

3

O problema da individualização de disposições jurídicas na tradição analítica: J. Bentham, H. Kelsen e J. Raz.

3.1

Colocação do problema

Parece haver uma tendência natural do ser humano de *personificar* as coisas de uma maneira geral, de considerar falsamente como figuras concretas entes que, na verdade, são abstratos. Kelsen, por exemplo, está ciente dessa peculiaridade dos homens, tanto que ao falar sobre a figura do “sujeito jurídico”, sustenta que tal conceito “nasce do impulso antropomórfico de personificar que tem dominado o nosso aparato representativo, sendo, isto, uma ‘tendência do gênero humano’ de hipostasiar e de firmar de modo tangível em forma de pessoa, de sujeito, tudo aquilo que é puramente ideal” (*apud* Sgarbi, 2007, p. 107). A tendência humana de construir hipóstases explica por que Deus e o Estado, entidades inegavelmente abstratas, são habitualmente representados como seres concretos e personificados. Confira-se:

“En tanto que el dualismo de Estado y Derecho es el fruto de una hipóstasis dogmática en la cual la expresión personificativa de la unidad del Derecho se convierte en un Estado metajurídico, transcendente al Derecho, la situación epistemológica de la Teoría del Estado es la misma que la de la Teoría de Dios, la Teología. Lo mismo que el Estado, Dios es imaginado, en esencia, como una persona, como personificación de un orden universal, del orden del mundo, del mundo como sistema de normas o leyes naturales. Así como el Derecho es la voluntad del Estado, el contenido de la voluntad de Dios está formado por las normas y leyes naturales que constituyen el sistema del universo. Y así como el Estado es la unidad personificativa del Derecho merced a la hipóstasis de un ser metajurídico, transcendente al Derecho, cuya relación con él es la cuestión fundamentalísima de la Teoría del Estado, del mismo modo enseña la Teología que la esencia de Dios consiste en su transcendencia frente al mundo; (...)” (Kelsen, 2004, p. 73)

Conceder ao Estado o status de uma pessoa real e concreta não é algo isento de conseqüências. Se o Estado é tido como uma pessoa, então, como qualquer outra pessoa, ele possui uma vontade. Se o direito é um conjunto de normas, regras ou disposições normativas criadas ou reconhecidas por essa pessoa chamada Estado, então se pode dizer que tais disposições são a expressão da vontade do Estado. Se se aduzir ainda que Estados são dotados, em regra, de soberania, pode-se dizer que o direito é a expressão da vontade soberana, ou expressão da vontade do Estado soberano, ou simplesmente expressão da vontade do soberano. Isso parece explicar, mesmo que parcialmente, por que teóricos do positivismo jurídico como Austin e Bentham identificaram os ordenamentos jurídicos com a expressão da vontade do soberano³⁰. Ambos caíram na armadilha de conferir existência concreta a algo que só existe no plano das ideias.

A crença de que o direito é expressão da vontade soberana, ideia antiga e em grande medida inadequada para dar conta de apontar os traços distintivos dos sistemas jurídicos³¹, ainda permeia a mentalidade popular. E isso tem conseqüências sensíveis. Em parte, explica por que há uma visão geral, equivocada, segundo a qual as unidades básicas, nas quais se divide o direito, digamos, as disposições jurídicas (ou, no inglês, “laws”), possuem o caráter de comandos, ordens, mandamentos e coincidem *in totum* com as manifestações autoritativas reconhecidas como fontes do direito. Segundo esse ponto de vista, uma lei, expressão da vontade soberana, contém não menos, nem mais do que um comando – como se também as manifestações volitivas de caráter prescritivo de uma pessoa não pudessem conter nem menos, nem mais do que um comando. Os fatos militam em sentido contrário.

Em primeiro lugar, não só é perfeitamente factível, mas por vezes até mesmo desejável que uma lei ou diploma normativo contenha mais do que somente um comando³², isso em vista da economia legislativa que se obtém

³⁰ Sobre o papel do soberano na teoria da identificação do direito de J. Austin, cf. cap. 2, especialmente item 2.1.

³¹ O maior crítico da escola imperativista do direito é H. Hart. Sobre o ponto, conferir seu “O Conceito de Direito”, especialmente os capítulos II, III e IV, em que ele critica fortemente a doutrina do direito de Austin, um dos grandes representantes daquela escola. Conferir ainda, no presente trabalho, cap. 2, especialmente o item 2.3.

³² Nesse sentido, Guastini, 1993, p. 18: “In primo luogo, molte disposizioni – forse: tutte le disposizioni – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. In tal senso, ad una sola disposizione corrispondono più norme *congiuntamente*.”

com tal medida. É possível que ela contenha não somente um, mas dois comandos, por exemplo. Assim seria o caso de uma lei que dispusesse que o furto é proibido e que também o homicídio é proibido. Da mesma forma que um indivíduo pode, em uma só fala, expressar diferentes ideias, sentimentos e até comandos, um soberano também pode expressar diferentes comandos em uma só manifestação³³. A peculiaridade dessa última hipótese é que a vontade soberana manifestada de determinado modo recebe o nome de lei (aqui considerada no sentido amplo do termo). Naturalmente, existem leis que dispõem mais do que somente um comando. Por isso é equivocado sustentar a existência de relação biunívoca entre lei e comando.

De mais a mais, vale lembrar que, ao criar uma lei ou outro ato normativo, a autoridade soberana pode estar criando somente parte de um comando³⁴. Tal é o caso do ato normativo que define quais substâncias são tidas como entorpecentes para fins de aplicação da lei que pune a conduta de traficar substâncias como essas. A exata compreensão daquilo que é proibido nesse caso só pode ser alcançada com a leitura conjunta da lei que pune o tráfico de substâncias entorpecentes e da portaria do Ministério da Saúde que define quais são essas substâncias. O ato de criação de uma lei ou outro ato normativo pode consistir ainda na criação de partes de diversos outros comandos³⁵. Segundo determinado ponto de vista, a disposição constitucional que estabelece a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal é exemplo de disposição que integra todos os comandos de direito penal que venham a ser criados pela União³⁶.

³³ A título de curiosidade, vale anotar que o STF tem se manifestado contrariamente à possibilidade de parlamentares apresentarem emendas legislativas que contenham comandos ou outras formas de manifestação normativas que não guardem relação de pertinência com o Projeto que se pretende ver aprovado (nesse sentido, ADIs 546 e 574, cf. Mendes *et al.*, 2010, p.1007). Isso demonstra não só que é perfeitamente possível que determinado diploma normativo contenha diversas disposições normativas diferentes, mas também dá conta de que o Supremo Tribunal Federal pretendeu até mesmo estabelecer limites para essa forma de ação parlamentar. Sobre o ponto, conferir ainda Ferreira Filho, 2007, pp. 210-211

³⁴ Nesse sentido, Raz, 2003, p. 70: "The previous section is (...) bound to leave the impression that the creation of norms is similar to the enactment of statutes by parliament, the making of regulations by government ministers, etc. In a sense this impression is right, for by enacting statutes, making regulations, giving judgments, etc, norms are created. But the creation of norms (particularly according to Bentham's and Kelsen's account of them) differs fundamentally from the creation of statutes, by-laws, regulations (...). By enacting a statute, making regulations, etc., the authorities create only part of a norm, the other parts of which may have been created at other times, perhaps even hundreds of years before, and often by other bodies."

³⁵ Nesse sentido, Raz, 2003, p. 71: "By enacting a constitution, making a statute or a regulation, etc., the legislator creates not only a part of one norm but a part of many norms, usually of a very great number of norms. Thus, for example, Kelsen thinks that a constitutional law is part of every norm created on its basis".

³⁶ De acordo com Kelsen (2000, p. 208), "as normas da constituição que regulam a criação das normas gerais a serem aplicadas pelos tribunais e outros órgãos aplicadores de Direito não são,

Também pode se dar o caso de o legislador se valer de uma lei para veicular certos conteúdos que diferem substancialmente de comandos. Isso não escapou à atenção de Kelsen:

“A lei como produto do procedimento legislativo, um estatuto no sentido formal do termo, é um documento que contém palavras, sentenças; e aquilo que é expresso por essas sentenças não tem de ser necessariamente uma norma. Aliás, várias leis – nesse sentido formal do termo – contém não apenas normas jurídicas, mas também certos elementos que não possuem qualquer caráter jurídico, *i.e.*, normativo, específico, tais como visões puramente teóricas a respeito de certos assuntos, as motivações do legislador, ideologias políticas contidas em referências tais como ‘justiça’ ou ‘a vontade de Deus’, etc., etc.” (2000, p. 180)

Até agora, foi feita uma tentativa de demonstrar que não se pode afirmar que uma lei contém um único comando do soberano, como também não se pode dizer que uma lei sempre explicita um comando completo, nem que a parte de um comando explicitado em uma lei ou mesmo o comando inteiro não podem fazer parte de diversas outras disposições jurídicas. Também se disse que as leis podem conter elementos de caráter não normativo. Em todos esses casos, partiu-se do pressuposto de que as manifestações soberanas, quando dotadas de caráter normativo, são, todas elas, comandos, vale dizer, ordens que prescrevem o modo de se conduzir corretamente. Identificar o direito com um conjunto de comandos mostra-se, à primeira vista, como algo de razoável, para não dizer intuitivo, especialmente se se pensar que um sistema jurídico tem por escopo regular a conduta recíproca dos indivíduos que integram uma sociedade; e que regular significa proibir certas condutas e tornar outras obrigatórias, vale dizer, comandar. É o caso, porém, de indagar se as unidades básicas nas quais o direito pode ser dividido devem consistir exclusivamente em comandos ou se é recomendável reconhecer também outros tipos de disposições normativas.

A questão de saber como o direito é dividido em disposições normativas – vale dizer, como é possível separar em unidades básicas o material normativo reconhecido como válido – é o que Raz chama de problema da individualização

desse modo normas completas independentes. Elas são partes intrínsecas de todas as normas jurídicas que os tribunais e outros órgãos têm de aplicar. Sobre este fundamento, o Direito constitucional não pode ser citado como um exemplo de normas jurídicas que não estipulam qualquer sanção. As normas da constituição material são Direito apenas na sua conexão orgânica com as normas estipuladoras de sanção que são criadas com base nelas. Aquilo que, a partir de uma perspectiva dinâmica, é a criação de uma norma determinada por uma norma superior, a constituição, torna-se, numa exposição estática de Direito, uma das condições à qual está vinculada a sanção como consequência na norma geral (que, a partir da perspectiva dinâmica, é a norma inferior em relação à constituição). Numa exposição estática de Direito, as normas superiores da constituição são, por assim dizer, projetadas nas normas inferiores como partes”.

do direito (Raz, 2003, p. 72). Se tais unidades não coincidem com o discurso normativo, ou seja, se não é possível identificá-las a partir do modo como o discurso normativo foi formulado, então é o caso de perguntar como elas podem ser, afinal, individualizadas. Raz sustenta que cabe aos filósofos do direito formular princípios, com base nos quais seja possível dividir o material normativo em unidades básicas, as disposições normativas, entidades em regra distintas daquelas usadas pelos legisladores:

“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” (Raz, 2003, p. 72)

Por certo que a formulação de tais princípios não tem por escopo prover um critério para quantificar as unidades nas quais se divide o direito; sua função é viabilizar uma divisão e classificação racional dos sistemas jurídicos (Raz, 2003, p. 116). Nesse passo, cabe indagar que princípios de individualização são esses. Nos próximos três itens serão examinados os princípios de individualização do direito desenvolvidas por Bentham, Kelsen e Raz (no caso de Raz, as diretrizes para a formulação de princípios de individualização). Será argüido que Bentham e Raz desenvolveram explicitamente uma teoria sobre o ponto. No que concerne a Kelsen, será demonstrado que, embora não tenha ele dado atenção direta à questão da individualização do direito, é possível encontrar uma teoria da individualização implícita em sua obra. A relevância dos princípios de individualização do direito para a determinação da estrutura dos sistemas jurídicos só será levada em conta na medida em que necessária para demonstrar que Kelsen e Bentham elencam seus princípios de individualização, partindo do pressuposto de que os traços distintivos de um sistema jurídico são características que distinguem cada uma de suas disposições das disposições pertencentes a outros sistemas normativos, como a moralidade ou a religião. A tese de que cada disposição jurídica possui características que as distinguem das demais disposições normativas existentes no mundo será demonstrada a partir do contraste entre os princípios de individualização propostos por esses autores e suas respectivas concepções de direito.

3.2

Os princípios de individualização do direito, segundo J. Bentham.

Bentham está ciente de que uma disposição jurídica difere ou pode diferir substancialmente da manifestação legislativa que a veicula, tanto que descreve o problema da individualização do direito como a *forma adequada* de representar o material normativo identificado como jurídico. De acordo com ele, a questão que se coloca é determinar uma maneira de se poder dizer que certa quantidade de material legislativo corresponde a não menos, nem mais do que uma disposição jurídica. Confira-se:

“To fix the individuality of a law then is to ascertain what a portion of legislative matter must amount to in order on the one hand not to contain less, on the other hand not to contain more than one whole law” (Bentham, 1945, p. 247)

Sua grande preocupação, contudo, é a organização do material *legislativo* identificado. As demais fontes do direito (tais como o costume ou a jurisprudência) parecem não estar no centro de sua atenção (Raz, 2003, p. 75). Passemos, agora, ao exame dos cinco princípios fundamentais de individualização do direito, propostos por Bentham. Os comentários a cada um deles serão feitos logo após sua apresentação.

[1] Toda lei ³⁷ é uma norma prescrevendo certo comportamento como obrigatório em certas circunstâncias (isso porque toda lei é a expressão da vontade do legislador de que certos atos sejam praticados por certas pessoas em certas circunstâncias).

Esse princípio pode ser extraído da seguinte passagem de Bentham: “whatever business the law may be conversant about, may be reduced to one sort of operation, viz: that of creating duties” (Bentham, 1945, p. 55). De acordo com Raz, esse é o princípio de individualização mais importante defendido por Bentham (2003, p. 75). Nos termos dessa regra de organização do material normativo, toda e qualquer unidade básica na qual o direito é dividido é uma norma que cria deveres. Normas que criam deveres são chamadas de *prescrições*³⁸. Forçoso é concluir que, de acordo com Bentham, toda disposição jurídica é uma prescrição. Prescrições podem criar deveres de duas maneiras diferentes: obrigando ou proibindo. Naturalmente que a proibição de se fazer x

³⁷ O termo “lei”, aqui, é a tradução do correspondente “law”, que pode ser melhor compreendido como fazendo referência a “disposição normativa”.

³⁸ Um exame mais minucioso das prescrições era feito no capítulo 4, abaixo.

equivale à obrigação de fazer não-x. Dessa forma, independentemente de a norma criar uma proibição ou uma obrigação, trata-se por certo de uma prescrição.

Afirmar que todas as disposições jurídicas são prescrições significa dizer que todas as demais provisões do sistema jurídico – vale dizer, aquelas que não podem ser identificadas como prescrições, tais como as que conferem liberdades ou poderes normativos – precisam se relacionar com as prescrições de alguma forma: como explicações, qualificações etc (Raz, 2003, p. 75). Se tais partes do material normativo identificado não puderem ser organizadas de modo a integrar alguma ou algumas das prescrições existentes, então elas não fazem parte do sistema jurídico ou, caso façam, atestam a inadequação dos princípios de individualização selecionados. Vejamos por quê.

A descrição de um sistema jurídico é completa quando seus enunciados descrevem a totalidade do material jurídico existente (Raz, 2003, p. 187). Descrever a totalidade do material normativo de caráter jurídico significa não só não deixar de identificar partes que integrem esse material, mas também não identificar mais do que o que realmente é o material jurídico³⁹. Em suma: uma descrição é completa porque não descreve nem mais, nem menos do que o material jurídico existente. Ora, o problema da individualização do direito concerne ao modo como todo o material jurídico identificado pode ser rearranjado. Se certa parte desse material não pode ser alocado em alguma das unidades básicas do direito, das duas, uma: ou bem o critério de identificação é impreciso, já que identifica como jurídico material que não possui tal status; ou bem os princípios de individualização são inadequados, posto que não dão conta de reorganizar a totalidade do material jurídico identificado de forma racional.

Dizer das disposições jurídicas que elas são prescrições tem ainda outra consequência: é inevitável concluir que as disposições jurídicas são criadas por alguém determinado, tal como é característico das prescrições⁴⁰. Isso parece ir ao encontro da tese benthamiana de que o direito é essencialmente expressão da vontade soberana. Afinal, se o direito é expressão da vontade de alguém ou de algum órgão dotado de soberania, então suas manifestações normativas, pensadas para guiar a conduta dos indivíduos, são sempre expressão de sua

³⁹ Nesse sentido, Raz, 2003, p. 188; e Raz, 1983, p. 80.

⁴⁰ Nesse sentido, von Wright, 1970, pp. 91-93.

vontade. Que entidade normativa, dentre as diversas existentes, poderia ser um melhor candidato à expressão da vontade soberana do que as próprias prescrições? Desse modo, sustentar o princípio de individualização, segundo o qual toda disposição jurídica é uma prescrição, mostra-se coerente com a concepção de direito desenvolvida por Bentham, nos termos de que o direito não passa da vontade soberana manifestada de certo modo. Passemos ao exame do segundo princípio de individualização do direito, desenvolvido por Bentham.

[2] A expressão da vontade do legislador (uma prescrição para as pessoas se comportarem de certa forma) conta para a imposição de um dever e, assim, para a criação de uma lei, somente se respaldada por uma sanção, seja por meio de cláusulas incitativas ou satisfativas, seja através de leis estipulando sanções para a violação da prescrição.

Raz não tece comentários sobre esse segundo princípio de individualização. De todo modo, vale investigar ao menos um de seus aspectos. Segundo o primeiro princípio benthamiano de individualização do direito, toda disposição normativa é uma prescrição. Trata-se, como se vê, de princípio que cumpre a função de *selecionar*, dentre as diversas manifestações normativas possíveis, aquelas que preenchem o requisito básico de ser uma prescrição – isso para que possam ter o status de disposições jurídicas. O segundo princípio, ora examinado, cumpre a função de *qualificar* o que vem a ser uma prescrição, ao menos no sentido jurídico do termo: para que a expressão da vontade soberana conte como prescrição (e possa, portanto, gozar do status de unidade básica do direito), é necessário, segundo Bentham, que ela seja respaldada por uma sanção. Vejamos agora o terceiro princípio de Bentham.

[3] Sujeito ao segundo princípio, todo ato-situação comandado ou proibido pelo legislador é o núcleo de uma lei separada.

Ato-situação é a performance de certo ato por certa pessoa em certas circunstâncias. De acordo com esse princípio, uma ordem dada por alguém para que certa(s) pessoa(s) se conduza(m) de certa forma em certa circunstância é o núcleo de uma disposição jurídica. Isso tem conseqüências sensíveis, especialmente no âmbito das normas incriminadoras. É comum a opção do legislador por certa técnica legislativa, nos termos da qual não se afirma expressamente que dada conduta é proibida. De acordo com essa técnica, diz-se tão-só que os juízes devem punir de tal ou tal modo quem pratica essa ou aquela ação. Daí seria de se inferir a existência de uma norma que proíbe a prática do ato descrito na norma que ordena a punição por parte do juiz.

Segundo o princípio ora em exame, em casos como esses, deveriam ser identificadas duas disposições jurídicas diferentes: uma, direcionada aos juízes ou quaisquer outras autoridades, obrigando-os a punir indivíduos que praticassem certa ação; e outra, direcionada aos indivíduos, de um modo geral, nos termos da qual certa conduta é proibida. Como as condutas de “punir um infrator” e “cometer certa infração” consistem em atos-situação distintos, então, se nos mantivermos fiel ao terceiro princípio, cada um deles deve integrar o núcleo de uma disposição jurídica. O quarto princípio benthamiano foi assim explicitado:

[4] Os conflitos normativos são resolvidos antes da representação da lei na sua forma adequada (ou: uma descrição adequada do sistema não contém nenhum conflito normativo).

Raz não diz quase nada sobre esse princípio de individualização. Em seu estilo substancialmente econômico, afirma que uma descrição adequada do sistema jurídico não permite o reconhecimento de conflitos entre leis, nem fornece os meios para solucioná-los (Raz, 2003, p. 76). O que poderia se questionar é se o problema das antinomias concerne à identidade dos sistemas jurídicos ou à sua estrutura. Como a resolução de tal problema exigiria o exame de uma séria de questões ainda não colocadas, além de não se fazer necessária para a conclusão a que se pretende chegar com o presente estudo, não é o caso de levá-la adiante. Por ora, basta que se tenha em mente que a ideia de que uma descrição apropriada de um sistema jurídico não contém conflitos, ideia defendida por Bentham (e também por Kelsen, como se verá), veio a ser tacitamente aceita por Raz. Eis o quinto princípio:

[5] A individualização de disposições jurídicas depende, em parte, do modo como o legislador formulou o material jurídico.

Para explicar esse princípio, Raz se vale de um exemplo (2003, p. 76): suponha-se que determinada lei tenha sido criada com o seguinte conteúdo: “Todo homem deve fazer A nas condições C”; e que, anos depois, outra lei tenha sido criada nos seguintes termos: “Toda mulher deve fazer A em C”. De acordo com Bentham, em tal caso, haveria duas disposições jurídicas distintas. Se, ao invés dessas duas leis, a opção fosse por uma única, dizendo que “Todas as

peças devem fazer A em C", então o sistema jurídico conteria uma, e não duas disposições jurídicas distintas.

Segundo parece, Bentham não leva em conta o fato de que certas disposições jurídicas podem conter provimentos que são instanciações, exemplos de outras, mais gerais. Ao que tudo indica, a simples possibilidade de duas disposições poderem ser compreendidas isoladamente (como no exemplo), mesmo que ambas estejam necessariamente contidas em outra, mais geral, já autoriza, só por si, a afirmação de que se trata de duas e não de uma disposição jurídica. Embora existam razões substanciais para sustentar que duas disposições como essas podem perfeitamente ser descritas como uma única disposição, o respeito à vontade do legislador soberano (de criar duas e não somente uma disposição) parece desempenhar um papel decisivo na opção de Bentham por reconhecer duas, e não somente uma disposição jurídica. Como se vê, mais uma vez sua opção teórica do autor ora discutido encontra-se em perfeita harmonia com a tese de que o direito é expressão da vontade soberana.

Aqui se percebe ainda uma diferença de postura entre Bentham e Raz – isso no que diz respeito ao modo como o problema da individualização é colocado e resolvido. Como se viu no item 1 deste capítulo, Raz defende a tese de que cabe aos filósofos do direito prover princípios de individualização que sejam capazes de propiciar uma descrição adequada dos sistemas jurídicos. Provavelmente porque não pensa dessa forma, ou pelo menos porque confere aos filósofos que descrevem o direito um papel de menor importância na determinação dos princípios de individualização do direito, é que Bentham admite que a vontade soberana influencie a forma como um sistema jurídico pode ser adequadamente descrito. Feitas essas considerações sobre os princípios de individualização do direito que foram propostos por Bentham, passemos agora ao estudo dos princípios que se encontram implícitos na obra de Kelsen.

3.3

Os princípios de individualização do direito, segundo H. Kelsen.

De acordo com Salmorán (1981, p. 1154), Kelsen erige sua teoria geral do direito sobre uma teoria das normas, não sobre uma teoria dos sistemas jurídicos. Talvez por isso, não tenha se dado conta da necessidade de formular princípios de individualização do direito. De todo modo, basta que se tenha em mente que, por não formular tais princípios, Kelsen não proporciona uma solução completa para o problema da individualização do direito (Raz, 2003, p. 77). Em que pese o afirmado, é possível extrair de sua obra princípios implícitos de individualização, vale dizer, regras para separar em unidades básicas o material normativo identificado como jurídico. Tais unidades, como já afirmado, são as disposições jurídicas. Os princípios kelsenianos de individualização são os seguintes:

[1] Toda disposição jurídica estabelece uma sanção (ou, o que dá no mesmo: toda disposição jurídica tem caráter coercitivo).

[2] Toda disposição jurídica é uma norma prescrevendo certa conduta e uma permissão para aplicar uma sanção.

[3] Os conflitos normativos são resolvidos antes da representação das disposições jurídicas em sua forma adequada.

Alguns esclarecimentos preliminares se fazem necessários. Inicialmente, cumpre dizer que o terceiro princípio kelseniano de individualização do direito (idêntico ao quarto princípio de individualização benthamiano) não é objeto de maior atenção por parte de Raz (ao contrário dos outros dois), o que poderia levar a uma das seguintes conclusões: de que, para Raz, ou tal princípio não integra o rol de princípios kelsenianos de individualização do direito, ou que, mesmo que integre, não contribui de forma significativa para a individualização do direito, ao contrário dos demais princípios. Em verdade, há duas razões para pensar de modo contrário e, portanto, considerá-lo, sim, como um relevante princípio de individualização: em primeiro lugar, é fato que, mesmo que de forma sucinta, Raz se refere expressamente a ele quando trata dos princípios kelsenianos de individualização. Ao fazê-lo, ele deixa claro que Bentham

também adota tal princípio (o que não se coloca em dúvida ⁴¹) e que Kelsen o segue nesse ponto:

“Furthermore, again as with Bentham, the way in which the science of law is advised to represent the law does not allow for the representation of conflicts of laws. The proper description of the Law, according to Kelsen, does not describe conflicting laws” (2003, p. 78)

Em segundo lugar, é inegável que a adoção de tal regra de representação influi no modo como o material normativo será finalmente representado. Se tomarmos esse princípio como existente, então, de duas disposições conflitantes, somente uma poderá ser representada. Caso não exista tal princípio, então ambas as disposições antinômicas serão descritas como integrantes de determinado sistema jurídico. Parece, portanto, inegável que o reconhecimento de tal regra como princípio de individualização tem conseqüências práticas sensíveis, o que, por si só, já autoriza seu reconhecimento como princípio de individualização do direito.

Sobre os outros dois, cabe dizer que o primeiro deles parece já estar contido no segundo. Afinal, se toda disposição jurídica é, ao mesmo tempo, uma norma prescrevendo certa conduta e uma permissão para aplicar uma sanção (princípio 2), então necessariamente toda norma estabelece uma sanção (princípio 1). Se for esse o caso, cabe indagar se, e *por que* Raz explicita dois, ao invés de somente um princípio de individualização. O trecho que será transcrito dá conta de mostrar que se trata, sim, de dois princípios distintos, ao menos segundo Raz:

“Bentham’s first and most important principle of individuation, namely that every law is a norm and a prescription, is rejected by Kelsen in favour of a different principle: that every law is a norm and a permission. But the discussion of another of Kelsen’s principles of individuation must precede the examination of this principle. Bentham’s other principles, mentioned above, are replaced in Kelsen by another principle, which is incompatible with them: ‘all the norms of a legal order are coercive norms, *i. e.*, norms providing for sanctions” (Raz, 2003, p. 78)

Resta saber por que se deve tratar separadamente um princípio, cujo conteúdo de sentido já se encontra contido em outro. Há pelo menos uma razão para agir assim: se um deles for afastado, digamos aquele que está contido no outro, então esse outro permanece válido, ao menos naquilo que não repetir o

⁴¹ Aliás, como restou demonstrado no item anterior.

princípio afastado. Isso, por si só, já basta para justificar o tratamento separado que se deu a ambos. Afastadas essas questões preliminares, passemos, então, ao exame do primeiro princípio kelseniano de individualização. De acordo com ele, toda disposição jurídica estabelece uma sanção.

Dizer que toda disposição jurídica estabelece uma sanção é o mesmo que dizer que toda e qualquer parte do material jurídico identificado que não disponha uma sanção *não* é uma disposição jurídica no sentido estrito do termo. Por certo que Kelsen está ciente de que o material normativo produzido contém diversas manifestações que não são disposições sancionadoras, mas isso não importa, já que o que se busca com o estabelecimento de princípios de individualização do direito é justamente uma forma de representar o material normativo existente de maneira diferente daquela como as autoridades jurídicas o produziram ou reconheceram (Raz, 2003, pp. 70-72).

Raz sustenta que individualizar o direito com base em tal princípio traz alguns problemas para Kelsen, na medida em que expõe inconsistências nos conceitos de *sanção* e de *coercitividade* adotados por ele. Vejamos. Se toda disposição jurídica tem caráter coercitivo, vale dizer, estabelece uma sanção, então boa parte do material normativo identificado como jurídico, segundo o critério kelseniano da norma fundamental, exposto no capítulo 2, não poderá ser chamado de disposição jurídica. Esse problema é solucionado por Kelsen da seguinte forma: qualquer quantidade de material normativo identificado que não disponha sanções consiste em apenas parte das disposições jurídicas sancionadoras, essas, sim, disposições “essencialmente” jurídicas. Cabe, então, ao intérprete a tarefa de organizar o material normativo de tal modo que nenhuma parte dele deixe de integrar uma disposição jurídica completa, ou seja, uma disposição sancionadora.

A opção kelseniana de rearranjar o material normativo na forma estudada será fortemente criticada por Raz, isso em vista do tipo de disposição jurídica que ela acaba por produzir, altamente complexa. Por ora, contudo, é o caso de continuar o raciocínio e verificar por que a adoção do primeiro princípio de individualização kelseniano compromete os conceitos de sanção e coercitividade. De acordo com Kelsen, sanções são vantagens ou desvantagens, consistentes na perda da posse de bens como vida, saúde, propriedade e liberdade, implementadas por atos executados por terceiros, como consequência

da prática de certos atos praticados pelo próprio sujeito que sofre a sanção. Confira-se as seguintes passagens, extraídas de sua “Teoria geral do direito e do estado”:

“A ordem pode vincular certas vantagens à observância de certa conduta e certas desvantagens à sua não-observância e, por conseguinte, fazer com que o desejo pela vantagem prometida ou o medo da ameaça de desvantagem atue como motivação de conduta” (Kelsen, 2000, p. 22).

“Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses – vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção” (Kelsen, 2000, p. 26).

Nas passagens transcritas, fica particularmente claro que as sanções podem consistir em vantagens ou desvantagens ⁴², e que as desvantagens consistem, acima de tudo, na perda da posse de certos bens, caros aos homens. O que não foi expressamente colocado, mas pode ser inferido, é que as sanções são sempre aplicadas por terceiros ao violador do direito. De acordo com Kelsen, as posses “*lhes* são tomadas” contra sua vontade. Ora, para que tal assertiva possa ser verdadeira, é necessário que alguém – que não o próprio violador – implemente a ação tida como desvantajosa (Raz, 2003, p. 78). Do contrário, as posses não poderiam “*lhes*” ser tomadas. Ocorre que nem sempre a ação que implementa a sanção é praticada por terceiros. Conforme Raz,

“this is by no means always the case. Deprivation of property, for example, can be achieved by ordering the violator to give up some property of his, and not only by ordering another person to take it from him” (2003, p. 78).

De mais a mais, a ideia kelseniana de que sanções são medidas coercitivas (cf. segundo trecho de Kelsen acima transcrito) é incompatível com a natureza de certas sanções, que sequer podem ser impostas a força, tais como a privação da propriedade através da anulação de um contrato (Raz, 2003, p. 79). E mesmo que todo ato de implementação de sanções tivesse o caráter coercitivo, como sustenta Kelsen, ainda assim tal característica não cumpriria

⁴² Como aponta Raz, Kelsen não se preocupa em investigar as chamadas sanções positivas – vale dizer, as vantagens que poderiam servir de razão para a prática ou abstenção de certo ato (2003, p. 78). De fato, é o mal a ser aplicado que desempenha papel de destaque na teoria jurídica de Kelsen, e isso pela própria natureza humana, que se deixa mostrar a partir do estudo de outras ordens normativas que recorrem à técnica da motivação indireta, como as ordens religiosas: “nas crenças efetivas do gênero humano, o medo do inferno é muito mais vivo, e a imagem de um lugar de punição é muito mais concreta que a esperança geralmente vaga de um paraíso futuro onde nossa virtude encontrará sua recompensa (Kelsen, 2000, pp. 25-26)

seu fim – qual seja, o de distinguir o direito de outras ordens normativas. Isso porque o traço da coercitividade não é vislumbrado exclusivamente nas ordens jurídicas. De acordo com Raz,

“(…) there is no reason to suppose that it is true. Lynching or vendetta may be prescribed by certain positive moral systems without turning them into legal orders. Similarly, non-legal social orders can prescribe corporal punishment of children by their parents, pupils by their teachers, etc. Coercion may also be authorized or even prescribed by non-legal social orders in cases of danger to the community or part of it” (2003, p. 82)

O conceito de sanção submete-se, ainda, a outra crítica. Segundo Kelsen, sanções não são somente atos desvantajosos, mas atos desvantajosos *previstos pela ordem jurídica como consequência da prática de certo ato por alguém*. Sem o acréscimo desse último elemento identificador, fica impossível distinguir a aplicação de uma sanção da implementação de certas medidas administrativas necessárias e desvantajosas, porém certamente diferentes das sanções, tais como ordens de desapropriação.

“De conformidade com os respectivos fatos extrínsecos, todos estes atos representam privação compulsória da vida, da liberdade, da propriedade, tal como as sanções da pena de morte, pena de prisão e execução civil. Distinguem-se destas sanções, como já notamos, apenas na medida em que estes atos de coerção não são ligados, como conseqüências, a uma determinada ação ou omissão de certo indivíduo, ação ou omissão socialmente indesejável e juridicamente fixada, porquanto o seu pressuposto não é um ato ilícito ou um delito juridicamente prefixado e cometido por um determinado indivíduo (Kelsen, 2003, pp. 44-45)

É por isso que o primeiro princípio kelseniano de individualização do direito deve ser afastado: além de destacar característica que não é encontrada exclusivamente nas ordens jurídicas (posto que outras ordens normativas distintas do direito também podem estabelecer sanções), o reconhecimento de sua validade é incompatível com o conteúdo de sentido dos conceitos kelsenianos de sanção e coercitividade.

Passemos, agora, ao exame do segundo princípio de individualização do direito. De acordo com ele, toda disposição jurídica é uma norma que prescreve certa conduta e uma permissão para aplicar uma sanção. Entenda-se: uma norma que *prescreve* certa conduta, ao obrigar certos indivíduos (ou todos) a se comportarem dessa ou daquela forma, se certas condições ocorrerem; e que

permite que certa autoridade aplique uma sanção, caso algum indivíduo deixe de se comportar da forma prescrita. Veja-se que o que Kelsen denomina *uma* disposição jurídica consiste, a rigor, em *duas* manifestações normativas distintas⁴³: uma, para que certos indivíduos se comportem de certo modo, caso certas condições ocorram; e outra, para que certa autoridade se comporte de certo modo, caso um indivíduo deixe de agir na forma prescrita.

É razoável supor, segundo Raz, que o direito requer que seja aplicada uma sanção, caso ocorram certas condições; e que não aplicá-la é agir de modo contrário ao direito (2003, p. 84). Em outros termos: é razoável supor que exista um *dever* de aplicar a sanção, estipulado pela própria disposição sancionadora, caso certas condições ocorram. Em que pese o afirmado, não é essa a conclusão a que se chega se se pensar em termos kelsenianos. Para Kelsen, só se está diante de um dever de se comportar de certo modo quando o direito vincula uma sanção ao comportamento contrário. Ou, para ser mais preciso:

“Um indivíduo está juridicamente obrigado à conduta cujo oposto é a sanção dirigida contra ele. (...) Ele ‘viola’ seu dever (...) quando se comporta de maneira tal que sua conduta seja a condição de uma sanção (Kelsen, 2000, pp. 83-84).

Ora, para que se possa falar em um dever de se aplicar a sanção por parte da autoridade, é necessário que o direito estipule também uma sanção, caso essa autoridade deixe de aplicar a sanção ao indivíduo que violou o direito. Como é fácil de se observar, nem sempre é isso o que ocorre. Por vezes, inexistente previsão legal para que se puna uma autoridade, caso ela deixe de aplicar uma sanção devida. Nesses casos, não se pode dizer que a autoridade tem um dever de aplicar a sanção.

Kelsen se deu conta de que só é correto falar em um dever jurídico de aplicar a sanção, caso uma disposição jurídica vincule a aplicação de uma segunda sanção à autoridade que deixou de aplicar a sanção a que estava obrigada (Kelsen, 2000, p. 84). Isso significa que, quando há um dever por parte da autoridade de aplicar a sanção estipulada, tal dever é o resultado do reconhecimento da existência de outra disposição normativa que faz a não-

⁴³ Como se viu no item 2 deste capítulo, o que para Kelsen conta como somente uma disposição jurídica valerá, para Bentham, como duas: uma, endereçada à autoridade, prescrevendo a aplicação de dada sanção; outra, destinada à população, de um modo geral, prescrevendo certo modo de se conduzir.

aplicação da sanção por parte da autoridade condição para a aplicação da segunda sanção. A rigor, é essa segunda disposição normativa que torna possível o reconhecimento do dever. Por isso, é errado dizer que a disposição que estabelece a primeira sanção impõe um dever de aplicá-la. Tal dever é imposto pela segunda disposição sancionadora (Raz, 2003, pp. 84-85). Consequentemente, toda disposição jurídica é uma permissão para aplicar uma sanção. Confira-se:

“Kelsen seems to think that a law prescribes a sanction if there is another law making failure to execute the sanction a condition of another sanction. But in that case the application of the sanction is prescribed by the norm making failure to apply it a delict, and not by the norm stipulating the sanction. Consequently every sanction-stipulating norm, that is every law, is a permission to apply the sanction” (Raz, 2003, p. 85)

Como o terceiro princípio kelseniano de individualização do direito é idêntico ao quinto princípio defendido por Bentham, valem para ele as considerações que se fez sobre este último (cf. item 3.2, parte final)

3.4 Os princípios de individualização do direito, segundo J. Raz.

Inicialmente, cabe dizer que Raz não formula princípios de individualização do direito ⁴⁴. E não o faz por considerar irrelevante para os fins do estudo que desenvolve. Para ele, basta que sejam fixadas *exigências amplas* (“broad guidelines”) para a formulação dos princípios de individualização ⁴⁵. Determinado rol de princípios de individualização proporcionará uma representação adequada de um sistema jurídico, caso atenda às exigências formuladas (Raz, 2003, p. 141). Ainda de acordo com ele, tais exigências podem ser separadas em dois grupos diferentes: um primeiro, que contenha aquelas que sirvam de guia (“guiding requirements”) – vale dizer, exigências que nos auxiliem a escolher quais princípios devemos utilizar – e um segundo grupo, que contenha exigências limitadoras (“limiting requirements”) – exigências que nos ajudem a escolher quais princípios *não* devemos utilizar. Como se percebe, as primeiras

⁴⁴ Nesse sentido, Salmorán (1981, p. 1164). De acordo com ele, segundo Raz, “no es necesario (...) formular principios de individuación; es suficiente con establecer amplias directrices, en forma de requerimientos generales, para probar la adecuación de cada conjunto propuesto de principios de individuación”.

⁴⁵ Mais uma vez (cf. cap. 1), Raz opta por uma abordagem meta-teórica. Ao invés de propor princípios, expõe critérios que sirvam de guia para sua proposição.

funcionam como princípios de *seleção*; as segundas, como princípios de *exclusão* (Raz, 2003, p. 141). Vejamos, em primeiro lugar, quais são as exigências de caráter limitador:

[1] As disposições individualizadas pelos princípios de individualização não devem desviar muito, ou sem razões consistentes (“sound reasons”), da concepção ordinária de disposição jurídica.

Embora tal exigência seja de fácil compreensão – ao menos no plano estritamente teórico – por certo que seu uso envolve complicações. Isso porque a noção do que é a concepção ordinária de uma disposição jurídica está longe de ser clara. Conceitos como “norma”, “regra” e “princípios” já são nebulosos o suficiente para que sua utilização demande a fixação prévia do que se pretende significar com eles. E veja que tais casos envolvem conceitos fartamente utilizados em outros ramos do conhecimento, como a Moral e a Religião. Trata-se, portanto, de conceitos em alguma medida consolidados pelo uso repetitivo e socialmente aceito em seus contextos específicos. O que vem a ser uma “disposição jurídica” – vale dizer, a unidade básica que forma sistemas jurídicos complexos – é algo que definitivamente não se encontra consolidado, nem mesmo nas comunidades políticas mais avançadas. Em que pesem as dificuldades para sua aplicação prática, sua propositura como parâmetro para a avaliação de princípios de individualização encontra-se perfeitamente afinada com o caráter analítico da filosofia do direito de Raz.

[2] As disposições individualizadas pelos princípios de individualização não devem ser demasiadamente repetitivas (“over-repetitive”).

Uma disposição repete parcialmente outra quando a provisão contida nesta última também se encontra contida na primeira (Raz, 2003, p. 142). O que justifica a adoção de tal exigência – sustenta Raz – é a ausência de propósito de uma disposição repetitiva (2003, p. 142). Suponha-se um sistema que, a exemplo do que propõe Bentham, adote o seguinte princípio de individualização: “toda norma é uma prescrição”. Em um sistema como esse, todo o material normativo produzido que não seja especificamente uma prescrição precisa ser rearranjado de tal modo que componha uma prescrição. Normas de

competência, como a que diz caber exclusivamente aos Municípios legislar sobre os assuntos de seu interesse local, teriam que fazer parte de todas as prescrições criadas pelo Município com base nela. Segundo parece, isso não serve a nenhum propósito, a não ao de promover um desnecessário inchaço das disposições identificadas.

[3] As disposições individualizadas não devem ser redundantes.

Essa terceira exigência é considerada por Raz como um caso especial do segundo princípio (2003, p. 143). De acordo com ela, “se a existência de uma disposição jurídica é condição suficiente para a verdade de certo enunciado normativo, então não se deve considerar que tal enunciado descreve outra disposição completa, mas sim o conteúdo (ou parte do conteúdo) da primeira disposição”⁴⁶. Como é de se ver, mais uma vez se sustenta a inconveniência de repetições desnecessárias.

Ao lado dessas exigências, de caráter excludente, posto que pensadas para afastar princípios tidos como inconvenientes, existem também aquelas a que Raz dá o nome de exigências-guia (“guiding requirements”). Como, a exemplo das exigências de caráter limitador, as exigências-guia também possuem o status de requerimentos a serem feitos para a formulação de princípios de individualização do direito, não se iniciará uma nova numeração. São elas as seguintes:

[4] As disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem ser relativamente simples.

Essa é uma das mais importantes exigências. Isso por uma razão bem simples: o que se busca com a divisão do material normativo em unidades básicas e simples é facilitar a referência às diversas partes que compõem um sistema jurídico (Raz, 2003, p. 143). Em verdade, há dois tipos de simplicidade. Um primeiro, que Raz chama de “simplicidade conceitual”, diz respeito à estrutura da disposição normativa, e é obtido na medida em que o sentido das

⁴⁶ No original: “(...) if the existence of one law is a sufficient condition for the truth of certain normative statements, then such a statement should not be regarded as describing another complete law but rather as describing (part of) the content of the first law” (Raz, 2003, p. 143)

disposições é compreendido sem maiores dificuldades. Kelsen pode ser citado como exemplo de autor que não segue tal exigência. De acordo com Raz, “understanding the meaning of a kelsenite law is a task equal to understanding a legal textbook, and, indeed, they are of roughly the same length” (2003, p. 143).

Um segundo tipo, a “simplicidade de identificação”, diz respeito à facilidade com que se pode acessar o conteúdo de determinada disposição. Para Raz,

“The concept of a law should be framed in such a way that the content of any one law could in most cases be discovered by consulting a small number of statutes, regulations, judgments, etc. It should not be framed, as is the case with Bentham’s and Kelsen’s laws, in such a way that a very large proportion of the legal material of a system would have to be scrutinized in order to discover the content of any one law. (...) According to Bentham and Kelsen the whole of the content of a legal system has to be examined in order to establish that the content of any one law has been completely discovered” (2003, pp. 143-144)

Segundo parece, as duas formas de simplicidade são dois lados de uma mesma moeda. Se uma disposição jurídica é simples no sentido conceitual do termo, o é porque possui uma estrutura dotada de baixa complexidade e, por isso, seu conteúdo de sentido pode ser facilmente decodificado pelo intérprete. Por outro lado, se uma disposição jurídica é simples no segundo sentido, isso se deve ao fato de ela poder ser facilmente identificada, sem que para tanto seja necessário revolver todo o sistema jurídico. Parece intuitivo que disposições mais simples no sentido conceitual são mais facilmente identificáveis; da mesma forma que disposições mais facilmente identificáveis o são na medida em que possuem uma estrutura mais simples.

[5] As disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem ser relativamente auto-explicativas.

De acordo com essa exigência, os princípios de individualização devem produzir disposições jurídicas que contenham partes relativamente completas do sistema jurídico (Raz, 2003, p. 144). O que é uma parte relativamente completa do sistema jurídico é algo difícil de determinar. Raz parece inclinado a pensar que, para cumprir essa exigência, os princípios de individualização devem produzir disposições que, por um lado, não combinem ideias não relacionadas, e que, por outro, não dividam ideias relacionadas (salvo se houver uma boa razão para tanto) – vale dizer, os princípios de individualização devem dividir o direito

de forma *natural* (2003, p. 144). Como se percebe, o que é ou não natural, bem como o que é ou não uma ideia completa são questões que podem suscitar problemas de difícil solução. Entretanto, a maior ou menor aptidão de certa exigência para ser verificada na prática diz muito pouco, quiçá nada sobre sua validade.

[6] É desejável que todo ato-situação (a performance de certo ato por certa pessoa em certas circunstâncias) estabelecido por um sistema jurídico seja o núcleo de uma disposição jurídica, a não ser que ele seja um exemplo (instância ou caso especial) de, ou pertença a outro ato-situação (geral) que, sendo disciplinado pelo sistema jurídico de forma idêntica, seja o núcleo de outra disposição jurídica⁴⁷.

Essa exigência pode ser justificada da seguinte forma: se o direito é tido de um modo geral como um método social específico de controle de comportamento, na exata medida em que guia tais comportamentos de maneiras diferentes e em sentidos diferentes, então é conveniente que essa característica distintiva seja explicitada em qualquer explicação teórica do direito (Raz, 2003, p. 145). Segundo Raz, a melhor forma de explicitar o caráter de guia de comportamento do direito é exigir que os princípios de individualização utilizados sejam capazes de identificar disposições jurídicas que funcionem, todas elas, como guias de comportamento (2003, p. 145).

Um ponto merece destaque. Como se viu logo acima (cap. 3, item 3.3), uma das principais críticas feitas por Raz à concepção kelseniana de disposição jurídica aponta o suposto equívoco cometido por Kelsen de pensar que as características que distinguem o direito dos demais sistemas normativos são características que distinguem cada uma de suas disposições daquelas encontradas em outros sistemas normativos. Ora, provavelmente Kelsen adotou esse ponto de vista porque pensou que seria desejável que tais características distintivas pudessem ser explicitadas em uma descrição teórica do sistema jurídico. Diante desse quadro cabe indagar: por que a opção kelseniana por princípios de individualização do direito que explicitem certas características distintivas do direito não deve ser aceita, ao passo que a mesma opção, agora

⁴⁷ No original: "It is desirable that every act-situation (i.e. the performance of a certain act by certain persons in certain circumstances) that is guided by a legal system should be the core of a law, unless it is an instance of, or unless it belongs to, another (generic) act-situation which is guided by that legal system in an identical way and is itself the core of a law (Raz, 2003, p. 144)

feita por Raz, pode gozar de validade? Se o que se pretende é ser coerente, das duas uma: ou bem os princípios kelsenianos de individualização precisam ser criticados em novas base, ou bem a justificação da presente exigência não pode prosperar.

[7] As disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem, na medida do possível, esclarecer conexões importantes entre várias partes de um sistema jurídico.

Raz acredita que o reconhecimento de certas relações internas entre disposições jurídicas nos ajuda a compreender melhor o que é o direito (2003, p. 146). Isso, só por si, já basta para justificar tal exigência, mas há pelo menos mais uma razão para utilizá-la na escolha dos princípios de individualização. Vejamos um exemplo, só para esclarecer o afirmado ⁴⁸: um conjunto de princípios de individualização atenderia à exigência em estudo se autorizasse o reconhecimento de certas disposições que não fossem normas, ou seja, disposições que não impusessem deveres nem conferissem liberdades ou poderes. Tal seria o caso de uma disposição no sentido de que as normas legais previstas no sistema jurídico aplicam-se somente a atos praticados dentro do território nacional.

É inegável que tal disposição encontra-se conectada, de alguma maneira, às demais disposições existentes, ou ao menos a grande parte delas – isso porque delimita o campo de incidência de inúmeras disposições normativas, para não dizer de todas elas. Se essa disposição de caráter não normativo pode ser individualizada, isso se deve ao fato de que ela não faz parte das demais disposições individualizadas pelos princípios adotados. Se ela não faz parte das demais disposições individualizadas, então essas últimas ganham em simplicidade – o que é desejável, ao menos segundo o princípio de individualização nº 4, acima descrito.

Por certo que atender ao princípio da simplicidade (princípio nº 4) implica restringir o princípio da auto-explicação (princípio nº 2), mas isso não diz contra sua validade, especialmente se se levar em conta que não se trata de diretrizes rígidas, mas sim de “exigências amplas”. Aqui se deve ter em mente que o

⁴⁸ O exemplo foi retirado de Raz, 2003, p. 145.

balanceamento das exigências é fundamental. Isso significa que determinado conjunto de princípios deve ser julgado, não somente pelo seu sucesso em satisfazer cada uma das exigências, mas também pela forma igualmente satisfatória como atende às demais.

3.5 Balanço crítico

Façamos um rápido retrospecto. O problema da individualização do direito consiste na busca por critérios com base nos quais seja possível afirmar que a descrição de um sistema jurídico previamente identificado é uma descrição adequada desse sistema jurídico. Não se trata, portanto, de dizer que certa descrição está “certa” ou “errada”, mas sim de justificar sua maior ou menor adequação. A pergunta que, então, deve ser colocada é a seguinte: o que faz com que certa descrição de um sistema jurídico previamente identificado seja vista como um bom exemplo de descrição adequada?

De acordo com Raz, o que faz com que determinado conjunto de princípios de individualização seja tido como apto a proporcionar uma descrição adequada do sistema jurídico é o fato de tal conjunto satisfazer as exigências feitas por ele para a formulação de princípios de individualização (2003, p. 141). Se for esse o caso, então a descrição de um sistema jurídico é adequada quando fundada em princípios de individualização que satisfaçam as *exigências-guia* e as *exigências limitadoras*, expostas e criticadas no item 3.4, acima.

Como também se viu no item anterior, a maioria das exigências feitas por Raz pode ser justificada de forma plenamente satisfatória. Aqui vale insistir em alguns pontos. A primeira exigência, nos termos da qual “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização não devem desviar muito, ou sem razões consistentes, da concepção ordinária de disposição jurídica”, justifica-se na medida em que contribui para a manutenção de certos padrões de uso da linguagem, já amplamente aceitos na comunidade linguística. Ao promover a manutenção de tais padrões, a primeira exigência afasta descrições que se desviem de forma não justificável da maneira como as pessoas normalmente se entendem.

De acordo com a segunda exigência, “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização não devem ser demasiadamente repetitivas”. O que torna esse requerimento aceitável, quiçá desejável, é o absoluto despropósito de se repetir o que já se sabe, de se veicular informações já conhecidas. Se partirmos do pressuposto de que há uma relação de semelhança entre o discurso normativo e o discurso de caráter não normativo – ao menos no que concerne ao fato de que ambos pressupõem a possibilidade de compreensão do que se diz – e se aceitarmos que a repetição nesse último caso cumpre, quando muito, uma função didática; então é forçoso concluir que, afastada qualquer intenção de se transmitir didaticamente certo conteúdo, mostra-se desprovido de qualquer sentido repetir o que já se sabe no discurso normativo.

A terceira exigência feita por Raz justifica-se nas mesmas bases da anterior. Nos seus termos, “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem ser relativamente simples”. Mais uma vez, o que se busca é evitar repetições inconvenientes, por sua mais absoluta desnecessidade.

A quarta exigência reza que “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem ser relativamente simples”. Sua existência justifica-se na medida em que se reconhece que a separação do direito em unidades básicas tem por escopo, entre outros, o de facilitar o discurso sobre o direito. Isso na medida em que facilita a referência às diversas partes que compõem um sistema jurídico.

Nos termos da quinta exigência formulada, “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem ser relativamente auto-explicativas” – vale dizer, devem conter determinada quantidade de material normativo que faça sentido só por si, sem que se tenha que recorrer a outras partes do sistema para compreendê-la. Sua razão de ser parece não ser difícil de determinar. Na afirmação de que algo é uma unidade está contida a ideia de que é possível compreender seu significado sem maiores delongas ou considerações. Do contrário, não se poderia falar propriamente em unidade. Dizer que algo tem o caráter unitário é dizer, entre outras coisas, que ali não se encontram menos do

que as características necessárias para seu reconhecimento autônomo, sem referência a outras partes do sistema normativo.

Segundo a sexta exigência, “é desejável que todo ato-situação (a performance de certo ato por certa pessoa em certas circunstâncias) estabelecido por um sistema jurídico seja o núcleo de uma disposição jurídica, a não ser que ele seja um exemplo (instância ou caso especial) de, ou pertença a outro ato-situação (geral) que, sendo disciplinado pelo sistema jurídico de forma idêntica, seja o núcleo de outra disposição jurídica”. Dividir o direito desse modo é conveniente, segundo Raz, porque cada uma das unidades encontradas serve como guia de conduta para os indivíduos. Isso porque o direito guia condutas ao modalizá-las como proibidas, obrigatórias ou permitidas. Representar o direito de modo que cada uma de suas unidades básicas seja vista como um guia autônomo e pleno de sentido mostra-se desejável porque exprime a função básica do direito de regular o comportamento recíproco dos indivíduos que convivem em uma comunidade política.

Finalmente, “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização devem, na medida do possível, esclarecer conexões importantes entre várias partes de um sistema jurídico”. O que justifica o cumprimento dessa exigência é a crença de Raz na importância do reconhecimento de relações internas entre disposições jurídicas. Como o presente estudo não tem por fim descrever a estrutura dos sistemas jurídicos contemporâneos, mas tão-só descrever e criticar a doutrina da individualização desenvolvida por Raz, não será o caso de levar essa discussão adiante.

Agora que se compreendeu o papel das exigências que Raz formula para o estabelecimento de princípios de individualização do direito, cabe indagar se os princípios propostos, expressa ou implicitamente, por Bentham e Kelsen as satisfazem. A crítica que Raz faz a esses princípios não se funda, exclusivamente, em sua maior ou menor adequação às exigências-guia e limitadoras que propõe como parâmetro. Por certo que princípios como o que reza que “toda disposição jurídica é uma prescrição e uma permissão” (segundo princípio defendido por Kelsen) serão tidos como inaptos porque não atendem a essas exigências. A descrição de um sistema jurídico, feita nos termos desse princípio kelseniano, não autoriza o reconhecimento de disposições que conferem poder, por exemplo. Isso significa que tais disposições deverão ser,

necessariamente, realocadas em cada uma das prescrições criadas com base nelas. O resultado é um conjunto de disposições normativas altamente repetitivas. Isso porque na estrutura lógica de cada prescrição deverá ser acomodada aquela parte do sistema jurídico que confere poderes legislativos para a criação das próprias prescrições. Se ainda tivermos em mente o que se disse no item anterior, então poderemos nos recordar que, para Raz, “as disposições individualizadas pelos princípios de individualização não devem ser demasiadamente repetitivas”.

Bentham também será criticado nas mesmas bases. De acordo com Raz,

“Bentham’s principles are far from satisfactory. The laws individuated by them are over-repetitive, they are far removed from the ordinary concept of a law, and – most important of all – they are far too complex” (2003, p .146)

Outros princípios, ainda, serão afastados porque explicitam inconsistências nas teorias que lhes subjazem. Tome-se, como exemplo, o princípio kelseniano, segundo o qual toda disposição jurídica dispõe uma sanção. Como se demonstrou, há diferentes razões para afastá-lo. Não bastasse o fato de que individualizar disposições jurídicas com base nesse princípio implica criar disposições altamente complexas – o que deve ser evitado, segundo a exigência da simplicidade – vale lembrar que sua adoção coloca em xeque os conceitos de sanção e coercitividade. Em suma: se a simplicidade não bastar para atestar sua inadequação, as inconsistências teóricas que expõe dão conta de terminar o serviço e militar contra sua adoção como princípio de individualização.

De todo modo, releva ter em mente que um dos objetivos de Raz é demonstrar a existência autônoma de normas que conferem poder, o que não é possível em uma perspectiva kelseniana, nem em uma benthamiana. Para tanto, Raz toma o cuidado de formular seus padrões para a avaliação de princípios de individualização de tal modo que permita não somente a identificação de normas que impõem deveres, mas também de normas que conferem poderes. Confira-se sobre o ponto o que diz Salmorán:

“Las disposiciones-D guían el comportamiento, por tanto son normas. Bentham, Austin e Kelsen pensaron que la única manera en que las disposiciones jurídicas guían el comportamiento es imponiendo deberes. Un concepto de norma jurídica que guía el comportamiento sin imponerle un deber, es delineado por el requerimiento (metateórico) de cada acto-situación regulado por el derecho debe constituir el núcleo de una disposición jurídica independiente. Este principio hace posible la existencia de otro tipo de disposiciones jurídicas, las cuales serán

llamadas: disposiciones que confieren facultades (*power conferring laws*) o, simplemente, disposiciones-P" (1981, p. 1167).

3.6

Individualização de disposições jurídicas e concepção de direito.

Pois bem. Feitas essas considerações, passemos à frente. O objetivo primeiro deste capítulo foi descrever os princípios de individualização adotados por Kelsen e Bentham, bem como as exigências feitas por Raz para a avaliação crítica de tais princípios. Restou demonstrado que a descrição de um sistema jurídico, feita com base nos princípios de individualização daqueles dois autores, não proporciona uma visão adequada do conjunto, isso se tomarmos como parâmetro para aferição do que vem a ser uma descrição adequada as exigências feitas por esse último autor. Também se falou que um dos objetivos de Raz ao criticar os modelos de individualização kelseniano e benthamiano é apontar a necessidade do reconhecimento de normas que confirmam poder, o que não se obtém, nem com a utilização dos princípios de individualização de Bentham, nem com os de Kelsen. Acredita-se que a exposição realizada tenha sido suficiente para proporcionar uma visão geral sobre o modo como Raz concebe e resolve o problema da individualização das disposições jurídicas.

Um ponto, porém, ainda merece destaque. Se compararmos os princípios de individualização de disposições jurídicas propostos por Bentham e Kelsen com suas concepções de direito, veremos que ambos os conjuntos de princípios (ou pelo menos parte deles) parecem ter sido formulados de tal modo que cada uma das disposições jurídicas identificadas possua os traços característicos de um sistema jurídico, como um todo. Como Bentham e Kelsen são, ambos, representantes da chamada escola imperativa (ou imperativista) do direito, serão tratados aqui conjuntamente, não obstante se reconheça a existência de diferenças relevantes entre suas teorias. As principais ideias da escola imperativista já foram expostas no capítulo 2 (especialmente nos itens 2.1 e 2.2), para onde se remete o leitor que quiser acessar o conteúdo completo do que se falou. Para aqueles que se contentarem com uma versão resumida e simplificada, porém não menos precisa, das ideias imperativistas, segue o trecho a seguir transcrito. Vejamos. De acordo com um imperativista, o direito é

“um conjunto de comandos emanados do soberano. Os comandos são definidos como ordens amparadas por sanções, as ordens são definidas como expressões de uma vontade e as sanções como a possibilidade efetiva de causar um mal ou infligir um dano pelo não-cumprimento da vontade. O soberano é aquele que é habitualmente obedecido por todos e que, por sua vez, não possui o hábito de obedecer a ninguém” (Struchiner, 2005, p. 52)

Se o direito é um conjunto de comandos emanados do soberano, então ele só pode ser adequadamente descrito em termos de comandos e sanções. Pois é justamente isso o que fazem Kelsen e Bentham. Se se fizer uma leitura conjunta dos dois primeiros princípios de individualização de Bentham, será possível notar que cada disposição jurídica identificada nos seus termos é a expressão da vontade soberana, consistente em um comando respaldado pela ameaça de aplicação de uma sanção. Se se pegar ainda os dois primeiros princípios de Kelsen, será possível chegar à mesma conclusão, desde que reste excluída a vontade soberana – que, no seu caso, é substituída pela norma fundamental. Os demais princípios de individualização cumprem funções diferentes e, por isso, não serão objeto de mais análises.

No que segue, será o caso de destacar um único ponto, afeto ao tema. Como se viu, pode se inferir das obras de Kelsen e Bentham que as características que distinguem um sistema jurídico dos demais sistemas normativos são propriedades que distinguem cada uma de suas disposições daquelas disposições que integram outros sistemas normativos. Isso quer dizer que os traços distintivos dos sistemas jurídicos não são observáveis no nível do *conjunto* normativo, mas sim no plano dos *elementos* que o integram. De acordo com Kelsen e Bentham, o que torna os sistemas jurídicos únicos – e, portanto, passíveis de identificação – são características distintivas de cada uma de suas unidades, não do conjunto. Para quem pensa desse modo, um sistema é jurídico somente porque é formado por normas *jurídicas*. O que primeiramente lhes confere juridicidade são características encontradas em cada um de seus elementos formadores. Esse ponto de vista vai de encontro àquele outro, defendido por Raz, segundo o qual uma disposição normativa só é jurídica porque pertence a um sistema que tem o atributo de ser jurídico, não porque possui essa ou aquela característica.

Perceba-se que a indagação sobre a correção de ambos os pontos de vista pode ser compreendida como uma versão (naturalmente diferente, em alguma

medida) do famoso “enigma de Tostines”⁴⁹, qual seja: as normas são jurídicas porque pertencem a um sistema jurídico ou o sistema é jurídico porque possui normas de caráter jurídico? A rigor, o que se pretende saber é quem detém o status de *causa* e quem deve ser visto como seu *efeito*. As normas, por serem jurídicas, impõem o reconhecimento do caráter jurídico do sistema; ou o sistema, por ser jurídico, impõe o reconhecimento do caráter jurídico de suas normas?

No próximo capítulo, será argüido que a postura teórica adotada por Raz ao defender a tese de que as normas jurídicas imperativas (comandos), vistas como um conjunto de razões protegidas, possuem em sua estrutura razões excludentes de caráter peremptório, assemelha-se à postura de Kelsen e Bentham de só identificar como unidades formadoras dos sistemas jurídicos aquelas que tenham certas características, que supostamente seriam próprias dos sistemas jurídicos. Esse argumento pode ser formulado nos seguintes termos:

Para Kelsen e Bentham, repita-se, um sistema normativo é jurídico porque suas normas são jurídicas. Para eles, o que doa juridicidade ao sistema é uma propriedade que precisa estar presente em todas as suas unidades básicas. É a presença dessa propriedade em cada uma de suas unidades formadoras, as disposições, que confere ao conjunto normativo o status de sistema jurídico.

Para Raz, não reconhecer o caráter peremptório das razões excludentes que integram a estrutura das normas é negar-lhes o caráter de norma⁵⁰. Afinal, se dada norma não cumprir *sempre* a função de afastar eventuais razões que poderiam ser usadas no cálculo decisório (isso por meio das razões excludentes), é porque ela prescinde de autoridade e, nessa medida, deixa de ser uma norma, embora possa ser ainda considerada uma razão de primeira ordem que, sopesada com outras, contribui para a tomada de decisão. Assim, nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que um sistema jurídico detém autoridade (e parece ser intuitivo, e portanto, dispensar prova, que sistemas jurídicos erijam uma pretensão de autoridade) na medida em que cada uma de suas unidades básicas também é dotada de autoridade. É justamente essa tese, defendida por Raz, que será objeto de crítica nos próximos capítulos.

⁴⁹ Para quem não se lembra, certa propaganda da marca de biscoito “Tostines” ganhou fama ao indagar se os biscoitos daquela marca seriam mais fresquinhos por venderem mais ou se vendiam mais por serem mais fresquinhos.

⁵⁰ Esse ponto será esclarecido no capítulo seguinte.