

2

A identidade do Direito na tradição analítica: Austin, Kelsen, Hart e Raz

2.1

J. Austin: o papel do soberano na determinação da extensão dos sistemas jurídicos.

John Austin foi um dos fundadores do chamado positivismo analítico. Essa maneira particular de enxergar o direito, inaugurada por Jeremy Bentham no final do século XVIII, é o resultado da preocupação de determinar os contornos do direito e de analisar seus conceitos numa perspectiva que leve em conta o contexto lingüístico em que estejam inseridos (Sgarbi, 2006, p. 1). Como pontua Argüelles, a partir de uma descrição das principais características dos sistemas jurídicos, obtida mediante uma redução formal e construtiva da linguagem jurídica ordinária, Austin propicia uma visão geral da estrutura formal do direito, entendida essa como a estrutura comum a todos os sistemas jurídicos existentes (2002, pp. 25 e 26). A opção que ora se faz por analisar a obra de Austin – e não a de Bentham – justifica-se na medida em que aquele (e não este) foi o primeiro a desenvolver uma teoria dos sistemas jurídicos, propriamente dita. Na verdade, sua teoria dos sistemas não é colocada de forma expressa, mas pode ser inferida do seu conceito de disposição jurídica: “Austin, de fato, define uma disposição jurídica como um comando geral de um soberano endereçado aos seus súditos. Sua teoria do sistema jurídico está implícita nessa definição” (Raz, 2003, p. 5) ¹¹. Vejamos.

¹¹ No original: “Austin in effect defines ‘a law’ as ‘a general command of a sovereign addressed to his subjects’. His theory of legal system is implicit in this definition” (Raz, 2003, p. 5).

Segundo J. Austin, um sistema jurídico é o conjunto formado por todos os comandos emitidos pelo soberano e direcionados aos súditos. De acordo com Raz, esse critério de identidade baseia-se no princípio da origem legislativa e assume como certo que toda disposição de um sistema jurídico tem uma única e persistente fonte (Raz, 2003, p. 19). Vejamos no que consiste cada um dos três elementos que compõem o conceito austiniano de disposição jurídica, conceito esse extraído do conceito de sistema jurídico, acima mencionado. Comandos ou mandados são manifestações de desejos duplamente qualificadas. Distinguem-se das demais porque *exigem* de alguém uma ação ou uma abstenção e são reforçadas pela *ameaça de um dano* em caso de desobediência. As duas assertivas acima descritas relacionam-se da seguinte maneira: porque um mandado é uma exigência (e não um pedido ou uma atribuição de faculdades) a consequência de sua desobediência é a imposição um dano (e não de uma recompensa). Ou, dito de outra forma, a verdade da segunda assertiva é condição necessária para a verdade da primeira. Essa última afirmação, porém, por não ser auto-evidente, precisa ser demonstrada. A posição de Austin acerca do caráter *necessariamente* sancionador das disposições jurídicas é o resultado da tentativa de explicar a obrigatoriedade do Direito.

“Estar obligado a hacer o a abstenerse de algo, o estar bajo un deber u obligación de actuar o de abstenerse, es estar sujeto a una sanción en caso de desobedecer a un mandato. O lo que es lo mismo, estar bajo una obligación de actuar o de abstenerse, piensa Austin, es estar sujeto a un mal por parte del autor del mandato en caso de desobediencia. La parte está obligada a actuar o a abstenerse porque el mal le resulta odioso, porque le teme” (Farrell, pp. 274-275)

É certo que prêmios também são razões para cumprir o desejo dos outros, mas falar em “recompensas que obrigam” constituiria seguramente um desvio do significado desses termos. Se uma lei oferece um prêmio como incentivo para a realização de determinada ação, afirma Austin, é possível que ela confira a alguém um direito, mas dificilmente se poderá dizer que esta pessoa está obrigada a realizar a dita ação.

“Si tu expresas el deseo por el que yo deba prestar un servicio, y si tu propones una recompensa como el móvil o motivo para prestarlo, difícilmente se podrá decir que tu *ordenas* el servicio, ni que, al menos en lenguaje común, que yo estoy *obligado* a prestarlo. En el lenguaje común tu me *prometerías* un premio a condición de que preste el servicio, mientras que yo podría ser incitado o *persuadido* a prestarlo en función de la esperanza de obtener esa recompensa” (Austin, 2002, p. 39).

Para Austin, soberano é um indivíduo ou um conjunto de indivíduos que é habitualmente obedecido e não tem o hábito de obedecer a mais ninguém. A primeira parte do conceito de soberano pode ser reformulada do seguinte modo: o soberano é uma entidade *determinada*, seja ela corporificada em um único indivíduo ou em um grupo de indivíduos. A característica da determinação é importante porque é com base nela que Austin distingue as ordens jurídicas da moralidade. As primeiras, por ser expressão de um desejo, são sempre emitidas por uma entidade *determinada*, seja ela unitária ou coletiva; a segunda nada mais é do que “una opinión o sentimiento relacionado con un tipo de conducta mantenidos o sentidos por un grupo *indefinido* de personas o por un sujeto determinado” (Austin, 2002, p. 163. O grifo não está no original). Além de ser determinada, a soberania é uma instituição *unitária*. Isso significa que quem é habitualmente obedecido é um mesmo e único superior. Se assim não fosse, a sociedade se encontraria em um estado de natureza ou dividida em duas ou mais sociedades (Austin, 2002, p. 202).

A habitualidade da obediência, segundo elemento do conceito de soberania, é importante para definir uma sociedade política independente. Dado grupo de pessoas é uma sociedade política independente quando formado por um soberano que é habitualmente obedecido e por seus súditos que, em sua generalidade, habitualmente o obedecem. Em certos momentos históricos, é possível que autoridades de outros Estados assumam temporariamente o comando em Estados que não sejam os seus. Nesses casos, mesmo que a população obedeça às suas ordens, não se pode dizer que seu conjunto constitui uma sociedade política independente.

O terceiro elemento utilizado por Austin para delinear o conceito de soberania também se baseia na ideia de sociedade política independente. Trata-se da não-subordinação habitual do soberano a qualquer superior. Isso não significa que o soberano não possa ser influenciado pelas leis impostas pela opinião, ou que ele não se submeta ocasionalmente a ordens de determinado sujeito (Austin, 2002, p. 203). O que inviabiliza o reconhecimento da soberania é a habitualidade da subordinação. Afinal, não é possível conceber uma sociedade política independente que se sujeite de forma habitual a uma vontade externa. A não subordinação habitual a qualquer superior implica a inexistência de restrições jurídicas ao poder de legislar do soberano. Isso porque a existência de norma limitadora pressupõe uma autoridade superior capaz de exigir obediência

do seu destinatário. Ou, como explica Austin, “um monarca ou corpo soberano obrigado por um dever legal seria soberano e não soberano ao mesmo tempo. Um poder supremo limitado pela lei positiva é uma clara contradição nos termos”¹² (Austin, 2002, p. 249).

Súdito e soberano são conceitos dependentes. Se, por um lado, soberano é aquele que é habitualmente obedecido pelos súditos, estes últimos são justamente os que obedecem àquele com habitualidade. A dependência conceitual existente entre eles poderia levar o leitor a pensar que Austin se vale de uma definição circular. Uma leitura mais atenta, porém, deixa claro que sua intenção é simplesmente ressaltar o necessário desnível que caracteriza a relação entre o soberano (superior se comparado aos súditos) e os súditos (inferiores se comparados àquele).

Provavelmente o crítico mais contundente da obra de Austin é Herbert L. A. Hart. “O conceito de direito”, sua mais importante obra, é em grande parte dedicado a opor objeções ao modelo austiniano das ordens coercitivas. O primeiro grupo de críticas diz respeito à plausibilidade desse modelo para determinar de modo preciso a extensão dos sistemas jurídicos. O segundo grupo aponta sua incapacidade de explicar a continuidade dos sistemas jurídicos. Como a questão da continuidade extrapola os limites deste trabalho, serão comentadas tão-só as críticas que respeitem à determinação da extensão dos sistemas jurídicos. De acordo com Hart, Austin errou porque, nos sistemas jurídicos contemporâneos, há uma variedade de disposições jurídicas que, cada uma a seu modo, não se deixam descrever nos termos por ele propostos (Hart, 1994, p. 57). O modelo austiniano de direito, prossegue Hart, estaria sujeito a três grandes objeções, referentes ao conteúdo das disposições jurídicas; ao seu campo de aplicação; e ao seu modo de origem (Hart, 1994, p. 34).

A primeira crítica de Hart a Austin tem como ponto de partida a função que o direito exerce na vida das pessoas. É certo que algumas disposições jurídicas

¹² De acordo com Raz, a visão de Austin sobre a soberania foi substancialmente influenciada pela concepção desenvolvida por Bentham (Raz, 2003, p. 06). Os dois autores destacam-se por terem introduzido um soberano cujo poder não se deixa explicar por, nem pode ser derivado da moralidade; ou, dito de outra forma, um soberano cujo poder se baseia exclusivamente no fato social da obediência (Raz, 2002, pp. 06-07). Assim, vale para ambos a afirmação de que os conceitos de hábito e de obediência são determinantes (“key concepts”) na análise da soberania. Se, por um lado, os dois autores se aproximam nesses aspectos, diferenciam-se na medida em que Austin acrescenta à não subordinação e à unidade da soberania (características descritas por Bentham como suficientes para a compreensão do conceito) mais dois elementos: a impossibilidade de limitação e a determinação (Raz, 2002, p. 08).

– como aquelas que tipificam crimes – podem funcionar como razões para determinadas ações ou abstenções, e em relação a elas pode valer a definição de Austin, para quem, cabe lembrar, disposições jurídicas são ordens que expressam a vontade do soberano e que, nessa medida, criam deveres para seus destinatários; mas é igualmente certo que o direito não é composto exclusivamente pelas disposições de direito penal. Ao lado delas existem outras que cumprem função significativamente diferente. Em todo sistema jurídico moderno há disposições que conferem poderes, sejam eles públicos ou privados. Tais disposições não impõem a ninguém o dever de se portar de uma ou de outra maneira, mas fixam as condições sob as quais é possível criar direitos e deveres dentro da estrutura coercitiva do direito (Hart, 1994, p. 57). Negar sua existência é privar o direito de importantes conceitos da vida social, tais como o de casamento, contrato ou testamento; identificá-las com as ordens baseadas em ameaças é desconsiderar a função particular que cumprem na organização da vida.

A segunda crítica ao modelo de Austin aponta sua insuficiência para explicar o caráter auto-vinculativo do direito. Ou, colocado de outra forma, se as disposições jurídicas são ordens dadas pelo soberano aos súditos, como é possível explicar a vinculação do soberano às suas próprias ordens? Poderia se afirmar que, num estado absolutista, o soberano não está obrigado a seguir as diretrizes que fixa para o restante da população. Talvez em um estado com essas características, o modelo de Austin descreva com um pouco mais de fidelidade o fenômeno jurídico. Entretanto, se o compromisso da teoria do direito consiste em fornecer uma descrição geral, ou seja, que se pretenda válida para diferentes sistemas jurídicos, não é possível adotar o modelo das ordens baseadas em ameaças. Afinal, traço distintivo dos sistemas jurídicos atuais é a inclusão do legislador entre aqueles que se sujeitam às imposições do direito. A permanecer o modelo de Austin, seríamos forçados a reconhecer a curiosa situação de alguém que dá ordens a si mesmo.

A terceira objeção dirige-se à incapacidade do modelo de Austin de reconhecer a juridicidade dos costumes. Muito embora desempenhe nos sistemas jurídicos atuais (pelo menos nos de raiz continental) uma função subsidiária na determinação do comportamento das pessoas, o costume não pode ser desprezado como possível fonte do direito. E, na medida em que é parte dos sistemas jurídicos, não se pode deixar de reconhecê-los pelos critérios

de identificação do direito. Ao contrário das leis, que pressupõem um ato consciente de criação, os costumes são práticas que surgem de modo involuntário dentro de uma sociedade e que, aos poucos, passam a ser vistas como obrigatórias pelos integrantes dessa comunidade. Costumes não são ordens dadas pelo soberano aos súditos, antes são hábitos dos próprios súditos reconhecidos como padrões válidos para orientar suas condutas.

Em suma: o critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos proposto por John Austin deve ser rejeitado porque não reconhece disposições que conferem poderes, que vinculem o soberano ao direito criado ou de caráter consuetudinário.

2.2

H. Kelsen e a norma hipotética fundamental

Hans Kelsen ficou particularmente conhecido pela produção de um livro chamado “Teoria Pura do Direito”. Contudo, “Teoria Pura” não é simplesmente o nome de um livro, mas sim de um projeto de vida, um “projeto de elevar o Direito à posição de ciência jurídica” (Sgarbi, 2007, p. 1). Sua construção teórica caracteriza-se por uma preocupação quase patológica de separar, de um lado, o conhecimento jurídico do direito, e, de outro, o conhecimento não-jurídico do direito. Assim como Austin, Kelsen pode ser colocado entre aqueles que identificam o direito a partir do modo como ele é feito. Numa perspectiva kelseniana, a chave para a compreensão da identidade dos sistemas jurídicos encontra-se, portanto, na maneira particular como o próprio direito é produzido. Vejamos. De acordo com Kelsen, um sistema jurídico é o conjunto formado por uma norma fundamental e por todas as disposições jurídicas cuja criação tenha sido autorizada direta ou indiretamente por ela ¹³.

A norma fundamental diferencia-se das demais disposições jurídicas na medida em que possui estrutura e função próprias. Trata-se de disposição que

¹³ A norma fundamental é seguramente o ponto mais controverso e obscuro da teoria de Kelsen, e, provavelmente por isso, tem ganhado atenção redobrada daqueles que pretendem estudá-lo. Embora já seja ampla a literatura sobre o tema, não é o caso de deixar de abordá-la, pois se trata de idéia indispensável para a construção do conceito kelseniano de identidade dos sistemas jurídicos.

confere poderes (Raz, 1983b, p. 126) e que se propõe explicar a *unidade* e a *normatividade* dos sistemas jurídicos (Raz, 1983b p. 123) – vale dizer, pretende dar conta de fornecer uma resposta satisfatória às duas seguintes perguntas: como é possível identificar dentre todo o material normativo existente no mundo um conjunto de disposições que se deixa descrever como um sistema jurídico determinado; e por que o direito obriga? Kelsen sustenta que postular a existência de uma norma fundamental é uma necessidade lógica (Kelsen, 2003, p. 227). De acordo com Raz, isso é o resultado da assunção de três proposições, tidas por ele, Kelsen, como auto-evidentes (Raz, 1983b, pp. 123 e 125): pertencem ao mesmo sistema jurídico duas disposições normativas, uma das quais autoriza direta ou indiretamente a criação da outra; todas as disposições de um sistema jurídico são autorizadas direta ou indiretamente por uma disposição; e disposições não podem derivar sua existência de fatos. A terceira proposição, que será abordada ao final deste item, diz respeito à questão da normatividade do direito; as duas primeiras relacionam-se ao problema da identidade. Por serem consideradas auto-evidentes, essas proposições podem ser vistas como os três axiomas da teoria de Kelsen. O primeiro deles fornece somente um critério parcial de identificação do direito, pois não é capaz de identificar mais do que uma parte do material jurídico existente. Com base nele, é possível afirmar, por exemplo, que a lei que disciplina os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça estadual (Lei 9.099/95), produzida pelo Congresso Nacional (com a participação do Chefe do Executivo), e a disposição constitucional que autoriza o Congresso a produzir (e o Chefe do Executivo a sancionar ou vetar) disposições que tratam de Direito civil, penal e processual (extraída dos artigos 22, inciso I, 48 e 84, IV, todos da Constituição Federal) pertencem ao mesmo sistema jurídico porque a segunda autoriza a criação da primeira. Contudo, não se pode, partindo dele, identificar a totalidade das disposições jurídicas existentes em qualquer sistema. Como será visto logo abaixo, sua utilização isolada não dá conta de resolver um problema típico dos países de tradição do Common Law.

Para complementá-lo é necessário recorrer ao segundo axioma, que, por sua vez, fornece um critério *negativo* de identificação. De acordo com ele, não pertencem a um mesmo sistema jurídico duas disposições que não autorizam, uma, a criação da outra, a não ser que exista uma terceira que autorize a criação de ambas. A verdade do primeiro axioma parece ser intuitiva. O segundo, porém, exige demonstração. E é exatamente desse processo que surge a necessidade

de se postular a norma fundamental. Uma primeira estratégia para demonstrar a verdade do segundo axioma consiste em afirmar que ele é uma *generalização empírica*, vale dizer, que, observados todos os sistemas jurídicos existentes, foi constatada a existência em cada um deles de disposição autorizativa das demais disposições componentes do sistema. Um exemplo citado pelo próprio Kelsen (*apud* Raz, 1983b, p 124), falseia essa afirmação: suponha-se um Estado e sua Constituição, que autoriza o Parlamento a produzir disposições jurídicas, mas não institui o costume como forma válida de produção normativa; suponha-se também que, nesse mesmo Estado, a despeito da omissão constitucional, existam, ao lado das leis produzidas pelo Parlamento, outras disposições jurídicas, de natureza consuetudinária, efetivamente aplicadas pelos Tribunais. Em um Estado como esse, é necessário pressupor a existência de uma Constituição não escrita, de acordo com a qual as disposições gerais que vinculam a atuação dos órgãos aplicadores do Direito possam ser também criadas pelo costume. Como aponta Raz (1983b, p. 124), em tal sistema (e aqui ele tem em vista o sistema inglês), algumas disposições serão autorizadas pela Constituição escrita enquanto outras o serão pela Constituição consuetudinária, não escrita, e não haverá nenhuma outra disposição jurídica positiva que autorize ambas as Constituições. Se a pretensão de Kelsen é fornecer uma descrição dos sistemas jurídicos, entendidos no seu sentido mais comum – e não introduzir um conceito completamente estranho à compreensão usual – não é possível sustentar que o primeiro axioma é uma generalização empírica.

Exatamente porque tem consciência de que, como generalização empírica, seu segundo axioma é falso, Kelsen postula a necessidade lógica da norma fundamental (Raz, 1983b, p. 124). Será ela que irá autorizar a criação das demais disposições que compõem o sistema jurídico. Com esse expediente, Kelsen dá conta de descrever um arranjo em que todas as disposições normativas que fazem parte de um sistema jurídico possuem em comum o fato de terem sido autorizadas direta ou indiretamente por uma mesma disposição, a norma hipotética fundamental desse sistema específico. Assim, diante de todo o material normativo existente no mundo, é possível identificar e, portanto, separar conjuntos formados por um número finito e particular de disposições, que assim consideradas, apresentam-se como sistemas jurídicos específicos. Ou, em outras palavras, é porque existe em cada sistema jurídico uma disposição com essa característica agregadora que é possível identificar um conjunto de disposições como um todo unitário.

Além de cumprir a função de conferir unidade aos sistemas jurídicos, a norma fundamental também desempenha o importante papel de explicar a normatividade do direito. Isso é decorrência da assunção do terceiro postulado. Como, para Kelsen, assim como para Hume, existe uma barreira intransponível entre o mundo do “ser” e o do “dever-ser”, uma disposição só pode existir se autorizada por outra. Embora seja o resultado de uma ação humana, e toda ação humana seja um fato, uma disposição normativa não pode derivar sua existência de fatos (Kelsen, 2003, p. 215). Sua validade, que nada mais é do que sua existência específica (Kelsen, 2000, p. 43), não decorre do fato de ter sido produzida, mas sim de uma disposição que autoriza sua produção. O princípio da autonomia, ou seja, o princípio, segundo o qual uma disposição só pode existir se autorizada por outra, é garantido no direito pela idéia de cadeia de validade (Raz, 1983b, p. 125). Duas disposições normativas pertencem a uma mesma cadeia de validade se uma delas autoriza a outra, ou se existe uma terceira que autoriza ambas. Característica de todo ordenamento jurídico é que a norma fundamental encabeça uma cadeia de validade formada pelas demais disposições do sistema.

Já que o intento do presente capítulo é investigar teorias que propuseram respostas para o problema da extensão dos sistemas jurídicos (parte do problema da identidade), não será examinada criticamente a necessidade da norma fundamental para dar conta do problema da normatividade jurídica. O que se procurará fazer é tão-somente indicar sua insuficiência para explicar a unidade dos sistemas jurídicos. Para tanto, serão expostos os argumentos que Hart e Raz usam para demonstrar que os dois primeiros axiomas devem ser rejeitados. Porque a norma fundamental é um expediente utilizado para sustentar o segundo axioma, uma vez falseado, não há mais que se falar na sua necessidade, ao menos enquanto argumento para postular a unidade dos sistemas jurídicos.

De acordo com o primeiro axioma kelseniano, pertencem ao mesmo sistema jurídico duas disposições, uma das quais autoriza direta ou indiretamente a criação da outra. Um exemplo basta para apontar sua insuficiência:

“Suppose that country A had a colony B, and that both countries were governed by the same legal system. Suppose further that A has granted independence to B by a law conferring exclusive and unlimited legislative power over B to a representative assembly elected by the inhabitants of B. Finally, let it be assumed that this representative assembly has adopted a constitution which is generally recognized by the inhabitants of B, and according to which elections were held and further laws were made. The government, courts, and the population of B regard themselves as an independent state with an independent legal system. They are recognized by all other nations including A. The courts of A regard the constitution and the laws of B as a separate legal system distinct from their own” (Raz, 1983b, pp. 127-8).

Como se depreende da leitura do citado exemplo, trata-se de caso de concessão pacífica de independência a um Estado, “B”, que antes integrava o Estado concedente, “A”, ato este consubstanciado em uma lei que confere poder exclusivo e ilimitado a uma assembléia formada pelos habitantes de “B”. Se seguirmos o modelo kelseniano de derivação de validade, poderemos dizer que uma decisão judicial tomada por um juiz de “B” é uma disposição jurídica válida porque foi produzida em conformidade com a legislação de “B”. Se nos perguntarmos por que a legislação de “B” é válida, encontraremos seu fundamento de validade na própria Constituição de “B”, mas, ao nos perguntarmos pela validade dessa Constituição, seremos forçados a reconhecer na lei que concede a “B” independência seu fundamento, e na Constituição do Estado “A” o fundamento de validade dessa última lei, e na norma fundamental de “A” a norma primeira autorizadora. Ora, de acordo com Kelsen, pertencem ao mesmo sistema duas normas se uma delas autoriza a produção da outra. No exemplo citado, seríamos forçados a admitir que a sentença judicial emitida pelo juiz de “B” e a norma fundamental de “A” pertencem a um mesmo e único sistema jurídico, pois ambas integram a mesma cadeia de validade, o que acaba por desmentir a concessão de independência empreendida por “A”. É, portanto, forçoso assumir que o primeiro axioma kelseniano deve ser rejeitado ¹⁴.

De acordo com o segundo axioma kelseniano, todas as disposições de um sistema jurídico são autorizadas direta ou indiretamente por outra disposição. Como é possível que, ao lado da Constituição escrita de dado país, exista ainda outra, consuetudinária, para que a proposição de Kelsen seja verdadeira, precisamos pressupor uma norma fundamental, autorizadora de ambas as Constituições. Suponha-se, então, um observador kelseniano, recém-chegado ao citado país. Para determinar se ambas as Constituições compõem um mesmo e único sistema jurídico, precisará encontrar a norma fundamental, o fundamento

¹⁴ Nesse sentido, Raz (1983b, p. 128) e Hart (2001, pp. 338 e 339).

de validade de ambas as Constituições. Mas, para determinar o conteúdo dessa norma fundamental, vale dizer, para descobrir se ela autoriza a criação de ambas as Constituições ou somente de uma delas, deverá conhecer antes o modo como o Direito é criado e aplicado dentro dessa ordem. Afinal,

“o conteúdo de uma norma fundamental é determinado pelos fatos através dos quais se cria e aplica uma ordem, aos quais se conforma, de uma maneira geral, a conduta dos indivíduos regulada por essa ordem. A norma fundamental de qualquer ordem jurídica positiva confere autoridade jurídica apenas aos fatos pelos quais uma ordem eficiente como um todo é criada e aplicada (Kelsen, 2000, p. 175).”

Tal observador só poderá identificar o sistema jurídico com a ajuda da norma fundamental, e só poderá identificar tal norma fundamental depois de estabelecida a identidade desse sistema (Raz, 1983b, p. 129). Exatamente porque a teoria da norma fundamental não torna possível reconhecer quando dois sistemas jurídicos existem em um mesmo Estado, devemos rejeitá-la enquanto critério identificador do direito.

2.3

H. Hart e a regra de reconhecimento

Guardadas suas importantes e específicas diferenças, ao menos em seus aspectos mais salientes as teorias de Kelsen e de Austin sobre a extensão dos sistemas jurídicos, acima expostas, aproximam-se de modo considerável¹⁵. Se se observar bem, será o caso de perceber que ambos reconhecem como direito somente certas disposições normativas produzidas pelo homem, e que o critério utilizado para identificar esse material indica o *modo de origem* dessas disposições como seu traço diferenciador. Se se abstrair um pouco mais, poder-se-á afirmar que o que Kelsen faz é simplesmente substituir o soberano de Austin por uma norma pressuposta, a norma fundamental. Com isso, ele escapa às críticas feitas à concepção de comando baseado em ameaça, mas se sujeita a outro conjunto de críticas, dirigidas à própria norma fundamental. É contra esse grupo de teorias, representantes do chamado “imperativismo jurídico”, que Hart se volta em seu “Conceito de direito”. Conquanto seu arsenal teórico seja

¹⁵ Nesse sentido, Raz: “His theory [a de Austin], though differing in important respects from that of Kelsen, can be profitably regarded as a variant of the same kind of theory” (Raz, 2003, p. 04).

utilizado em parte considerável de seu trabalho para combater especificamente a teoria austiniana, em grande medida, suas críticas atingem também as idéias de Kelsen. Isso porque, repita-se, ambas as teorias assemelham-se em aspectos salientes. No que segue, será apresentado o critério hartiano de identificação do direito, assim como serão apontadas suas vantagens para a compreensão do fenômeno jurídico. Ao final deverá ficar claro que nem a figura do soberano, defendida por Austin, nem a existência de uma norma primeira doadora de validade, proposta por Kelsen, são capazes de propiciar uma descrição satisfatória de sistemas jurídicos momentâneos.

Para Hart, todo sistema jurídico é formado por uma (e somente uma) regra de reconhecimento e por todas as demais disposições normativas identificadas com base nela (Raz, 1983a, p. 91). Esse critério de identificação é o resultado da utilização de um método próprio (um método que mescla a análise lingüística com incursões na sociologia jurídica); e da assunção como verdadeira de uma premissa específica: o caráter institucional e social do direito. Começamos pelo princípio. Em 30 de maio de 1953, quando profere sua aula inaugural na Universidade de Oxford, Hart critica o método tradicional de definição adotado pela teoria do direito. Ao apontar as insuficiências da definição por gênero e diferença específica ¹⁶ para esclarecer conceitos jurídicos, Hart torna manifestos os fundamentos de sua filosofia do direito (Raz, 1986, p. 19). De acordo com ele, Bentham foi o primeiro teórico a apontar a necessidade de esclarecer termos jurídicos em seus contextos específicos, e não isoladamente (Hart, 1953, p. 8). Isso é necessário, prossegue Hart, porque a linguagem jurídica é um caso especial do discurso humano, com características próprias que, se não levadas em conta, acabam por confundir quem a utiliza. A especificidade da linguagem jurídica mostra-se a partir de quatro características distintas, que podem ser percebidas ao se enunciar, por exemplo, uma frase como “Fulano tem o direito de receber de Beltrano R\$ 500,00”. Para Hart, quem faz uma afirmação como essa pressupõe a existência de um sistema jurídico, com tudo o que isso implica em termos de obediência geral, operacionalização de sanções e probabilidade de continuar a existir (Hart, 1953, p. 9); pressupõe, igualmente, alguma conexão

¹⁶ A definição por gênero e diferença específica cumpre duas funções: em primeiro lugar, fornece um “código ou fórmula de tradução da palavra para outros termos bem conhecidos”; em segundo lugar, “localiza-nos a espécie de coisa para cuja referência a palavra é utilizada, através da indicação dos aspectos que partilha em comum com uma família mais vasta de coisas e dos que a distinguem de outras da mesma família” (Hart, 1994, p. 19). Um triângulo, por exemplo, poderia ser definido dessa forma como uma figura retilínea de três lados; um elefante seria um quadrúpede distinto dos outros pela posse de uma pele grossa, presas e tromba.

entre esse enunciado e ao menos uma disposição pertencente ao sistema (Hart, 1953, 10); pretende, com ela, expressar uma conclusão extraída do direito (Hart, 1953, pp. 10-11); e assume ser possível, em virtude da linguagem jurídica, atribuir a mesma conseqüência a um conjunto de fatos muito diferentes (Hart, 1953, p. 11). Essas quatro características da linguagem jurídica, insiste Hart,

“explain both why definition of words like ‘right’, ‘duty’, and ‘corporation’ is baffled by the absence of some counterpart to ‘correspond’ to these words, and also why the unobvious counterparts which have been so ingeniously contrived (...) turn out not to be something in terms of which we can define these words although to be connected with them in complex or indirect ways” (Hart, 1953, p. 12).

De mais a mais, o sucesso de uma definição por gênero e diferença específica depende de condições que, no caso dos termos jurídicos (e também do próprio termo “direito”), não se encontram satisfeitas. A principal delas é a inexistência de uma família mais extensa de coisas, cuja natureza seja conhecida – e, portanto, não problemática – dentro da qual a definição consiga localizar o que se define (Hart, 1994, p. 19). Definir direito como um conjunto de regras de comportamento, por exemplo, é problemático porque o conceito de regra causa tanta perplexidade quanto o próprio conceito de direito (Hart, 1994, p. 20). Além desse primeiro obstáculo ao uso do método tradicional de definição, Hart considera ainda outros dois: inicialmente, a suposição de que uma expressão geral possa ser definida deste modo baseia-se na assunção tácita de que todos os casos daquilo que será definido tenham características comuns que sejam referidas pela expressão definida (Hart, 1994, p. 20). Como é fácil perceber, junto com a definição surgirão casos de fronteira: situações que não apresentam todas as características necessárias à sua inclusão sob o termo, mas que, não obstante, serão incluídos. A despeito de não possuírem todas as características distintivas do direito, tanto o direito internacional, quanto certas formas de direito primitivo são comumente vistos como pertencentes ao seu gênero. E mesmo que excluamos os casos fronteirios, não poderemos deixar de notar que os vários casos de um termo geral encontram-se freqüentemente ligados entre si de maneira bastante diferente da postulada pela forma simples de definição (Hart, 1994, p. 20). Eles podem estar ligados por analogia, podem ainda estar unificados por relações diferentes a um elemento central ou mesmo ser elementos constituintes diferentes de certa atividade complexa (Hart, 1994, p. 20). Em seu conjunto, essas barreiras expõem a necessidade de substituição do método tradicional para definir o direito. Ao invés de defini-lo com recurso a um gênero ao qual ele pertença e a uma ou mais diferenças específicas que o

distinga, Hart irá sugerir a contextualização do termo “direito” (o que poderá ser feito a partir da observação de como ele é comumente utilizado) e a fixação de condições, cuja satisfação seja necessária para determinar a verdade da afirmação feita.

O resultado final dessa guinada metodológica, empreendida em 1953, pode ser percebido no “Conceito de direito”, publicado em 1961, onde Hart reafirma a insuficiência das definições tradicionais e, ao identificar as questões que teriam sido a causa das tentativas de se definir o direito, propõe a si mesmo isolar um conjunto de elementos que sejam parte comum da resposta a elas. Segundo Hart, os autores que buscaram tal definição o fizeram porque não haviam conseguido até então compreender de que forma o direito se diferenciava de, e se relacionava com ordens baseadas em ameaças; como se diferenciavam as obrigações jurídicas das obrigações morais; e o que seriam regras e em que medida o direito seria uma questão de regras ¹⁷. O modelo por ele desenvolvido deverá, portanto, ser capaz de responder a essas três questões. Em que pesem os desdobramentos da adoção desse ponto de vista, por ora interessa tão-só compreender como a estratégia metodológica de Hart o influenciou na determinação de seu critério para delimitar a extensão dos sistemas jurídicos ¹⁸.

Foi dito um pouco acima que Hart rejeita o método de definição por gênero e diferença específica; e que, em seu lugar, propõe uma releitura do método benthamiano, de acordo com o qual não se deve definir os termos jurídicos isoladamente, mas sim nos contextos em que são comumente utilizados. Tomado em sua acepção usual, o termo “direito” pressupõe alguns elementos, sem os quais o sentido da proposição que o contenha não pode ser acessado pelos interlocutores. Aqui interessa saber de que modo o direito se diferencia de, e se relaciona com as ordens baseadas em ameaças, questão formulada no parágrafo anterior, cuja resposta fornecerá dois desses elementos. Se se perguntar como alguém é capaz de diferenciar o direito de uma ameaça feita por um assaltante de tirar dessa pessoa a vida caso não lhe entregue o dinheiro, é o caso de se responder: o direito é dotado de persistência e continuidade, e são essas características que o distinguem das demais ordens. A continuidade é

¹⁷ Sobre o ponto, cf. Hart, 1994, capítulo 1.

¹⁸ A preocupação em expor com mais cuidado a metodologia hartiana justifica-se na medida em que Raz a subscreve sem reservas. A compreensão dos motivos que levaram Hart a conceber o direito da forma como ele o concebeu ajudará a entender a caracterização raziana do direito.

uma característica que se liga ao poder de criar o direito, à autoridade de quem legisla (Hart, 1994, pp. 63 e 67). Dizer que o direito é dotado de continuidade significa afirmar que, de alguma forma, é assegurado de maneira ininterrupta seu poder de criação. A persistência é um atributo das disposições jurídicas, não de quem as faz. Diz-se que o direito persiste porque suas disposições sobrevivem àqueles que as criaram (Hart, 1994, p. 71).

A afirmação de que o direito é dotado de persistência e continuidade implica outra, a de que o direito deve ser uma prática social institucionalizada (Coleman, 2001, p. 109). Afinal, continuidade e persistência são características que não podem ser explicadas a partir de meros hábitos de obediência. Elas pressupõem uma regra, aceita pela comunidade, que especifica uma categoria de pessoas, cuja palavra deve constituir um padrão de comportamento para a sociedade. Porque essa regra é aceita pelo grupo, diz-se que é uma prática social; e porque constitui corpos com poderes para criar, alterar e revogar o direito, diz-se que exerce uma função institucionalizadora. A visão do direito como uma instituição leva Hart a propor uma diferenciação entre dois tipos básicos de disposições jurídicas: *regras primárias*, que impõem deveres (Hart, 1994, p. 91); e *regras secundárias*, que podem atribuir poderes públicos ou privados ¹⁹. O significado das regras primárias não é de difícil apreensão: primárias são as regras que dizem como nós devemos nos portar, são aquelas que direcionam nosso comportamento ao instituir vantagens ou desvantagens no caso de sua observância ou inobservância.

Talvez a dificuldade de se determinar o sentido das regras secundárias assente-se no fato de elas poderem ser divididas em três espécies diferentes. Começemos por essa distinção. De acordo com Hart, um sistema jurídico formado exclusivamente por regras primárias sofre de três males: incerteza,

¹⁹ Na mesma página 91 do “Conceito de direito”, Hart expõe que regras secundárias são regras que conferem poderes, e não como foi afirmado, regras que *podem* conferir poderes (“As regras do primeiro tipo [primárias] impõem deveres, as regras do segundo tipo [secundárias] atribuem poderes, públicos ou privados”). De acordo com Raz, contudo, essa posição adotada por Hart não só conflita com outros aspectos de sua teoria como também não expressa sua opinião atual: “It is true that all the primary rules are duty-imposing, but not all the secondary rules are power-conferring. The rule of recognition is an exception. Rules of change, adjudication, and recognition are called secondary because they presuppose the existence of primary rules, whereas primary rules can exist without secondary ones, albeit not as legal system. This is an explanation of the terminology, not a criterion for determining which rules are primary and which are secondary. This is determined by their social function – whether they are rules of change, adjudication, and recognition – not by their normative character” (Raz, 1983a, p. 93, nota de rodapé nº 24). Uma análise mais detida dessa questão será feita mais à frente.

rigidez e ineficácia ²⁰. É incerto porque não contém um critério (o qual teria de ser expresso em uma regra de um tipo diferente (Hart, 1994, p.102)) capaz de determinar quais regras (primárias) pertencem e quais não pertencem ao conjunto normativo; é rígido porque não descreve a forma como novas regras são incluídas no conjunto e como outras do próprio conjunto são excluídas (1994, p. 102); e, finalmente, é ineficaz porque inexistente uma autoridade com poder para determinar, de forma definitiva, o fato de uma violação (1994, p. 103). Se é certo que, por um lado, tal sistema só pode ter existido em sociedades muito remotas e com características específicas, também o é que o traço diferenciador dos modernos sistemas jurídicos é a existência de um tipo diferente de regras, cuja função é solucionar esses três problemas.

Sistemas modernos não são ineficazes porque contêm uma regra que atribui poderes a certos indivíduos para “proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária” (Hart, 1994, p. 106). A essa disposição normativa Hart dá o nome de “regra de julgamento” (“rule of adjudication”). Ademais, não são conjuntos rígidos porque possuem uma regra que “confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas”, chamada regra de alteração (“rule of change”) (Hart, 1994, p. 105). E porque possuem uma regra que especifica “algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce” (Hart, 1994, p. 104), são sistemas identificáveis, vale dizer, sistemas cuja certeza não é colocada à prova. Essa última é a chamada “regra de reconhecimento” (“rule of recognition”). De acordo com Hart, ela fornecerá o critério conclusivo para a identificação do Direito. Em seu conjunto, as regras secundárias dão conta de explicar o caráter institucional do direito. Afinal, são elas que conferem sentido a instituições criadoras e aplicadoras do direito, presentes em qualquer sociedade moderna. E porque desempenham

²⁰ Na verdade, Hart vai mais além e afirma que a inserção das regras secundárias deve ser vista como um passo importante no momento de passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico: “[o] remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie. A introdução de um corretivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico” (Hart, 1994, p. 103).

essa função particular, podem ser também chamadas de “regras que criam instituições” (Coleman, 2001, p. 109).

Explicado o sentido das regras secundárias, cabe então voltar a um ponto importante. Foi dito que o direito é uma prática social. Se isso é verdade, a tarefa de identificar um sistema jurídico nada mais é do que a busca por um método capaz de identificar uma prática social específica. Se o expediente utilizado por Hart para identificar um conjunto finito que se deixa descrever como sistema jurídico consiste em recorrer a uma regra de reconhecimento, que especifica aspectos que indiquem de modo conclusivo a pertinência da disposição ao sistema jurídico, então essa regra deve necessariamente consistir, ela própria, em uma prática social. Interessante é que, de acordo com o próprio Hart, a regra de reconhecimento, na maior parte dos casos, não é expressamente anunciada, mas “manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores” (Hart, 1994, p. 113). Ou, em outras palavras, a regra de reconhecimento existe porque é aceita como critério identificador por uma comunidade específica.

Dessa forma, se para Austin o direito pode ser descrito em termos de poder e hábitos de obediência, para Hart ele não se deixa apreender, a não ser como uma espécie de acordo, identificável por uma convergência interdependente de comportamento e atitude (Coleman, 2001, p. 115). Onde há direito existem não só comportamentos convergentes (que podem ser descritos por um observador como uma regularidade empírica), mas também uma atitude crítico-reflexiva²¹ para com eles. Ou, como explica Sgarbi (2006, p. 120), a

“possibilidade de se constatar empiricamente convergências fáticas ele [Hart] denomina de ‘aspecto externo’ e a posição daquele que o observa de ‘ponto de vista externo’. Por outro lado, intitula a postura crítica dos sujeitos em relação ao desvio comportamental de ‘aspecto interno’ e a posição daquele que o analisa de ‘ponto de vista interno’”.

Sem o recurso ao ponto de vista interno, é impossível diferenciar regras sociais (dentre elas, as jurídicas) de meros hábitos e, portanto, impossível diferenciar as regras jurídicas dos hábitos de um povo. Como a regra de reconhecimento desempenha um papel fundamental na identificação do direito e,

²¹ A atitude é crítica na medida em que serve de parâmetro para avaliar o comportamento dos demais indivíduos; e é reflexiva porque é tomada pelo próprio indivíduo que a tem em vista como um padrão a ser seguido também por ele.

portanto, na determinação da extensão de um sistema jurídico, seu estudo mais detalhado se faz imprescindível, seja para sua correta e precisa compreensão, seja para sua crítica devidamente fundamentada. Serão propostas quatro questões como roteiro de análise: o que é a regra de reconhecimento; se se trata de regra que impõe deveres ou confere poderes; a quem ela é direcionada; e como se afere sua existência. Em parte, essas questões já foram respondidas. No que segue, será o caso de complementá-las ou desenvolvê-las, conforme necessário.

A regra de reconhecimento é uma regra secundária que fornece um critério ou conjunto de critérios que se pretendem conclusivos na tarefa de identificação das demais disposições jurídicas. Diferencia-se das regras primárias na medida em que não prescreve condutas, antes determina quais fatos devem ser vistos como normativamente significantes. Sua função é estabelecer um *teste de validade* para o sistema: se determinada disposição passa no teste, é considerada válida e, portanto, pertencente ao grupo; do contrário, é considerada inválida e, nessa medida, estranha ao conjunto. O conteúdo da regra de reconhecimento varia, conforme o sistema jurídico. É possível, por exemplo, que em um sistema X, a reiteração da conduta e a crença na sua obrigatoriedade sejam suficientes para a determinação da existência de um costume jurídico; e que em um sistema Y seja necessário, para além dessas duas características, a declaração de sua existência por um Tribunal. De um jeito ou de outro – e essa é a proposta de Hart – o que importa é que cada sistema jurídico possui uma, e somente uma regra de reconhecimento, com um conteúdo próprio, a partir do qual é possível identificar as demais disposições que compõem o sistema.

De acordo com Hart, existem dois tipos de disposições normativas: um tipo que impõe deveres e outro que confere poderes. Uma primeira leitura pode sugerir que regras primárias são do tipo que impõem deveres e que as secundárias pertencem à classe das que conferem poderes. Dois argumentos, porém, podem ser aduzidos contra essa interpretação. Em primeiro lugar, a explicação de Hart sobre as regras sociais é basicamente uma explicação de regras que impõem deveres ²² (Raz, 1983a, p. 92). Se a regra de reconhecimento é uma prática e, portanto, uma regra social, é de se supor que

²² Por regra social se deve entender toda regra, cuja prática seja condição de sua existência.

também ela imponha deveres. Em segundo lugar, os poderes conferidos às autoridades para criar novas disposições e dirimir conflitos são decorrência da existência das regras de julgamento e de alteração. Sustentar que a regra de reconhecimento confere poderes é confundi-la com esses outros dois tipos de regra (Raz, 1983a, p. 93). Os dois argumentos, assim considerados, parecem sugerir que a regra de reconhecimento pertence à classe das disposições normativas que impõem deveres ou, para ser mais preciso, “a regra de reconhecimento impõe aos órgãos encarregados de aplicar o direito o dever de reconhecer e aplicar somente aquelas disposições que satisfaçam certos critérios fornecidos pela regra [de reconhecimento]” (Raz, 1983a, p. 93) ²³. A afirmação de que a regra de reconhecimento é uma regra que impõe deveres sugere que sejam seus destinatários somente as autoridades criadoras e aplicadoras do direito. Do contrário, teríamos a estranha situação em que todos os cidadãos teriam o dever de reconhecer o que é e o que não é direito. Embora seja um hábito informar-se sobre como se deve proceder, parece absurdo supor que esse hábito seja um dever imposto à população, de um modo geral.

Foi visto que Kelsen sustenta que a existência da norma fundamental é uma exigência lógica. Porque para ele a validade é a específica existência de uma disposição normativa ²⁴, pode-se afirmar que a norma fundamental é válida. Além disso, se sua validade não fosse pressuposta, não poderia explicar a normatividade do restante das disposições de um sistema. De acordo com Hart, a questão da validade da norma fundamental (e, por extensão, da regra de reconhecimento) é simplesmente uma questão que não faz sentido. Se entendermos por validade jurídica a conformidade de uma disposição qualquer com um padrão estabelecido pela norma fundamental (lembre-se de que, para Kelsen, uma disposição é válida se foi criada na forma estabelecida pela ordem jurídica, ou, o que dá no mesmo, se foi autorizada pela norma fundamental dessa ordem), a pergunta pela validade da própria norma fundamental fará tanto sentido quanto perguntar se o metro de Paris possui ou não um metro. Depreende-se do que foi dito que a existência da regra de reconhecimento não se deixa descrever da mesma forma que a existência das demais regras primárias. Se, por um lado, essas últimas existem porque são válidas (e são

²³ Hart não é nem um pouco claro a esse respeito. Em certas passagens, sugere que a regra de reconhecimento confere poderes para que o direito seja reconhecido (por exemplo, na p. 91 do “Conceito de Direito”); em outros, faz transparecer que dita regra impõe deveres àqueles a que se destina (por exemplo, na p. 160, quando afirma que a regra de reconhecimento exige dos juizes a aceitação de certas normas como direito).

²⁴ Sobre os diferentes conceitos de existência normativa, cf. Mendonça, 1995, pp. 28-33.

válidas porque satisfazem certas condições estabelecidas pela regra de reconhecimento), a existência daquela não pode ser vista de outra forma, senão como uma questão de fato (Hart, 1994, p. 121). A afirmação de que uma específica regra de reconhecimento existe consiste na afirmação de que em determinada comunidade jurídica se dá o fato de que é prática reconhecer como jurídicas as disposições que satisfazem as condições estabelecidas pela regra de reconhecimento daquela comunidade. Ao contrário de Kelsen, para quem a existência da norma fundamental era algo que devia ser pressuposto, tendo em vista a impossibilidade de sua determinação empírica, Hart sugere que a regra de reconhecimento nada mais é do que uma prática, passível, portanto, de ser determinada por meio da observação.

De acordo com o próprio Hart, a regra de reconhecimento “é uma regra para a identificação (...) das regras primárias de obrigação” na medida em que especifica “algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo (...)” (Hart, 1994, p. 104). A regra de reconhecimento fornece, portanto, um critério *suficiente* e *necessário* de pertinência e, nessa medida, especifica os critérios para a identificação do direito. Como tal, ela deve dar conta de identificar sistemas jurídicos momentâneos, ou seja, viabilizar uma resposta apropriada à questão da extensão dos sistemas jurídicos. No que segue, será examinado se tal regra cumpre adequadamente sua função. Se a regra de reconhecimento cumprir sua função, a pertinência de uma disposição ao grupo deve poder ser determinada exclusivamente por referência a ela. Se ela impõe aos órgãos que aplicam o direito o dever de reconhecer como tal toda disposição que satisfaça os critérios por ela disponibilizados; e se ela deve cumprir sozinha a tarefa de identificar o direito vigente; então nenhuma regra que, a despeito de não satisfazer as condições estabelecidas pela regra de reconhecimento, ainda assim seja reconhecida e aplicada pelos tribunais (portanto, no exercício de um poder e não no cumprimento de um dever) pode ser considerada parte do sistema jurídico.

A pergunta que então deve ser feita é se pode se dar o caso de uma disposição ser reconhecida como jurídica (portanto como parte do sistema jurídico momentâneo) no exercício de um poder, a despeito de não possuir as características exigidas pela regra de reconhecimento. A resposta a essa questão exige uma análise da atuação dos órgãos que aplicam o direito. Como o

próprio nome indica, a atividade de um órgão aplicador do direito consiste na aplicação do direito. Contudo, tendo em vista que é possível não haver uma disposição jurídica para resolver determinado caso, e que, mesmo nessas situações, o juiz não pode se furtar a decidir a questão (trata-se do princípio da proibição do *non liquet*), é forçoso admitir que, em certos casos, a decisão de um juiz não será tomada com base em uma disposição já existente no sistema, mas sim com base em disposição criada naquele momento especificamente para aquele caso.

O fato de que existem lacunas no direito e de que é possível (e provável) que um sistema jurídico institua o princípio da proibição do *non liquet* exige que se faça a distinção entre *aplicação de direito pré-existente* e *criação de direito novo*. Afinal, conquanto a atividade judicial consista em grande medida na aplicação de direito pré-existente, admite também (ou melhor, pode admitir), em certos casos e sob certas condições, a criação de direito novo. De acordo com Hart, a distinção entre criação de direito novo e aplicação de direito pré-existente pode ser traçada a partir da existência ou inexistência de um dever de aplicar o direito (Raz, 1983a, p. 90):

“If and only if the court applies a law that it is under a duty to apply is it acting on a previously existing law; on the other hand, when it applies a rule that it has no duty to apply it is not acting on a previously existing law”²⁵.

Por outro lado, vale lembrar que o julgador transforma a disposição criada em uma disposição do sistema se, e somente se do seu reconhecimento surgir um dever de aplicá-la em outros casos, ou, dito de forma mais clara, se o sistema contiver alguma regra sobre o uso de precedentes (Raz, 1983a, pp.90-91, nota de rodapé nº 08). Diante do exposto, poderíamos arriscar uma reformulação do critério de identidade proposto por Hart: um sistema jurídico consiste em uma regra de reconhecimento e todas as disposições que *devem* ser aplicadas de acordo com ela. Quando as cortes resolvem um caso a partir de disposição cuja aplicação não é obrigatória, elas transformam essa disposição em direito (se houver uma regra sobre o precedente, repita-se), o que não

²⁵ A distinção entre criar direito novo e aplicar direito pré-existente pode ser objeto de criticismo. Pode-se objetar que não é possível, na prática, determinar quando ocorre um ou outro, ou que ocorra um pouco de ambos em toda e qualquer situação de aplicação do direito. Como afirma Raz, “one should remember that clear conceptual distinctions do not entail the existence of clear instances of the concepts involved. Therefore, the absence of clear instances should not deter one from striving to formulate clear conceptual distinctions. The courts, in most cases brought before them, probably neither merely apply an existing law nor do they merely initiate a new law. They may be doing a little of both. But this does not detract from the ability of a clear distinction between applying existing law and creating a new one to shed light on legal processes” (Raz, 1983, pp 93-94)

significa que aplicam uma disposição pré-existente. Porque é possível que se dê o caso de uma Corte decidir uma questão com base em disposição cuja aplicação não seja obrigatória, a regra de reconhecimento não pode mais ser vista como um critério adequado para determinar a extensão dos sistemas jurídicos. Afinal, como se demonstrou, um sistema é formado não só pela regra de reconhecimento e por todas aquelas cuja aplicação seja exigida pela própria regra de reconhecimento, mas também por aquelas outras criadas pelas Cortes e incluídas no sistema em virtude de uma regra sobre precedentes. De acordo com Raz (1983a, p. 96),

“In most legal systems courts have authority to settle at least some disputes to which there is no clear solution in the laws of the system. Courts have a duty to apply the laws of the system when they are applicable and to exercise discretion in order to decide (partially) unregulated disputes – disputes to which the laws do not provide a clear answer or where the courts have power to change the law. By the rule of precedent this exercise of discretion often amounts to the creation of new laws”

Essa regra de precedente, que determina as condições de juridicidade a que está sujeito o exercício da discricionariedade judicial, pode ser estabelecida por outra disposição, que por sua vez deriva sua validade da regra de reconhecimento. Contudo, não é necessário que seja sempre assim. É possível que em determinado sistema, tal regra não esteja escrita em lugar algum e consista simplesmente em uma prática continuada dos Tribunais. Se esse for o caso, sustenta Raz (1983a, p. 96), é forçoso admitir que ao lado da regra de reconhecimento existe também uma regra de discricção, capaz de guiar a atividade jurisdicional nas decisões de conflitos não regulados. Se, por um lado, a regra de reconhecimento obriga os Tribunais a aplicar certas disposições (em virtude do que se pode falar que não há qualquer possibilidade de escolha da disposição a se aplicar), a regra de discricção, por outro lado, simplesmente guia a atividade dos Tribunais na escolha das disposições a serem aplicadas. Tal regra – aponta Raz (1983a, p. 97) – limita a liberdade de escolha das cortes, mas não a aniquila. O argumento aduzido não nega a existência da regra de reconhecimento. O que Raz sustenta é que a regra de reconhecimento não pode ser vista como critério *único* de pertinência. Se, por um lado, a regra de reconhecimento é a única regra última que necessariamente existe em cada sistema jurídico, por outro, ela não é a única que pode existir. Ao lado dela, pode existir também uma regra de discricção, limitadora do poder jurisdicional de escolha nos casos de disputas não reguladas.

2.4

J. Raz e os órgãos primários de aplicação do Direito

Foi demonstrado que nem comandos emitidos por um soberano e respaldados por ameaças, nem uma norma fundamental pressuposta, nem uma regra de reconhecimento são capazes de prover um método preciso para identificar sistemas jurídicos momentâneos – vale dizer, nenhum desses métodos é capaz de determinar de forma precisa a extensão dos sistemas jurídicos. Isso não significa que as teorias criticadas não tenham prestado algum serviço. Se for permitido incluir o próprio Hart na crítica por ele feita contra os juristas que se dedicaram a uma reflexão séria sobre o direito, “o que eles disseram (...) fez aumentar efetivamente, no seu tempo e lugar, a nossa compreensão sobre o mesmo” (Hart, 1994, p. 6). O modelo de Austin, por exemplo, inova ao propiciar uma descrição do direito desvinculada de qualquer referência à moralidade ²⁶. Por outro lado, na medida em que toma emprestado do direito penal o modelo das diretivas coercitivas e se espelha na monarquia absoluta para descrever a soberania, Austin acaba por fornecer um conceito de direito demasiado estreito, que se pretende, no entanto, viável para explicar todo e qualquer cenário imaginável (Struchiner, 2005, p. 57). Porque a monarquia absoluta não é a única forma de governo existente e porque as disposições de direito penal não são os únicos componentes do direito, sua descrição se mostra insuficiente para dar conta dos modernos sistemas jurídicos. O modelo de Kelsen pode ser visto como uma versão imperativista mais sofisticada. Porque substitui o soberano pela ideia de norma fundamental, não se sujeita a um conjunto significativo das críticas direcionadas a Austin. Por outro lado, ao se valer do paradigma coercitivo, também termina por fornecer uma descrição imprecisa, quiçá distorcida do fenômeno jurídico. Ao retirar o enfoque dos órgãos que produzem o direito e mirar nas instituições que o aplicam, Hart consegue descrever de modo muito mais fiel a práxis jurídica. Contudo, talvez porque não tenha conseguido se desvencilhar completamente da tradição que tanto criticara, insiste na necessidade de uma regra para identificar o direito. Com isso, deixa de

²⁶ A referência de Raz (2003, pp. 6 e 7) à inovação de Austin diz respeito ao conceito de soberania: “sovereignty is neither derived from nor explained by reference to morality or legal principles”. Porque o conceito de soberania é a chave para a compreensão da teoria austiniana dos sistemas jurídicos, parece possível tomar emprestada a referência e a aplicar à teoria considerada em seu conjunto.

considerar aspectos importantes do modo como o direito é comumente compreendido.

As observações precedentes devem dar conta de descrever em seus traços mais gerais o cenário que serve de pano de fundo para o desenvolvimento da teoria raziana dos sistemas jurídicos. Herdeiro de Hart – portanto, crítico ao imperativismo – e simpático ao realismo jurídico, Raz constrói um modelo que se pretende mais adequado do que os anteriores para descrever o fenômeno jurídico. Vejamos. O problema da extensão dos sistemas jurídicos consiste na determinação das disposições que pertencem a dado sistema jurídico momentâneo. Ele exige, portanto, um método capaz de dizer quando a descrição de certo sistema jurídico é uma descrição completa. Antes de examinar que método é esse, cabe fazer a seguinte pergunta: o que é dizer de uma descrição que ela é completa? De acordo com Raz (2003, p. 189), um conjunto de enunciados normativos é uma descrição completa de um sistema jurídico momentâneo se, e somente se:

(1) cada um de seus enunciados descreve parte do mesmo sistema jurídico momentâneo, e (2) cada enunciado normativo que descreve parte do mesmo sistema jurídico é exigido pelo conjunto.

Esse teste, que será chamado de “teste 1”, não nos diz (nem pretende dizer) quando uma disposição pertence a um sistema jurídico, mas especifica o que é uma descrição completa de um sistema jurídico, e, nesse sentido, serve para apontar a adequação de um outro teste, esse último referente à pertinência de um enunciado normativo ao grupo de enunciados que descrevem certo sistema jurídico. Um teste de pertinência de um enunciado normativo ao grupo é adequado se satisfaz as condições descritas acima, vale dizer, se fornece um método para determinar se dado enunciado normativo descreve parte do mesmo sistema jurídico momentâneo descrito por dado conjunto de enunciados normativos (Raz, 2003, p. 189). A dificuldade de determinar o teste adequado pode ser explicada a partir da relação entre (1) e (2): porque cada enunciado normativo que descreve parte do mesmo sistema jurídico é exigido pelo conjunto de enunciados normativos, cada um de seus enunciados normativos [deve] descreve[r] parte do mesmo sistema jurídico (Raz, 2003, p. 189). Se isso for correto, então um critério de pertinência deve estabelecer uma condição que, satisfeita, indica que dado enunciado normativo que descreve parte do mesmo sistema jurídico descrito pelo conjunto de enunciados que o contém não é exigido por ele (Raz, 2003, p. 190). Se essa condição for satisfeita, o enunciado

normativo em questão não é necessário para uma descrição completa do sistema. Isso significa que um critério de pertinência do enunciado ao grupo deve conter somente as condições necessárias para a inclusão de um enunciado no grupo e nenhuma outra mais, o que é o mesmo que dizer que tal teste deve ser um teste adequado.

A estratégia adotada por Raz para estipular a “adequação” do teste de pertinência consiste em vinculá-lo à atuação dos órgãos que aplicam o direito, especificamente à atuação dos chamados “órgãos primários de aplicação do direito”. Um teste adequado de pertinência exige, portanto, outro, capaz de identificar um órgão primário de aplicação do direito. O teste para identificar um órgão primário de aplicação do direito (teste 2) pode ser formulado nos seguintes termos:

Será dito de um enunciado que ele descreve um órgão primário de aplicação do direito se ele o identifica e atribui a ele poderes jurídicos primários (Raz, 2003, p. 191).

Já o teste de pertinência do enunciado normativo ao grupo de enunciados que descrevem dado sistema jurídico (teste 3) é formulado como segue:

Será dito de um enunciado normativo que ele descreve parte do mesmo sistema jurídico descrito pelo conjunto a que pertence se [a] ele descreve um órgão primário de aplicação do direito que reconhece as disposições descritas pelo conjunto de enunciados normativos; ou se [b] um órgão primário de aplicação do direito descrito pelo conjunto de enunciados normativos reconhece a disposição descrita pelo referido enunciado normativo (Raz, 2003, pp. 191 e 192).

Algumas considerações sobre o sentido e implicação desse critério de pertinência precisam ser feitas. Tal teste não nos diz quando uma disposição pertence a um sistema – embora se possa extrair dele um teste de pertinência da disposição ao sistema ²⁷ –, antes nos proporciona um método para verificar se um enunciado normativo pertence a um conjunto (de enunciados normativos) que é uma descrição completa de um sistema. De acordo com Raz (2003, p. 192), seu critério de pertinência assume que cada sistema jurídico momentâneo

²⁷ De acordo com Raz, uma disposição pertence a um sistema jurídico específico se reconhecida por um órgão primário de aplicação do direito (Raz, 2003, p. 201). Esse teste será examinado mais à frente. Como se afirmou no cap. 1, Raz analisa os problemas referentes ao sistema jurídico no nível meta-teórico. Isso significa que sua preocupação principal é estabelecer as condições a que se sujeita uma descrição dos sistemas jurídicos. É por isso que o problema da existência não envolve diretamente a existência de uma disposição, mas sim as condições para se afirmar que um enunciado normativo é verdadeiro. Do mesmo modo, a questão da identidade, aqui analisada, não envolve diretamente as disposições jurídicas, antes se preocupa com a descrição dessas mesmas disposições (mesmo que ainda não individualizadas), vale dizer, com os enunciados normativos referentes a certo sistema jurídico.

institui ao menos um órgão primário de aplicação do direito. De mais a mais, pressupõe e manifesta certa visão da natureza institucional do direito. Finalmente, assume que a identidade e as ações dos órgãos primários de aplicação do direito são fundamentais para a determinação da pertinência. A chave para a compreensão dessas observações consiste na determinação do significado de “órgão primário de aplicação do direito” e de “reconhecimento de uma disposição”. No que segue, se procurará, em primeiro lugar, esclarecer o que é um órgão primário de aplicação do direito, o que será feito a partir da análise da atividade desses órgãos. Em seguida, serão descritos os argumentos de Raz para sustentar que em cada sistema jurídico existe ao menos um órgão com essas características, e para defender a necessidade do seu reconhecimento para a determinação do critério de pertinência do enunciado normativo.

Delimitação do conceito e da atividade dos órgãos primários de aplicação do direito

Um órgão primário de aplicação do direito é uma espécie pertencente ao gênero “órgão aplicador do direito” (Raz, 1983c, pp. 105 *et. seq.*). O que vem a ser um órgão aplicador do direito, contudo, é objeto de intensa disputa teórica. O desacordo sobre seu exato sentido explica-se a partir dos interesses envolvidos. Um advogado, por exemplo, pode estar interessado em resolver um problema de um sistema jurídico específico, como a existência em determinada Corte de poderes de supervisão sobre os demais órgãos aplicadores. Um cientista social, por outro lado, pode se interessar pela classificação de diferentes métodos de resolução de conflitos ou pelos diferentes canais para a articulação de demandas. O interesse de Raz consiste na determinação dos elementos distintivos daqueles órgãos de aplicação do direito, cuja existência seja uma característica definitiva dos sistemas jurídicos (Raz, 1983c, p. 106).

Órgãos aplicadores podem ser definidos em virtude da *função* que exercem ou a partir do *modo* como são instituídos. Na medida em que adota o segundo enfoque, Raz sustenta que órgãos aplicadores do direito são instituições estabelecidas por disposições normativas e, assim, devem ser identificados pelo modo como exercem sua função e não pelas funções propriamente ditas (Raz, 1983c, p. 106). Faz parte da lógica do direito estabelecer deveres e conferir poderes. Da detenção de um suspeito e do

recolhimento de um tributo podemos dizer que são o cumprimento de um *dever legal*; da concessão de uma autorização administrativa e da feitura de um contrato de compra e venda, dizemos que são o exercício de um *poder jurídico*. Se existe alguma diferença entre os dois exemplos de cumprimento de dever e entre aqueles de exercício de poder, essa consiste na classe de pessoas que pratica esses atos. Os primeiros de cada grupo são praticados por oficiais públicos, os segundos por particulares. Será considerado um ato de aplicação do direito todo aquele praticado por um oficial público no cumprimento de um dever ou no exercício de um poder legal (Raz, 1983c, pp. 106 e 107) ²⁸.

Feita essa primeira distinção, cabe ainda fazer outra. Afinal, a classe de oficiais públicos que aplicam disposições jurídicas no cumprimento de deveres ou no exercício de poderes pratica ao menos dois tipos diferentes de atos. Se, por um lado, os Tribunais aplicam o direito na medida em que proferem julgamentos; por outro, um oficial instruído por uma ordem de demolição a derrubar uma casa também o aplica, mas o faz na medida em que o impõe fisicamente. Todo órgão que aplique o direito “fisicamente” será chamado de “órgão que impõe direito” (norm-enforcing institution) (Raz, 1983c, p. 107). Conquanto tais órgãos desempenhem importante papel nos sistemas jurídicos modernos, não é neles que se encontra a chave para a identificação do direito. Ao seu lado, existem outros, que se caracterizam por combinar a feitura e a aplicação de disposições de um modo particular (Raz, 1983c, p. 108). Esses últimos serão chamados de órgãos *primários* de aplicação do direito ou simplesmente órgãos primários (“primary norm-applying organs”). O qualificativo “primário” serve para indicar a importância desses órgãos na identificação dos sistemas jurídicos (Raz, 1983c, p. 108).

“Norm-enforcing organs are concerned with the physical implementation of norms and this determines their character as norm-applying. Primary organs are concerned with the authoritative determination of normative situations in accordance with pre-existing norms” (Raz, 1983c, p. 108)

²⁸ A passagem citada deixa à mostra a influência do pensamento kelseniano na obra de Raz. Como se sabe, Kelsen diferencia interpretação *autêntica* de interpretação *não autêntica* com referência à classe de pessoas que a pratica. Será autêntica toda interpretação praticada por um órgão aplicador do direito; e não-autêntica aquela levada a cabo por particulares (Kelsen, 2003, p. 388). Assim como a explicação de Kelsen sobre o que é ser um órgão aplicador é parcial (ele não diz o que são, antes aponta exemplos de alguns órgãos aplicadores do direito), a explicação de Raz sobre o que é ser um oficial público também o é: “what are the identifying features of public officials? This is a problem which is both important and difficult. It is, however, a problem which it would be best to avoid here (...)” (Raz, 1983c, p. 107). Isso não significa, contudo, que Raz não faça algum esforço para aumentar a compreensão sobre o assunto. A divisão entre órgãos que impõem normas e órgãos primários deve ser vista como mais um passo naquela direção.

Dizer de um órgão que ele possui poder para determinar de forma autoritativa a situação legal de alguém significa afirmar que a manifestação desse órgão não é vista como mera opinião sobre o assunto, antes vincula o comportamento dos indivíduos a ela submetidos, independentemente de sua correção (Raz, 1983c, p. 108). Em verdade, prossegue Raz, uma decisão é vinculante exatamente porque pode ser uma decisão errada e ainda assim manter o caráter de decisão (1983c, p. 108). Diante dessas considerações, podem ser apontadas as características definitórias dos órgãos primários de aplicação do direito. Trata-se de instituições (1) com poder para determinar a situação normativa de indivíduos específicos; (2) chamadas para exercitar esses poderes por meio da aplicação de disposições normativas existentes; (3) cujas decisões vinculam os indivíduos a ela submetidos, mesmo que sejam decisões erradas (Raz, 1983c, p. 109).

Existência dos órgãos primários de aplicação do direito

De acordo com Raz (2003, p. 191), o método de produção normativa a que damos o nome de “legislação” é próprio dos sistemas jurídicos modernos, e não uma característica de todo e qualquer sistema jurídico, assim como nenhum outro método de criação do direito o é. Por outro lado, todo sistema jurídico institui órgãos que aplicam o direito e, portanto, órgãos que reconhecem quais são as disposições normativas do sistema. Se o critério de pertinência por ele proposto envolve os órgãos primários de aplicação do direito, então a existência destes últimos em todo e qualquer sistema jurídico é condição necessária para a validade daquele. Um enunciado acerca de um órgão primário pode ser particular ou geral. Será particular se a existência de tal órgão em um sistema jurídico específico for condição necessária para sua veracidade. Será geral se a sua existência em todo e qualquer sistema jurídico for condição necessária para sua veracidade. A teoria de Raz apóia-se na verdade de um enunciado geral sobre os órgãos primários de aplicação do direito. Contudo, dizer desse enunciado que ele é verdadeiro ou falso envolve a observação de todos os sistemas jurídicos existentes, o que, no final das contas, é um exercício de sociologia descritiva. Porque não fornece nenhum dado conclusivo sobre a existência de tais órgãos, Raz é obrigado a recorrer à intuição do leitor, que se vê, então, compelido a reconhecer a verossimilhança de tal informação.

Importância dos órgãos primários de aplicação do direito para a determinação do critério de pertinência

Se a intuição de Raz for correta, e órgãos primários forem instituições existentes em todo e qualquer sistema jurídico, resta ainda entender por que o recurso às manifestações de tais órgãos é fundamental para a determinação da extensão dos sistemas jurídicos. Como se viu, a atividade das Cortes jurisdicionais pode assumir duas feições diferentes: ou ela consiste na aplicação de direito pré-existente ou na criação de direito novo. Nesse segundo caso, como também já foi visto, a decisão da Corte só é incorporada ao sistema jurídico se houver uma regra, em virtude da qual as decisões posteriores sobre a mesma questão precisarem ser decididas do mesmo modo (regra de precedente). Como a regra de reconhecimento impõe aos órgãos aplicadores o dever de aplicar certas disposições, cujas características definitórias tenham sido por ela disponibilizadas, não seria errado afirmar que tal regra fornece um critério parcial de identificação do direito. Diz-se parcial porque, conquanto seja verdade que as disposições identificadas com base na regra de reconhecimento façam parte do sistema jurídico, não é verdade que todas as disposições normativas do sistema sejam aquelas identificadas por essa regra.

Afinal, uma disposição produzida no exercício de um poder discricionário (reconhecida, portanto, pela regra de discricção) poderá ser incorporada no sistema, a despeito de não satisfazer as condições estabelecidas pela regra de reconhecimento. Ora, é forçoso reconhecer que um sistema que admita, ao lado da regra de reconhecimento, uma regra última de discricção, é formado por todas as disposições que sejam alternativamente reconhecidas por cada uma delas. E o único critério unificador que se poderia apontar é o fato de que tanto uma disposição reconhecida a partir da regra de reconhecimento, quanto outra, estabelecida nos termo da regra de discricção só fazem parte de um único e mesmo sistema porque foram, ambas, reconhecidas por um órgão que as aplicou. Outro argumento ainda deve ser mencionado. Frequentemente, os Tribunais estão obrigados a aplicar disposições pertencentes a outros sistemas normativos. Isso ocorre, por exemplo, quando, em virtude do direito internacional privado, um juiz aplica aqui disposições de outro sistema jurídico; ou quando um juiz aplica uma disposição de alguma associação privada, como o estatuto de uma sociedade anônima. Em ambos os casos, as disposições não fazem parte

do sistema jurídico, mas, a despeito disso, devem ser aplicadas pelo juiz ²⁹. Dessa forma, o critério para identificar o direito não pode se basear no modo como as disposições são produzidas (por exemplo, em conformidade com a regra de reconhecimento), antes deve tomar por base o fato de que essas disposições são reconhecidas como tal por determinados órgãos, dotados de autoridade para determinar de forma vinculante o comportamento das pessoas. A esse princípio Raz dá o nome de “reconhecimento autoritativo”. Os seguintes comentários de Comanducci são esclarecedores.

“Neppure questo modello, però, basato pur sempre sul principio di origine, riesce a fornire dei criteri adeguati di identità e appartenenza: i criteri che fornisce non sono generali, nel senso che essi non possono applicarsi con successo all’individuazione dell’identità di ogni sistema giuridico esistente (o ragionevolmente ipotizzabile). La conclusione che Raz trae dall’esame delle teorie di Austin e Kelsen è che bisogna abbandonare il principio di origine per sostituirlo con quello di ‘riconoscimento autoritativo’” (Comanducci, 1978, p 385)

Como afirmado na introdução a “The concept of a legal system”, o enfoque raziano da questão dos sistemas jurídicos compreende uma parte histórica e outra construtiva. A parte histórica envolve uma análise crítica das teorias de Austin, Kelsen e (embora não dito de forma expressa) Hart. Sua estratégia consiste em reformular as questões que são suscitadas em uma teoria dos sistemas e procurar dentro do próprio positivismo analítico as respostas dadas a essas (novas) perguntas. A conclusão a que chega Raz é que Austin, Kelsen e Hart falharam, em maior ou menor medida. Nenhum dos critérios formulados por eles foi capaz de propiciar uma resposta adequada ao problema da extensão dos sistemas jurídicos. As razões para esse fracasso foram discutidas neste capítulo. As contribuições de Raz para a determinação da extensão dos sistemas jurídicos parecem valiosas. Sem entrar no mérito da coerência das idéias de Austin e Kelsen, o critério raziano afigura-se mais adequado do que o deles para descrever aquilo que normalmente se entende por um sistema jurídico. Em que pese a existência de outras razões que justificam tal ponto de vista, será o caso de avaliar aqui somente uma, que, a rigor, não é uma razão em favor da tese raziana do reconhecimento autoritativo, mas sim contra o imperativismo jurídico, mormente contra aquele defendido por Austin e Kelsen.

Os modelos imperativistas não consideram um aspecto importante do direito: de alguma forma, ele (o direito) se relaciona com razões para a ação. Hart já havia percebido isso quando sustentou que uma definição adequada de

²⁹ O que foi dito é uma adaptação de um exemplo fornecido por Raz (1983a, p. 97).

direito não pode deixar de levar em conta o ponto de vista interno, ou seja, o modo como os próprios destinatários enxergam as disposições jurídicas como obrigatórias. A adoção do ponto de vista interno torna claro o fato de que disposições jurídicas não são meras regularidades fáticas, nem podem ser explicadas em termos de probabilidade de obediência. Disposições normativas são vistas por nós como razões para nos portarmos de certas maneiras e para avaliarmos o comportamento das outras pessoas. Se é certo que, na maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, as leis são um tipo importante (quicá o mais importante) de razões jurídicas, também o é que elas não são as únicas razões existentes. Se o direito for identificado a partir do modo como é produzido (e não a partir do modo como é aplicado), uma parte considerável das razões jurídicas existentes não será reconhecida como tal. Como já se afirmou, sistemas jurídicos podem incluir uma regra sobre a obrigatoriedade dos precedentes, e essa regra pode ser uma regra costumeira (não produzida, portanto, na forma de legislação). As teorias imperativistas não conseguem descrever adequadamente essa situação, o que acarreta uma descrição imprecisa dos sistemas jurídicos. As teorias de Hart e Raz não se sujeitam a essa objeção na medida em que identificam o direito como uma prática. A regra de reconhecimento hartiana é uma prática socialmente aceita; assim como, no final das contas, o critério do reconhecimento autoritativo raziano também não deixa de ser.

O que se pergunta, então, é: por que preferir o modelo raziano ao hartiano? A crítica de Raz à teoria de Hart é basicamente uma crítica à teoria da regra de reconhecimento. Em suma: Raz questiona a necessidade de se recorrer a uma regra para identificar o direito; a existência de uma só regra de reconhecimento em cada sistema jurídico; e sua capacidade para descrever apropriadamente casos em que uma decisão é tomada no exercício de discricionariedade judicial. Esse último questionamento deve ser investigado com cuidado particular. Sua análise deverá indicar uma resposta para os outros dois. De acordo com Raz, a regra de reconhecimento impõe aos órgãos que aplicam o direito (e não a todos os cidadãos) o dever (e não o poder) de aplicar as disposições reconhecidas como jurídicas pela própria regra de reconhecimento. Tal regra estipula certas condições que, uma vez satisfeitas, justificam a afirmação conclusiva de que a disposição identificada faz parte do grupo. Se ela pertence ao grupo, os órgãos que aplicam o direito têm o dever de aplicá-la. Segundo Raz, boa parte do material jurídico é efetivamente identificado dessa maneira. Contudo, esse material não corresponde a todo o material de um

sistema jurídico. Afinal, em certas situações, os juízes decidem casos com base em razões outras que não aquelas fornecidas por disposições jurídicas, dado que os sistemas jurídicos não dão conta de regular todo e qualquer aspecto da vida humana. Porque sistemas jurídicos são lacunosos, e porque normalmente eles não admitem a possibilidade do *non liquet*, certas decisões não se baseiam em disposições do sistema (portanto, não podem ser reconhecidas com base na regra de reconhecimento). Se um sistema possui uma regra de precedente, a nova decisão será incorporada ao sistema jurídico e deverá, portanto, ser reconhecida como parte dele.

O que Raz sustenta é que a regra de reconhecimento não consegue dar conta dessas situações. Ao lado da regra de reconhecimento (que especifica características das disposições que devem ser aplicadas, posto que jurídicas) existiria também uma regra de discricção (que baliza a atividade jurisdicional inovadora); e o que autoriza alguém a afirmar que essas duas regras – e todas aquelas identificadas com base naquela ou produzidas com base nessa última – pertencem a um único e mesmo sistema jurídico é o fato de que todas elas são reconhecidas por um órgão primário de aplicação do direito. O que Raz se pergunta é por que recorrer a uma regra (de reconhecimento) quando o critério conclusivo para a identificação do direito encontra-se na atuação de certos órgãos que o aplicam? A escolha entre Hart e Raz parece ser a escolha entre uma regra e uma prática específica, o que, em certa medida, não pode deixar de ser arbitrário. Da mesma forma que se pode perguntar “por que uma regra” (e é essa a pergunta de Raz), se pode perguntar também “por que *não* uma regra”. A resposta, contudo, não parece ser tão importante para a determinação dos critérios de identidade. Dizer que a atuação dos órgãos primários é decisiva para a identificação do direito não é incompatível com a afirmação de que uma regra de reconhecimento é decisiva para a identificação do direito, ao menos de acordo com certa interpretação da regra de reconhecimento. Afinal, se a regra de reconhecimento é uma prática socialmente aceita, nada impede que seu conteúdo deva ser determinado pela atuação dos órgãos primários de aplicação do Direito.

Se a escolha entre a regra de reconhecimento hartiana e o critério do reconhecimento autoritativo raziano não é relevante, então alguém poderia objetar que a teoria raziana igualmente não o é, porque consiste em mera reprodução da teoria da regra de reconhecimento. Em que pese o afirmado,

essa objeção não procede. Se não for esse o caso, e a regra de reconhecimento for realmente incapaz de descrever o direito de modo fiel (como, afinal, propôs Raz), então a saída de Raz consiste numa alternativa viável para se identificar o Direito. Se estiver certo, porém, será necessário demonstrar que Raz faz mais do que reproduzir as idéias desenvolvidas na teoria hartiana. Será o caso de demonstrar, portanto, que ele resolve problemas que foram colocados, mas não solucionados por Hart. Nesse sentido, poderíamos falar numa reconstrução raziana (em grande medida inovadora) da teoria hartiana da regra de reconhecimento. Vejamos como isso pode ser feito. A grande contribuição de Hart para a teoria do Direito consiste na percepção da importância do ponto de vista interno para sua identificação. É porque leva em conta o ponto de vista interno que Hart sustenta que a regra de reconhecimento é uma prática social. E porque a regra em questão é uma regra (e não qualquer outro objeto) ela tem um *destinatário* e um *caráter normativo*. Hart, contudo, não fornece uma resposta clara sobre quem são seus destinatários e sobre qual é seu caráter normativo. Raz parte desse ponto. De acordo com ele, a regra de reconhecimento impõe deveres e destina-se aos órgãos aplicadores do direito. Como existem ao menos dois tipos de atividade que se deixam reconhecer como “aplicadoras” de Direito, Raz propõe a separação entre órgãos que impõem o Direito e órgãos primários de aplicação do Direito. A regra de reconhecimento deveria, assim, ser direcionada a esses últimos.

Ao contrário do que sustenta Raz, o fato de a regra de reconhecimento impor deveres não é incompatível com o fato da discricionariedade judicial. Por um lado, a regra de reconhecimento define características que, encontradas nas disposições normativas, justificam seu reconhecimento como parte do grupo. Porque são parte do grupo, as disposições identificadas devem ser aplicadas. Por outro lado, nossa regra poderia especificar também diretrizes para a criação judicial de direito novo. Qualquer afastamento dessas diretrizes por parte dos juízes deverá, então, ser seguida de reprovação social. Da mesma forma, ela poderá especificar que algumas decisões tomadas por certos órgãos (eventualmente todos os órgãos primários, mas talvez só um deles) vinculam o comportamento futuro desse mesmo órgão ou de órgãos hierarquicamente inferiores, e, nessa medida, passam a contar como uma nova disposição do grupo. É possível também que essa regra de reconhecimento reproduza o teste de aderência descrito por Raz, de acordo com o qual certas disposições, conquanto de aplicação obrigatória, não integram o sistema jurídico.

Se isso for possível, então as contribuições de Raz consistem em um aprimoramento da regra de reconhecimento, e a escolha entre o critério da regra ou o do reconhecimento autoritativo é uma questão de mera conveniência explicativa. Porque uma regra nada mais é do que uma forma de generalizar comportamentos esperados, pode-se dizer que a regra de reconhecimento é uma forma de generalizar aquilo que se espera dos órgãos primários. Se isso for assim, a referência à regra ou a referência ao órgão nada mais são do que duas formas diferentes de descrever um único e mesmo critério de identidade: aquele que leva em conta a atividade de um grupo específico de pessoas para indicar o que é e o que não é direito. É por isso que não parece plausível negar que a regra de reconhecimento pode ser interpretada como uma maneira (eventualmente frutuosa) de descrever a prática dos órgãos primários de aplicação do direito.