

6

Conclusão

Foi visto no segundo capítulo que, de acordo com Raz, uma teoria dos sistemas envolve quatro questões diferentes: a questão de sua existência, de sua identidade, de sua estrutura e de seu conteúdo. A questão da identidade possui dois aspectos distintos. Isso é assim porque a expressão “sistema jurídico” refere-se tanto a um conjunto de normas identificáveis em um determinado espaço de tempo quanto a uma sucessão de conjuntos de normas, cada um deles identificado em um ponto temporal específico. É por isso que Raz afirma que a identidade envolve tanto um critério, com base no qual se possa determinar a extensão de sistemas jurídicos momentâneos, quanto um critério, com base no qual se possa determinar a continuidade de sistemas jurídicos não momentâneos.

Com base nesse referencial teórico, foi feita, inicialmente, uma análise das teorias dos sistemas propostas por Austin e Kelsen. Esses dois autores representam uma corrente que pode ser denominada imperativista. De acordo com eles, o direito deve ser identificado a partir do modo como ele é produzido. Para Austin, o direito é um conjunto formado por todas as ordens emanadas pelo soberano e respaldadas por ameaças. Concluiu-se que o critério austiniiano para determinação da extensão dos sistemas jurídicos momentâneos deixa de fora certas normas (como costumes e normas que regulamentam o exercício da autonomia privada) que são vistas pela maioria da comunidade lingüística como normas jurídicas. Seu primeiro critério fornece, portanto, uma descrição inadequada dos sistemas jurídicos. Por outro lado, seu critério para determinar a continuidade dos sistemas jurídicos não-momentâneos pode ser assim formulado: um sistema jurídico não momentâneo cessa de existir quando cessa de existir o soberano, fonte única das normas jurídicas daquele sistema. Um tal critério afigura-se também inadequado. Em primeiro lugar, dizer que com o soberano perece também o sistema jurídico é adotar um conceito de sistema que se afasta desnecessariamente do conceito comumente aceito de sistema

jurídico; em segundo lugar, mesmo que o perecimento do soberano significasse o perecimento do sistema, ainda assim não seria possível explicar nos moldes austinianos como as ordens emanadas pelo novo soberano são normas jurídicas, uma vez que não teria havido ainda tempo para se consolidar um hábito geral de obediência.

Ainda no terceiro capítulo, foi analisada a teoria dos sistemas jurídicos de Kelsen. De acordo com ele, um sistema jurídico momentâneo é o conjunto formado pela norma fundamental e por todas aquelas outras normas que puderem ser reconduzidas até ela. Um tal critério pode ser criticado principalmente a partir da impossibilidade de se determinar o conteúdo da norma fundamental sem o conhecimento prévio da identidade do direito. Se isso for correto, então o direito só pode ser conhecido se se conhecer a norma fundamental daquele sistema; assim com o conteúdo de sua norma fundamental só pode ser conhecido se se conhecer o conteúdo do sistema; ademais, com base na norma fundamental não é possível descrever de forma adequada a concessão pacífica de independência a um estado que tenha feito parte do estado concedente. Além de ter por objetivo prover um método para determinar a extensão dos sistemas jurídicos momentâneos, a norma fundamental foi pensada também com a finalidade de determinar o momento em que um sistema jurídico não-momentâneo cessa de existir e dá lugar a um outro. De acordo com Kelsen, um sistema cessa de existir quando cessa de existir a norma fundamental. A determinação do momento exato em que isso ocorre deve ser feita com o auxílio do conceito de eficácia global do ordenamento. Contudo, estabelecer o momento exato em que isso ocorre é extremamente difícil, em virtude do que se pode dizer que o critério kelseniano para acusar o fim da continuidade de um sistema jurídico não-momentâneo é, por um lado, impreciso, e, por outro, de difícil determinação.

No quarto capítulo, analisei a teoria dos sistemas jurídicos desenvolvida por Hart. De acordo com ele, um sistema jurídico é o conjunto formado pela regra de reconhecimento e por todas aquelas outras normas que puderem ser reconhecidas por ela. Um tal critério possui algumas vantagens em relação aos anteriores. Em primeiro lugar, a regra de reconhecimento, por ser uma prática social, pode ser determinada empiricamente (ao contrário da norma fundamental de Kelsen, que deve ser pressuposta pelo cientista do direito). Além disso, porque ela é uma prática ela reflete o modo como as pessoas enxergam as normas jurídicas como normas obrigatórias. Isso significa que, ao contrário de seus antecessores, Hart consegue estabelecer um critério de identificação do

direito que leva em conta o papel do próprio direito na determinação da conduta dos indivíduos (vale dizer, um critério que leva em conta o ponto de vista interno). Contudo, de acordo com Raz, a regra de reconhecimento não pode ser vista como um critério conclusivo e exclusivo de identificação do direito. Afinal, por mais que seja correto afirmar que uma tal regra disponibiliza características que, se presentes em uma norma, autorizam uma afirmação de que essa é uma norma do grupo, não é correto dizer que todas as normas do grupo são identificadas a partir da regra de reconhecimento. De acordo com Raz, ao lado dela existe também uma regra de discricção, que orienta o juiz a decidir casos não previstos no direito. Se houver nesse sistema uma regra sobre a obrigatoriedade dos precedentes, então as decisões tomadas de acordo com a regra de discricção (portanto não reconhecidas como jurídicas com base na regra de reconhecimento) também fazem parte do sistema jurídico. Quanto à aptidão da regra de reconhecimento para fornecer um critério de determinação da continuidade de sistemas jurídicos não-momentâneos, valem as conclusões que se aplicam a Kelsen.

A proposta de Raz, por seu turno, é claramente um desenvolvimento e aprimoramento das idéias de Hart. Porque também reconhece a necessidade de se levar em conta o ponto de vista interno na identificação do direito, Raz aposta em um critério que o identifique a partir do modo como ele é aplicado. Por outro lado, porque considera que a regra de reconhecimento é um expediente que explica somente uma parte do processo de identificação do direito; e porque considera que ao lado dela existe também uma regra última de discricção; Raz afirma que a única maneira de afirmar conclusivamente que ambas pertencem a um mesmo e único sistema jurídico é fazer repousar o critério de identificação no reconhecimento autoritativo, levado a cabo pelos órgãos primários de aplicação do direito. Quanto à continuidade dos sistemas jurídicos não-momentâneos, Raz não fornece um critério definitivo. Antes, pontua que a chave para a compreensão desse problema encontra-se em certas normas constitucionais que, por serem mais importantes do que as demais, indicam, caso cessem de existir, o momento de ruptura.

A análise das teorias anteriores indica que as teorias imperativistas devem ser abandonadas não só porque possuem inconsistências, mas principalmente porque negligenciam o fato de que qualquer definição adequada do direito deve levar em conta o modo como os próprios integrantes de uma comunidade jurídica entendem o direito como direito. Se isso for correto, então as teorias de Hart e Raz representam uma forma mais precisa de identificar o direito, pois

ambas incorporam em seus critérios de identificação o ponto de vista do participante. Ao que me parece, as críticas de Raz ao modelo hartiano contribuem muito mais se vistas como um seu aperfeiçoamento do que como um argumento em favor de sua substituição. Afinal, Raz esclarece dois pontos obscuros da teoria da regra de reconhecimento: especificamente, que uma tal regra impõe deveres, e que se dirige aos funcionários (e não a toda a comunidade). Por outro lado, Raz demonstra que em certos momentos, as cortes decidem com base em uma regra que especifica diretrizes para se decidir casos não previstos pelo direito, e que essas decisões podem ser incorporadas ao sistema jurídico momentâneo. Contudo, penso que tanto as diretrizes para se decidir quanto a incorporação do decidido ao sistema jurídico, por serem práticas dessas cortes, podem ser incorporadas na própria regra de reconhecimento. Se estiver correto, então Hart e Raz descrevem de duas formas diferentes um só critério de identificação do direito: para o primeiro, o critério conclusivo é uma regra, que expressa uma prática específica de um grupo específico de funcionários (aqueles que compõem órgãos primários de aplicação do direito); para o segundo, o critério conclusivo é a própria prática dos órgãos aplicadores do direito (que, por sua vez, pode ser descrita através de uma regra de reconhecimento e de uma regra de discricção).

De qualquer forma, ambas as descrições abrem espaço para o estudo do direito como um sistema de razões para a ação. Isso significa que normas imperativas (que impõem obrigações de fazer ou não fazer), normas permissivas e normas que conferem poder podem ser descritas em suas relações com razões para a ação. Especificamente nesse ponto, as contribuições de Raz são de extrema valia. De acordo com ele, uma norma imperativa é um conjunto formado por uma razão de primeira ordem para se fazer ou deixar de fazer algo e uma razão excludente para não se agir com base em certas razões conflitantes (conjunto chamado por ele de razões protegidas). Uma norma permissiva nada mais é do que uma autorização para se desconsiderar certas razões conflitantes; ao passo que uma norma que confere poderes jurídicos é uma autorização normativa para se alterar razões protegidas.

A consideração das normas como razões para a ação abre espaço para a reformulação de inúmeros conceitos jurídicos, importantes não só para o teórico como também para o jurista prático. Com base nela, é possível investigar, por exemplo, a diferença entre extensão de uma norma e exceção a uma norma. Da mesma forma, é possível explicar qual o modelo decisório adotado pelos diversos sistemas jurídicos. Essas questões, conquanto importantes,

ultrapassam os objetivos deste trabalho, e devem ser exploradas em uma outra ocasião.