

4

A identidade do direito no positivismo analítico: Hart e Raz

4.1

Identificação com base no modo de aplicação

Ao lado dos autores que identificam o direito a partir do modo como ele é produzido, existem outros, para quem a forma como ele é aplicado é decisiva no processo de identificação. Conquanto as razões para uma tal opção sejam diferentes – assim como as teorias formuladas o são –, todos eles se caracterizam por conferir maior importância às instituições que aplicam o direito do que àquelas que o criam.

Porque extrapola os limites deste trabalho não analisarei as teorias propostas pelos pensadores do realismo escandinavo e americano. As breves menções a algumas de suas idéias, quando for o caso, servirão tão-só para indicar a origem do argumento.

4.1.1

Hart e a regra de reconhecimento

Como se afirmou no capítulo anterior, guardadas suas diferenças específicas (e importantes), ao menos em seus aspectos mais salientes as teorias de Kelsen e de Austin aproximam-se de modo considerável ¹. Se observarmos bem, veremos que ambos reconhecem como direito somente certas normas produzidas pelo homem (em virtude do que restam excluídas

¹ Nesse sentido, Raz: "His theory [a de Austin], though differing in important respects from that of Kelsen, can be profitably regarded as a variant of the same kind of theory" (Raz, 2003, p. 04).

todas aquelas outras cuja suposta existência não seja o resultado de um ato humano, mas a expressão da vontade de deus ou a natureza racional do homem), e que o critério utilizado para identificar esse material indica o modo de origem dessas normas como seu traço diferenciador.

Se abstrairmos um pouco mais, poderemos afirmar que o que Kelsen faz é simplesmente substituir o soberano de Austin por uma norma pressuposta. Com isso, ele escapa às críticas feitas à concepção de comando baseado em ameaça, mas sujeita-se a outro conjunto de críticas, dirigidas à própria norma fundamental. É contra esse grupo de teorias que Hart se volta em seu “Conceito de Direito”. Conquanto seu arsenal teórico seja utilizado em parte considerável de seu trabalho para combater especificamente a teoria austiniana, em grande medida, suas críticas atingem também as idéias de Kelsen. Nos próximos dois itens, apresentarei o critério hartiano de identificação do direito e apontarei, com base nesse mesmo autor, suas vantagens para a compreensão do fenômeno jurídico. Ao final deverá ficar mais claro que nem a figura do soberano, defendida por Austin, nem a existência de uma norma primeira doadora de validade, proposta por Kelsen, são capazes de propiciar uma descrição satisfatória do direito.

4.1.1.1

Critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos

Para Hart, todo sistema jurídico é formado por uma (e somente uma) regra de reconhecimento e por todas as demais normas identificadas com base nela (Raz, 1983a, p. 91). Esse critério de identificação é o resultado da [1] utilização de um método próprio (um método que mescla a análise lingüística com incursões na sociologia jurídica); e da [2] assunção como verdadeira de uma premissa específica (o caráter institucional e social do direito).

[1] Começamos pelo princípio. Em 30 de maio de 1953, quando profere sua aula inaugural na Universidade de Oxford, Hart critica o método tradicional de definição adotado pela teoria do direito. Ao apontar as insuficiências da definição por gênero e diferença específica² para esclarecer conceitos jurídicos,

² A definição por gênero e diferença específica cumpre duas funções: em primeiro lugar, fornece um “código ou fórmula de tradução da palavra para outros termos bem conhecidos”; em segundo

Hart torna manifestos os fundamentos de sua filosofia do direito (Raz, 1986, p. 19). De acordo com ele, Bentham foi o primeiro teórico a apontar a necessidade de esclarecer termos jurídicos em seus contextos específicos e não isoladamente (Hart, 1953, p. 8). Isso é necessário, prossegue Hart, porque a linguagem jurídica é um caso especial do discurso humano, com características próprias que, se não levadas em conta, acabam por confundir quem a utiliza. A especificidade da linguagem jurídica se mostra a partir de quatro características distintivas, que podem ser percebidas ao enunciarmos, por exemplo, uma frase como “Fulano tem o direito de receber de Beltrano R\$ 500,00”. Para Hart, quem faz uma afirmação como essa (1) pressupõe a existência de um sistema jurídico, com tudo o que isso implica em termos de obediência geral, operacionalização de sanções e probabilidade de continuar a existir (Hart, 1953, p. 9); (2) pressupõe, igualmente, alguma conexão entre esse enunciado e ao menos uma norma pertencente ao sistema (Hart, 1953, 10); (3) pretende, com ela, expressar uma conclusão extraída do direito (Hart, 1953, pp. 10-11); e (4) assume ser possível, em virtude da linguagem jurídica, atribuir a mesma consequência a um conjunto de fatos muito diferentes (Hart, 1953, p. 11). Essas quatro características da linguagem jurídica, insiste Hart,

“explicam por que a definição de palavras como ‘direito’, ‘dever’ e ‘sociedade’ é frustrada pela ausência de algum sinônimo que ‘corresponda’ a elas, e também por que os sinônimos não óbvios que têm sido ingenuamente imaginados (...) não se afiguram como algo de acordo com o que nós possamos definir essas palavras, embora estejam conectados a elas de maneira complexa e indireta” (Hart, 1953, p. 12).

Ademais, o sucesso de uma definição por gênero e diferença específica depende de condições que, no caso dos termos jurídicos (e também do próprio termo “direito”), não se encontram satisfeitas. A principal delas é a inexistência de uma família mais extensa de coisas, cuja natureza seja conhecida – e, portanto, não problemática – dentro da qual a definição consiga localizar o que se define (Hart, 1994, p. 19). Definir “direito” como um conjunto de regras de comportamento, por exemplo, é problemático porque o conceito de regra causa tanta perplexidade quanto o próprio conceito de direito (Hart, 1994, p. 20). Além

lugar, “localiza-nos a espécie de coisa para cuja referência a palavra é utilizada, através da indicação dos aspectos que partilha em comum com uma família mais vasta de coisas e dos que a distinguem de outras da mesma família” (Hart, 1994, p. 19). Um triângulo, por exemplo, poderia ser definido dessa forma como uma figura retilínea de três lados; um elefante seria um quadrúpede distinto dos outros pela posse de uma pele grossa, presas e tromba.

desse primeiro obstáculo ao uso do método tradicional de definição, Hart considera ainda outros dois: em primeiro lugar, a suposição de que uma expressão geral possa ser definida deste modo baseia-se na assunção tácita de que todos os casos daquilo que será definido tenham características comuns que sejam referidas pela expressão definida (Hart, 1994, p. 20). Como é fácil de se perceber, junto com a definição surgirão casos de fronteira, casos que não apresentam todas as características necessárias à sua inclusão sob o termo, mas que, não obstante, serão incluídos. A despeito de não possuírem todas as características distintivas do direito, tanto o direito internacional quanto certas formas de direito primitivo são comumente vistos como pertencentes ao seu gênero. E mesmo que excluamos os casos fronteiriços, não poderemos deixar de notar que os vários casos de um termo geral encontram-se freqüentemente ligados entre si de maneira bastante diferente da postulada pela forma simples de definição (Hart, 1994, p. 20). Eles podem estar ligados por analogia, podem estar unificados por relações diferentes a um elemento central ou mesmo ser elementos constituintes diferentes de certa atividade complexa (Hart, 1994, p. 20). Em seu conjunto, essas barreiras indicam a necessidade de substituição do método tradicional para definir o direito.

Em vez de defini-lo com recurso a um gênero ao qual ele pertença e a uma ou mais diferenças específicas que o distinga, Hart irá sugerir a contextualização do termo “direito” (o que poderá ser feito a partir da observação de como ele é comumente utilizado) e a fixação de condições, cuja satisfação seja necessária para determinar a verdade da afirmação feita. Um exemplo irá esclarecer:

“(1) um enunciado do tipo ‘X tem um direito’ é verdadeiro se as seguintes condições são satisfeitas: (a) existe um sistema jurídico; (b) sob a regra ou as regras do sistema uma pessoa Y está, nos eventos que aconteceram, obrigada a praticar ou se abster de praticar uma determinada ação; (c) em virtude do direito, essa obrigação depende da escolha feita por X ou por outra pessoa autorizada a agir no seu interesse, de tal forma que Y está obrigado a praticar ou abster-se de praticar a ação determinada somente se X (ou alguém autorizado) assim escolher ou, alternativamente, somente até que X (ou aquela pessoa) escolha de outra maneira. (2) Um enunciado do tipo “X tem um direito” é usado para extrair uma conclusão do direito em um caso particular que se subsuma a essas regras” (Hart, 1953, p. 16).

O resultado final dessa guinada metodológica, empreendida em 1953, pode ser percebido no “Conceito de Direito” (1961), onde Hart reafirma a insuficiência das definições tradicionais e, ao identificar as questões que teriam

sido a causa das tentativas de se definir o direito, propõe a si mesmo isolar um conjunto de elementos que sejam parte comum da resposta a elas. Segundo Hart, os autores que buscaram uma tal definição o fizeram porque não haviam conseguido até então compreender (1) de que forma o direito se diferenciava de e se relacionava com ordens baseadas em ameaças; (2) como se diferenciavam obrigações jurídicas de obrigações morais; e (3) o que seriam regras e em que medida o direito seria uma questão de regras.

O modelo por ele desenvolvido deverá, portanto, ser capaz de responder a essas três questões. Como o intento deste capítulo é explicar os critérios de identificação do direito propostos por um conjunto de autores considerados expoentes de certas idéias no interior do positivismo analítico, não me preocuparei em analisar todos os desdobramentos da teoria hartiana. Aqui interessa compreender como a estratégia metodológica de Hart o influenciou na determinação de seu critério de identidade ³.

Afirmei um pouco acima que Hart rejeita o método de definição por gênero e diferença específica; e que, em seu lugar, propõe uma releitura do método benthamiano, de acordo com o qual não se deve definir os termos jurídicos isoladamente, mas sim nos contextos em que são comumente utilizados. Tomado em sua acepção usual, o termo “direito” pressupõe alguns elementos, sem os quais o sentido da proposição que o contenha não pode ser acessado pelos interlocutores. Aqui interessa a questão (1), formulada no parágrafo anterior, cuja resposta fornecerá dois desses elementos. Se me perguntam como sou capaz de diferenciar o direito (por exemplo, uma norma jurídica expressa em uma ordem dada pelo oficial da Receita para que eu pague uma certa quantia devida a título de imposto de renda, sob pena de perda de bens) de uma ameaça feita por um assaltante de me tirar a vida caso não lhe entregue o dinheiro, responderei: o direito é dotado de persistência e continuidade, e são essas características que o distinguem das demais ordens. A continuidade é uma característica que se liga ao poder de criar o direito, à autoridade de quem legisla (Hart, 1994, pp. 63 e 67). Dizer que o direito é dotado de continuidade significa afirmar que, de alguma forma, é assegurado de maneira ininterrupta seu poder de criação. A persistência é um atributo das normas, e não de quem as faz. Diz-se que o direito persiste porque suas normas sobrevivem àqueles que as criaram (Hart, 1994, p. 71).

³ A preocupação em expor com mais cuidado a metodologia hartiana justifica-se na medida em que Raz a subscreve sem reservas. A compreensão dos motivos que levaram Hart a conceber o direito da forma como ele o concebeu ajudará a entender a caracterização raziana do direito.

[2] A afirmação de que o direito é dotado de persistência e continuidade implica uma outra, a de que o direito deve ser uma prática social institucionalizada (Coleman, 2001, p. 109). Afinal, continuidade e persistência são características que não podem ser explicadas a partir de meros hábitos de obediência. Elas pressupõem uma regra, aceita pela comunidade, que especifica uma categoria de pessoas, cuja palavra deve constituir um padrão de comportamento para a sociedade. Porque essa regra é aceita pelo grupo, diz-se que é uma prática social; e porque constitui corpos com poderes para criar, alterar e revogar o direito, diz-se que exerce uma função institucionalizadora.

A visão do direito como uma instituição leva Hart a propor uma diferenciação entre dois tipos básicos de normas: normas primárias, que impõem deveres (Hart, 1994, p. 91); e normas secundárias, que podem atribuir poderes públicos ou privados ⁴. O significado de normas primárias não é de difícil apreensão: normas primárias são aquelas que dizem como nós devemos nos portar. São exemplos a norma que proíbe o homicídio (extraída da leitura do art. 121 do CP), a norma que institui o dever de recolher o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (extraída da leitura do artigo 43 Código Tributário Nacional) e todas aquelas outras que direcionam nosso comportamento ao instituir vantagens ou desvantagens no caso de sua observância.

Talvez a dificuldade de se determinar o sentido das normas secundárias assente-se no fato de poderem ser divididas em três espécies diferentes. Começamos por essa distinção. De acordo com Hart, um sistema jurídico formado exclusivamente por normas primárias sofre de três males: incerteza, rigidez e ineficácia ⁵. É incerto porque não contém um critério (o qual teria de ser

⁴ Na mesma página 91 do “Conceito de Direito”, Hart expõe que regras secundárias são regras que conferem poderes, e não como afirmei, regras que podem conferir poderes (“As regras do primeiro tipo [primárias] impõem deveres, as regras do segundo tipo [secundárias] atribuem poderes, públicos ou privados”). De acordo com Raz, contudo, essa posição adotada por Hart não só conflita com outros aspectos de sua teoria como também não expressa sua opinião atual: “It is true that all the primary rules are rules are duty-imposing, but not all the secondary rules are power-conferring. The rule of recognition is an exception. Rules of change, adjudication, and recognition are called secondary because they presuppose the existence of primary rules, whereas primary rules can exist without secondary ones, albeit not as legal systems. This is an explanation of the terminology, not a criterion for determining which rules are primary and which are secondary. This is determined by their social function – whether they are rules of change, adjudication, and recognition – not by their normative character” (Raz, 1983a, p. 93, nota de rodapé nº 24). Uma análise mais detida dessa questão será feita mais à frente.

⁵ Na verdade, Hart vai mais além e afirma que a inserção das regras secundárias deve ser vista como um passo importante no momento de passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico: “[o] remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie. A introdução de um corretivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três

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

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

Em seu conjunto, as regras secundárias dão conta de explicar o caráter institucional do direito. Afinal, são elas que conferem sentido a instituições criadoras e aplicadoras do direito, presentes em qualquer sociedade moderna. E porque desempenham essa função particular, podem ser também chamadas de “normas que criam instituições” (Coleman, 2001, p. 109).

Explicado o sentido das normas secundárias, cabe então voltar a um ponto importante. Foi dito logo acima que o direito é uma prática social. Se isso é verdade (e não me parece plausível rejeitar essa afirmação), a tarefa de identificar o direito nada mais é do que a busca por um método capaz de

remédios em conjunto são o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico” (Hart, 1994, p. 103).

identificar uma prática social específica. Se o expediente utilizado por Hart para identificar um conjunto finito que se deixa descrever como um sistema jurídico consiste em recorrer a uma regra de reconhecimento, que especifica aspectos que indiquem de modo conclusivo a pertinência da norma ao sistema, então essa regra deve necessariamente consistir em uma prática social. Interessante é que, de acordo com o próprio Hart, a regra de reconhecimento, na maior parte dos casos, não é expressamente anunciada, mas “manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores” (Hart, 1994, p. 113). Ou, em outras palavras, a regra de reconhecimento existe porque é aceita como critério identificador por uma comunidade específica.

Dessa forma, se para Austin o direito pode ser descrito em termos de poder e hábitos de obediência, para Hart ele não se deixa apreender a não ser como uma espécie de acordo, identificável por uma convergência interdependente de comportamento e atitude (Coleman, 2001, p. 115). Onde há direito existem não só comportamentos convergentes (que podem ser descritos por um observador como uma regularidade empírica), mas também uma atitude crítico-reflexiva ⁶ para com eles. Ou, como explica Sgarbi (np, p....),

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

Sem o recurso ao ponto de vista interno, é impossível diferenciar regras sociais (entre elas as regras jurídicas) de meros hábitos e, portanto, impossível diferenciar as regras jurídicas dos hábitos de um povo.

Como a regra de reconhecimento desempenha um papel fundamental na identificação do direito e, portanto, na determinação da extensão de um sistema jurídico, seu estudo mais detalhado se faz imprescindível, seja para sua correta e precisa compreensão, seja para sua crítica devidamente fundamentada. Proponho quatro questões como roteiro de análise: [a] o que é a regra de reconhecimento; [b] se se trata de uma regra que impões deveres ou confere

⁶ A atitude é crítica na medida em que serve de parâmetro para avaliar o comportamento dos demais indivíduos; e é reflexiva porque é tomada pelo próprio indivíduo que a tem em vista como um padrão a ser seguido também por ele.

poderes; [c] a quem ela é direcionada; e [d] como se afere sua existência. Ao menos em parte, essas questões já foram respondidas. Nos próximos parágrafos, tentarei complementá-las ou desenvolvê-las, conforme seja o caso.

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

[b] De acordo com Hart, existem dois tipos de normas: um tipo que impõem deveres e outro que confere poderes. Uma primeira leitura pode sugerir que normas primárias são do tipo que impõem deveres e que as secundárias pertencem à classe das que conferem poderes. Dois argumentos podem ser aduzidos contra essa interpretação. Em primeiro lugar, a explicação de Hart sobre as regras sociais é basicamente uma explicação de regras que impõem deveres (por regra social deve-se entender toda regra cuja prática seja condição de sua existência) (Raz, 1983a, p. 92). Se a regra de reconhecimento é uma prática, e portanto uma regra social, é de se supor que também ela imponha deveres. Em segundo lugar, os poderes conferidos às autoridades para criar novas normas e dirimir conflitos são decorrência da existência das normas de julgamento e das normas de alteração. Sustentar que a regra de reconhecimento confere poderes é confundi-la com esses outros dois tipos de norma (Raz, 1983a, p. 93). Os dois argumentos, assim considerados, parecem sugerir que a regra de reconhecimento pertence à classe das normas que impõem deveres ou, para ser mais preciso, “a regra de reconhecimento impõe aos órgãos encarregados de aplicar o direito o dever de reconhecer e aplicar somente

aquelas normas que satisfaçam certos critérios fornecidos pela regra [de reconhecimento]” (Raz, 1983a, p. 93) ⁷.

[c] A afirmação de que a regra de reconhecimento é uma regra que impõe deveres sugere que sejam seus destinatários somente as autoridades criadoras e aplicadoras do direito. Do contrário, teríamos a estranha situação em que todos os cidadãos teriam o dever de reconhecer o que é e o que não é direito. Embora seja um hábito informar-se sobre como se deve proceder, parece absurdo supor que esse hábito seja um dever imposto à população de um modo geral.

[d] Como se viu no item 2.1.1.1, Kelsen sustenta que a existência da norma fundamental é uma exigência lógica. Porque para ele a validade é a específica existência de uma norma, pode-se afirmar que a norma fundamental é válida. Além disso, se sua validade não fosse pressuposta, não poderia explicar a normatividade do restante das normas de um sistema. De acordo com Hart, a questão da validade da norma fundamental (e por extensão da regra de reconhecimento) é simplesmente uma questão que não faz sentido. Se entendermos por validade jurídica a conformidade de uma norma qualquer com um padrão estabelecido pela norma fundamental (lembre-se de que, para Kelsen, uma norma é válida se foi criada na forma estabelecida pela ordem jurídica, ou, o que dá no mesmo, se foi autorizada pela norma fundamental dessa ordem), a pergunta pela validade da própria norma fundamental fará tanto sentido quanto perguntar se o metro de Paris possui ou não um metro. Depreende-se do que foi dito que a existência da regra de reconhecimento não se deixa descrever da mesma forma que a existência das demais normas primárias. Se, por um lado, essas últimas existem porque são válidas (e são válidas porque satisfazem certas condições estabelecidas pela regra de reconhecimento), a existência daquela não pode ser vista de outra forma senão como uma questão de fato (Hart, 1994, p. 121). A afirmação de que uma específica regra de reconhecimento existe consiste na afirmação de que em uma determinada comunidade jurídica se dá o fato de que é prática reconhecer como jurídicas as normas que satisfazem as condições estabelecidas pela regra de reconhecimento daquela comunidade. Ao contrário de Kelsen, para quem a existência da norma fundamental era algo que devia ser pressuposto, tendo em

⁷ Hart não é nem um pouco claro a esse respeito. Em certas passagens, sugere que a regra de reconhecimento confere poderes para que o direito seja reconhecido (por exemplo, na p. 91 do “Conceito”); em outros, faz transparecer que a dita regra impõe deveres àqueles a que se destina (por exemplo, na p. 160, quando afirma que a regra de reconhecimento exige aos juízes a aceitação de certas normas como direito).

vista a impossibilidade de sua determinação empírica, Hart sugere que a regra de reconhecimento nada mais é do que uma prática, passível, portanto, de ser determinada por meio da observação.

4.1.1.2

Critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos

A proposta de Hart para explicar o término de um sistema jurídico não-momentâneo e a criação de outro é substancialmente igual à de Kelsen. Se para este o sistema cessa de existir quando perece a norma fundamental, para aquele o fator determinante será a substituição da regra de reconhecimento. Assim como Kelsen, Hart também acredita ser de difícil determinação o momento exato de ruptura (Hart, 1994, p. 130). Conquanto valham para Hart as críticas destinadas a Kelsen (2.1.2.3), algumas observações adicionais sobre a continuidade dos sistemas jurídicos na teoria hartiana serão feitas no final do próximo item.

4.1.1.3

Avaliação crítica

De acordo com o próprio Hart, a regra de reconhecimento “é uma regra para a identificação (...) das regras primárias de obrigação” na medida em que especifica “algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo (...)” (Hart, 1994, p. 104). A regra de reconhecimento fornece, portanto, um critério *suficiente* e *necessário* de pertinência e, nessa medida, especifica os critérios para a identificação do direito. Como tal, ela deve dar conta de identificar sistemas jurídicos momentâneos e sistemas jurídicos não momentâneos, ou seja, viabilizar uma resposta apropriada às questões da extensão e da continuidade dos sistemas jurídicos. Meu objetivo aqui é avaliar,

inicialmente, sua capacidade para determinar a extensão dos sistemas jurídicos [1]. Algumas observações sobre a continuidade serão feitas ao final [2].

[1] Se a regra de reconhecimento cumprir sua função, a pertinência de uma norma ao grupo deve poder ser determinada exclusivamente por referência a ela. Se a regra de reconhecimento impõe aos órgãos que aplicam o direito o dever de reconhecer como tal toda norma que satisfaça os critérios por ela disponibilizados⁸; e se a regra de reconhecimento deve cumprir sozinha a tarefa de identificar o direito vigente; então nenhuma regra que, a despeito de não satisfazer as condições estabelecidas pela regra de reconhecimento, ainda assim seja reconhecida e aplicada pelas cortes (portanto, no exercício de um poder e não no cumprimento de um dever) pode ser considerada parte do sistema jurídico.

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

Como o próprio nome indica – e aqui vou me permitir um truísmo – a atividade de um órgão aplicador do direito consiste na aplicação do direito. Contudo, tendo em vista que é possível não haver uma norma jurídica para resolver um determinado caso, e que, mesmo nessas situações, o juiz não pode se furtar a decidir a questão (princípio da proibição do *non liquet*), é forçoso admitir que, em certos casos, a decisão de um juiz não será tomada com base em uma norma já existente no sistema, mas sim com base em uma norma criada naquele momento especificamente para aquele caso. O próprio direito brasileiro, só para citar um exemplo, admite que, na hipótese de omissão da lei, o juiz decida o caso de acordo com os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito⁹ (artigo 4º da lei de introdução ao código civil). O fato de que existem

⁸ No item anterior foram apontadas as razões, em virtude das quais a regra de reconhecimento deve ser interpretada como uma regra que impõe deveres (e não como uma regra que confere poderes).

⁹ Aqui poderia se objetar que tanto os costumes quanto os princípios gerais de direito fazem parte do direito positivo, e que uma decisão baseada em um ou outro seria ainda uma decisão com base no direito pré-existente. A objeção procede, mas não inviabiliza o exemplo. Ao autorizar o juiz a decidir com base na analogia, o artigo 4º da LICC deixa a cargo de quem julga a escolha da norma que mais se assemelha ao caso não regulamentado. Mesmo que se argumente que essa escolha não é livre, e que pode portanto ser controlada de forma objetiva (o que só é admitido aqui para efeito de argumentação), a simples utilização do método analógico acaba por incluir um caso não regulamentado na hipótese de incidência de outro, regulamentado. Ora, o resultado desse processo é uma norma que difere daquela que existia antes da inclusão. Como toda alteração do direito é sempre um ato inovador, não há como negar que por meio da analogia o juiz cria direito novo.

lacunas no direito e de que é possível (e provável) que um sistema jurídico institua o princípio da proibição do *non liquet* exige que se faça a distinção entre aplicação de direito pré-existente e criação de direito novo. Afinal, conquanto a atividade judicial consista em grande medida na aplicação de direito pré-existente, admite também (ou melhor, pode admitir), em certos casos e sob certas condições, a criação de direito novo.

De acordo com Hart, a distinção entre criação de direito novo e aplicação de direito pré-existente pode ser traçada a partir da existência ou inexistência de um dever de aplicar o direito (Raz, 1983a, p. 90):

“If and only if the court applies a law that it is under a duty to apply it is acting on a previously existing law; on the other hand, when it applies a rule that it has no duty to apply it is not acting on a previously existing law”¹⁰.

Por outro lado, vale lembrar que o julgador transforma a norma criada em uma norma do sistema se, e somente se do seu reconhecimento surgir um dever de aplicá-la em outros casos, ou, dito de forma mais clara, se o sistema contiver alguma regra sobre o uso de precedentes (Raz, 1983a, pp.90-91, nota de rodapé nº 08).

Diante do exposto, poderíamos arriscar uma reformulação do critério de identidade proposto por Hart: um sistema jurídico consiste em uma regra de reconhecimento e todas as normas que *devem* ser aplicadas de acordo com ela. Quando as cortes resolvem um caso a partir de uma norma cuja aplicação não é obrigatória, elas transformam essa norma em direito (se houver uma regra sobre o precedente, vale lembrar), o que não significa que aplicam uma norma pré-existente. Porque é possível que se dê o caso de uma corte decidir uma questão com base em uma norma cuja aplicação não seja obrigatória, a regra de reconhecimento não pode mais ser vista como um critério adequado para determinar a extensão dos sistemas jurídicos. Afinal, como se demonstrou, um sistema é formado não só pela regra de reconhecimento e por todas aquelas

¹⁰ A distinção entre criar direito novo e aplicar direito pré-existente pode ser objeto de criticismo. Pode-se objetar que não é possível, na prática, determinar quando ocorre um ou outro, ou que ocorra um pouco de ambos em toda e qualquer situação de aplicação do direito. Como afirma Raz, “one should remember that clear conceptual distinctions do not entail the existence of clear instances of the concepts involved. Therefore, the absence of clear instances should not deter one from striving to formulate clear conceptual distinctions. The courts, in most cases brought before them, probably neither merely apply an existing law nor do they merely initiate a new law. They may be doing a little of both. But this does not detract from the ability of a clear distinction between applying existing law and creating a new one to shed light on legal processes” (Raz, 1983, pp 93-94)

cuja aplicação seja exigida pela própria regra de reconhecimento, mas também por aquelas outras criadas pelas cortes e incluídas no sistema em virtude de uma regra sobre precedentes.

De acordo com Raz (1983a, p. 96),

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

Essa regra de precedente, que determina as condições de juridicidade a que está sujeito o exercício da discricionariedade judicial, pode ser estabelecida por uma outra norma, que por sua vez deriva sua validade da regra de reconhecimento. Contudo, não é necessário que seja sempre assim. É possível que em um determinado sistema, uma tal regra não esteja escrita em lugar algum e consista simplesmente em uma prática continuada dos tribunais. Se esse for o caso, sustenta Raz (1983a, p. 96), é forçoso admitir que ao lado da regra de reconhecimento existe também uma regra de discricionariedade, capaz de guiar a atividade jurisdicional nas decisões de conflitos não regulados. Se, por um lado, a regra de reconhecimento obriga os tribunais a aplicar certas normas (em virtude do que se pode falar que não há qualquer possibilidade de escolha da norma a se aplicar), a regra de discricionariedade, por outro lado, simplesmente guia a atividade dos tribunais na escolha das normas a serem aplicadas. Uma tal regra, aponta Raz (1983a, p. 97), limita a liberdade de escolha das cortes, mas não a aniquila.

O argumento aduzido não nega a existência da regra de reconhecimento. Assim como também não nega que cabe a ela especificar certas características que, encontradas nas normas, indicam de forma conclusiva sua pertinência ao grupo. O que Raz sustenta é que a regra de reconhecimento não pode ser vista como o critério único de pertinência. Se, por um lado, a regra de reconhecimento é a única regra última que necessariamente existe em cada sistema jurídico, por outro, ela não é a única que pode existir. Ao lado dela, pode existir também uma regra de discricionariedade, limitadora do poder jurisdicional de escolha nos casos de disputas não reguladas.

[2] A capacidade da regra de reconhecimento de prover um método para determinar quando cessa de existir um sistema jurídico não-momentâneo e começa a existir um outro (questão da continuidade) também pode ser alvo de criticismo. Como foi dito um pouco acima, a regra de reconhecimento, determinada através de uma prática social, especifica certas condições que devem ser satisfeitas para que uma norma seja tida como válida. Em um sistema jurídico que esteja em perfeito funcionamento, essa prática manifesta-se na aceitação pelos tribunais das regras secundárias (incluída aqui a regra de reconhecimento) como padrões críticos comuns de comportamento e na obediência ao direito legislado por parte dos cidadãos (Hart, 1994, p. 128). Como é uma prática, a regra de reconhecimento sobrevive enquanto é aceita. Em um caso bem sucedido de revolução, teríamos uma situação em que tanto os cidadãos quanto os funcionários de Estado rejeitariam a velha regra de reconhecimento e adotariam a nova. Contudo, é provável que haja um momento de transição, em que não se possa determinar ao certo se vige a velha ou a nova regra. Suponha-se, por exemplo, um golpe de Estado levado a cabo exclusivamente por militares insatisfeitos, sem qualquer respaldo popular. Mesmo que as autoridades reconheçam e apliquem a nova regra de reconhecimento, é possível que parte substancial da população se recuse a acatar suas ordens. Em um tal clima de instabilidade, é impossível saber se o povo teria força política suficiente para derrubar o novo regime e restaurar o velho, ou se os militares conseguiriam impor, mesmo que a força, a nova ordem. Se ocorrer a primeira situação, não será errado afirmar que o sistema jurídico antigo nunca cessou de existir, muito embora tenha se dado uma interrupção no seu funcionamento (Hart, 1994, p. 130). Se suceder a segunda, permanece sem resposta a questão sobre o momento exato em que se deu a sucessão.

4.1.2

Raz e os órgãos primários de aplicação do direito

Como foi visto neste capítulo e no anterior, nem comandos emitidos por um soberano e respaldados por ameaças, nem uma norma fundamental pressuposta, nem uma regra de reconhecimento são capazes de prover um método preciso para identificar sistemas jurídicos momentâneos e não-

momentâneos. Isso não significa que as teorias criticadas não tenham prestado algum serviço. Se me for permitido incluir o próprio Hart na crítica por ele feita contra os juristas que se dedicaram a uma reflexão séria sobre o direito, “o que eles disseram (...) fez aumentar efetivamente, no seu tempo e lugar, a nossa compreensão sobre o mesmo” (1994, p. 6).

O modelo de Austin, por exemplo, inova ao propiciar uma descrição do direito desvinculada de qualquer referência à moralidade ¹¹. Por outro lado, na medida em toma emprestado do direito penal o modelo das diretivas coercitivas e se espelha na monarquia absoluta para descrever a soberania, Austin acaba por fornecer um conceito de direito demasiado estreito, que se pretende, no entanto, viável para explicar todo e qualquer cenário imaginável (Struchiner, p. 57). Porque a monarquia absoluta não é a única forma de governo existente e porque as normas de direito penal não são os únicos componentes do direito, sua descrição se mostra insuficiente para dar conta dos modernos sistemas jurídicos.

O modelo de Kelsen pode ser visto como uma versão imperativista mais sofisticada. Porque substitui o soberano pela norma fundamental, não se sujeita a um conjunto significativo das críticas direcionadas a Austin; por outro lado, ao se valer do paradigma coercitivo, também termina por fornecer uma descrição imprecisa ou mesmo distorcida do fenômeno jurídico.

Ao retirar o enfoque dos órgãos que produzem o direito e mirar nas instituições que o aplicam, Hart consegue descrever de modo muito mais fiel a praxis jurídica. Contudo, talvez porque não tenha conseguido se desvencilhar completamente da tradição que tanto criticara, insiste na necessidade de uma regra para identificar o direito, e, com isso, deixa de considerar aspectos importantes do modo como o direito é comumente compreendido.

As observações precedentes devem dar conta de descrever em seus traços mais gerais o cenário que serve como pano de fundo para o desenvolvimento da teoria raziana dos sistemas jurídicos. Herdeiro de Hart – portanto, crítico ao imperativismo – e simpático ao realismo, Raz constrói um modelo que se pretende mais adequado do que os anteriores para descrever o fenômeno jurídico. O modo como ele resolve os problemas referentes à extensão dos sistemas jurídicos será visto no próximo item. Em seguida, serão

¹¹ A referência de Raz (2003, pp. 6 e 7) à inovação de Austin diz respeito ao conceito de soberania (Sovereignty is neither derived from nor explained by reference to morality or legal principles). Porque o conceito de soberania é a chave para a compreensão da teoria austiniana dos sistemas jurídicos, tomo emprestada a referência e a aplico à teoria considerada em seu conjunto. A mim me parece que Austin foi o primeiro filósofo a descrever os sistemas jurídicos sem qualquer referência à moralidade.

feitas algumas observações sobre a continuidade dos sistemas jurídicos (3.1.2.2). Finalmente, procurarei ressaltar os aspectos positivos e negativos do seu projeto (3.1.2.3).

4.1.2.1

Critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos

O problema da extensão dos sistemas jurídicos consiste na determinação das normas que pertencem a um dado sistema jurídico momentâneo. Ele exige, portanto, um método capaz de dizer quando uma descrição de um certo sistema jurídico é uma descrição completa. Antes de examinar que método é esse, cabe fazer a seguinte pergunta: o que é dizer de uma descrição que ela é completa? De acordo com Raz (2003, p. 189), um conjunto de enunciados normativos é uma descrição completa de um sistema jurídico momentâneo se, e somente se:

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

Esse teste, que chamarei de “teste 1”, não nos diz (nem pretende dizer) quando uma norma pertence a um sistema jurídico, mas especifica o que é uma descrição completa de um sistema jurídico, e, nesse sentido, serve para apontar a adequação de um outro teste, esse último referente à pertinência de um enunciado normativo ao grupo de enunciados que descrevem um dado sistema jurídico.

Um teste de pertinência de um enunciado normativo ao grupo é um teste adequado se satisfaz as condições descritas acima, vale dizer, se fornece um método para determinar se um dado enunciado normativo descreve parte do mesmo sistema jurídico momentâneo descrito por um dado conjunto de enunciados normativos (Raz, 2003, p. 189). A dificuldade de se determinar o teste adequado pode ser explicada a partir da relação entre (1) e (2): porque cada enunciado normativo que descreve parte do mesmo sistema jurídico é exigido pelo conjunto de enunciados normativos, cada um de seus enunciados normativos [deve] descreve[r] parte do mesmo sistema jurídico (Raz, 2003, p.

189). Se isso for correto, então um critério de pertinência deve estabelecer uma condição que, satisfeita, indica que um dado enunciado normativo que descreve parte do mesmo sistema jurídico descrito pelo conjunto de enunciados que o contém não é exigido por ele (Raz, 2003, p. 190). Se essa condição for satisfeita, o enunciado normativo em questão não é necessário para uma descrição completa do sistema. Isso significa que um critério de pertinência do enunciado ao grupo deve conter somente as condições necessárias para a inclusão de um enunciado no grupo e nenhuma outra mais, o que é o mesmo que dizer que um tal teste deve ser um teste adequado.

A estratégia adotada por Raz para estipular um teste adequado de pertinência consiste em vinculá-lo à atuação dos órgãos que aplicam o direito, especificamente à atuação dos “órgãos primários de aplicação do direito”. Um teste adequado de pertinência exige, portanto, um outro, capaz de identificar um órgão primário de aplicação do direito.

Teste para identificar um órgão primário de aplicação do direito (teste 2):

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

Teste de pertinência do enunciado normativo ao grupo de enunciados que descrevem um dado sistema jurídico (teste 3)

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

Algumas considerações sobre o sentido e implicação desse critério de pertinência precisam ser feitas. Um tal teste não nos diz quando uma norma pertence a um sistema – embora se possa extrair dele um teste de pertinência da norma ao sistema ¹² –, antes nos proporciona um método para verificar se um

¹² De acordo com Raz, uma norma pertence a um sistema jurídico específico se reconhecida por um órgão primário de aplicação do direito (Raz, 2003, p. 201). Esse teste será analisado no próximo item. Como se afirmou no Capítulo 1, Raz analisa os problemas referentes ao sistema jurídico no nível meta-teórico. Isso significa que sua preocupação principal é estabelecer as condições a que se sujeita uma descrição dos sistemas jurídicos. É por isso que o problema da existência não envolve diretamente a existência de uma norma, mas sim as condições para se

enunciado normativo pertence a um conjunto (de enunciados normativos) que é uma descrição completa de um sistema. De acordo com Raz (2003, p. 192), seu critério de pertinência assume que cada sistema jurídico momentâneo institui ao menos um órgão primário de aplicação do direito; ademais, pressupõe e manifesta uma certa visão da natureza institucional do direito; finalmente, assume que a identidade e as ações dos órgãos primários de aplicação do direito são fundamentais para a determinação da pertinência. A chave para a compreensão dessas observações consiste na determinação do significado de “órgão primário de aplicação do direito” e de “reconhecimento de uma norma”. Procurarei, em primeiro lugar, esclarecer o que é um órgão primário de aplicação do direito, o que será feito a partir da análise da atividade desses órgãos. Em seguida, descreverei os argumentos de Raz para sustentar que em cada sistema jurídico existe ao menos um órgão com essas características, e para defender a necessidade do seu reconhecimento para a determinação do critério de pertinência do enunciado normativo.

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

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

afirmar que um enunciado normativo é verdadeiro. Do mesmo modo, a questão da identidade, aqui analisada, não envolve diretamente as normas jurídicas, antes se preocupa com a descrição dessas mesmas normas, vale dizer, com os enunciados normativos referentes a um certo sistema jurídico.

Órgãos aplicadores podem ser definidos em virtude da função que exercem ou a partir do modo como são instituídos. Na medida em que adota o segundo enfoque, Raz sustenta que órgãos aplicadores do direito são instituições estabelecidas por normas e, assim, devem ser identificados pelo modo como exercem sua função e não pelas funções propriamente ditas (Raz, 1983c, p. 106).

Faz parte da lógica do direito estabelecer deveres e conferir poderes. Do pagamento de um tributo e da detenção de um suspeito podemos dizer que são o cumprimento de um dever legal; da concessão de uma autorização administrativa e da feitura de um contrato de compra e venda dizemos que são o exercício de um poder jurídico. Se existe alguma diferença entre os dois exemplos de cumprimento de dever e entre aqueles de exercício de poder, essa consiste na classe de pessoas que pratica esses atos. Os primeiros de cada grupo são praticados por oficiais públicos, os segundos por particulares. Será considerado um ato de aplicação do direito todo aquele praticado por um oficial público no cumprimento de um dever ou no exercício de um poder legal (Raz, 1983c, pp. 106 e 107) ¹³.

Feita essa primeira distinção, cabe ainda fazer outra. Afinal, a classe de oficiais públicos que aplicam normas jurídicas no cumprimento de deveres ou no exercício de poderes pratica ao menos dois tipos diferentes de atos. Se, por um lado, as cortes aplicam o direito na medida em que proferem julgamentos (que, por sua vez, também são normas); por outro, um oficial instruído por uma ordem de demolição a derrubar uma casa também o aplica, mas o faz na medida em que o impõe fisicamente. Todo órgão que aplique o direito “fisicamente” será chamado de “órgão que impõe direito” (norm-enforcing institution) (Raz, 1983c, p. 107). Conquanto tais órgãos desempenhem um importante papel nos sistemas jurídicos modernos, não é neles que se encontra a chave para a identificação do direito.

Ao lado dos órgãos que impõem o direito existem outros, que se caracterizam por combinar a feitura e a aplicação de normas de um modo

¹³ A passagem citada deixa à mostra a influência do pensamento kelseniano na obra de Raz. Como se sabe, Kelsen diferencia interpretação autêntica de interpretação não autêntica com referência à classe de pessoas que a pratica. Será autêntica toda interpretação praticada por um órgão aplicador do direito; e não-autêntica aquela levada a cabo por particulares (Kelsen, 2003, p. 388). Assim como a explicação de Kelsen sobre o que é ser um órgão aplicador é parcial (ele não diz o que são, antes aponta exemplos de alguns órgãos aplicadores do direito), a explicação de Raz sobre o que é ser um oficial público também o é: “what are the identifying features of public officials? This is a problem which is both important and difficult. It is, however, a problem which it would be best to avoid here (...)” (Raz, 1983c, p. 107). Isso não significa, contudo, que Raz não faça algum esforço para aumentar a compreensão sobre o assunto. A divisão entre órgãos que impõem normas e órgãos primários deve ser vista como mais um passo naquela direção.

particular (Raz, 1983c, p. 108). Esses últimos serão chamados de órgãos primários de aplicação do direito ou simplesmente órgãos primários (primary norm-applying organs). O qualificativo “primário” serve para indicar a importância desses órgãos na identificação dos sistemas jurídicos (Raz, 1983c, p. 108).

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

Dizer de um órgão que ele possui poder para determinar de forma autoritativa a situação legal de alguém significa dizer que a manifestação desse órgão não é vista como uma mera opinião sobre o assunto, antes vincula o comportamento dos indivíduos a ela submetidos, independentemente de sua correção (Raz, 1983c, p. 108) ¹⁴. Na verdade, prossegue Raz (1983c, p. 108), uma decisão é vinculante exatamente porque pode ser uma decisão errada e ainda assim manter o caráter de decisão.

Diante dessas considerações, podem ser apontadas as características definitórias dos órgãos primários de aplicação do direito. Trata-se de instituições (1) com poder para determinar a situação normativa de indivíduos específicos; (2) chamadas para exercer esses poderes por meio da aplicação de normas existentes; (3) cujas decisões vinculam os indivíduos a ela submetidos, mesmo que sejam decisões erradas (Raz, 1983c, p. 109).

Existência dos órgãos primários de aplicação do direito

A teoria de Raz é uma teoria geral, vale dizer, pretende apontar aquelas características compartilhadas por todo e qualquer sistema jurídico (Raz, 1983c, p. 104). De acordo com ele (Raz, 2003, p. 191), o método de produção normativa chamado legislação é um traço distintivo dos sistemas jurídicos modernos, e não uma característica de todo e qualquer sistema jurídico, assim como nenhum outro método de criação do direito o é; por outro lado, todo sistema jurídico institui órgãos que aplicam o direito e, portanto, órgãos que

¹⁴ Mais uma vez, Kelsen se faz presente na obra de Raz. De acordo com aquele, enquanto a interpretação autêntica vincula o comportamento individual, a não-autêntica não vincula (Kelsen, 2003, pp. 394 e 395).

reconhecem quais são as normas do sistema. Se o critério de pertinência por ele proposto envolve os órgãos primários de aplicação do direito, então a existência destes últimos em todo e qualquer sistema jurídico é condição necessária para a validade daquele.

Um enunciado acerca de um órgão primário pode ser particular ou geral. Será particular se a existência de um tal órgão em um sistema jurídico específico for condição necessária para sua veracidade. Será geral se a existência de um tal órgão em todo e qualquer sistema jurídico for condição necessária para sua veracidade. A teoria de Raz apóia-se na verdade de um enunciado geral sobre os órgãos primários de aplicação do direito. Contudo, dizer desse enunciado que ele é verdadeiro ou falso envolve a observação de todos os sistemas jurídicos existentes, o que, no final das contas, é um exercício de sociologia descritiva.

Porque não fornece nenhum dado conclusivo sobre a existência de tais órgãos, Raz é obrigado a recorrer à intuição do leitor, que se vê compelido a reconhecer a verossimilhança de uma tal informação.

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

Se a intuição de Raz for correta, e órgãos primários forem instituições existentes em todo e qualquer sistema jurídico, resta ainda entender por que o recurso às manifestações de tais órgãos é fundamental para a determinação da extensão dos sistemas jurídicos. Como foi visto no item 3.1.1.3, a atividade das cortes jurisdicionais pode assumir duas feições diferentes: ou ela consiste na aplicação do direito pré-existente ou na criação de direito novo. Nesse segundo caso, como também se viu, a decisão da corte só é incorporada ao sistema jurídico se houver uma regra, em virtude da qual as decisões posteriores sobre a mesma questão precisarem ser decididas do mesmo modo (regra de precedente). Como a regra de reconhecimento impõe aos órgãos aplicadores o dever de aplicar certas normas, cujas características definitórias tenham sido por ela disponibilizadas, não seria errado afirmar que uma tal regra fornece um critério parcial de identificação do direito. Digo parcial porque, conquanto seja verdade que as normas identificadas com base na regra de reconhecimento façam parte do sistema jurídico, não é verdade que todas as normas do sistema sejam aquelas identificadas por essa regra.

“If the theory of the rule of recognition is substantially correct, as I think it is, it forms part of the answer to the problem of identity. Although it sets necessary conditions for membership in a legal system, it does not provide all the sufficient conditions” (Raz, 1983a, p. 97).

Afinal, uma norma produzida no exercício de um poder discricionário (reconhecida, portanto, pela regra de descrição) poderá ser incorporada no sistema, a despeito de não satisfazer as condições estabelecidas pela regra de reconhecimento. Ora, é forçoso reconhecer que um sistema que admita, ao lado da regra de reconhecimento, uma regra última de descrição, é formado por todas as normas que sejam alternativamente reconhecidas por cada uma delas. E o único critério unificador que poderíamos apontar é o fato de que tanto uma norma reconhecida a partir da regra de reconhecimento quanto uma outra estabelecida nos termo da regra de descrição só fazem parte de um único e mesmo sistema porque foram ambas reconhecidas por um órgão que as aplicou.

Um outro argumento ainda deve ser mencionado. Frequentemente, os tribunais estão obrigados a aplicar normas pertencentes a outros sistemas normativos. Isso ocorre, por exemplo, quando, em virtude do direito internacional privado, um juiz aplica aqui normas de outro sistema jurídico; ou quando um juiz aplica uma norma de alguma associação privada, como o estatuto de uma sociedade anônima. Em ambos os casos, as normas não fazem parte do sistema jurídico, mas, a despeito disso, devem ser aplicadas pelo juiz ¹⁵.

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

“Neppure questo modello, però, basato pur sempre sul principio di origine, riesce a fornire dei criteri adeguati di identità e appartenenza: i criteri che fornisce non sono generali, nel senso che essi non possono applicarsi con successo all’individuazione dell’identità di ogni sistema giuridico esistente (o

¹⁵ O que foi dito é uma adaptação de um exemplo fornecido por Raz (1983a, p. 97). Porque uma justificação completa dessa posição envolve a análise da relação entre direito e estado, e porque a relação entre direito e estado fornece a chave para a compreensão da continuidade, optei por desenvolvê-la no item 3.1.2.2.

ragionevolmente ipotizzabile). La conclusione che Raz trae dall'esame delle teorie di Austin e Kelsen è che bisogna abbandonare il principio di origine per sostituirlo con quello di 'riconoscimento autoritativo' (Comanducci, 1978, p 385)

Os argumento aduzidos neste item são parte da justificação do critério raziano de identificação do direito. Outros argumentos ainda podem ser mencionados. No item 3.1.2.3, analisarei criticamente os argumentos já mencionados e apontarei ainda outro, decisivo para a adoção de um critério com base no qual se possa identificar o direito a partir o modo como ele é aplicado. Antes, porém, cumpre fazer algumas observações sobre a continuidade dos sistemas jurídicos.

4.1.2.2

Critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos

Um sistema jurídico não-momentâneo é uma seqüência de sistemas jurídicos momentâneos. Sobre a identidade destes já se falou no item anterior (e nos itens 2.1.1.1, 2.1.2.1 e 3.1.1.1). Resta agora apontar quais eventos interrompem a existência contínua de um sistema jurídico não-momentâneo, acarretam seu desaparecimento e, quem sabe, resultam na criação de um novo sistema (Raz, 2003, p.187). Em "The Concept of a Legal System", Raz não faz mais do que alguns apontamentos sobre o problema. Posteriormente ("The Identity of Legal Systems"), a questão é recolocada e explorada com mais calma.

Porque a chave para o problema da continuidade encontra-se na relação entre direito e estado, uma análise das teorias que relacionaram ambos é o primeiro passo para a confecção de um critério completo de identidade dos sistemas jurídicos. Existem basicamente duas visões acerca da relação entre direito e estado: uma kelseniana, de acordo com a qual o conceito de estado só pode ser adequadamente explicado em termos legais (primazia da teoria jurídica sobre a teoria do estado); outra benthamita/ austiniana, em que uma teoria do estado é pressuposta por todo aquele que pretender estudar os sistemas jurídicos (primazia da teoria do estado sobre a teoria do direito) ¹⁶.

¹⁶ Porque extrapola os objetivos deste trabalho, não vou expor os motivos que levaram Kelsen a sustentar sua posição. Para uma visão detalhada dos argumentos kelsenianos, cf. Sgarbi, 2002, pp.6-51.

De acordo com Raz, todo sistema jurídico é parte de um sistema político; assim como todo sistema político compõe um sistema social mais compreensivo (Raz, 1983a, p. 100). Porque todo estado é um sistema político, e porque todo sistema jurídico é parte de um sistema político, uma teoria dos sistemas jurídicos deve se basear, ao menos parcialmente, em uma teoria do estado (Raz, 1983a, p. 99).

Isso significa que a questão da identidade dos sistemas jurídicos está atada ao problema da identidade do sistema político a que pertence; por extensão, a continuidade dos sistemas jurídicos será afetada pela continuidade do sistema político em questão (Raz, 1983a, p. 100). Se isso for correto, três observações se fazem necessárias: em primeiro lugar, a questão da continuidade não pode ser determinada exclusivamente a partir de considerações legais; ademais, no plano legal, é forçoso admitir que certas normas são mais importantes do que outras para se apontar o momento de ruptura; finalmente, o reconhecimento de que os sistemas jurídicos fazem parte de sistemas mais compreensivos pode fornecer também a chave para alguns dos problemas referentes à extensão.

A primeira colocação explica porque o critério kelseniano de continuidade dos sistemas está fadado a falhar.

“Because Kelsen lacks the concept of the state as a political system, he fails to account for the identity of a legal system. He is driven to rely on constitutional continuity as a sole mark of identity, disregarding the fact that new states can be created and new legal systems established without any break in the constitutional continuity taking place” (Raz, 1983a, p. 99).

Porque a identidade de um sistema jurídico depende das formas sociais em que está inserido, a determinação do critério para apontar o momento de ruptura depende de considerações que extrapolam o nível jurídico. Com essa afirmação, Raz deixa claro que o exame da continuidade pressupõe certos conhecimentos pertencentes a outras ciências sociais (Raz, 2003, p. 189). Isso explica porque o unilateralismo kelseniano acarreta uma visão distorcida do fenômeno jurídico; ao mesmo tempo que serve de justificativa para que Raz evite uma abordagem conclusiva do problema: “not wishing to trespass on other fields, I shall confine myself henceforth to the problem of the identity of momentary systems” (Raz, 2003, p. 189).

No que respeita à importância de certas normas jurídicas para a determinação do momento de ruptura, cabe dizer o seguinte: se a continuidade dos sistemas jurídicos é fundamentalmente uma função da continuidade dos sistemas políticos, então normas “políticas” – como aquelas de direito constitucional e direito administrativo – são mais importantes do que outras normas jurídicas – como as de direito civil e direito penal (Raz, 1983a, p. 100). Dizer que são mais importantes, contudo, não significa afirmar que uma mudança constitucional não permitida acarreta necessariamente uma descontinuidade do sistema (como sugeriu Kelsen), nem que uma mudança permitida não implique jamais uma descontinuidade. De acordo com Raz, a criação de uma nova norma original ¹⁷ interrompe a continuidade de um sistema somente se for uma norma constitucional de grande importância (Raz, 2003, p. 188).

O reconhecimento de que um sistema jurídico é sempre parte de um sistema social mais compreensivo pode lançar ainda alguma luz sobre a questão da extensão (discutida no item anterior). Como parte de um sistema social, cabe ao sistema jurídico dar suporte a outras formas de grupamento social, o que é feito na medida em que o direito reconhece e aplica normas que não fazem parte do sistema jurídico estatal, tais como aquelas estabelecidas por contratos, arranjos ou quaisquer outras regras e costumes de pessoas ou associações particulares (Raz, 1983a, p. 101).

“To obscure the distinction between norms recognized as part of the law and norms that, although not part of the law, are recognized and enforced because it is the function of the law to support various social groupings is to misunderstand the nature of the state and its relations to other social systems” (Raz, 1983a, pp. 101 e 102).

De acordo com Raz, além de serem compreensivos (porque reclamam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento) e supremos (porque reclamam autoridade para regular a estruturação e a aplicação de outros

¹⁷ “According to his theory [de Kelsen], two momentary systems A and B belong to the same legal system if, and only if, the creation of all the laws of B which are not identical with laws of A was authorized by the laws of A. The creation of a law is authorized by another if the law-creating acts creating the first amount to the exercise of legislative powers conferred by the second, or by another law the creation of which is authorized by the second.”

“If the creation of a law is not authorized by another law it can be called an ‘original law’. Kelsen’s criterion for the identity of legal systems presupposes that no momentary system contains an original law which does not belong also to the first momentary system of the same legal system” (Raz, 2003, p. 188).

sistemas institucionalizados pela comunidade), sistemas jurídicos também são sistemas abertos (Raz, 1983c, pp. 115-121). Diz-se de um sistema jurídico que ele é aberto na medida em que ele contém normas cuja finalidade é conferir força vinculante dentro do sistema a normas que não pertencem a ele (Raz, 1983c, p. 119). Se eu digo de uma norma que ela é jurídica e pertence ao sistema na medida em que deve ser reconhecida como tal pelos órgãos primários de aplicação do direito, serei forçado a assumir que também aquelas normas criadas através de contratos fazem parte do sistema jurídico (porque também elas devem ser aplicadas pelos órgãos primários). Da mesma forma, terei que assumir que também fazem parte do sistema as normas que, a despeito de pertencerem a outros sistemas jurídicos, forem de aplicação obrigatória por força das normas de direito internacional. Do modo como foi até agora formulado, o critério de pertinência raziano não consegue separar essas normas que pertencem a outros sistemas normativos daquelas que realmente fazem parte do sistema jurídico em questão. Porque tem consciência desse fato, Raz sugere uma modificação no teste de pertinência:

“They [as normas pertencentes a outros sistemas normativos] are, however, recognized and made binding in such systems by norms which require the courts to act on and enforce these norms. Therefore, we must modify the criterion of membership in an institutionalized system in order to exclude these norms. We want a test which will identify as belonging to a system all the norms which its norm-applying institutions are bound to apply (by norms which they practice) except for those norms which are merely ‘adopted’.” (Raz, 1983c, 119)

O novo teste de pertinência (teste 4) pode ser formulado nos seguintes termos:

Pertencem a um mesmo sistema jurídico todas as normas cuja aplicação por um órgão primário for obrigatória, à exceção daquelas normas que são meramente adotadas por esses órgãos.

Cabe ainda fazer a seguinte pergunta: como sou capaz de distinguir normas cuja aplicação é obrigatória porque pertencem ao sistema jurídico de normas cuja aplicação é obrigatória porque cabe ao direito dar suporte a outros arranjos sociais? A resposta a essa questão exige um outro teste, que chamarei de teste de aderência (“teste 5”). De acordo com ele (Raz, 1983c, p. 120), uma norma é adotada por um sistema aberto se, e somente se:

(1) A norma em questão pertence a um outro sistema normativo praticado pelos sujeitos normativos e é reconhecida como tal enquanto permanecer em vigor nesse sistema e, portanto, for aplicável aos mesmos sujeitos normativos, dado que ela é reconhecida porque o sistema pretende respeitar o modo como a comunidade regula suas atividades, independentemente dessa mesma atividade poder ter sido regulada de outra forma; ou (2) a norma em questão foi produzida por ou com o consentimento de seus sujeitos normativos no uso de poderes conferidos pelo sistema para habilitar indivíduos a regular seus assuntos particulares da forma como desejarem.

As considerações feitas autorizam a seguinte conclusão: o teste 4 descreve um conjunto de condições necessárias para que uma norma pertença a um sistema. Contudo, passarão naquele teste mais normas do que aquelas realmente pertencentes ao sistema, em virtude do que um outro teste é exigido. O teste 5 descreve um conjunto de condições que, se satisfeitas, indicam de forma conclusiva que a norma aprovada no teste 4 não pertence ao sistema jurídico em questão. A conjunção de ambos os teste fornece, assim, um meio adequado e suficiente para uma descrição completa dos sistemas jurídicos: um sistema jurídico é, portanto, o conjunto formado por todas aquelas normas aprovadas no teste 4 e reprovadas no teste 5.

4.1.2.3 Avaliação crítica

Como afirmado na introdução a “The Concept of a Legal System”, o enfoque raziano da questão dos sistemas jurídicos compreende uma parte histórica e outra construtiva. A parte histórica compreende uma análise crítica das teorias de Austin, Kelsen e (embora não dito de forma expressa) Hart. Sua estratégia consiste em reformular as questões que são suscitadas em uma teoria dos sistemas e procurar no positivismo analítico as respostas dadas a essas (novas) perguntas. Porque o objeto deste trabalho não envolve a *existência* ou a *estrutura* dos ordenamentos jurídicos, considerarei tão-só o aspecto da identidade. A conclusão a que chega Raz é que Austin, Kelsen e Hart falharam. Nenhum dos critérios formulados por eles foi capaz de propiciar uma resposta

adequada aos problemas da extensão e da continuidade. As razões para esse fracasso foram discutidas neste capítulo e no anterior.

A parte construtiva da obra de Raz consiste na formulação de um novo critério de identidade. Porque a identidade envolve não só a análise da extensão de sistemas jurídicos momentâneos como também a continuidade de sistemas jurídicos não-momentâneos, dois critérios são exigidos: um para determinar a extensão, outro para dar conta da continuidade. Ambos foram descritos nos dois itens anteriores. Neste item, pretendo analisar criticamente o critério raziano de identidade, o que será feito em duas partes: num primeiro momento, discutirei seu critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos não-momentâneos; em seguida, criticarei seu critério para determinar a extensão dos sistemas jurídicos momentâneos.

Sobre a continuidade dos sistemas jurídicos não-momentâneos

Como foi visto nos itens anteriores, nenhum dos autores discutidos conseguiu formular um critério preciso para determinar exatamente quando se dá a interrupção de um sistema jurídico não-momentâneo. Da mesma forma, Raz também não nos fornece nenhum critério adequado. Assim como Kelsen, Raz pensa que a determinação dos fatores que ocasionam uma interrupção no sistema jurídico não-momentâneo envolve considerações que ultrapassam os limites da teoria do direito. Talvez isso tenha servido para ambos como justificativa para destinar ao problema menos atenção.

De qualquer forma, Raz sustenta que certas alterações constitucionais indicam o momento de ruptura. Com isso, ele se afasta de Kelsen, para quem a co-originalidade constitucional de duas normas pertencentes a sistemas jurídicos momentâneos diferentes é suficiente para dizer de ambas que pertencem a um único e mesmo sistema não-momentâneo. Contudo, ao dizer que a criação de uma norma constitucional de grande importância (e não qualquer norma constitucional) interrompe a continuidade de um sistema não-momentâneo (Raz, 2003, p. 188), Raz não faz mais do que indicar a direção onde a resposta para a questão da continuidade pode ser encontrada. Afinal, no que consiste a “maior importância” da norma mencionada é algo que ele não esclarece.

Se por um lado, nenhum critério conclusivo é oferecido, por outro, suas críticas apontam de modo bem claro a insuficiência dos critérios já propostos, o que não pode deixar de ser visto como um avanço. Além disso, penso que o

mérito de sua proposta consiste na demarcação dos limites de uma investigação sobre a continuidade: porque esta deve levar em conta o fato de que sistemas jurídicos são afetados pelos sistemas políticos a que pertencem (Raz, 1983, p. 100), não pode ficar restrita a considerações estritamente jurídicas.

Sobre a extensão dos sistemas jurídicos momentâneos

As contribuições de Raz para a determinação da extensão dos sistemas jurídicos me parecem valiosas. Sem entrar aqui no mérito da coerência das idéias de Austin e Kelsen, o critério raziano afigura-se mais adequado do que o deles para descrever aquilo que normalmente se entende por um sistema jurídico. Vejo duas razões para pensar dessa forma. Em primeiro lugar, seu critério dá conta de individualizar normas criadas no exercício da autonomia privada e normas pertencentes a outros sistemas jurídicos. Individualizadas, essas normas podem ser apartadas do sistema jurídico analisado. A questão que se coloca agora é: por que é conveniente excluir essas normas do grupo de normas reconhecidas como “o sistema jurídico brasileiro”? Por que não dizer que os contratos celebrados por cidadãos brasileiros em solo brasileiro integram o sistema jurídico brasileiro? E por que não dizer que as normas do direito francês que são aplicadas aqui em virtude de normas de direito internacional privado não fazem igualmente parte do sistema jurídico brasileiro? Por uma razão muito simples: porque elas efetivamente não fazem parte daquilo que comumente se entende como sistema jurídico brasileiro. Isso pode parecer mais óbvio em relação às normas de outros sistemas jurídicos: dizer de uma norma que ela pertence ao sistema jurídico francês é (ou ao menos deveria ser) o mesmo que dizer que ela não pertence ao sistema jurídico brasileiro, não pertence ao sistema jurídico uruguaio nem a nenhum outro sistema que não seja o sistema francês. É nisso que consiste a unidade de um sistema jurídico. Afirmar que um sistema é unitário consiste em poder individualizar um conjunto de normas e dizer delas que são o conjunto brasileiro e não o conjunto norueguês de normas jurídicas. Pensar de outra forma é confundir o próprio conceito de unidade (identidade) ou duplicar desnecessariamente um número significativo de normas que, por razões de conveniência política, acabam por ser aplicadas em sistemas jurídicos diferentes daqueles a que pertencem.

Se isso parece razoável, não serve, contudo, para dar uma resposta completa às questões formuladas. Resta ainda entender por que não devemos

considerar contratos e outros arranjos celebrados por particulares como parte integrante de um dado sistema jurídico. Essa posição pode ser justificada a partir de algumas das funções que um sistema jurídico cumpre em uma sociedade. Sistemas jurídicos servem de guia para que as pessoas decidam-se entre diferentes cursos de ação, assim como fornecem padrões para a avaliação crítica do próprio comportamento e do comportamento alheio ¹⁸. Porque sabe que o Imposto sobre Veículos Automotores (IPVA) de um automóvel importado lhe sairá razoavelmente caro, um indivíduo pode optar por comprar um veículo nacional. Da mesma forma, ele pode considerar sua conduta como adequada na medida em que recolhe tempestivamente o IPVA, e criticar a postura do amigo de só pagar o referido tributo quando forem montadas operações policiais de fiscalização para o controle do recolhimento do imposto referido. Ora, se o direito realmente cumpre essas funções, conhecê-lo é uma estratégia social necessária. E conhecer o direito nada mais é do que identificar dentre todo o material normativo disponível no mundo um conjunto de normas que se deixa descrever como um sistema jurídico específico. Se eu identifico esse sistema jurídico específico para ter acesso aos padrões aceitos e exigidos na minha sociedade (e não porque pretendo cumprir uma tarefa acadêmica qualquer, por exemplo), devo ser capaz de identificar as normas que disponibilizam esses padrões e mais nenhuma outra norma. Do contrário, identificaria mais elementos do que os estritamente necessários para a determinação da minha conduta. Incluir contratos e sentenças judiciais nos sistemas jurídicos (como fez Kelsen) é fornecer mais elementos do que precisamos e, efetivamente, exigimos do direito. Não pretendo com isso dizer que a solução kelseniana de inclusão das normas individuais revela uma inverdade científica. Meu intento é mostrar que sua inclusão se afigura inadequada e desnecessária para que um sistema jurídico cumpra sua função.

A segunda razão para justificar o modelo raziano de identificação do direito não é propriamente uma razão em seu favor, mas sim um motivo para não adotar os modelos de Austin e Kelsen. Se soar plausível, o leitor perceberá que ela indica que devemos nos afastar dos modelos imperativistas; se isso for feito, resta-nos ainda escolher entre os modelos de Hart e de Raz.

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

¹⁸ Em “O Conceito de Direito”, Hart já havia chamado atenção para esses aspectos do direito.

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

O que se pergunta, então, é: por que preferir o modelo raziano ao hartiano (ou vice-versa)? A crítica de Raz à teoria de Hart é basicamente uma crítica à teoria da regra de reconhecimento. Em síntese, Raz questiona a necessidade de se recorrer a uma regra para identificar o direito; a existência de uma só regra de reconhecimento em cada sistema jurídico; e sua capacidade para descrever apropriadamente casos em que uma decisão é tomada no exercício de discricionariedade judicial. Esse último questionamento deve ser investigado com cuidado particular. Sua análise deverá indicar uma resposta para os outros dois.

De acordo com Raz, a regra de reconhecimento impõe aos órgãos que aplicam o direito (e não a todos os cidadãos) o dever (e não o poder) de aplicar as normas reconhecidas como jurídicas pela própria regra de reconhecimento. Uma tal regra estipula certas condições que, se satisfeitas, justificam uma afirmação conclusiva de que a norma identificada é uma norma do grupo. Se a norma identificada pertence ao grupo, os órgãos que aplicam o direito têm o dever de aplicá-la. Segundo Raz, boa parte do material jurídico é efetivamente identificado dessa maneira. Contudo, esse material não corresponde a todo o

material de um sistema jurídico. Afinal, em certas situações, os juízes decidem casos com base em razões outras que não aquelas fornecidas por normas jurídicas, dado que os sistemas jurídicos não dão conta de regular todo e qualquer aspecto da vida humana. Porque sistemas jurídicos são lacunosos, e porque normalmente um sistema jurídico não admite a possibilidade do *non liquet*, certas decisões não se baseiam em normas do sistema (portanto, não podem ser reconhecidas com base na regra de reconhecimento). Se um sistema possui uma regra de precedente, a nova decisão será incorporada ao sistema jurídico e deverá, portanto, ser reconhecida como parte dele. O que Raz sustenta é que a regra de reconhecimento não consegue dar conta dessas situações. Ao lado da regra de reconhecimento (que especifica características das normas que devem ser aplicadas porque jurídicas) existiria também uma regra de discricção (que baliza a atividade jurisdicional inovadora); e o que me autoriza a afirmar que essas duas regras e todas aquelas identificadas com base naquela ou produzidas com base nessa última pertencem a um único e mesmo sistema jurídico é o fato de que todas elas são reconhecidas por um órgão primário de aplicação do direito. O que Raz se pergunta é por que recorrer a uma regra (de reconhecimento) quando o critério conclusivo para a identificação do direito encontra-se na atuação de certos órgãos que o aplicam?

A escolha entre Hart e Raz parece ser a escolha entre uma regra e uma prática específica, o que, em certa medida, não pode deixar de ser arbitrário. Da mesma forma que posso me perguntar “por que uma regra” (e é essa a pergunta de Raz), posso me perguntar “por que não uma regra”. A resposta, contudo, não me parece ser tão importante para a determinação dos critérios de identidade. Dizer que a atuação dos órgãos primários é decisiva para a identificação do direito não é incompatível com a afirmação de que uma regra de reconhecimento é decisiva para a identificação do direito, ao menos de acordo com uma certa interpretação da regra de reconhecimento. Afinal, se a regra de reconhecimento é uma prática socialmente aceita, nada impede que seu conteúdo deva ser determinado pela atuação dos órgãos primários de aplicação do direito.

Se a escolha entre a regra de reconhecimento hartiana e o critério do reconhecimento autoritativo raziano não é relevante, então alguém poderia objetar que a teoria raziana igualmente não o é, porque consiste numa mera reprodução da teoria da regra de reconhecimento. Penso que essa objeção não procede. Se eu estiver errado, e a regra de reconhecimento for realmente incapaz de descrever o direito de modo fiel (como propôs Raz), então a saída de Raz consiste numa alternativa viável para se identificar o direito. Se estiver certo,

porém, precisarei demonstrar que Raz faz mais do que reproduzir as idéias desenvolvidas na teoria hartiana. Precisarei demonstrar, portanto, que ele resolve problemas que foram colocados, mas não solucionados por Hart. Nesse sentido, poderíamos falar numa reconstrução raziana em grande medida inovadora da teoria hartiana da regra de reconhecimento. Vejamos como isso pode ser feito.

Penso que a grande contribuição de Hart para a teoria do direito consiste na percepção da importância do ponto de vista interno para sua identificação. É porque leva em conta o ponto de vista interno que Hart sustenta que a regra de reconhecimento é uma prática social. E porque a regra em questão é uma regra (e não um cavalo ou uma sensação térmica) ela tem um destinatário e um caráter normativo. Hart, contudo, não fornece uma resposta clara sobre quem são seus destinatários e sobre qual é seu caráter normativo. Raz parte desse ponto. De acordo com ele, a regra de reconhecimento impõe deveres e destina-se aos órgãos aplicadores do direito. Como existem ao menos dois tipos de atividade que se deixam reconhecer como “aplicadoras” de direito, Raz propõe a separação entre órgãos que impõem o direito e órgãos primários de aplicação do direito. A regra de reconhecimento deveria, assim, ser direcionada a esses últimos.

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

Se isso for possível, então as contribuições de Raz consistem em um aprimoramento da regra de reconhecimento, e a escolha entre o critério da regra ou o do reconhecimento autoritativo é uma questão de mera conveniência

explicativa. Porque uma regra nada mais é do que uma forma de generalizar comportamentos esperados, posso dizer que a regra de reconhecimento é uma forma de generalizar aquilo que se espera dos órgãos primários. Se isso for assim, a referência à regra ou a referência ao órgão nada mais são do que duas formas diferentes de descrever um único e mesmo critério de identidade: aquele que leva em conta a atividade de um grupo específico de pessoas para indicar o que é e o que não é direito. É por isso que não vejo como negar que a regra de reconhecimento pode ser interpretada como uma maneira (eventualmente frutuosa) de descrever a prática dos órgãos primários de aplicação do direito.