

1

Introdução

O presente trabalho é um estudo de teoria do direito. A teoria do direito é tradicionalmente vista como um conjunto que compreende quatro grandes grupos de teorias: um grupo de teorias sobre a norma jurídica, um sobre o ordenamento jurídico (ou sistema jurídico), um sobre a interpretação e ainda outro sobre a decisão jurídica (ou argumentação jurídica). Essa divisão não tem por finalidade colocar em quatro compartimentos radicalmente diferentes e incomunicáveis o que se estuda na teoria do direito, mas sim chamar a atenção para o fato de que um objeto tão vasto e complexo como o próprio direito admite uma pluralidade de enfoques teóricos. Nesse prisma, este trabalho é uma tentativa de apontar e discutir certos aspectos do direito que, de acordo com essa divisão tradicional, se deixam descrever melhor a partir de uma teoria do ordenamento ou sistema jurídico e de uma teoria das normas jurídicas. Se, por um lado, questões referentes à interpretação não serão discutidas, por outro, certos aspectos da teoria da decisão só serão mencionados na medida em que se fizerem necessários para a compreensão dos problemas levantados.

Meu ponto de partida é a afirmação feita por Joseph Raz de que o direito é um sistema de razões para a ação. Se a intuição de Raz estiver correta, então deve ser possível afirmar que normas jurídicas são ou se relacionam de alguma maneira com razões para a ação. Se o direito é um sistema de razões para a ação, então um critério de identificação do direito é um critério que identifica razões para a ação. Qual critério, então, é capaz de, ao mesmo tempo, identificar o direito e reconhecer nele um conjunto de razões para a ação? Ou, para ser mais preciso, qual critério é capaz de identificar o direito como um sistema de razões para a ação? Se for possível encontrar um critério ou um conjunto de critérios que cumpram essa função, então uma segunda pergunta se faz oportuna: o que é dizer de uma norma jurídica que ela é (ou se relaciona com) uma razão para a ação?

Para fornecer uma resposta adequada à primeira pergunta será adotada a seguinte estratégia: em um primeiro momento, demonstrarei, com base em Raz, que uma teoria do sistema jurídico deve se preocupar com quatro aspectos distintos dos sistemas: sua existência, sua identidade, sua estrutura e seu conteúdo; e que a questão da identidade do direito envolve a análise de dois problemas diferentes: o problema de sua extensão e o de sua continuidade. Os principais traços da teoria do sistema jurídico de Raz serão discutidos no Capítulo 2.

Em seguida, analisarei as teorias propostas por Austin, Kelsen e Hart no marco explicativo proposto por Raz, ou seja, investigarei a aptidão de cada uma dessas teorias para proporcionar uma resposta satisfatória aos problemas da extensão e da continuidade dos sistemas jurídicos. Por fim, apresentarei e discutirei os critérios de identificação do direito propostos por Raz. Deverá restar demonstrado que os critérios de identificação propostos por Austin e Kelsen não só acarretam uma descrição insatisfatória do fenômeno jurídico como também não dão conta de identificá-lo como um conjunto de razões para a ação. O Capítulo 3 é dedicado a Austin e Kelsen. Por outro lado, tanto Hart quanto Raz preocuparam-se em fornecer critérios de identificação capazes de reconhecer essa dimensão prática do direito. Se ambos dão conta de identificar o direito como um sistema de razões para a ação, a avaliação crítica desses dois conjuntos de idéias deverá apontar as vantagens de um e outro para uma descrição adequada do direito. O Capítulo 4 é dedicado a Hart e Raz.

A resposta à segunda pergunta exige, em primeiro lugar, uma investigação sobre a estrutura geral das razões. De acordo com Raz, existem duas classes diferentes de razões: razões de primeira e de segunda ordem. A chave para a compreensão das normas jurídicas encontra-se no modo particular como essas duas classes se relacionam. Depois de analisada a estrutura das razões, será explorado o modo como os diversos tipos de normas (imperativas, proibitivas e que conferem poder) podem ser explicados a partir da idéia de razões para a ação. Esses dois aspectos serão abordados no Capítulo 5.

A escolha da teoria do direito de Raz como marco teórico teve ainda duas consequências importantes para o desenvolvimento desse trabalho. Em primeiro lugar, determinou o universo de autores que deveriam ser estudados e criticados. Na medida em que Raz não ultrapassa os limites do positivismo analítico, também não ultrapassarei. Nesse sentido, o presente estudo é um estudo que se realiza no interior do positivismo jurídico, mais especificamente no interior daquilo que ficou conhecido como positivismo analítico. Por outro lado,

essa escolha serviu também de base para a criação de uma instância crítica. Muito embora os autores estudados estejam sujeitos às mais variadas críticas, utilizei no trabalho tão-somente aquelas feitas especificamente por Raz ou aquelas tacitamente admitidas por ele. Penso que essa é a melhor maneira de entender o que o levou a enxergar o direito do modo peculiar como enxerga. Se atingir meus objetivos, devo proporcionar ao leitor a possibilidade de conhecer um pouco mais sobre um autor tão importante para a teoria do direito quanto desconhecido no debate teórico brasileiro.