a concepção de Schauer não só se mostra mais apta a descrever o que comumente se entende por uma norma, mas, principalmente, que tal concepção não entra em conflito com a teoria dos sistemas jurídicos desenvolvida por J. Raz, posto que, segundo terá sido demonstrado (terceiro capítulo), os traços que diferenciam um sistema jurídico dos diversos sistemas normativos existentes no mundo não precisam estar presentes em cada uma de suas disposições normativas.

Como o autor do presente trabalho já havia iniciado sua pesquisa sobre a teoria dos sistemas jurídicos desenvolvida pelo Prof. Joseph Raz durante o curso de pós-graduação (mestrado) feito nesta mesma instituição, fez-se conveniente o aproveitamento de parte do relatório final, defendido e aprovado em abril de 2006 <sup>5</sup>. Aliás, não pareceu oportuno deixar de lado pesquisa já realizada e necessária para a demonstração da tese ora defendida. A título de esclarecimento, cabe informar que a parte final do presente capítulo, de caráter meramente introdutório, foi retirada daquele trabalho. Também o segundo capítulo foi baseado na referida dissertação. Finalmente, o item que trata da teoria de Raz sobre as normas como razões para a ação, constante do quinto capítulo, foi integralmente retirado da dissertação deste autor. Os demais itens e capítulos foram produzidos ao longo dos últimos quatro anos e meio.

## 1.2 Colocação do problema

“The Concept of a Legal System: an Introduction to the Theory of Legal System”, publicado em 1970, baseia-se em tese de doutoramento escrita por J. Raz sob a orientação de H. Hart. Trata-se de estudo sobre a natureza sistemática do direito, que pretende resultar em uma teoria geral dos sistemas jurídicos – ou seja, em uma teoria que valha para todo e qualquer sistema jurídico. De acordo com Raz (2003, pp. 1-2), do ponto de vista analítico, uma teoria dos sistemas jurídicos deve prover uma solução para os problemas da *existência*, da identidade, da estrutura e do conteúdo dos sistemas jurídicos. A questão da existência diz respeito aos critérios utilizados para se afirmar que determinado sistema existe. Aqui, se procura formular critérios, com base nos quais seja possível aferir a verdade de enunciados normativos – ou seja, enunciados que tenham por objeto normas jurídicas. O problema da *identidade* <sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. “Identidade do Direito e Razões para a Ação: Um estudo sobre as contribuições de Joseph Raz para a teoria do direito”.

<sup>6</sup> Em “The Identity of Legal System” (1983a), artigo publicado inicialmente em 1971 na California Law Review (posteriormente incorporado em “The Authority of Law”), Raz esclarece que utiliza o termo “identidade” como sinônimo de unidade formal. De acordo com ele, “the material unity of a

envolve a busca por critérios capazes de prover um método para determinar quando a descrição de um sistema jurídico é uma descrição completa. A questão que se coloca com o problema da *estrutura* concerne, entre outros aspectos, à adequação de uma determinada descrição. Nesse sentido, deve-se tentar encontrar um critério ou conjunto de critérios que seja capaz de proporcionar um método para que se possa dizer se uma descrição do direito é ou não uma descrição apropriada. E, finalmente, o problema do *conteúdo* consiste em indagar se existe um conteúdo mínimo, comum a todo sistema jurídico.

Antes de prosseguir, cabe ainda fazer uma observação: uma das peculiaridades da abordagem raziana consiste na separação rígida entre teoria e meta-teoria do direito. Isso pode ser percebido no modo como as questões que envolvem a teoria dos sistemas são por ele formuladas. Ao menos as três primeiras (questão da existência, da identidade e da estrutura) *não* são questões que dizem respeito ao sistema jurídico, propriamente dito, mas sim à sua descrição. Indagar se dado sistema jurídico existe é perquirir se um conjunto de enunciados normativos é *verdadeiro*; perguntar sobre sua identidade é procurar critérios, com base nos quais se possa dizer que determinado conjunto de enunciados constitui uma descrição *completa* do sistema; e, por fim, investigar sua estrutura é indagar se a descrição realizada é, afinal, uma descrição *adequada*. Em suma: o que se investiga é o discurso teórico, vale dizer, se a descrição levada a cabo é verdadeira, completa e adequada. Nem sempre se procedeu dessa forma. Tome-se como exemplo de uma abordagem mais tradicional os problemas do ordenamento jurídico levantados por N. Bobbio, em sua “Teoria do Ordenamento Jurídico”:

“Se um ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento nascem das relações das diversas normas entre si.

Em primeiro lugar se trata de saber se essas normas constituem uma *unidade*, e de que modo a constituem. O problema fundamental que deve ser discutido a esse propósito é o da hierarquia das normas. À teoria da unidade do ordenamento jurídico é dedicado o segundo capítulo.

Em segundo lugar trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além da unidade, também um *sistema*. O problema fundamental que é colocado em discussão a este respeito é o das antinomias jurídicas. À teoria do sistema jurídico será dedicado o terceiro capítulo.

Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser *completo*. O problema fundamental que aqui é

---

legal system consists in its distinctive characteristics; it depends on the content of its laws and on the manner in which they are applied”. A unidade formal (ou identidade), por outro lado, diz respeito aos “all-pervasive principles and the traditional institutional structures and practices that permeate the system and lend it its distinctive character”.

discutido é o das assim chamadas *lacunas* do Direito. À teoria da plenitude do ordenamento jurídico será dedicado o quarto capítulo. (1989, pp. 34-35)

Se se observar bem, ao menos a completude e a coerência são questões que dizem respeito ao conjunto de normas, e não ao *discurso* sobre o conjunto de normas. Na perspectiva de Bobbio, ser completo (no sentido de conter ao menos uma norma para regular cada caso) é um atributo do conjunto de normas, não do conjunto de enunciados que descreve o conjunto de normas. Por outro lado, dizer de uma descrição que ela é completa – aqui a perspectiva é raziana – não significa dizer que no sistema existe solução para todo e qualquer caso que se apresente, mas sim que ela, a descrição, engloba todas as disposições jurídicas existentes naquele sistema, independentemente do fato dessas disposições serem suficientes para a solução de todo e qualquer caso. A mesma observação vale para o atributo da coerência. Na obra de Bobbio, ela aparece como um traço distintivo dos sistemas, não da descrição dos sistemas jurídicos. A nítida separação entre um nível teórico e outro, meta-teórico, fica ainda particularmente visível na abordagem que Raz faz dos princípios de individualização das disposições jurídicas (problema afeto à estrutura dos sistemas jurídicos). Como será visto, Bentham e Kelsen formulam princípios de individualização de disposições jurídicas (em verdade, este último não o faz expressamente, embora seja possível extrair de sua obra princípios de individualização), ao passo que Raz expõe critérios para julgar determinado conjunto de princípios. O que ele faz, portanto, não é criar novos critérios, mas sim propor meta-critérios para a avaliação dos critérios de individualização de disposições jurídicas já estabelecidos.

A investigação de determinado objeto deve resultar na sua descrição. Uma descrição é um conjunto de enunciados sobre um objeto qualquer. Ao filósofo do direito cabe a tarefa de estabelecer as condições a que se sujeita essa descrição. As questões de uma teoria dos sistemas devem ser colocadas, portanto, não como problemas do próprio conjunto de normas, mas como problemas que dizem respeito à descrição desses conjuntos normativos. É por isso que a questão da existência diz respeito à verdade dos enunciados normativos e não à verdade das normas, especificamente consideradas – mesmo porque, enquanto expressão do discurso prescritivo, normas não podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Do mesmo modo, a questão da identidade é colocada como um atributo dos enunciados normativos – vale dizer, como sua aptidão de ser uma descrição completa de todo o material normativo.

No mesmo prisma, a análise da estrutura dos sistemas jurídicos envolve um exame sobre a adequação dos enunciados para proporcionar uma descrição apropriada do sistema jurídico – vale dizer, uma descrição em que cada enunciado normativo descreve uma e somente uma disposição jurídica.

### 1.3

#### **Sobre a importância de se estabelecer critérios que permitam identificar o direito**

Identificar o direito é a primeira tarefa de quem se dispõe a estudar o fenômeno jurídico, independentemente do enfoque mais particular ou mais geral que venha a adotar. Vejamos por que é assim. Enunciados sobre o direito podem ser gerais ou particulares. Neste último caso, são enunciados sobre sistemas jurídicos específicos, como o brasileiro, o alemão ou o norueguês. Porque têm por objeto normas jurídicas, podem ser chamados de enunciados normativos. Um enunciado é normativo se, e somente se a existência de certa norma é condição necessária de sua veracidade (Raz, 1983, p. 80). É particular se a existência de uma norma pertencente a um sistema jurídico específico é condição necessária de sua veracidade. Para que o enunciado “*matar é proibido*” seja verdadeiro, é necessário que exista uma norma que disponha “*matar é proibido*”. Para que o enunciado “*matar é proibido no Brasil*” seja verdadeiro, é necessário que exista, no sistema jurídico brasileiro, uma norma que disponha “*matar é proibido*”. Se alguém pretende aferir a veracidade de um enunciado normativo particular como esse, precisa ser capaz de formular critérios que, antes de mais nada, identifiquem o sistema jurídico brasileiro, critérios que o individualize frente ao restante dos sistemas normativos existentes no mundo.

Por outro lado, enunciados normativos gerais são aqueles que tomam por referência mais de um sistema jurídico existente. Para que o enunciado “*as normas penais no direito ocidental são compostas por uma descrição de conduta e por uma atribuição de sanção*” seja verdadeiro, é necessário que, no conjunto de sistemas que formam o direito ocidental, todas as normas de direito penal possuam tal estrutura. Se alguém pretende aferir a veracidade de enunciados normativos gerais, precisa ser capaz de formular critérios que identifiquem cada um dos sistemas jurídicos considerados. Parece correto afirmar, assim, que

tanto o discurso sobre um sistema jurídico específico (encontrado, por exemplo, nos diversos manuais sobre o direito penal brasileiro) quanto o discurso que toma por referência diversos sistemas jurídicos (comum aos manuais de teoria e filosofia do direito) pressupõem um conjunto de critérios capazes de identificar o direito, ou seja, um conjunto de critérios, com base nos quais seja possível determinar quais normas pertencem a dado sistema jurídico. A identificação do direito é, portanto, a primeira tarefa de quem se dispõe a estudar o fenômeno jurídico, independentemente do enfoque mais particular ou mais geral que venha a adotar.

#### 1.4

#### **Sobre a necessidade de se encontrar critérios para identificar o direito antes de se perquirir como é possível individualizar o material jurídico**

Ao descrever o problema da identidade do direito como a busca por critérios capazes de determinar quais disposições pertencem a um sistema jurídico, pode-se conjecturar que a noção de identidade é logicamente dependente da noção de disposição jurídica. Esse argumento pode ser estruturado da seguinte forma: se um sistema jurídico é um conjunto de disposições normativas; e se a identidade de um sistema jurídico é determinada por quais disposições pertencem a ele; então, qualquer investigação sobre a identidade pressupõe um conceito não controvertido de disposição jurídica. A tese de que uma “teoria das disposições normativas” é pressuposta por toda e qualquer teoria dos sistemas assenta-se, sobretudo, na crença de que os traços que distinguem um sistema jurídico de outros tipos de sistemas normativos são propriedades que distinguem cada uma de suas disposições daquelas outras disposições normativas, não jurídicas, tais como as religiosas ou as que instituem costumes (não jurídicos) próprios de certas localidades. Muito embora essa tese possa parecer plausível – ao menos à primeira vista –, uma reformulação do problema demonstra a independência lógica existente entre disposições e sistemas jurídicos.

Reformulado, o problema da identidade toma a forma de uma busca por um critério ou conjunto de critérios que sejam capazes de prover um método

para determinar se um conjunto de enunciados normativos é, caso verdadeiro, uma descrição completa de um sistema jurídico (Raz, 1983a, p. 80). Ora, se um enunciado normativo é puro se a existência de determinadas normas é condição *suficiente* para sua veracidade; se o conjunto de todos os enunciados normativos puros referentes a um sistema jurídico é chamado de conjunto total do sistema; e se todo conjunto de enunciados normativos puros que é logicamente equivalente ao conjunto total do sistema é uma descrição completa desse sistema; *então*, é irrelevante perquirir se um enunciado descreve somente uma disposição completa ou várias disposições (Raz, 1983a, p. 80). A prática jurídica confirma o que se disse. Qualquer estudante de direito observa que a divisão do material jurídico de dado sistema feita por um teórico difere daquela originalmente feita pelo legislador. Aquele normalmente o divide em disposições jurídicas, enquanto este o divide em leis, medidas provisórias, emendas constitucionais, decretos, regulamentos etc. Se o objetivo é aprender sobre determinado assunto (como, por exemplo, responsabilidade civil), não é raro que o estudante prefira consultar livros teóricos a examinar textos legais (Raz, 1971, p. 826). Isso faz sentido porque a divisão ordinária do material jurídico em diplomas normativos diferentes não é feita segundo os mesmos critérios utilizados pelos teóricos. Se o discurso legislativo o divide de acordo com a autoridade produtora (leis, produzidas pelo Congresso, ou medidas provisórias, produzidas pelo chefe do Poder Executivo), o assunto disciplinado (lei complementar ou lei ordinária) ou a ocasião da feitura (leis anteriores ou posteriores à Constituição Federal de 1988), o discurso teórico reúne todo esse material, vale dizer, o discurso legislativo, e o divide novamente segundo critérios diferentes. O resultado é a apresentação de uma lista de disposições (e não de leis, decretos etc), que foram produzidas por autoridades diferentes, que tratam de assuntos diversos e surgiram em momentos específicos. Também não é raro o teórico separar um conjunto específico de disposições (como, por exemplo, as de direito penal), independentemente da autoridade que o tenha produzido, com a finalidade de examinar seu conteúdo, as relações existentes entre elas, e entre elas e o resto do material jurídico. É por isso que o estudo do direito penal envolverá a análise da legislação ordinária (Código Penal e legislação especial), da Constituição Federal (princípio da legalidade, proibição de penas cruéis, de caráter perpétuo etc) e mesmo de certos atos administrativos (como a portaria baixada por órgão vinculado ao Ministério da Saúde que estabelece a lista de substâncias que devem ser consideradas entorpecentes para efeito de aplicação da lei de drogas).

A determinação dos critérios para a divisão teórica do material jurídico consiste no problema da individualização do direito, e é necessária para que se possa representar esse material jurídico de forma diferente da original. Cabe ao filósofo do direito formular os princípios de individualização das disposições e indicar, assim, o tanto de material jurídico contido no sistema jurídico que corresponda a uma, e somente uma disposição (Salmorán, 1981, p. 1156). A afirmação de que os critérios usados pelos teóricos (para separar o material jurídico em disposições normativas) são diferentes daqueles empregados pelos legisladores tem ainda uma conseqüência importante: assim como pode se dar o caso de um documento legislativo conter somente parte de uma disposição jurídica, também pode acontecer de muitas disposições estarem contidas em um único documento legislativo (Comanducci, 1978, p. 375). De acordo com Raz, o propósito da divisão teórica é “representar o conteúdo do direito em um modelo ordenado, desconsiderando amplamente o fato de que cada parágrafo possa derivar de vários estatutos e precedentes” (Raz, 1971, p. 826)<sup>7</sup>.

Como se afirmou logo acima, a formulação dos critérios de identidade de um sistema jurídico não pressupõe uma teoria da individualização do direito. Não é outra a opinião de Kelsen, ao menos segundo Raz:

“In the first place, it is for legal philosophers to decide on principles of individuation of laws. Only by using these principles to represent the legal material in a form which is very different from its original form can one represent it as consisting of distinct laws. Hence, it is possible to know the content of a legal system without knowing the identity of any of its laws. This is presupposed by Kelsen when he says: ‘It is the task of the science of law to represent the law of a community, i. e. the material produced by the legal authority in the law-making procedure, in the form of statements’ of a certain structure. It is possible to identify and understand this legal material without knowing how to divide it into laws. Legal philosophy has a double task. First, it has to formulate criteria by which to determine the identity of the authoritative legal material of which Kelsen spoke. Second, it has to formulate principles of individuation of laws, in order to determine how much of the matter contained in the whole system goes to make one law” (Raz, 2003, p. 72).

Se a busca por um critério de identidade é uma busca por um critério capaz de fornecer uma descrição completa de determinado sistema jurídico, a questão da individualização é a busca por um critério, com base no qual seja possível dizer quando a descrição de um sistema jurídico é uma descrição apropriada ou adequada. Uma descrição é apropriada se cada um de seus enunciados

---

<sup>7</sup> No original: “to represent the content of the law in an orderly fashion while largely disregarding the fact that any given paragraph may be derived from various statutes and precedents” (Raz, 1971, p. 826)

descreve uma, e somente uma disposição jurídica (Raz, 2003, p. 73). Ora, somente é possível predicar de “apropriada” ou “adequada” uma descrição já realizada. Assim, antes de se investigar o que é, afinal de contas, uma descrição apropriada, é necessário fixar critérios que determinem quando dada descrição é, efetivamente, uma descrição completa. Toda teoria sobre a individualização do direito pressupõe, portanto, uma teoria sobre sua identidade.

## 1.5 Identidade e existência dos sistemas jurídicos

Além de provar que o exame da identidade dos sistemas jurídicos não pressupõe nenhuma teoria sobre a individualização das disposições jurídicas, a reformulação do problema da identidade empreendida por Raz se apóia na separação entre existência e identidade de sistemas jurídicos. Se a identificação do direito repousa em critérios capazes de prover um método para determinar se um conjunto de enunciados normativos é, caso verdadeiro, uma descrição completa de um sistema jurídico, os critérios de existência, por sua vez, devem proporcionar um método para determinar quando uma descrição completa é uma descrição verdadeira, ou seja, quando o sistema jurídico descrito realmente existe (Raz, 1983a, p. 81). Uma coisa é descrever um sistema jurídico qualquer, e para isso é necessário e suficiente um método através do qual se possa determinar se essa descrição é ou não uma descrição completa. Outra, bem diferente, é afirmar que essa descrição feita é uma descrição verdadeira. Por exemplo, se descrevemos o sistema jurídico de Roma como o conjunto de disposições jurídicas produzidas pelo Imperador e pelo Senado, sabemos o que é o objeto dessa descrição: ele é o conjunto formado por todas as disposições produzidas pelo Senado e pelo Imperador. Saber, contudo, se essa descrição é ou não verdadeira é outra questão. Embora seja possível agrupar, segundo um ou outro critério, um conjunto de enunciados normativos referentes ao Direito Romano (e é por isso que somos capazes de acessar seu conteúdo), não é possível afirmar que esses enunciados normativos são verdadeiros, uma vez que o Direito Romano já não mais se encontra em vigor faz tempo. Em síntese,

somente porque somos capazes de saber o que é uma descrição, podemos predicar a ela valores como “verdade” e ‘falsidade’ (Raz, 2003, p. 73).

## 1.6

### **Extensão, continuidade dos sistemas jurídicos e individualização do direito**

Além de não se confundir com a existência ou com a individualização, o problema da identidade dos sistemas jurídicos requer a análise de dois aspectos distintos: o de sua *extensão* e o de sua *continuidade*. Investigar sua extensão é procurar responder se dada Constituição, um contrato ou uma lei fazem parte do mesmo sistema jurídico. Investigar sua continuidade é buscar formas de entender como um sistema jurídico deixa de existir e é substituído por outro (Raz, 1983a, p. 81). Os dois aspectos da identidade refletem a ambigüidade da expressão “sistema jurídico” (ou ordenamento jurídico). Tradicionalmente, um sistema ou ordenamento jurídico é visto como um conjunto de disposições jurídicas. Contudo, é evidente que tal sistema não é um conjunto de disposições determinado de uma vez por todas, e sim um conjunto *cambiante* de disposições. De mais a mais, não parece desarrazoado afirmar que um conjunto cambiante de disposições não é propriamente um sistema, e sim uma sucessão de distintos sistemas (Guastini, 1999, p. 349). Para resolver o problema gerado pela instabilidade semântica da expressão, Raz introduz as noções de sistema jurídico momentâneo (“momentary legal system”) e sistema jurídico não-momentâneo (“non-momentary legal system” ou simplesmente “legal system”). Um sistema jurídico momentâneo, subespécie de sistema jurídico não-momentâneo, contém todas as disposições jurídicas de um sistema válidas em certo momento – o que não significa que contenha todas as disposições do sistema.

“An English law enacted in 1906 and repealed in 1927 and an English law enacted in 1948 belong to the same legal system. Yet there is no momentary legal system to which both belong, because they were never valid at one and the same moment” (Raz, 2003, p. 34).

Alchourrón e Bulygin também se deram conta do problema <sup>8</sup>. De acordo com eles, um mesmo “conjunto de disposições” pode ser analisado sob dois pontos de vista diferentes. Sob um ponto de vista *sincrônico*, ele é o conjunto de disposições observadas em um momento específico de sua existência histórica (abstração feita de suas alterações no tempo); sob um ponto de vista *diacrônico*, esse mesmo conjunto é observado em sua evolução histórica. Será chamado de *sistema jurídico* um conjunto sincrônico de normas; e de *ordenamento jurídico* uma seqüência diacrônica de sistemas sincrônicos <sup>9</sup>.

“Estas reflexiones muestran que nuestro concepto de ordenamiento jurídico no refleja el significado que expresiones tales como ‘derecho argentino’ u ‘orden jurídico francés’ tienen en el lenguaje corriente. Es indudable que el derecho argentino cambia a través del tiempo sin perder su identidad, es decir, sin dejar de ser el mismo derecho argentino. En otras palabras, el derecho argentino no es un ordenamiento momentáneo, referido a un momento temporal dado. Sin embargo, la expresión ‘derecho argentino’ es traducible a nuestro lenguaje, en el sentido de que su significado puede ser expresado en términos de ‘ordenamiento momentáneo’. En efecto, en nuestra terminología, el derecho argentino no es un ordenamiento jurídico, sino una secuencia temporal y discontinua de ordenamientos jurídicos” (Alchourrón e Bulygin, 2002, p.138).

A distinção feita realça a importância do fator temporal na investigação dos sistemas jurídicos. Se um sistema pode ser identificado (a partir de certos critérios que forneçam um método, com base no qual se possa afirmar que uma descrição é uma descrição completa desse sistema); e se as distintas fontes do direito produzem continuamente novos enunciados válidos, enquanto outros perdem sua validade (por revogação, desuso ou qualquer outro meio previsto); então a aplicação dos mesmos critérios em momentos distintos conduz a resultados diferentes <sup>10</sup>. Um critério de identidade aplicado hoje para identificar dado sistema jurídico produzirá um conjunto, cujos elementos diferirão (tanto em quantidade como em conteúdo) do conjunto que foi identificado na semana passada a partir dos mesmos critérios. Um sistema jurídico momentâneo, portanto, nada mais é do que um conjunto de disposições observado em determinado momento, “at a particular point of time” (Raz, 1983, p. 81). Um sistema jurídico não momentâneo, por outro lado, é a seqüência de vários sistemas jurídicos momentâneos.

<sup>8</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. e BULYGIN, Eugenio. “Sobre el concepto de orden jurídico”, in *Análisis lógico y derecho* (1991), p. 393.

<sup>9</sup> Comanducci prefere chamar de sincrônicos os sistemas jurídicos momentâneos (ou, na terminologia de Alchourrón e Bulygin, sistemas jurídicos) e de diacrônicos os não-momentâneos (ou, de acordo com os professores argentinos, ordenamentos jurídicos) (Comanducci, 1978, p. 386).

<sup>10</sup> Embora o argumento não tenha sido estruturado dessa forma por ALCHOURRÓN e BULYGIN, a conclusão é dos autores, “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales” (2002, p. 124).

Se o problema da extensão diz respeito à busca de critérios para a identificação de sistemas jurídicos momentâneos, a questão da continuidade envolverá critérios que proporcionem um método para determinar se dois sistemas jurídicos momentâneos fazem parte de um mesmo sistema jurídico não-momentâneo (Raz, 1983a, p. 81), ou, dito de outra forma, critérios que proporcionem um método com base no qual seja possível estabelecer quantos (e quais) sistemas jurídicos momentâneos pertencem a um mesmo sistema não momentâneo. Como observa Comanducci, os critérios para a resolução do problema da extensão devem habilitar alguém a dizer que uma disposição pertence a um sistema jurídico sincrônico (momentâneo). Os critérios para a resolução do problema da continuidade referem-se, por seu turno, à pertinência de uma disposição a um sistema jurídico diacrônico (não-momentâneo), o que, em última análise, é determinado pelo fato de dois sistemas sincrônicos pertencerem ao mesmo sistema diacrônico (Comanducci, 1978, p. 407). A análise da continuidade deverá, portanto, ser capaz de identificar os eventos que interrompem a existência contínua de um sistema jurídico, produzem sua desapareção e dão origem a um novo sistema (Salmerán, 1981, p. 1178).

O problema da continuidade dos sistemas jurídicos não será examinado com maior profundidade neste trabalho. Os problemas da extensão dos sistemas jurídicos (parte do problema da identidade) e da individualização das disposições jurídicas (parte do problema da estrutura dos sistemas jurídicos) serão tratados, respectivamente, nos capítulos 2 e 3. Afinal, como, aliás, já restou demonstrado, só há que se perquirir o tanto de material jurídico que deverá corresponder a uma, e não mais do que uma disposição jurídica após a identificação de todo esse material normativo – ou seja, só faz sentido estudar os critérios de individualização do direito depois de o direito ter sido corretamente identificado.