

## AGRADECIMENTOS

Este livro é um esforço de autoconhecimento, que já vem de pelo menos uma década e foi estimulado pelos encontros e discussões com Pablo Navarro. Desde a graduação em direito, foi implantado em meu DNA o livro *Normative Systems* de Alchourrón e Bulygin, mas sempre tive alguma dificuldade em me ver como positivista *stricto sensu*, já que me inclino a entender o direito mais como o universo das razões e menos como o domínio da vontade de fato. Os breves encontros e a leitura de J.J. Moreso me ajudaram a contrabalançar minha herança biológica e entender, afinal, que tipo de positivista sou eu. No final, nem só vontade nem só razão, mas a racionalização da vontade.

Embora maturado mentalmente em alguns anos, efetivamente escrevi e apresentei este livro como requisito para obtenção do título de Livre-Docente na Faculdade de Direito da USP, em 2010. Nesse processo de elaboração, a leitura, crítica e aconselhamento de Samuel Rodrigues Barbosa foram de grande ajuda. No capítulo em que ligo a noção de consequência lógica com o argumento de redução ao absurdo, aproveitei-me bastante de discussões com Jean-Yves Béziau e Edelcio Gonçalves de Souza. Testei alguns argumentos e teses por e-mail sobre alguns pontos críticos com Amalia Amaya, Giovanni Ratti e Giovanni Sartor, cujas opiniões e contraposições permitiram ou enxergar melhor minha posição ou refinar mais meu argumento. As constantes conversas com o Prof. Tercio, que começam com coisas do dia a dia, família, escritório..., mas sempre desembocam e se alongam sobre filosofia do direito, também passaram por aqui (normalmente encerradas por um «puxão de orelha» para que eu não deixasse de publicar!). O convite de J.J. Pons e Jordi Ferrer-Beltrán, a admiração que tenho pela Editora e a fé que deposito em seu projeto no Brasil, rica e seriamente desenvolvido por Marcelo Porciuncula, foram os ingredientes que faltavam. Aline de Souza e Bruna de Bem foram de grande ajuda com a formatação e a bibliografia.

— |

| —

— |

| —

## PREFÁCIO

Juliano Maranhão é, hoje, seguramente, um nome expressivo no cenário brasileiro do positivismo analítico em filosofia do direito. Seu domínio da matéria lógica, que aprendeu precocemente com o mestre Newton da Costa, o faz reconhecido também fora do País. E só isso já seria suficiente para introduzir o leitor neste livro.

Mas um prefácio é também uma discussão instigadora. Não obstante a inserção da temática num debate próprio da filosofia analítica: *a neutralidade valorativa é uma condição de sucesso para uma teoria do direito?* – há, no âmago do seu questionamento metodológico (teorias do direito descritivas ou avalorativas *versus* teorias do direito normativas ou justificadoras), a distinção e aprofundamento da relação entre direito e moral.

Para situar essa problemática, permito-me lançar alguns aspectos da própria modernidade jurídica, tal como aparece no contexto ocidental. Para isso é necessário um recuo no tempo histórico.

O destino da filosofia da *práxis* na cultura ocidental até o limiar dos tempos modernos conhecerá duas grandes versões da síntese entre *phýsis* e *ethos*, segundo a influência preponderante seja do Estoicismo seja do Cristianismo na tradição do Direito Natural clássico. De um lado, a influência estoica irá acentuar a transcendência e a imutabilidade da *phýsis* e, correlativamente, a necessidade do *logos* universal em que ela se exprime e que se formula como *nómos* eterno, sob cuja égide se constitui a unidade do gênero humano. De outro lado, a tradição bíblico-cristã caminhará no sentido de um aprofundamento da universalidade *subjetiva* ou da consciência moral do indivíduo que o constitui como *sujeito* propriamente dito ou como instância interior do *dever ser*, em face da universalidade objetiva da lei. O aparecimento dessa polaridade entre a consciência e a lei, que irá acompanhar a evolução posterior da Ética e do Direito, supõe, por sua vez, o fim do ciclo histórico da antiga *polis* e, do ponto de vista da evolução das instituições e das idéias políticas, a formação

dos primeiros esboços da *societate civil* no enorme corpo político do Império Romano e, posteriormente, nas sociedades urbanas da Idade Média.

Nesse novo contexto, a natureza não é mais a *phýsis* na imutabilidade de sua ordem e fundamento de um *nómos* objetivo ao qual deve referir-se a *práxis* humana. Nem se oferece mais como um horizonte de universalidade permanentemente aberto à contemplação do filósofo ou à sabedoria do legislador. Uma nova homologia deverá vigorar entre o modelo da sociedade e a nova idéia da natureza. A nova homologia fará submeter o pensamento social e político, bem como o pensamento ético (moral e direito), aos princípios epistemológicos e às regras metodológicas da nova ciência da natureza, ciência de tipo hipotético-dedutivo e tendo a análise matemática como seu instrumento conceptual privilegiado.

Já no século XVI, começa assim um movimento de interpretação do *corpus juris* em que se busca distinguir entre o entendimento sistemático das fontes romanas e o seu entendimento histórico-cultural. Explica-se, assim, a proposta de Donellus (*Commentatorium Juris Civilis Libri*) que constrói todo o direito privado como um sistema de direitos materiais (cf. Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt, 1969, p. 43). Partindo da famosa formulação de Celsus (*jus* como *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), propõe ele uma definição de direito em termos de *ea quae sunt cuiusque privatim jure tamen illi tributa e, especificamente*, como *facultas et potestas jure tributa*, expressões que denotam qualidades subjetivas. Com isso, Donellus re-interpreta a dicotomia direito público/direito privado em consonância com a idéia de *suum cuique tribuere*, entendendo o *jus privatum* em termos de *jus quod privatis et singulis quod suum est, tribuit*. Por conta disso, o Direito Privado passa a ser teoria dos direitos privados individuais.

A classificação de Donellus e sua concepção de direito subjetivo como faculdade e poder atribuídos pelo direito ao indivíduo sobre aquilo que lhe pertence não só incorpora a noção de livre arbítrio como essência humana, como também exige uma clara distinção entre a personalidade comunitária e a personalidade individual. A homogeneidade da personalidade comunitária é garantida pela organização e, como tal, se destaca de seus membros, as *personas morais*. Esta distinção cria condições para uma outra, aquela entre a vinculação do comportamento derivada do estatuto social e a derivada do compromisso contraído, base para uma concepção racionalizada da diferença entre direito objetivo e subjetivo.

O desenvolvimento de relações juridicamente ordenadas para uma sociedade do tipo contratual e para o próprio direito como liberdade e, em especial, para configurações jurídicas da idéia de autonomia autorizada por regulamentos de um poder central resulta do enfraquecimento da noção de um estatuto difuso e sagrado, donde o crescimento da liberdade individual.

Essa liberdade, como um dado típico da espontaneidade humana, opõe-se à natureza, enquanto um mundo regido por leis determinadas.

De um lado, como a idéia de bem se torna relativa à perspectiva dos indivíduos, o subjetivismo da vontade se separa e se contrapõe ao objetivismo da razão e da ciência: é a separação entre *consciência ética* e *verdade*. De outro, a vinculação das normas da moral e da religião restringe-se à esfera das decisões privadas da consciência, separando-se da vinculação objetiva das normas jurídicas: é a separação entre *consciência moral* e *direito*. Segue daí uma terceira separação: a consciência ética deixa de ser vista como um problema de *scientia* e passa a um problema de conduta e valoração (*voluntas*), donde a separação entre liberdade e natureza como universos distintos.

O resultado desta liberdade é, então, a abertura de oportunidades para aproveitar-se o indivíduo do emprego inteligente da posse de bens no mercado sem limitações juridicamente externas para conseguir poder sobre outros indivíduos. Este poder assume a forma jurídica de uma autorização pré-constituída, fundada na própria liberdade, formalmente acessível a qualquer um, de fato à disposição daqueles que detêm bens. Em conseqüência, temos uma organização política caracterizada por uma descentralização do poder para efeitos de produção de normas jurídicas que obrigam quem se compromete, mas que exigem uma estrutura global abstrata de coordenação: o Estado.

Contudo, o crescimento desta liberdade formal não impede, mas fortalece a exigência de um poder central com força coativa superior. Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft Tübingen*, 1976, II. Halbband, VII, Par. 2.º) assinala que é com o monopólio da produção jurídica pelo Estado no seu aspecto formal, que aparece a idéia de um lado, do direito como *ordenamento*, de outro, do direito concreto como uma garantia de ação do indivíduo. Centro de confluência do ordenamento incidente como fundamento dessa garantia, a aplicação do direito-ordenamento ganha um contorno complexo.

A exigência de garantia cria uma forma aberta a qualquer conteúdo: o direito de ação. Isto esclarece o aparecimento do aparelho judicial como uma máquina tecnicamente racional a serviço do cálculo sobre as chances de busca e concretização da ação, que adquire, assim, um sentido operacional problemático. Ou, como diz o autor deste livro, ao aplicar, o juiz, a um só tempo, identifica e interpreta (qual é e o que *significa* a regra do ordenamento?), isto é, faz inferências e com isso obtém novas normas logicamente derivadas de normas válidas, base para sua própria norma decisória (sentença). Ora, qual o estatuto teórico dessa operação e qual seu impacto sobre a ontologia das normas jurídicas?

Kelsen, em sua obra póstuma, posicionou-se com radicalismo, numa revisão angustiada de sua obra anterior: normas são produto de vontade e,

nessa medida, não há qualquer regulador (lógico ou moral) no processo de expansão normativa do ordenamento.

Esse radicalismo trouxe para o debate (de que se ocupa o autor neste livro) a necessidade de se captar a *normatividade característica do direito* de forma peculiar a ela, isto é, independentemente da normatividade de outras práticas sociais também baseadas em regras. Donde a crítica de Hart a Bentham e Austin, e, nessa extensão, ao próprio Kelsen.

Para o positivismo analítico, contudo, esse debate conduz ao pressuposto de que a compreensão das chamadas *fontes do direito* deva ser *normativa*, não obstante a perplexidade produzida pelo seu fundamento: a norma fundamental kelseniana e seu pressuposto de que o ordenamento como um todo seja considerado, globalmente, como eficaz; e a *regra de reconhecimento* de Hart, cuja existência é tida como uma *questão de fato*.

Situada nesse plano *fático*, torna-se inevitável a discussão da fundamentação normativa em termos de sua *legitimação*: reconhecimento, por Kelsen, de uma vontade instituidora como legítima; reconhecimento, por Hart, de que determinados atos de determinadas instituições constituem atos criadores (do ponto de vista *externo*, como mera *constatação*; do ponto de vista *interno*, *aceitação da validade*). Tanto de uma forma como de outra, essa identificação do direito como *fato social* levanta a questão da contingência dos conteúdos das normas, desde que válidas; donde o tema da separação entre moral e direito (o mérito moral nada tem a ver com a juridicidade das normas, donde a expansão normativa via interpretação ser ato valorativo subjetivo, cuja normatividade decorre de vontade).

O autor percebe, no entanto, com acuidade, que esse posicionamento depende de outro, com respeito à *objetividade das fontes* (cujo conteúdo, pelo menos em parte, deveria ser identificável, ainda que com valoração, sem engajamento moral: tema da *neutralidade*), que está no cerne da polêmica contemporânea entre positivistas *inclusivistas* e *exclusivistas*. Ou a ligação das formas com as condutas teria instâncias acordadas, a partir da incorporação imediata de crenças e valores da comunidade, com prejuízo para a separação entre direito e moral e colocando em risco a própria possibilidade da convenção social, ou o critério está na mera identificação das autoridades competentes, cuja decisão soberana ou cujas decisões reiteradas seriam adotadas pela autoridade interpretante, com prejuízo para o tema da legitimação. Diante do dilema, o autor desenvolve, com precisão e rigor, uma terceira via, que chama de *inclusivismo lógico*, ao inverter a forma usual pela qual se vê a relação entre princípios e regras jurídicas: não são as regras derivadas ou justificadas pelos princípios morais e de políticas públicas, mas os princípios é que se legitimam como razões jurídicas vinculantes na medida em que são endossados pelo conteúdo das regras. Com isso, o autor chama a atenção para o fato de que a autoridade e o conteúdo de valores morais empregados na atividade dos tribunais podem

ser derivados da autoridade das próprias regras postas, assumindo-se a objetividade, ao menos parcial, do conteúdo das fontes. Essa incorporação apenas indireta da moralidade, a partir de uma valoração não engajada das fontes, dá novo fôlego ao ideal de neutralidade do positivismo jurídico.

Em suma, a inserção deste livro no contexto de sua problematização histórica aponta para um tema filosófico enraizado na própria existência do homem contemporâneo. Ou seja, se a questão fundamental da antiga filosofia prática no âmbito da vida social era a determinação dos requisitos essenciais que asseguravam ao homem, como cidadão, poder exercer na sociedade política os atos próprios da vida virtuosa (*eu zen*) ou da vida ordenada para o bem da cidade – identificado com o bem do indivíduo ou com sua *autárqueia* – a jusfilosofia positivista analítica, no contexto do pensamento jurídico moderno, acaba por presumir como sua tarefa primordial propor a solução analiticamente satisfatória ao problema da associação dos indivíduos, tendo como alvo assegurar a satisfação de suas necessidades vitais. Daí o debate sobre a separação entre direito e moral.

E justamente aí é que se percebe que o advento da sociedade civil como lugar histórico da realização da liberdade e, portanto, da vigência da lei e da validade do direito está, afinal, na origem da cisão moderna entre *ethos* e *nómos* que se exprime nas diversas formas de positivismo jurídico e de positivismo analítico jurídico, como também da separação entre direito e moral que faz a prática social chamada *jurídica* pesar sobre o homem moderno como um destino trágico, como forma dilacerante semelhante àquela “tragédia no ético” de que falava Hegel: a sociedade moderna como uma sociedade complexa e altamente desagregada, donde a função do ordenamento como um sistema que compense a perda da homogeneidade comunitária.





## SUMÁRIO

Prefácio .....	11
1. Introdução: lógica e metodologia jurídica .....	21
2. O debate contemporâneo da teoria analítica do direito.....	31
2.1 Introdução.....	31
2.2 O positivismo jurídico: primeira aproximação.....	33
2.3 Críticas preliminares.....	40
2.4 A intriga.....	53
2.4.1 No plano da teoria do direito .....	53
2.4.2 O salto para o plano metodológico .....	57
2.5 O dia seguinte .....	63
2.6 Argumentos contra a consistência da incorporação .....	67
2.7 O que resta do positivismo? .....	76
3. Inclusivismo Lógico-Jurídico .....	79
3.1 Introdução.....	79
3.2 Formas de inferência e normas derivadas .....	83
3.3 Da validade à pertinência .....	89
3.4 Da pertinência à origem das razões .....	95
3.5 <i>Clara non sunt interpretanda</i> ou <i>in claris cessat interpretatio</i> ? .....	100
3.6 O discurso da dogmática jurídica.....	113
3.7 Inclusivismo lógico como contra-argumento a Dworkin.....	117

3.8 A objeção de Marmor .....	120
3.8.1 Consequência lógica e redução ao absurdo .....	122
3.8.2 Normas derivadas pressupõem coerência do ordenamento? .....	129
3.9 Normas dedutivamente derivadas são razões jurídicas .....	132
3.10 Princípios derivados por abdução são razões jurídicas .....	135
3.11 Integridade .....	141
3.12 Inferência local .....	145
3.13 Princípios podem ser ingratos?.....	155
4. Conclusão.....	169
Bibliografia .....	174