

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

# POSITIVISMO JURÍDICO LÓGICO-INCLUSIVO

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

## 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

## 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 Edécio 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.

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

## INTRODUÇÃO: LÓGICA E METODOLOGIA JURÍDICA

O art. 213 do Código Penal brasileiro proibia a relação sexual violenta. O art. 224, alínea «a», estabelecia a presunção absoluta de que a relação sexual com menor de 14 anos é violenta. Isso *significa* que o CP proibia a relação sexual com menor de 14 anos?

Seria difícil alguém responder que não. Mas a pergunta facilita a resposta, ao colocar o tema em termos do *significado* do art. 213. Parece, afinal, que essa é a interpretação «imediata» ou a consequência «indisputável» desses dois dispositivos. Trata-se, aliás, de mera inferência dedutiva, o que, no campo da *interpretação*, parece colocar a conclusão como aspecto necessário ou conteúdo «implícito» do sentido dos arts. 213 e 224. A cogência da conclusão é tal que diríamos que uma resposta negativa à questão acima só poderia vir de alguém que efetivamente não *entendeu* o conteúdo dos dispositivos.

Agora retire o «isso *significa* que» da pergunta e coloque-a no campo da existência ou validade da norma (não apenas do seu sentido): a proibição de relação sexual com menor de 14 anos era já uma norma válida no direito brasileiro?

Nesses termos, a pergunta, em vez de apresentar uma resposta, convida a novas questões. Seria mesmo possível separar a atividade de interpretação da resposta sobre a validade da norma? Ou seja, as duas questões iniciais são mesmo diferentes?

Há alguns anos, os dois dispositivos legais foram alvo de decisão polêmica do Supremo Tribunal Federal, na qual foi concedido habeas corpus a acusado que manteve relação sexual com menina de 12 anos. A comunidade jurídica inclinou-se a ver decisão como contra legem e, em seguida, a Lei 12.015/2009 alterou o Código Penal, mantendo a proibição de relação sexual

violenta (art. 215) e substituindo o art. 224 “a”, revogado, pelo art. 217-A, que estabelece a proibição expressa da relação sexual com menor de 14 anos. Essa nova previsão efetivamente alterou o Código Penal ou a proibição de relação sexual com menor de 14 anos já estava lá? Essa reação curiosa do legislador diante da decisão judicial traz duas perguntas: um ato de vontade expresso é requisito necessário para identificar a validade da norma? Ou é possível identificar normas válidas recorrendo somente à cognição?

Todas essas questões são centrais para uma teoria do direito e reações a elas dependerão de um posicionamento, mas também definirão esse posicionamento acerca da questão, que agora coloco em termos mais gerais: *normas logicamente derivadas de normas válidas são também válidas?*

Um dos projetos mais ambiciosos em elevar o saber jurídico ao *status* de ciência autônoma sucumbiu exatamente diante dessa questão. Poucos anos após a publicação daquela que parecia ser a formulação final de sua *Teoria pura do direito*, delineando o estatuto de uma ciência jurídica independente de especulações morais e distinta da mera descrição de regularidades do comportamento social, KELSEN publicou o artigo *Direito e lógica*, em meio a um período de correspondências com o lógico Ulrich KLUG, no esforço de responder justamente se a lógica desempenharia algum papel na ontologia das normas jurídicas. A conclusão de KELSEN foi um surpreendente «*não!*», que desembocou no angustiado esforço de reescrever sua obra, postumamente publicada em *Teoria geral das normas*, na qual KELSEN depura sua teoria de todo neokantismo para cair em voluntarismo radical.

No mesmo período, um lógico finlandês sofreu da mesma angústia do jurista que ousou flertar com a lógica, mas agora pelo caminho inverso, flertando com o direito. VON WRIGHT (re)criou a lógica deontica moderna em intervalo de seus estudos sobre lógica modal, especificamente num inocente passeio às margens do rio Cam. Foi seu artigo mais citado e seu pecado mais mortal. Não mais descansou, publicando diversas revisões, novos sistemas e reinterpretações do que significaria a lógica de normas, pois jamais esteve satisfeito com a resposta oferecida àquela mesma questão, ou, em seus termos, se uma norma poderia necessariamente existir ou inexistir em função da existência de outras, apenas por razões lógicas. No início da década de 1980, a sua identificação com Alf Ross no sentido de que o discurso jurídico seria «alógico» e que, portanto, os sistemas de lógica deontica seriam apenas ideais de racionalidade a serem comparados com ordenamentos reais foi praticamente ignorada pela já madura comunidade de lógica deontica, que, segundo VON WRIGHT, continuou seu trabalho insistindo em cometer o pecado de *introduzir relações lógicas no reino próprio das normas*.

O radicalismo das reações à pergunta não deveria surpreender. Na verdade, ela funciona como um teste binário (sim ou não) para problema nascido na era moderna com a própria empreitada de sistematização do direito aos moldes

das ciências naturais: a conciliação entre *cognição* e *volição* como fundamento das obrigações jurídicas. Trata-se da dificuldade de racionalização do direito como produto da vontade, com todas as suas conotações e implicações no campo moral e político, em termos de um esforço de legitimação moral da autoridade do Estado.

O teste é impetuoso. Se a cognição preenche algum papel na identificação de nossas obrigações jurídicas, então, no mínimo, deveríamos reconhecer que inferências dedutivas imediatas identificam obrigações, ou normas existentes, com força obrigatória. Se uma dedução simples como aquela a partir dos arts. 213 e 224 do CP brasileiro não tem essa força, então o que dizer de outras construções do conhecimento jurídico? Por outro lado, se a resposta for afirmativa, o problema que se coloca é: *qual o limite para a cognição na identificação/constituição de normas válidas?*

A cognição parece ser capaz de revelar «conteúdos implícitos» ou suprimir «conteúdos aparentes», por exemplo, no caso de identificação de inconsistências entre sentidos atribuídos a duas normas distintas ou de incompatibilidade entre o conteúdo da norma e aquilo que seria seu propósito ou sua *ratio*.

Assim, o jurista não hesita em afirmar que uma lei estabelecendo um imposto retroativamente é inválida diante da norma constitucional que proíbe a retroatividade de qualquer tributação. O fator por trás dessa afirmação da supressão do vínculo legal nada mais é do que o princípio de não contradição. Mas seria ele mesmo suficiente para, por si, operar esse efeito na ordem jurídica?

E o jurista, para usar o conhecido exemplo de SICHES, também afirmaria com tranquilidade que se for proibido, por força de uma lei, entrar com cachorros no trem, então a mesma regra proíbe que se entre com ursos no trem. Embora a entrada com urso pareça uma instância clara de aplicação da regra, entra em jogo aqui uma inferência não dedutiva, que envolve a formulação de hipóteses sobre a motivação do legislador. Mesmo assim, há, nesse caso, forte grau de cogência: sobre aquele que insistir em entrar com ursos no trem por inexistir proibição expressa, diríamos que não entendeu propriamente a proibição de entrar com cachorros. Mas a proibição de entrar com ursos já existe nesse ordenamento? Ou a inferência que me leva a essa conclusão tem força criadora?

O problema aqui está em encontrar o ponto em que passo da revelação ou descrição dessas normas «implícitas» ou «aparentes» para a *criação de conteúdo* pelo próprio jurista. O jurista não estará mais tão confortável em afirmar que uma lei banindo a veiculação de propaganda de cigarros é inválida diante de uma constituição que determina que a lei apenas «restringa a propaganda de cigarros». Também não estará tão seguro em afirmar que é permitido

entrar com uma bicicleta em parque que proíbe a entrada com veículos. Isso muito embora as operações lógicas envolvidas sejam fundamentalmente as mesmas.

Em parte dos casos, o jurista afirma que as normas já estão lá ou já não estão mais lá. Em outra parte, acusa seus colegas de criarem normas onde não há ou de excluírem *indevidamente* normas cujas consequências não lhes agradam. Porém, não há como delimitar precisamente esses dois conjuntos de situações, de modo que é difícil estabelecer quando acaba a cognição e começa a volição na identificação do ordenamento.

Mas se na reconstrução cognitiva do ordenamento, a vontade do jurista ou operador do direito pode fazer escolhas, expressando preferências valorativas, com consequências diretas na definição daquilo que é certo ou errado em determinada comunidade, então as regras concebidas nessa atividade cognitiva/volitiva são ou deveriam ser vistas como moralmente justificadas? E, por fim, se a resposta for afirmativa, a teoria do direito, para dar conta adequadamente dessa prática social de identificação do direito deveria também se engajar em sua justificação moral?

Chega-se, nesse último passo, à questão metodológica usualmente apresentada pela oposição entre teorias do direito *descritivas* ou *avaliativas*, de um lado, e teorias do direito *normativas* ou *justificadoras*, de outro. A linha divisória é expressa na discussão sobre a possibilidade de separação entre a identificação do direito *como ele é* (*Sein*) em oposição à crítica sobre como o direito *deveria ser* (*Sollen*). A distinção aparece em dois níveis: o da *dogmática* ou *ciência do direito* (*Jurisprudenz*), consistente no trabalho doutrinário contendo proposições acerca de um sistema normativo em particular; e o da *teoria do direito* (*Metajurisprudenz*), cujo objeto é a atividade da ciência do direito.<sup>1</sup> A tarefa da metodologia do direito seria *Meta-Metajurisprudenz*, *i.e.* trataria das condições de adequação e sucesso de teorias do direito. A questão metodológica central, portanto, em torno da separação entre o que é e como deve ser o direito seria: *a neutralidade valorativa é uma condição de sucesso para uma teoria do direito?*

Essa última questão desdobra-se em três: Com relação a que tipo de valoração a neutralidade se refere? A neutralidade é possível? Como pode ser alcançada?

Já no que se refere à primeira questão, a separação entre teorias descritivas e normativas não é inteiramente adequada se a «atividade descritiva» for

---

<sup>1</sup>. Com essa distinção de níveis de discurso, BOBBIO (1967: 10) identifica matriz com quatro possibilidades: (i) *Jurisprudenz* descritiva e uma *Metajurisprudenz* prescritiva (onde ele chega a colocar o positivismo, que prescreveria à ciência do direito o uso do discurso descritivo); (ii) *Metajurisprudenz* descritiva de uma *Jurisprudenz* prescritiva; (iii) *Jurisprudenz* e *Metajurisprudenz* descritivas; (iv) *Jurisprudenz* e *Metajurisprudenz* normativas.

levada ao «pé da letra». É certo que para a explicação de qualquer fenômeno, natural ou social, pelo menos em sentido trivial, exige-se alguma valoração, *i.e.* que o teórico selecione os aspectos que considera mais importantes do fenômeno a ser explicado e o organize de determinada forma, considerando a coerência de sua teoria. Esse tipo de valoração, pelo menos à primeira vista, parece insignificante, pois está presente em qualquer teoria sobre qualquer domínio e não seria, portanto, peculiar ao direito. O tipo de valoração que interessa aqui diz respeito a sua qualificação moral.

Diferentemente de outros ramos do conhecimento, o direito é uma prática social que envolve valorações sobre as ações dos próprios participantes dessa prática. Tal condição coloca em questão a possibilidade de uma explicação adequada desse fenômeno a partir da mera correlação causal de eventos. Explicar a prática social chamada direito não significa descrever suas causas, mas compreender suas *razões*. E compreender razões de uma ação ou prática implica atribuir propósitos aos agentes (por qual razão ou para qual fim isso ou aquilo foi feito?). Mais do que isso, a própria compreensão de qual é a prática ou ação parece depender do propósito estipulado pelo intérprete. Afinal, para entender o que foi proibido muitas vezes dependemos da compreensão de qual seria o propósito da proibição. Além disso, o direito é um tipo de prática social «reflexiva», a ser percebida de seu ponto de vista interno: o conteúdo do direito, que determina como *devem* se comportar os participantes, é identificado a partir das valorações dos próprios sujeitos e agentes dessa prática sobre a forma pela qual se comportam.<sup>2</sup>

A questão é, então, a possibilidade de apreender essa prática social valorativa sobre como agir, na qual razões morais e políticas estão em jogo nas interações entre os agentes, sem que o observador se envolva nessa mesma justificação moral. Esse é o sentido de neutralidade, não valorativa, mas moral do conhecimento jurídico. Para identificar aquilo que é direito, o jurista precisa identificar um conteúdo moralmente bom ou correto? E o teórico do direito, ao traçar as condições de adequação de uma teoria dogmática deve advogar princípios que entende trazer melhores consequências na identificação do direito?

No pensamento jurídico, a mais forte afirmação da neutralidade moral como condição de sucesso para teorias jurídicas é formulada pelos positivistas, que creem na possibilidade de apurar tais valorações dos participantes como um dado externo objetivo, socialmente identificável, sem necessidade de engajamento em considerações morais. Esse dado externo, produto de atos de vontade identificados como dotados de autoridade, constituiria o que o direito é, ainda que seu conteúdo possa ser moralmente reprovável.

---

<sup>2</sup> HART, 1997.