

2

Sobre a identidade do direito

2.1

Teoria do sistema jurídico e identidade do direito

2.1.1

A questão do enfoque

Parto do princípio que toda e qualquer teoria científica deve procurar fornecer uma descrição adequada daquilo que é seu objeto. Se elegermos um tema qualquer, e nos dispusermos a buscar na literatura o que já se escreveu sobre ele, não nos espantaremos ao notar que um mesmo e único fenômeno pode ser explicado de maneiras radicalmente diferentes e, muitas vezes, incompatíveis entre si. Algumas dessas incompatibilidades surgem de descrições imprecisas de um aspecto qualquer do problema; outras, contudo, envolvem questões mais fundamentais, ligadas muitas vezes aos pressupostos que orientam a própria investigação. O debate entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, só para citar um exemplo (na verdade só um de seus aspectos), envolve tanto questões referentes às condições de existência de uma norma (se ela deve necessariamente satisfazer algum critério de correção moral para adquirir o status de norma jurídica) quanto questões que demarcam os limites e as condições do próprio conhecimento científico no âmbito do direito (se é possível conhecer um fenômeno social como o direito de forma neutra).

Não pretendo discutir a independência dessas questões de fundo em relação ao resto das perguntas que possam ser formuladas em uma investigação; tampouco os pressupostos epistemológicos do próprio positivismo jurídico. Meu intento é chamar a atenção para o fato de que,

muitas vezes, os teóricos não chegam a um acordo sobre um ponto qualquer pelo simples fato de estarem discutindo questões diferentes, ou porque, na verdade, não partilham as mesmas opiniões sobre como é possível produzir conhecimento válido na área que escolheram investigar.

Normas e sistemas jurídicos são fatos sociais e, como tal, são, por natureza, fatos complexos. Porque são complexos, admitem uma pluralidade de enfoques, o que propicia uma pluralidade de explicações. Essas explicações, sobre serem diferentes e muitas vezes incompatíveis, podem, em certos casos, ser consideradas igualmente válidas. Isso é possível se utilizarmos o termo “validade” em um sentido mais estrito. Nessa ótica, a validade não traduz uma (suposta) verdade universal de um determinado enunciado, mas sim sua adequação a um conjunto de critérios pré-definidos e aceitos pela comunidade a que se fala ¹.

Por outro lado, uma pluralidade de explicações díspares sobre um mesmo fenômeno social pode ter o mérito de chamar a atenção para aspectos diferentes desse objeto. As explicações aparentemente conflitantes das relações jurídicas como relações entre indivíduos (na esteira da doutrina mais tradicional), como relações entre normas (numa perspectiva kelseniana) ou como relações entre papéis sociais (na visão de Tercio Sampaio Ferraz Jr.), antes de serem vistas como visões que se excluem enquanto explicações válidas do mesmo fenômeno, podem ser compreendidas como três explicações parciais de um fenômeno mais complexo, chamado relação jurídica ². Ter em mente que essas relações dizem respeito a indivíduos, normas e papéis sociais pode ser mais informativo do que concebê-las como relações que envolvem somente indivíduos, somente normas ou somente papéis sociais.

Nesse sentido, a pretensão que se erige aqui ao investigar os sistemas e as normas jurídicas não é uma pretensão de esgotar o tema e encontrar um conceito que capte o objeto investigado na sua (suposta) totalidade, mas tão-só uma pretensão de que as proposições feitas serão válidas na medida em que se adequarem a certos critérios pré-determinados. Considerarei o trabalho frutuoso se conseguir fornecer uma explicação coerente das normas e dos sistemas jurídicos.

¹ Em caso de resistência à utilização do termo validade no sentido proposto, o leitor pode substituí-lo, sem prejuízo para a compreensão, pelo termo “coerência”.

² O exemplo foi baseado na descrição que Tercio Sampaio Ferraz Jr. faz das relações jurídicas em sua “Introdução ao Estudo do Direito” (Ferraz Jr., 2001, p. 162 et. seq.).

Minha análise se dará no marco do positivismo jurídico, mais especificamente no marco do que se convencionou chamar positivismo analítico³. Seu objetivo, portanto, é fornecer uma descrição dos sistemas e das normas jurídicas que seja mais adequada do que outras já realizadas por outros autores dessa Escola. Uma descrição será adequada quando proporcionar uma explicação dos conceitos jurídicos fundamentais que leve em conta tanto os comportamentos sociais relevantes quanto o uso comum das expressões lingüísticas⁴.

No que concerne ao objeto deste trabalho, vale lembrar que a tarefa primeira da filosofia do direito é estabelecer os critérios que nos permitam definir um sistema jurídico⁵. Norberto Bobbio, por exemplo, identifica os sistemas jurídicos com conjuntos que contenham ao menos duas normas jurídicas (Bobbio, 1999). Para ele, os problemas que envolvem um sistema dizem respeito às relações porventura existentes entre suas normas. Nessa perspectiva, uma teoria dos sistemas jurídicos⁶ deve investigar se esse conjunto de normas constitui uma unidade (questão da unidade); se essas normas conflitam entre si, vale dizer, se são admitidas antinomias dentro de um ordenamento (questão da coerência); se suas normas resolvem, de modo conclusivo, todo e qualquer caso que se apresente (questão da completude); e, finalmente, deve investigar o relacionamento de um conjunto de normas com outros (questão do relacionamento entre os ordenamentos). Nesse passo, qualquer investigador deve se perguntar se conjuntos normativos são unitários, coerentes, completos, e se (e como) eles se relacionam entre si. São esses os problemas enfrentados por Bobbio em sua

³ Tanto o conceito de positivismo quanto o de positivismo analítico são objeto de intensa disputa acadêmica. Não pretendo investigar as origens do desacordo ou os argumentos em favor de uma ou outra tese porventura defendida. Neste trabalho considerarei características do positivismo analítico a tese da separação entre direito e moral e a consideração de que a análise do significado dos conceitos jurídicos desempenha um papel central em qualquer definição de direito.

⁴ Essa proposição foi feita por Hart (Hart, 1994, p.2 et. Seq). Em "The Concept of a Legal System", Raz adere substancialmente ao método hartiano de investigação teórica (nesse sentido, Comanducci, 1978, p.363; e Salmorán, 1981). Porque se trata, em grande medida, de um trabalho autoral, adoto a mesma estratégia metodológica.

⁵ Nesse sentido, SALMORÁN, Rolando Tamayo, "La teoría de Joseph Raz sobre los sistemas jurídicos", in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 42, 1981.

⁶ Na verdade, Bobbio prefere chamar um conjunto determinado de normas de "ordenamento jurídico", e não de "sistema jurídico". De acordo com ele, se um tal ordenamento constitui-se ou não em sistema é uma questão diferente. Depois de analisar os diferentes sentidos que podem ser comumente atribuídos ao termo "sistema", Bobbio conclui que o qualificativo "sistemático" pode ser atribuído a todo conjunto normativo em que não haja incompatibilidades entre suas normas. Assim, um dado ordenamento jurídico é sistemático na medida em que não apresente antinomias (Bobbio, 1999, pp. 81-114). Neste trabalho, utilizarei a expressão "sistema jurídico" para designar, inicialmente, todo conjunto de normas jurídicas, independentemente do fato de haver incompatibilidades entre elas. No item 1.1.2.4, contudo, introduzirei uma distinção entre sistemas jurídicos momentâneos e sistemas jurídicos não momentâneos. No mesmo item será analisada a proposta de Alchourrón e Bulygin para distinguir sistemas de ordenamentos jurídicos.

“Teoria do Ordenamento Jurídico”, assim como são essas as questões tradicionalmente discutidas na teoria dos sistemas jurídicos.

Uma mudança de enfoque pode ter o mérito de iluminar questões obscuras e resolver problemas aparentemente insolúveis. A teoria dos sistemas de Raz consiste numa reformulação das perguntas que devem orientar o investigador interessado pelos sistemas jurídicos. Afastando-se da abordagem tradicional, Raz (2003, pp. 1-2) sustenta que uma teoria completa dos sistemas jurídicos deve dar conta de fornecer uma solução para os quatro seguintes problemas:

[1] O problema da *existência*. A questão da existência diz respeito aos critérios utilizados para se afirmar que um determinado sistema existe. Aqui, se procura formular critérios, com base nos quais seja possível aferir a verdade de enunciados normativos, ou seja, enunciados que tenham por objeto normas jurídicas.

[2] O problema da *identidade*⁷. Aqui se procura formular critérios capazes de prover um método para determinar quando uma descrição de um sistema jurídico é uma descrição completa.

[3] O problema da *estrutura*. A questão que se coloca com o problema da estrutura concerne, entre outros aspectos, à adequação de uma determinada descrição. Nesse sentido, deve-se tentar encontrar um critério capaz de proporcionar um método para que se possa dizer se uma descrição do direito é ou não uma descrição apropriada.

[4] O problema do *conteúdo*. O que está em jogo aqui é a existência de um conteúdo comum a todo sistema jurídico. Como esse problema foi praticamente ignorado pela maioria dos autores da tradição analítica (com exceção de Hart), e como o próprio Raz não faz mais do que algumas observações sobre ele ao longo de sua obra sobre teoria dos sistemas, não abordarei essa questão⁸.

Se, por um lado, os dois últimos problemas podem ser desprezados pela teoria do direito, a solução dos dois primeiros é condição necessária para

⁷ Em “The Identity of Legal System”, artigo publicado inicialmente em 1971 na *Califórnia Law Review* (posteriormente incorporado em “The Authority of Law”), Raz esclarece que utiliza o termo “identidade” como sinônimo de unidade formal. De acordo com ele, “the material unity of a legal system consists in its distinctive characteristics; it depends on the content of its laws and on the manner in which they are applied”. A unidade formal (ou identidade), por outro lado, diz respeito aos “all-pervasive principles and the traditional institutional structures and practices that permeate the system and lend it its distinctive character”.

⁸ A questão do conteúdo é trabalhada por Raz em “Practical Reason and Norms”, capítulo 5, item 5.1 (pp. 149-154). A formulação inicial dos problemas da existência, identidade e estrutura encontra-se em “The Concept of a Legal System”, p. 50.

qualquer definição adequada de sistema jurídico (Raz, 2003, p. 2). A obra de Raz é uma investigação sobre os três primeiros problemas. Meu objetivo neste trabalho é mostrar como sua visão sobre a identidade do direito se relaciona com sua concepção de normas como razões para a ação, e, para tanto, analisarei de forma mais detida somente o problema da identidade. As questões da estrutura e da existência só serão abordadas na medida em que se conectarem com o problema da identidade.

Antes de passar para a análise dos problemas que envolvem uma teoria dos sistemas, cabe ainda fazer uma última observação. Uma das peculiaridades da abordagem raziana consiste na separação rígida entre teoria e metateoria do direito. Isso pode ser percebido na forma como as questões que envolvem uma teoria dos sistemas são por ele formuladas. Como se viu logo acima, ao menos as três primeiras (questão da existência, da identidade e da estrutura) não são questões que dizem respeito ao sistema jurídico propriamente dito, mas sim à sua descrição. Se o leitor se recordar da breve menção à teoria dos sistemas de Bobbio, perceberá que ao menos as questões da completude e da coerência (levantadas e discutidas por Bobbio) são questões que dizem respeito ao conjunto de normas e não ao discurso sobre o conjunto de normas. Na perspectiva de Bobbio, ser completo (no sentido de conter ao menos uma norma para regular cada caso) é um atributo do conjunto de normas e não do conjunto de enunciados que descreve o conjunto de normas. Dizer de uma descrição que ela é completa – aqui a perspectiva é raziana – não significa dizer que no sistema existe solução para todo e qualquer caso que se apresente, mas sim que ela descreve todas as normas existentes naquele sistema, independentemente do fato dessas normas serem suficientes para a solução de todo e qualquer caso. A mesma observação vale para a coerência. Na obra de Bobbio, ela aparece como um traço distintivo dos sistemas e não da descrição dos sistemas jurídicos.

A investigação de um determinado objeto deve resultar na sua descrição. Uma descrição nada mais é do que um conjunto de enunciados sobre um objeto qualquer. Ao filósofo do direito cabe a tarefa de estabelecer as condições a que se sujeita essa descrição. As questões de uma teoria dos sistemas devem ser colocadas, portanto, não como problemas do próprio conjunto de normas, mas como problemas que dizem respeito à descrição desses sistemas. É por isso que a questão da existência diz respeito à verdade dos enunciados normativos e não à verdade das normas especificamente consideradas (até porque, enquanto expressão do discurso prescritivo, normas não podem ser consideradas

verdadeiras ou falsas); do mesmo modo, a questão da identidade é colocada como um atributo dos enunciados normativos, vale dizer, como sua aptidão de ser uma descrição completa de todo o material normativo; no mesmo prisma, a análise da estrutura dos sistemas jurídicos envolve um exame sobre a adequação dos enunciados, esta entendida como a aptidão de cada um deles de descrever uma e somente uma norma jurídica. Essa rígida separação entre um nível teórico (que trata do discurso sobre direito) e outro metateórico (que trata do discurso sobre o discurso sobre o direito) – e a escolha deste último como nível de trabalho – me parece decisiva para a obtenção de resultados proveitosos.

Antes de abordar os tipos de critérios de identificação do direito (2.2) tratarei de forma mais ampla da identidade dos sistemas jurídicos: nos itens 2.1.2.2 e 2.1.2.3, respectivamente, será analisada a relação da identidade com a individuação (um dos aspectos da estrutura) e com a existência do direito; no item 2.1.2.4 serão apontados os diferentes aspectos do problema da identidade (extensão e continuidade dos sistemas jurídicos). Antes de abordar essas questões, porém, tentarei demonstrar a relevância da identidade para a teoria do direito (2.1.2.1). Para tanto, será necessária uma análise mais detida do conceito de enunciados normativos.

2.1.2 Identidade, existência e estrutura do direito.

2.1.2.1 A relevância da identidade

Enunciados acerca do direito podem ser gerais ou particulares. Neste último caso, são enunciados sobre sistemas jurídicos específicos, como o brasileiro, o alemão ou o norueguês. Porque têm por objeto normas jurídicas, podem ser chamados de enunciados normativos. Um enunciado é normativo se, e somente se a existência de uma certa norma é condição necessária de sua veracidade (Raz, 1983, p. 80). É particular se a existência de uma norma pertencente a um sistema jurídico específico é condição necessária de sua veracidade. Para que o enunciado “*matar é proibido*” seja verdadeiro, é

necessário que exista uma norma que disponha “*matar é proibido*”. Para que o enunciado “*matar é proibido no Brasil*” seja verdadeiro, é necessário que exista, no sistema jurídico brasileiro, uma norma que disponha “*matar é proibido*”. Se alguém pretende aferir a veracidade de um enunciado normativo particular como esse, precisa ser capaz de formular critérios que identifiquem o sistema jurídico brasileiro, vale dizer, critérios que o individualize frente ao restante dos sistemas normativos existentes no mundo.

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

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

2.1.2.2

Identidade e individuação do direito

Ao descrever o problema da identidade do direito como uma busca por critérios capazes de determinar quais normas pertencem a um sistema jurídico, pode-se conjecturar que a noção de identidade é logicamente dependente da noção de norma. Esse argumento pode ser estruturado da seguinte forma: se um sistema jurídico é um conjunto de normas; e se a identidade de um sistema jurídico é determinada por quais normas pertencem a ele; então, qualquer

investigação sobre a identidade pressupõe um conceito não controvertido de norma jurídica. A tese de que uma teoria da norma é pressuposta por toda e qualquer teoria dos sistemas assenta-se, sobretudo, na crença de que os traços que distinguem um sistema jurídico de outros tipos de sistemas sociais são propriedades que distinguem cada uma de suas normas daquelas normas sociais, não jurídicas. Muito embora essa tese possa parecer plausível – ao menos à primeira vista –, uma reformulação do problema demonstra a independência lógica existente entre normas e sistemas jurídicos.

Reformulado, o problema da identidade aparece como uma busca por um critério ou conjunto de critérios que sejam capazes de prover um método para determinar se um conjunto de enunciados normativos é, caso verdadeiro, uma descrição completa de um sistema jurídico (Raz, 1983, p. 80).

Ora, se [1] um enunciado normativo é puro se a existência de determinadas normas é condição *suficiente* para sua veracidade; [2] o conjunto de todos os enunciados normativos puros referentes a um sistema jurídico é chamado de conjunto total do sistema; e [3] todo conjunto de enunciados normativos puros que é logicamente equivalente ao conjunto total do sistema é uma descrição completa desse sistema; *então*, é irrelevante perquirir se um enunciado descreve somente uma norma completa ou várias normas (Raz, 1983, p. 80).

A prática jurídica confirma o que foi dito. Qualquer estudante de direito observa que a divisão do material jurídico de um dado sistema feita por um teórico difere daquela originalmente feita pelo legislador. Aquele normalmente o divide em normas, enquanto este o divide em leis, medidas provisórias, emendas constitucionais, decretos, regulamentos etc. Se o objetivo é aprender sobre um determinado assunto (como, por exemplo, a responsabilidade civil), não é raro que o estudante prefira consultar livros teóricos a examinar textos legais (Raz, 1971, p. 826). Isso faz sentido porque a divisão ordinária do material jurídico em diplomas normativos diferentes não é feita segundo os mesmos critérios utilizados pelos teóricos. Se o discurso legislativo o divide de acordo com a autoridade produtora (leis, produzidas pelo congresso, ou medidas provisórias, produzidas pelo chefe do Poder Executivo), o assunto disciplinado (lei complementar ou lei ordinária) ou a ocasião da feitura (leis anteriores ou posteriores à constituição federal de 1988), o discurso teórico reúne todo esse material, vale dizer, o discurso legislativo, e o divide novamente segundo critérios diferentes. O resultado é a apresentação de uma lista de normas (e não

de leis, decretos etc), que foram produzidas por autoridades diferentes, que tratam de assuntos diversos e surgiram em momentos específicos.

Também não é raro o teórico separar um conjunto específico de normas (como, por exemplo, as normas de direito penal), independentemente da autoridade que o tenha produzido, com a finalidade de examinar seu conteúdo, as relações existentes entre elas, e entre elas e o resto do material jurídico. É por isso que o estudo do direito penal envolverá a análise da legislação ordinária (Código Penal e legislação especial), da Constituição Federal (princípio da legalidade, proibição de penas cruéis, de caráter perpétuo etc) e mesmo de certos atos administrativos (como a portaria do Ministério da Saúde que estabelece a lista de substâncias que devem ser consideradas entorpecentes para efeito de aplicação da lei penal).

A determinação dos critérios para a divisão teórica do material jurídico consiste no problema da individuação do direito, e é necessária para que se possa representar esse material jurídico de forma diferente da original. Cabe ao filósofo do direito formular os princípios de individuação das normas e indicar, assim, o tanto do material jurídico contido no sistema jurídico que corresponda a uma e somente uma norma (Salmorán, 1981, p. 1156)⁹.

A afirmação de que os critérios usados pelos teóricos (para separar o material jurídico em normas) são diferentes daqueles empregados pelos legisladores tem ainda uma consequência importante: assim como pode se dar o caso de um documento legislativo conter somente parte de uma norma, também pode acontecer de muitas normas estarem contidas em um único documento legislativo (Comanducci, 1978, p. 375). De acordo com Raz, o propósito da divisão teórica é “to represent the content of the law in an orderly fashion while largely disregarding the fact that any given paragraph may be derived from various statutes and precedents” (Raz, 1971, p. 826).

⁹ Em vez de formular princípios rígidos de individuação, Raz prefere estabelecer diretrizes amplas (broad guidelines), de tal forma que se possa avaliar a adequação de um dado conjunto de princípios. Essas diretrizes apresentam-se na forma de requerimentos gerais, que podem ser requerimentos-guia ou requerimentos-limite. Os primeiros consistem em quatro sugestões: (1) as normas devem ser relativamente simples (o propósito de se dividir o sistema jurídico em normas é criar unidades simples para facilitar o discurso sobre ele e a referência às suas partes); (2) as normas devem ser auto-explicativas (conhecer o conteúdo de uma norma deve representar uma contribuição significativa para o conhecimento do conteúdo do sistema); (3) todo ato-situação regulado pelo direito deve constituir o núcleo de uma norma (um ato-situação é a performance de um certo ato por certas pessoas em certas situações); e (4) as normas devem, na medida do possível, tornar claras as conexões importantes entre varias partes do sistema. Os requerimentos-limite consistem em três sugestões: (1) as normas não devem se desviar do uso comum do termo; (2) as normas não devem ser repetitivas; e (3) as normas não devem ser redundantes (Raz, 2003, pp. 140-147).

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

“In the first place, it is for legal philosophers to decide on principles of individuation of laws. Only by using these principles to represent the legal material in a form which is very different from its original form can one represent it as consisting of distinct laws. Hence, it is possible to know the content of a legal system without knowing the identity of any of its laws. This is presupposed by Kelsen when he says: ‘It is the task of the science of law to represent the law of a community, i. e. the material produced by the legal authority in the law-making procedure, in the form of statements’ of a certain structure. It is possible to identify and understand this legal material without knowing how to divide it into laws.

Legal philosophy has a double task. First, it has to formulate criteria by which to determine the identity of the authoritative legal material of which Kelsen spoke. Second, it has to formulate principles of individuation of laws, in order to determine how much of the matter contained in the whole system goes to make one law” (Raz, 2003, p. 72).

Se a busca por um critério ou critérios de identidade é uma busca por um critério ou critérios capazes de fornecer uma descrição completa de um determinado sistema jurídico, a questão da individuação é a busca por um critério ou critérios capazes de dizer quando uma descrição de um sistema jurídico é uma descrição apropriada. Uma descrição é apropriada se cada um de seus enunciados descreve uma e somente uma norma jurídica (Raz, 2003, p. 73).

Ora, somente é possível predicar de “apropriada” ou “adequada” uma descrição já realizada. Assim, antes de se investigar o que é, afinal de contas, uma descrição apropriada, é necessário (ou, pelo menos, conveniente) fixar critérios que determinem quando uma certa descrição é uma descrição completa. Toda teoria sobre a individuação do direito pressupõe, portanto, uma teoria sobre sua identidade.

2.1.2.3 Identidade e existência do direito

Além de provar que o exame da identidade dos sistemas jurídicos não pressupõe nenhuma teoria sobre a individuação das normas jurídicas, a

reformulação do problema da identidade empreendida por Raz se apóia na separação entre existência e identidade de sistemas jurídicos. Se a identificação do direito repousa em critérios capazes de prover um método para determinar se um conjunto de enunciados normativos é, caso verdadeiro, uma descrição completa de um sistema jurídico, os critérios de existência, por sua vez, devem proporcionar um método para determinar quando uma descrição completa é uma descrição verdadeira, ou seja, quando o sistema jurídico descrito realmente existe (Raz, 1983, p. 81).

Uma coisa é descrever um sistema jurídico qualquer, e para isso é necessário e suficiente um método através do qual se possa determinar se essa descrição é ou não uma descrição completa. Outra, bem diferente, é afirmar que essa descrição feita é uma descrição verdadeira. Se, por exemplo, descrevemos o sistema jurídico de Roma como o conjunto de normas produzidas pelo Imperador e pelo Senado, sabemos o que é o objeto dessa descrição: ele é o conjunto formado por todas as normas produzidas pelo Senado e pelo Imperador. Saber, contudo, se essa descrição é ou não verdadeira é outra questão. Embora seja possível agrupar segundo um ou outro critério um conjunto de enunciados normativos referentes ao direito romano (e é por isso que somos capazes de acessar o conteúdo do direito romano), não é possível afirmar que esses enunciados normativos são verdadeiros, uma vez que o direito romano já não mais se encontra em vigor faz tempo. Em síntese, somente porque somos capazes de saber o que é uma descrição, podemos predicar a ela os valores verdade e falsidade (Raz, 2003, p. 73).

2.1.2.4

Extensão e continuidade dos sistemas jurídicos

Além de não se confundir com a existência ou com a individuação, o problema da identidade dos sistemas jurídicos requer a análise de dois aspectos distintos: o de sua *extensão* e o de sua *continuidade*. Investigar sua extensão é procurar responder se uma constituição, um contrato ou uma lei fazem parte do mesmo sistema jurídico; investigar sua continuidade é buscar formas de entender como um sistema jurídico deixa de existir e é substituído por outro (Raz, 1983, p. 81).

Os dois aspectos da identidade são o reflexo direto da ambigüidade da expressão “sistema jurídico” (ou ordenamento jurídico). Tradicionalmente, um sistema ou ordenamento jurídico é visto como um conjunto de normas. Contudo, é evidente que um tal sistema não é um conjunto de normas determinado de uma vez por todas, e sim um conjunto cambiante de normas; da mesma forma, parece razoável afirmar que um conjunto cambiante de normas não é propriamente um sistema, e sim uma sucessão de distintos sistemas (Guastini, 1999, p. 349). Para resolver o problema da ambigüidade, Raz introduz as noções de sistema jurídico momentâneo (momentary legal system) e sistema jurídico não momentâneo (non-momentary legal system ou simplesmente legal system). Um sistema jurídico momentâneo, sub-espécie de um sistema jurídico não-momentâneo, contém todas as normas de um sistema válidas em um certo momento, o que não significa que contenha todas as normas do sistema.

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

A explicação proposta por Alchourrón e Bulygin para o mesmo problema pode trazer um pouco mais de luz sobre a questão ¹⁰. De acordo com eles, um mesmo “conjunto de normas” pode ser analisado sob dois pontos de vista diferentes. Sob um ponto de vista sincrônico, ele é o conjunto de normas observadas em um momento específico de sua existência histórica (abstração feita de suas alterações no tempo); sob um ponto de vista diacrônico, esse mesmo conjunto é observado em sua evolução histórica. Será chamado de *sistema jurídico* um conjunto sincrônico de normas; e de *ordenamento jurídico* uma seqüência diacrônica de sistemas sincrônicos ¹¹.

“Estas reflexiones muestran que nuestro concepto de ordenamiento jurídico no refleja el significado que expresiones tales como ‘derecho argentino’ u ‘orden jurídico francés’ tienen en el lenguaje corriente. Es idudable que el derecho

¹⁰ ALCHOURRÓN, Carlos E. e BULYGIN, Eugenio. “Sobre el concepto de orden jurídico”, in *Análisis lógico y derecho*, p. 393 (apud Guastini, p. 349).

¹¹ Comanducci prefere chamar de sincrônicos os sistemas jurídicos momentâneos (ou, na terminologia de Alchourrón e Bulygin, sistemas jurídicos) e de diacrônicos os não-momentâneos (ou, de acordo com os professores argentinos, ordenamentos jurídicos) (Comanducci, 1978, p. 386).

argentino cambia a través del tiempo sin perder su identidad, es decir, sin dejar de ser el mismo derecho argentino. En otras palabras, el derecho argentino no es un ordenamiento momentáneo, referido a un momento temporal dado.

Sin embargo, la expresión 'derecho argentino' es traducible a nuestro lenguaje, en el sentido de que su significado puede ser expresado en términos de 'ordenamiento momentáneo'. En efecto, en nuestra terminología, el derecho argentino no es un ordenamiento jurídico, sino una secuencia temporal y discontinua de ordenamientos jurídicos" (Alchourrón e Bulygin, 2002, p.138).

A distinção feita ressalta a importância do fator temporal na investigação dos sistemas jurídicos. Se um sistema pode ser identificado a partir de certos critérios que forneçam um método, com base no qual se possa afirmar que uma descrição é uma descrição completa desse sistema; e se as distintas fontes do direito produzem continuamente novos enunciados válidos, enquanto outros perdem sua validade (por revogação, desuso ou qualquer outro meio previsto); então a aplicação dos mesmos critérios em momentos distintos conduz a resultados diferentes ¹². Um critério de identidade aplicado hoje para identificar um dado sistema jurídico produzirá um conjunto cujos elementos diferirão (tanto em quantidade como em conteúdo) do conjunto que foi identificado na semana passada a partir dos mesmos critérios.

Um sistema jurídico momentáneo, portanto, nada mais é do que um conjunto de normas observado em um determinado momento, "at a particular point of time" (Raz, 1983, p. 81). Um sistema jurídico não momentáneo, por outro lado, é a seqüência de vários sistemas jurídicos momentâneos. Se o problema da extensão diz respeito à busca de critérios para a identificação de sistemas jurídicos momentâneos, a questão da continuidade envolverá critérios que proporcionem um método para determinar se dois sistemas jurídicos momentâneos fazem parte de um mesmo sistema jurídico não-momentáneo (Raz, 1983, p. 81), ou, dito de outra forma, critérios que proporcionem um método com base no qual se possa estabelecer quantos (e quais) sistemas jurídicos momentâneos pertencem a um mesmo sistema não momentáneo. Como observa Comanducci, os critérios para a resolução do problema da extensão devem me habilitar a dizer se uma norma pertence a um sistema jurídico sincrônico (momentáneo); os critérios para a resolução do problema da continuidade referem-se, por seu turno, à pertinência de uma norma a um sistema jurídico diacrônico (não-momentáneo), o que, em última análise, é determinado pelo fato de dois sistemas sincrônicos pertencerem ao mesmo

¹² Embora o argumento tenha sido estruturado por mim, a conclusão é de ALCHOURRÓN e BULYGIN, "Introducción a la metodología das ciencias jurídicas y sociales", p. 124.

sistema diacrônico (Comanducci, 1978, p. 407). A análise da continuidade deverá, portanto, ser capaz de identificar os eventos que interrompem a existência contínua de um sistema jurídico, produzem sua desapareição e dão origem a um novo sistema (Salmorán, 1981, p. 1178).

2.2 **Três critérios de identificação do direito**

2.2.1 **Colocação do problema**

A identificação do direito envolve a análise de três elementos: a legalidade conforme ao ordenamento, a eficácia social e a correção material. Quem leva em conta somente a correção material como critério de identificação obtém um conceito jusnaturalista de direito. Quem despreza a correção material e aponta a legalidade conforme ao ordenamento jurídico e/ ou a eficácia social chega a um conceito puramente positivista (Alexy, 1994, p. 21).

Como envolvem dois elementos distintos – a legalidade conforme ao ordenamento e a eficácia social – que podem ser relacionados de diversas maneiras, os conceitos positivistas de direito podem assumir variadas feições. Variadas porque não é corriqueiro encontrar autores que excluam de forma absoluta um ou outro do seu conceito de direito. Ao contrário, comum ao discurso juspositivista é conferir um maior acento a um ou outro elemento, ou como aponta Alexy, identificar “conceitos de direito primariamente orientados à eficácia e conceitos de direito primariamente orientados à instauração normativa” (1994, p. 22).

Entre os autores que propõem o modo de origem do direito (ou legalidade conforme ao ordenamento) como critério de sua identificação, encontram-se John Austin e Hans Kelsen; entre aqueles que conferem menor valor à forma como é instaurado um sistema jurídico e apostam na sua aplicação (ou na sua eficácia social) como critério de identificação, está Joseph Raz ¹³.

¹³ Além, é claro, de todos os representantes do Realismo Americano e Escandinavo.

A teoria de Hart é mais difícil de ser classificada. Por um lado, o critério último de identificação é a conformidade com a regra de reconhecimento; por outro, a regra de reconhecimento consiste em uma prática social, aceita e determinada pela própria comunidade (Hart, 1994, p. 111 et. seq.). Não estaria, portanto, equivocado quem sustentasse que Hart pertence ao grupo de autores que identificam o direito a partir da forma como ele é instaurado. Afinal, segundo o próprio Hart, o direito é direito na medida que satisfaz os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento (1994, p. 111), vale dizer, é direito porque foi produzido na forma estabelecida pela regra de reconhecimento. Também não cometeria nenhum equívoco quem o incluísse na lista daqueles autores que apostam na aplicação do direito como critério último de identificação. Segundo Hart, a existência da regra de reconhecimento “manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores” (1994, p. 113). Incluirei Hart no grupo de autores que identificam o direito a partir da forma como ele é aplicado, vale dizer, segundo o modo de aplicação. Se, por um lado, sua inclusão nesse grupo não pode deixar de ser em certa medida arbitrária, por outro, não desempenha nenhum papel no argumento principal do trabalho.

Nos três itens que se seguem, farei algumas observações sobre os três critérios de identificação do direito. Minha atenção estará voltada principalmente para os critérios do modo de origem e do modo de aplicação. A partir da apresentação dos traços característicos de cada um deles pretendo preparar o leitor para uma análise mais detida dos critérios propostos pelos principais teóricos do positivismo analítico (Capítulos 3 e 4). Porque foge ao objeto deste trabalho, não discutirei nos capítulos seguintes os critérios não-positivistas de identificação do direito.

2.2.2

O critério do modo de origem

É amplamente conhecida a idéia de Kelsen, segundo a qual todo ato jurídico é, ao mesmo tempo, *aplicação* de uma norma superior e *criação*, regulada por esta norma, de uma outra inferior. Afora o ato de criação da primeira Constituição, que não consiste na aplicação de nenhuma norma

positivada ¹⁴ e a execução do ato coercitivo estatuído por normas individuais, que se opera em aplicação destas sem que seja, ele próprio, um ato de criação (Kelsen, 2003, p. 261), toda produção de atos normativos possui, simultaneamente, uma dimensão criadora e aplicadora do direito. A consequência mais imediata dessa proposição é a negação de uma diferença qualitativa entre as atividades legislativa, executiva e judiciária. De acordo com Kelsen, essas atividades são funções do Estado (2000, p. 365), e, embora se sustente tradicionalmente uma tricotomia, não haveria como distinguir mais do que duas funções: uma legislativa, que se caracteriza por criar, com base na Constituição, normas gerais (legislação); e outra executiva em sentido amplo (caracterizada por englobar a atividade executiva em sentido estrito e a judiciária), que se distingue daquela por criar, com base nas normas gerais (Constituição e legislação), normas individuais.

Dois autores se destacam por propor critérios de identificação do direito que fazem referência ao modo como o próprio direito é produzido: John Austin e o próprio Hans Kelsen. Comum a eles é o fato de que a pertinência de uma norma ao sistema jurídico e a identidade desse sistema são determinadas exclusivamente com referência ao modo como se originou a norma. No caso de Austin, o ponto de origem de todas as normas é uma pessoa ou um grupo de pessoas, vista ou vistos como sua fonte última (co-originalidade pessoal). No caso de Kelsen, comum a todas as normas não é a co-originalidade pessoal, mas sim o fato de serem elas o exercício de uma competência instituída inicialmente por uma e somente uma norma, chamada norma fundamental (co-originalidade normativa). Muito embora suas idéias sejam divergentes em vários aspectos relevantes, é possível sustentar que ambos conferem importância muito maior à atividade *criadora de normas gerais* do que à atividade *aplicadora de normas gerais*, o que justifica sua inclusão no grupo de filósofos que adotam um critério *genético* de identificação do direito. Os critérios propostos por Austin e Kelsen serão analisados no capítulo 3.

¹⁴ De acordo com Kelsen, a norma fundamental não é posta, como a totalidade do direito positivo, mas apenas pressuposta (Kelsen, 2003, p. 262).

2.2.3 O critério do modo de aplicação.

Porque o direito envolve – ao menos em sua feição mais moderna – tanto instituições que produzem normas jurídicas quanto instituições que aplicam essas normas, sua identificação – numa perspectiva positivista – levará em maior ou menor conta a atuação dessas instituições. Como se viu no item anterior, parte dos autores preferiu identificar o direito a partir da forma como ele é produzido. Outros, porém – e isso é o que se discute neste item – enxergaram no modo como ele é aplicado a chave para sua compreensão. O que levou os teóricos a mudar o enfoque foi, provavelmente, a insatisfação com as teorias tradicionais (teorias genéticas ou imperativistas). As críticas a Austin, por exemplo, tornaram patente a inadequação de seu modelo para explicar os sistemas jurídicos. Se alguns (como Kelsen) aperfeiçoaram a teoria austiniana – e com isso conseguiram evitar grande parte das objeções feitas ao modelo das ordens baseadas em ameaças – outros preferiram abandonar o enfoque imperativista e apostar nos órgãos que aplicam o direito.

Holland, em oposição a Austin, acreditou que o que conferia às normas jurídicas a qualidade de normas jurídicas positivas não era a forma como eram criadas, e sim o modo como eram impostas (Raz, 2003, p. 190). Sem pretender analisar minuciosamente o modelo por ele desenvolvido, cabe fazer a seguinte observação: Holland assume como possível que toda e qualquer norma seja *imposta* por um tribunal. Entretanto, suponho já ser ponto pacífico a existência de normas diferentes daquelas que impõem deveres, normas que não podem, assim, ser impostas por ninguém. Hart já havia chamado a atenção para o fato de que sistemas jurídicos contêm, ao lado de normas que impõem deveres, outras que conferem poderes:

“(…) há importantes tipos de leis em que tal analogia com as ordens baseadas em ameaças falha redondamente, visto que preenchem uma função social bastante diferente. As regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, testamentos, ou casamentos válidos não obrigam as pessoas a atuar de determinada maneira, quer queiram, quer não. Tais leis não impõem deveres ou obrigações. Em vez disso, facultam aos indivíduos dispositivos [ing. facilities] para a realização dos seus desejos, conferindo-lhes poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercivo do direito” (Hart, 1994, p. 35).

Salmond se esquivava dessa objeção ao afirmar que o direito consiste em normas *reconhecidas* e *aplicadas* pelas cortes de justiça. De acordo com ele, a maior atenção dada aos órgãos aplicadores do direito explica-se pelo fato de que “toda norma jurídica (...) é reconhecida e administrada pelas cortes, e nenhuma norma que não seja jurídica é reconhecida pelas cortes” (Salmond, apud Raz, 2003, p. 190). Na definição de Salmond torna-se patente a crença de que o que distingue o direito de outros sistemas normativos não é sua coercitividade (como supõe, por exemplo, Kelsen), mas sim sua natureza institucional, manifestada na existência e operatividade das cortes de aplicação do direito (Raz, 2003, p. 191).

Não pretendo discutir neste item as vantagens e desvantagens do critério do modo de aplicação, nem traçar um panorama geral sobre os autores que se enquadram nesse grupo. Com essas observações pontuais, suponho ter ficado clara a proposta desse grupo: investir no modo como o direito é aplicado e não na forma como é produzido. As características dos modelos desenvolvidos por Hart e Raz, que também podem ser aqui incluídos, assim como a justificação da escolha desse último pelo critério do modo de aplicação, serão discutidas no capítulo 4.

2.2.4 Critérios não-positivistas de identificação do direito ¹⁵.

Os critérios de identificação do direito apontados nos dois últimos itens são critérios positivistas porque não incluem qualquer referência à correção moral das normas ou do direito. Considerarei como critério não-positivista todo e qualquer critério que proponha a correção moral de uma norma (ou de um sistema jurídico) como condição necessária para sua identificação.

A discussão sobre as relações entre direito e moral (para ser mais direto, a falta de consenso sobre como se dá a relação entre direito e moral) ocupa parte significativa da literatura que se produz sobre filosofia e teoria do direito. Sem pretender lançar qualquer luz sobre esse debate, apontarei em seguida dois

¹⁵ Sobre a impossibilidade de um “teste fundamental”, cf. Dworkin (2002a e 2002b); e, para uma crítica sobre as posições de Dworkin, cf. Hart (1994, pp. 299 a 339) e Raz (1971).

conjuntos de teorias que propõem critérios de identificação que fazem referência de alguma maneira à correção moral do direito.

O primeiro foi desenvolvido pelo jusnaturalismo. De forma simplificada e, exatamente por isso, reducionista, pode-se dizer que os jusnaturalistas caracterizam-se por acreditar que nem todas as normas são produzidas pelos homens. Quando são o resultado de um processo humano, são chamadas de normas de direito positivo. Quando, porém, não são produzidas pelos homens, e sim descobertas por eles, são chamadas de direito natural¹⁶. Porque se originam de uma fonte não-humana e, portanto, superior, as normas de direito natural não podem ser alteradas pelos homens – e, nessa medida, limitam a produção do direito positivo. Porque expressam uma verdade definitiva sobre como as coisas devem ser, valem em qualquer tempo e em qualquer lugar.

Afirmar que o direito natural limita a produção do direito positivo significa dizer que os homens não podem, através do direito positivo, instituir normas que entrem em conflito com o direito natural. Como o direito natural expressa aquilo que é visto como moralmente aceitável ou desejável, dizer que o direito positivo não pode entrar em conflito com o direito natural é o mesmo que afirmar que o direito não pode conflitar com aquilo que é moralmente aceitável ou desejável. Aquilo que não conflita com o que é moralmente correto é igualmente correto (ou ao menos aceitável) do ponto de vista moral. Numa perspectiva jusnaturalista, portanto, o direito produzido só é direito na medida em que passa no teste da correção moral. Dessa forma, todo critério de identificação do direito deve incluir um “teste moral” que, não satisfeito, inviabiliza o reconhecimento do seu caráter jurídico.

O segundo conjunto de teorias que vislumbram uma conexão necessária entre direito e moral surge principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial. Seu expoente mais importante é provavelmente Robert Alexy. Em linhas muito gerais, Alexy propõe o seguinte: “tanto as normas como as decisões isoladas, assim como também os sistemas jurídicos como um todo, necessariamente formulam uma pretensão de correção” (Alexy, 2001a, p. 53). As conseqüências da sua não formulação, contudo, podem ser classificatórias ou qualificatórias. São classificatórias quando privam as normas e os sistemas de seu caráter jurídico (Alexy, 2001a, p. 54); são qualificatórias se as normas e sistemas, embora deficientes, mantêm seu caráter jurídico (Alexy, 2001a, p. 54).

¹⁶ Muito embora aqui se faça referência ao jusnaturalismo como uma doutrina única, ao longo da história, existiram diversas Escolas jusnaturalistas, com características próprias. Como exemplos, cite-se a Escola Católica, a Escola Protestante e a Escola Racionalista. Para uma exposição sistemática do tema, v. Aftalión, Vilanova e Raffo (1999, pp. 177-185 e 201-230).

De acordo com ele, a não formulação da pretensão de correção, no caso dos sistemas jurídicos, possui conseqüências classificatórias. Afinal, sistemas normativos que não formulam, explícita ou implicitamente, a pretensão de correção não são sistemas jurídicos (Alexy, 2001a, p. 54). No que se refere às normas e decisões jurídicas, isoladamente consideradas, a não formulação da pretensão de correção acarreta conseqüências meramente qualificatórias: se não é formulada uma pretensão de correção ou, mesmo que formulada, se não satisfeita, a norma e a decisão são juridicamente deficientes (Alexy, 2001a, p. 55).

O argumento da pretensão de correção é utilizado por Alexy para justificar a tese antipositivista de uma conexão necessária entre direito e moral (Alexy, 2001b, p. 96). O seguinte trecho poderá esclarecer como isso é possível:

“Esta pretensión [a pretensão de correção], por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, es una pretensión jurídica, y no sólo una pretensión moral. A ella le corresponde el deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente. En el ámbito de apertura este deber jurídico se refiere también a la aplicación correcta de normas morales correctas; ya que por definición, en el ámbito de apertura no se puede decidir sólo sobre la base de las normas del derecho positivo, y el recurso exclusivo a consideraciones de conveniencia no es suficiente para resolver correctamente un problema jurídico. En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia. Con ello, desde una perspectiva metodológica o de la teoría de la argumentación, la pretensión de corrección crea una conexión necesaria de derecho y moral” (Alexy, 2001b, pp 59-60).

Ao lado do jusnaturalismo clássico e do antipositivismo de Alexy existem ainda outras teses que propõem formas diferentes de conexão necessária entre o direito e a moral. As duas, porém, expressam bem como o argumento de uma conexão necessária foi defendido ao longo da história. No caso do jusnaturalismo clássico, a partir de uma fundamentação metafísica do direito; no caso de Alexy, através de uma reconstrução racional dos sistemas jurídicos, baseada principalmente na teoria do discurso de Habermas. Como o presente trabalho é feito no marco do positivismo jurídico e consiste na análise de um conjunto de teses positivistas sobre as normas e os sistemas jurídicos, não retomarei a questão da conexão necessária entre direito e moral.

No terceiro capítulo, discutirei as teorias dos sistemas jurídicos propostas por Austin (na verdade, implícita em sua obra) e Kelsen. Procurarei reconstruir, principalmente com base em Raz, os critérios utilizados por eles para determinar

a extensão e a continuidade dos sistemas jurídicos. Minha estratégia consistirá em tentar demonstrar a inadequação dos seus modelos para dar conta dos problemas que envolvem a identidade do direito.