

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

MATEUS DI PALMA BACK

TEORIA PURA DO DIREITO E A “PUREZA” EPISTEMOLÓGICA

**CRICIÚMA
JUNHO DE 2013**

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

MATEUS DI PALMA BACK

TEORIA PURA DO DIREITO E A “PUREZA” EPISTEMOLÓGICA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Rafael Caetano Cherobin

**CRICIÚMA
JUNHO DE 2013**

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

MATEUS DI PALMA BACK

TEORIA PURA DO DIREITO E A “PUREZA” EPISTEMOLÓGICA

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC –, com linha de pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 03 de junho de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. *Msc.* Rafael Caetano Cherobin – orientador

Prof. *Msc.* Fernando Nagib

Prof. *Msc.* Maurício da Cunha Savino Filó

Dedico esse trabalho monográfico à todos aqueles que, quase sempre, me dedicam mais atenção do que eu mereço. Especialmente aos meus pais, Paulo e Angela, como também à minha irmãzinha, Paula.

AGRADECIMENTOS

O primeiro ambiente social que um ser humano geralmente enfrenta é o ambiente familiar. Ao menos, foi esse o meu caso. Se não fossem meus familiares quem são, o que seria de mim? Algo diferente, eu suponho.

A realização que se apresenta aqui é somente uma consequência da maneira que foi forjado o material humano pelo convívio familiar. Eu sou o grande responsável pelos meus defeitos, mas minhas virtudes às devo todas à minha família. Esse trabalho que aqui está foram eles que primeiro fizeram e, portanto, nada mais justo que sejam os primeiros a quem devo agradecer por essa conquista que reivindico como sendo minha (como se minha fosse).

Em segundo lugar, e num plano mais imediato, essa monografia não teria sido escrita sem a (aparentemente inesgotável) paciência da minha namorada, Luíza Rovaris Cechinel. Se o corpo precisava de comida, eu comia; se precisava de sono, eu dormia; e quando precisava de carinho, ela jamais me faltou. E como precisei (e ainda preciso) dela...

Aos meus amigos lhes agradaria ouvir como foram corresponsáveis por essa produção que aqui se apresenta; queria eu que fosse verdade. Se não outra coisa, esse trabalho estaria pronto com invejável antecedência se não fossem as suas intromissões. Reconheço, por outro lado, que também tenho uma imensa parcela de culpa. E não me arrependo de nada! (Se um deles estiver lendo isso, saiba que nenhum tempo perdido é mais valioso do que aquele perdido junto dos amigos).

Há ainda aqueles colegas que estiveram comigo desde o primeiro e esperançoso momento em que assisti a uma aula do curso de direito. Destes, tenho orgulho de chamar de amigo o herege Lucas Ávila Búrigo, que, por sinal, já era meu colega de escola. Uma relação movida apenas por interesses e sarcasmo. Coisas passageiras, é claro.

Não poderia me esquecer do professor Rafael Caetano Cherobin que aceitou orientar essa monografia tão de supetão. Sei que foi um incômodo. Todavia, a incumbência de orientador, dados os limites do tempo em que foi escrito esse trabalho, não poderia ter sido melhor desempenhada. Por isso, sou imensamente grato.

Por fim, a mim mesmo. Porque eu mereço. E ponto final.

“Pela hora do meio-dia, com a maré, A Ilha Desconhecida fez-se enfim ao mar, à procura de si mesma.” – *O conto da ilha desconhecida de José Saramago*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo determinar a possibilidade de que existam – e caso sim, quais seriam – raízes ideológicas na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e, caso possível, determinar em que partes da teoria tais raízes incidiriam e de qual maneira. Um estudo da *Teoria Pura do Direito* jamais será completa se não se contextualizar a obra dentro do positivismo jurídico, razão pela qual se recorreu às obras de Dimitri Dimoulis e de Norberto Bobbio para tanto. A própria *Teoria Pura do Direito* será explicada em pontos relevantes, no tocante a teoria do direito e da ciência, em um segundo momento. No final, nos valeremos novamente de Bobbio, além de Max Weber, Luis Alberto Warat e Jürgen Habermas para explorar a possível dimensão ideológica da Teoria Pura.

Palavras-chave: Pureza metodológica. Pureza epistemológica. Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. Ideologia.

SUMÁRIO

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 O Positivismo Jurídico..... | 10 |
| 2.1 Apresentação histórica do Positivismo Jurídico..... | 10 |
| 2.2 O positivismo jurídico: primeiras aproximações..... | 13 |
| 2.2 O positivismo jurídico: primeiras aproximações..... | 16 |
| 2.3.1 As críticas..... | 16 |
| 2.3.2 Justificações da separação entre direito e moral..... | 18 |
| 2.4 A crítica ideológica ao Positivismo Jurídico (<i>stricto sensu</i>)..... | 21 |
| 2.4.1 O positivismo ético..... | 21 |
| 2.4.2 <i>Reductio ad Hitlerum</i> | 24 |
| 2.4.3 Hans Kelsen e o positivismo ético..... | 26 |
| 3 A Teoria Pura do Direito..... | 27 |
| 3.1 Influência científica..... | 27 |
| 3.2 Os pilares de sustentação da teoria..... | 30 |
| 3.2.1 Separação entre direito e moral..... | 30 |
| 3.2.2 Fundamento de legitimidade da ordem jurídica: a norma fundamental gnosiológica..... | 32 |
| 3.2.3 Direito e Estado (identificação recíproca)..... | 35 |
| 3.3 Ciência do Direito..... | 37 |
| 3.3.1 Ciência de ordem causal e de ordem normativa (princípios da causalidade e da imputabilidade)..... | 38 |
| 3.3.2 A “pureza” epistemológica..... | 39 |
| 3.4 O erro dos críticos..... | 40 |
| 4 O postulado de pureza epistemológica em foco..... | 42 |
| 4.1 Aproximação do problema..... | 42 |
| 4.1.1 Norberto Bobbio em metajurisprudência..... | 42 |
| 4.1.1.1 Max Weber em objetividade e neutralidade axiológica (<i>Wertfreiheit</i>)..... | 44 |
| 4.1.2 Luis Alberto Warat em purificação ideológica..... | 47 |
| 4.1.3 Jürgen Habermas em a (im)possibilidade de uma ciência pura..... | 48 |
| 4.1.3.1 Interesses dos conhecimentos..... | 49 |
| 4.1.3.2 Interesse e conhecimento..... | 52 |
| 4.2 Quanto à problemática: defesa da Teoria Pura..... | 55 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 58 |
| REFERÊNCIAS..... | 59 |

1 INTRODUÇÃO

A *Teoria Pura do Direito* é a obra que o autor Hans Kelsen estabelece as bases da sua teoria do direito. Teoria essa que ele pretende que seja livre de qualquer ideologia e, ao mesmo tempo, que não se confunda com qualquer espécie de ciência causal do direito. Pretende, Kelsen, com essa obra, determinar o que é o direito independentemente de como ele aparece para outras ciências ou de como ele deva ser; ou seja, pretende examinar racionalmente o que se conhece normativamente como direito.

Para se conhecer a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, é imprescindível que se conheça a teoria do *Positivismo Jurídico*, a qual inclui em seu rol de teorias específicas, a jurisprudência kelseniana. Precisaremos entender quais razões históricas fizeram surgir o juspositivismo e quais as suas características fundamentais. Aproveitaremos o momento adequado para também explicar o que ele certamente não é – por mais que tantos o suponham –, uma ideologia do direito.

Uma vez devidamente apresentado o *Positivismo Jurídico* em contraposição ao jusnaturalismo, nos dedicaremos a explicar a Teoria Pura, nos seus aspectos relevantes, em suas particularidades teóricas dentro do universo de teorias juspositivistas. Em especial, explicaremos o que caracteriza a Teoria Pura como teoria específica do direito. Num momento posterior, explicaremos também as suas bases científicas; ou seja, como a Teoria Pura se apresenta como verdadeira ciência do direito.

Em particular, será avaliado de maneira crítica, no terceiro capítulo, o postulado de “pureza” epistemológica, de onde todo o fundamento de objetividade e neutralidade axiológica da teoria é retirado. Essa proposição, segundo parece, é o ponto central da ciência que sustenta a Teoria Pura do Direito, enquanto teoria do *Positivismo Jurídico*. Possivelmente, é esse mesmo postulado que confere uma postura científica à todas as outras teorias juspositivistas (a exceção sendo o *positivismo ético*) existentes, ainda que não seja tão evidente quanto na Teoria Pura.

Tentaremos descobrir, caso exista, o fundamento ideológico da *Teoria Pura do Direito* e expô-lo na medida do possível. E mais importantemente, de que maneira tal ideologia perturba as conclusões da teoria kelseniana do direito, se é que o faz. Poderemos, eventualmente, descobrir uma ideologia presente no postulado de “pureza” epistemológica que em nada invalide a teoria do direito.

2 O positivismo jurídico

2.1 Apresentação histórica do Positivismo Jurídico

Começemos com a apresentação do termo *positivo* que não coincide necessariamente com o *positivismo* enquanto corrente epistemológica que tem por figura proeminente August Comte, ainda que frequentemente possa ser remetida a apresentação teórica do primeiro (como se estuda modernamente) ao segundo; além de que muitos teóricos positivistas são também filósofos positivistas (BOBBIO, 2006a, p.15).

Segundo Bobbio, a ideia de “direito positivo” perpassa o pensamento Ocidental no que se refere à teorização do direito, embora sua utilização terminológica seja relativamente recente (BOBBIO, 2006a, p.15). Dada a verificação (por Bobbio) mais antiga do termo no período clássico (em um texto que não faz referência ao direito, mas a linguagem), sabemos que desde então havia a preocupação com reconhecer aquilo que é “por natureza” ou “natural” e aquilo que é “posto pelos homens” ou “convencional” (BOBBIO, 2006a, p.15), de modo que as bases do positivismo jurídico estavam postas desde a Antiguidade.

No pensamento clássico, Bobbio reconhece uma divisão inicial entre direito natural, (*physikón díkaion*), e direito positivo (ou “legal”, *nomikón díkaion*). Na obra de Aristóteles, o direito natural é “aquele que tem em toda parte (*pantachou*) a mesma eficácia” (BOBBIO, 2006a, p.17) e cujas ações prescritas tinham “bondade objetiva” e não dependiam, portanto, de um julgamento subjetivo quanto ao seu valor (BOBBIO, 2006a, p.17). No entanto, o mesmo filósofo, em contraposição ao direito natural, reconhecia, igualmente, a existência de algo próximo ao o direito positivo moderno, como aquele Direito que “tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto” (BOBBIO, 2006a, p.17) e cuja avaliação subjetiva não importa, pois passa a ser “correto e necessário” que se cumpra a prescrição legal (BOBBIO, 2006a, p.17).

No direito romano, é possível verificar construção similar:

O *jus gentium* e o *jus civile* correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (*naturalis ratio*) e o segundo às estatuições do *populus*. (BOBBIO, 2006a, p.18)

Desse modo, o *jus gentium* é ilimitado, enquanto que o *jus civile* limitado à população política que o estatui (BOBBIO, 2006a, p.18). Em suma:

Enquanto, pois, o direito natural permanece imutável no tempo, o positivo muda (assim como no espaço) também no tempo, uma norma pode ser anulada ou mudada seja por costume (*costume ab-rogativo*) seja por efeito de uma outra lei. (BOBBIO, 2006a, p.18)

E para Paulo de Tarso, segundo Bobbio, “o direito natural estabelece aquilo que é bom (*bonum et aequum*), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil” (BOBBIO, 2006a, p.19)

Já no pensamento medieval, mais especificamente na obra de Santo Tomás de Aquino, a *lex humana* deriva da *lex naturalis* de modo *per conclusionem*, ou seja, “segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo)” (BOBBIO, 2006a, p.20), ou *per determinationem*, “quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada” (BOBBIO, 2006a, p.20)

Com essa base histórica, Bobbio conseguiu abstrair uma divisão inicial entre o direito positivo e o direito natural, de modo que as distinções podem sintetizadas da seguinte maneira:

| DIREITO NATURAL | DIREITO POSITIVO |
|---------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| É universal na medida que é valido em todos os lugares | É particular na medida em que é valido em lugares determinados |
| É imutável pois é válido em todo o tempo | É mutável pois é passível de ser revogado por outro costume ou nova lei |
| É original | É derivado |
| É reconhecido pela razão natural | É reconhecido através de uma imputação |
| Determina comportamento mal e bom | Indiferente quanto ao valor moral, assume-se como determinado |
| Estabelece aquilo que é bom | Estabelece aqui que é útil |

A tabela foi montada com base nos critérios apresentados por Bobbio (2006, p.22-23).

No entanto, tratamento histórico de classificação do direito como sendo natural ou positivo, até então, não corresponde ao problema do embate posterior travado entre juspositivismo e jusnaturalismo. Até então, tanto o direito positivo quanto o direito natural eram considerados “direito”, ainda que se reconhecesse que eram distintos entre si pelas razões até então demonstradas. O positivismo jurídico rejeita essa dicotomia quando assume como direito somente o direito positivo, na medida que se tornam questionáveis os fundamentos metafísicos do “jusnaturalismo”. Na perspectiva positivista do direito, falar em direito positivo é incorrer num pleonasma, dado que todo direito seria positivo (BOBBIO, 2006a, p.26)

Existiu uma série de posicionamentos políticos e eventos históricos que influíram para a rejeição do direito natural como direito. O primeiro notável deve-se à formação dos Estados modernos que atualizaram o modo de se fazer o direito. Para Bobbio:

[...] quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do direito, mas uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos. Enquanto, de fato, num período primitivo, o Estado se limitava a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os particulares, buscando a norma a aplicar ao caso sob exame tanto nos costumes quanto em critérios de equidade, e a seguir, adicionando à função judiciária aquela coativa, providenciando a execução das decisões do juiz, com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito. (BOBBIO, 2006a, p.29)

Bobbio é breve, porém sintomático, em analisar, desde a cultura romana até as monarquias medievais, uma recorrente supressão das instâncias produtoras de normas jurídicas em favor de um monismo jurídico, no qual o Estado se torna o único produtor do direito (2006a, p.30-32), num movimento que culmina nas codificações:

O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações (final do século XVIII /princípio do século XIX) através das quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira a propriamente dito. (BOBBIO, 2006a, p.32)

Em conclusão tópica, estabelecemos que a contraposição entre um *direito natural* e um *direito positivo* (ainda que não necessariamente categorizado desta maneira) tem a sua origem verificável já no pensamento clássico e acompanha o pensamento filosófico até a modernidade. Em determinado momento, a tradição

social, por razões históricas – e apontamos aqui a formação dos Estados Modernos –, inicia gradativamente um movimento de supressão das fontes de *direito comum* em favor de um *monismo jurídico* no qual o Estado passa a ser o único produtor do direito. No entanto, como já mencionado, o *Positivismo Jurídico* em si somente surgirá com o abandono racional da metafísica reconhecedora da existência do direito natural, momento no qual somente o direito socialmente construído passa a ser reconhecido como direito.

2.2 O positivismo jurídico: primeiras aproximações

Uma vez realizada a exposição histórica em que se percebeu a tendência de abandono do direito natural – enquanto aquele universal, atemporal, bom e justo – em favor do direito positivo – enquanto aquele legal, instituído, convencional e, vez ou outra, reconhecendo-se como útil –, é chegada a hora de apresentarmos a doutrina (no sentido mais abrangente do termo) do positivismo jurídico que, como antes afirmado, ignora o direito natural como sendo direito e afirma o direito positivo como pleonasma dado que todo o direito passa a ser positivo (BOBBIOa, 2006, p.26). O que é o mesmo que dizer que “o positivismo jurídico indica a preocupação com o estudo do direito posto” (DIMOULIS, 2006, p.68), sendo *posto* e *positivo* sinônimos.

Além disso, para que também não se confunda, mencionamos no início da exposição histórica, quando explicamos a raiz etimológica do termo *positivismo*, que entre o positivismo jurídico e o positivismo filosófico (de Comte) não há relação necessária (DIMOULIS, 2006, p.67). Desse modo, assinala Dimoulis:

Independentemente de influências recebidas por abordagens positivistas nas ciências e na filosofia, o positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo histórico de derrota do direito natural e a substituição das normas de origem religiosa pelas leis estatais nas sociedades europeias da Idade Moderna [...]. (DIMOULIS, 2006, p.68)

De modo introdutório, essas advertências são úteis, mas o esforço de definir o Positivismo Jurídico exigirá um esforço maior de categorização, até mesmo para lidar com um conjunto bastante diversificado de teorias específicas do Positivismo Jurídico.

Primeiramente temos de arranjar uma classificação para que possamos lidar com toda uma gama de teorias contrastantes que se classificam como

juspositivistas. Na tentativa de conceituar o positivismo jurídico, Dimoulis faz duas cisões que nos parecem didaticamente apropriadas: a primeira é o reconhecimento de um positivismo jurídico *lato sensu* que se distingue do jusnaturalismo, e a segunda é uma cisão que resulta no reconhecimento do positivismo jurídico *stricto sensu* do qual ficam excluídas as teses que, apesar de juspositivistas, determinam a moral enquanto parte do direito (jusmoralistas; DIMOULIS, 2006, p.77).

O positivismo jurídico *lato sensu* é o esforço inicial por se criar uma ciência “avalorativa” (BOBBIO, 2006a, p.135) do direito – objetividade era a instrução desse pensamento científico. Ou seja, trata-se de trazer a ciência do direito para o mesmo patamar *científico* que as “ciências físico-matemáticas, naturais e sociais” (BOBBIO, 2006a, p.135).

Sendo assim, se o direito não será avaliado por critérios axiomáticos, nada mais razoável que o ponto de partida para a análise do positivismo jurídico seja a questão da validade (DIMOULIS, 2006, p.83). No positivismo jurídico, o valor e a validade do direito passam a ser avaliados independentemente, diferentemente da concepção jusnaturalista do direito, que submetia a validade das normas jurídicas ao valor moral delas.

Existem muitas teorias diferentes sobre a validade do direito. E, portanto, sobre o que é o direito. Todavia, tanto a definição do *realismo jurídico* – que o direito é o que é aplicado (BOBBIO, 2006a, p.144; DIMOULIS, 2006, p.150) – quanto a teoria kelseniana, e todas as correntes que se reconhecem como positivistas *lato sensu* têm em comum a negação do direito natural. Nesse contexto, o supracitado realismo jurídico, que muitos autores nem sequer o consideram uma forma de positivismo jurídico (DIMOULIS, 2006, p.149), ainda assim, pode ser considerado uma corrente do positivismo jurídico em sentido *lato sensu* (BOBBIO, 2006a, p.142).

O que define, então, o positivismo jurídico *lato sensu* é a adoção de uma teoria monista do direito e do abandono do tradicional dualismo jusnaturalista (DIMOULIS, 2006, p.83). Uma hipótese interessante da razão dessa mudança de paradigma é a salientada por Dimoulis:

O dualismo jurídico é típico de sociedades teocráticas e comunitaristas, como era o caso dos ordenamentos jurídicos da Europa Medieval fortemente influenciados pela religião católica. Em um mundo secularizado que reconhece a primazia do indivíduo e a legitimidade da ação política organizada, como ocorre nas atuais sociedades capitalistas, é impossível continuar afirmando que, além do direito socialmente criado, existe um outro direito, melhor e potencialmente superior, como pretende ser o direito natural. (DIMOULIS, 2006, p.83)

Isso tudo nos apresenta o Positivismo Jurídico *lato sensu* através do corte que separa o reconhecimento da metafísica do direito natural e a sua negação racionalista. Conseguimos classificar o Positivismo Jurídico na sua generalidade por meio desse critério. Porém, ainda temos que lidar com o segundo corte apresentado por Dimoulis, o positivismo jurídico *stricto sensu*.

Dimoulis dividiu em dois grupos o largo contingente de autores do positivismo jurídico *lato sensu*: por um lado, o que denominou de *moralismo jurídico*, e, por outro lado, a corrente de pensamento que chamou de *Positivismo Jurídico stricto sensu* (2006, p.87).

O moralismo jurídico é uma corrente teórica que defende a “*necessária conexão entre direito e moral*” (DIMOULIS, 2006, p.87). Argumenta que o direito sempre pretende ser justo (2006, p.88), razão pela qual o texto normativo legislado é passível de ser corrigido – “o termo ‘correção’ adquire o sentido de modificação dos conteúdos normativos” (DIMOULIS, 2006, p.90) – para fins de adequação à moral (DIMOULIS, 2006, p.89). Que, por sua vez, assume forma variada.

O *moralismo jurídico* propõe que a interpretação do juiz deva sempre estar de acordo com certos valores morais e, para isso, o magistrado pode, então, recorrer aos princípios do direito como critério hermenêutico. Por conseguinte, no moralismo jurídico, o direito vigente deve estar em consonância com determinados valores morais, fazendo com que “as normas [jurídicas] que contradizem as exigências morais percam sua validade” (DIMOULIS, 2006, p.92). Porém, o critério moralista da validade (DIMOULIS, 2006, p.92) acaba por atualizar, em alguma medida, a antiga problemática do direito comum jusnaturalista.

Agora, diferente do moralismo jurídico é o positivismo jurídico *stricto sensu*, que se caracteriza pela desvinculação conceitual do direito com a moral enquanto.

[...] considera que o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto. (DIMOULIS, 2006, p.100)

Além disso, o direito também é conceitualmente desvinculado da política, o que não quer dizer que não há absolutamente nenhuma relação entre direito e política (ou direito e moral), como observa Dimoulis:

O PJ [positivismo jurídico] *stricto sensu* considera que o direito e a política estão separados em nível *conceitual*: o conceito de direito não inclui em sua definição referências à política. (DIMOULIS, 2006, p.107)

É isso que queremos dizer por desvinculação conceitual. O jus positivismo *stricto sensu* não nega a conexão informativa – muitas vezes inevitável – entre direito e moral; simplesmente restringe a definição do próprio direito ao que somente se possa, rigorosamente, definir como direito, tal como pretendia Kelsen (2006, p.1). Não se chega ao absurdo de afirmar que o direito, na esfera prática, se encontra num mundo inalcançável pela moral ou pela política.

2.3 O Positivismo jurídico (*strico sensu*): separação entre moral e direito

Como anteriormente acentuado, o positivismo jurídico *stricto sensu* se caracteriza pela desvinculação conceitual do direito em relação à moral. Não obstante, precisamos esclarecer, ainda que brevemente, essa desvinculação, pois muitas acusações ao positivismo jurídico – acusações questionáveis – são realizadas a partir dela (DIMOULIS, 2006, p.170,178,179,180).

2.3.1 As críticas

a) “O positivismo nega qualquer influência da moral no direito” (DIMOULIS, 2006, p.170).

A primeira crítica analisada por Dimitri Dimoulis “é atribuída ao PJ *stricto sensu* com finalidades polêmicas, para acusá-lo de dogmatismo, de miopia teórica e até de cinismo e amoralismo” (DIMOULIS, 2006, p.170). Mas esse tipo de crítica não se sustenta, na medida que o positivismo jurídico reconhece uma conexão informativa da moral no direito – fala-se em conexão *genética* (DIMOULIS, 2006, p.172) –, isto é, o legislador e o julgador (aplicador) sempre poderão ser informados por preceitos morais e, dentro dos limites da sua discricionariedade, eles sempre poderão ser guiados por esses princípios morais – critérios morais. (DIMOULIS, 2006, p.172-173).

O que acontece, na visão do positivismo jurídico *stricto sensu*, é que “a norma jurídica que incorpora a moral efetua uma verdadeira *desmoralização dos imperativos morais* que adquirem natureza jurídica” (DIMOULIS, 2006, p.175), no

sentido que quando os princípios morais influem uma decisão, seu caráter axiomático não mais aparece, ou seja, resta apenas a imputabilidade da norma jurídica.

Assim, a decisão do aplicador não é direito porque foi baseada em determinados *imperativos* de ordem moral – e isso ainda afirmando que esses com certeza existiram no momento da decisão –, mas porque foram respeitadas determinadas condições formais que autorizavam o aplicador a imputar aquele comando.

b) “O positivismo afirma que o direito deve permanecer separado da moral”. (DIMOULIS, 2006, p.178)

Essa segunda crítica perverte o sentido primordial do positivismo jurídico (*stricto sensu*), que é o de conhecer o direito pelo *que ele é* e não pelo *que ele deve ser*. Portanto, “a teoria positivista procura separar o conhecimento do direito de sua avaliação e das eventuais propostas de reforma” (DIMOULIS, 2006, p.178).

Não interessa ao positivismo jurídico de qual maneira a moral irá influenciar na criação da norma jurídica; somente, a grosso modo, a sua distinção conceitual.

A tese da separação é de caráter *negativo*: rejeita a vinculação necessária entre o direito e a moral e não se posiciona sobre as suas relações em cada caso. Aqui devemos fazer uma distinção. Os criadores da norma jurídica, incluindo os aplicadores no exercício de seu poder discricionário, podem se influenciar por qualquer moral ou combinação de valores morais, da forma que considerem adequada. Isso significa que não há um dever de separação (ou de junção) no momento da criação jurídica. (DIMOULIS, 2006, p.179)

c) “O positivismo nega que os operadores do direito decidem conforme *considerações morais*” (DIMOULIS, 2006, p.179)

No fundo, essa acusação reafirma a mesma má percepção sobre a dúplice rejeição explicada no item “a”. Mas novamente aqui reafirmamos que o positivismo não nega que o operador possa, ocasionalmente recorrer a critérios morais para a realizar a produção material da norma jurídica, desde que não “ultrapasse” as prescrições da ordem jurídica, como ressalta Dimoulis:

Diverso é, na ótica do PJ *stricto sensu*, o caso em que o aplicador recorre à moral para corrigir o direito válido, conforme preceitua o moralismo jurídico. Isso é considerado caso de descumprimento de normas vigentes que deve ser enfrentado e coibido na forma legalmente prevista. Assim sendo, o PJ *stricto sensu* não nega a influência da moral na aplicação do direito. Mas dependendo da situação legal, reputa tal influência como obrigatória, facultativa ou proibida. (DIMOULIS, 2006, p.180)

d) “O positivismo reconhece incondicionalmente qualquer comando como jurídico” (DIMOULIS, 2006, p.180)

Não nos deteremos muito nessa crítica pois ela contém parte do que chamamos da crítica ideológica que pretendemos demonstrar rechaçada no próximo subcapítulo, mas, ainda assim, merece ela própria um pouco de atenção.

O problema do reconhecimento do comando é o problema da validade da norma. O jus positivismo resolve o problema de validade do direito através da autorregulação, da conformidade consigo mesmo. Isso quer dizer que o fundamento de validade do próprio direito (e, portanto, o que é o jurídico) é o próprio direito. Por isso mesmo, salienta Bobbio, que:

[...] se por fundamento do Direito se entende o fundamento do direito positivo (e de resto para uma teoria positivista do direito não existe outro direito além do positivo), não existe outro fundamento para o direito senão ele próprio. (BOBBIO, 2006a, p.135)

Na obra de Kelsen, em especial, se desenvolverá a figura da *norma fundamental gnosiológica* pressuposta, a qual nós exploraremos no próximo capítulo, que fecha o ordenamento jurídico de maneira a garantir, de maneira lógica, a fundamentação de validade da norma numa outra norma que em grau superior a maior norma posta, se deduz pressuposta.

Respostas alternativas existem – a exemplo da tese do *conteúdo mínimo moral de direito natural* de Hart (DIMOULIS, 2006, p.181). Mas nenhuma recorre a critérios jusnaturalistas ou jusmoralistas para fundar a validade de uma norma jurídica e, portanto, o reconhecimento de um comando.

2.3.2 Justificações da separação entre direito e moral

Trabalhemos então alguns breves argumentos que sustentam teoricamente a separação entre direito e moral no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu*.

a) “*O argumento do relativismo moral*” (DIMOULIS, 2006, p.185)

Este argumento parte do seguinte pressuposto:

Se não há possibilidade de obter acordo em assuntos morais, nem mesmo entre os membros da mesma sociedade, e se não há procedimento que permita aferir objetivamente o conteúdo e a aceitação dos imperativos morais “corretos”, não podemos considerar que o direito depende (ou deve depender) de valores e normas de cunho moral. (DIMOULIS, 2006, p.185)

Segundo, Dimitri Dimoulis, Kelsen é um partidário do relativismo dos imperativos morais que guiam as ações humanas (DIMOULIS, 2006, p.186), assunto sobre o qual nos deteremos mais tarde. Apenas nos servimos desse pensamento para ilustrar o que Dimoulis classifica como uma “posição extrema” do relativismo moral: o *emotivismo* ou *ceticismo moral* (DIMOULIS, 2006, p.186) que, a princípio, defenderia que...

Quando alguém sustenta que certa conduta é moral ou imoral, exprime simplesmente seus sentimentos de satisfação ou prazer quando se refere a algo “moral” ou, ao contrário, seu inconformismo ou irritação, quando se refere a algo imoral. (DIMOULIS, 2006, p.186)

Esse emotivismo seria, no entanto, um posicionamento radical de relativismo moral que manifesta sua tese mais moderada no *cognitivismo moral*, “que considera possível conhecer os valores morais, analisar as razões em seu favor e avaliá-los criticamente” (DIMOULIS, 2006, p.187).

O cognitivismo reconhece que exista “sistemas morais múltiplos e, em parte, contraditórios entre si” (DIMOULIS, 2006, p.187) e que a pessoa será adepta de um deles, ainda que se reconheça a existência de outros (DIMOULIS, 2006, p.186-187). Isso seria um aparente paradoxo da moral, pois qualquer pessoa reconheceria a sua moral como válida e, contraditoriamente, reconheceria a existência em outros sistemas morais sem justificar essa não equivalência. Dimoulis rejeitaria essa suposição pela seguinte razão:

Na realidade não há contradição, pois por um lado se constata a multiplicidade dos sistemas morais na esfera do *ser* (realidade social) e, por outro lado, se afirma, na esfera do *dever ser*, que somente um desses sistemas é certo, tal como o fato de comprar uma camisa azul não significa acreditar que esta seja a única camisa à venda na loja. (DIMOULIS, 2006, p.188)

O exemplo, de Dimoulis, das camisas talvez não seja dos mais satisfatórios. Essa modalidade de relativismo moral, – e assim é considerado por Dimoulis –, o *cognitivismo moral*, diferentemente do *emotivismo* que atribui à Kelsen, teria o mérito de reconhecer, não uma subjetividade absoluta no que diz respeito à moral, mas, uma pluralidade de ordens morais que se presumem como sendo legítimas. Não é o momento de se avaliar criticamente essa distinção entre formas de relativismo ético, mas de se afirmar que o autor as reconhece assim dessa forma.

b) “*O argumento lógico (separação entre ser e dever ser)*” (DIMOULIS, 2006, p.192)

A chamada *tese lógica* (DIMOULIS, 2006, p.192), em que o “ser” e o “dever-ser” são cindidos, encontra seu fundamento na famosa lei de Hume, elaborada pelo filósofo David Hume (DIMOULIS, 2006, p.192). A lei de Hume separa definitivamente os fatos da ordem do *ser* da ordem do *dever ser*; é graças a David Hume que a ontologia das coisas passa a ser conhecida independentemente de sua deontologia.

Dimoulis explica que o positivismo jurídico estuda o direito. Que, enquanto um sistema normativo, é composto por normas que imputam condutas humanas. Assim sendo, a tarefa da teoria do direito é a de descrever a ordem jurídica como ela é e não como ela *deve-ser* (DIMOULIS, p.193-194).

A opção metodológica a favor da separação entre *ser* e *dever ser* indica somente que o direito possui validade, como *dever ser*, independentemente de sua relação com o *ser* social e com os desejos, propostas e necessidades relacionadas com a sua reforma (o direito como deveria ser, o “dever ser do dever ser”). (DIMOULIS, 2006, p.194)

Dimoulis apressa-se em especificar que tal tese não tem como ser usada em defesa do positivismo jurídico *stricto sensu* em desfavor do *moralismo jurídico*, dado que este último também respeita a lei de Hume a sua própria maneira.

[...] o moralismo jurídico não comete o erro lógico de confundir o *ser* atual do direito com um provável, futuro e melhor *dever ser* jurídico ou com elementos da realidade social. Os adeptos do moralismo jurídico simplesmente realizam uma leitura diferente, divergindo dos juspositivistas sobre a ontologia jurídica. Temos duas ontologias inconciliáveis, mas ambas respeitam a lei de Hume. (DIMOULIS, 2006, p.195)

c) “*O argumento da segurança jurídica e da paz social*” (DIMOULIS, 2006, p.195)

De maneira simples, graças à aplicação do direito conforme as suas prescrições, é possível garantir uma razoável previsibilidade das decisões e impedir, em certo sentido, a arbitrariedade nas decisões dos julgadores (DIMOULIS, 2006, p.196), isto é, a vinculação dos magistrados à ordem jurídica contribui para a segurança jurídica. Além disso,

Argumenta-se também que a estabilidade na aplicação das normas permite diminuir o número e a intensidade dos conflitos, garantindo a paz social, graças à atuação do Estado como exclusivo detentor do poder e fonte primordial do direito. (DIMOULIS, 2006, p.196)

Poderia se argumentar que tal argumento é fundado em valores, não sendo uma necessidade racional da desvinculação conceitual de direito e moral. O próprio Dimoulis tem a impressão, por suas próprias razões, de o argumento ser problemático (2006, p.196), mas isso não significa dizer que a tese não exista e seja uma das justificações que fundamentam a separação conceitual entre direito e moral.

2.4 A crítica ideológica ao Positivismo Jurídico (*stricto sensu*)

A mais hedionda crítica contra o positivismo jurídico, a crítica ideológica, surge para a crítica do positivismo jurídico enquanto ideologia do direito, chamado de *positivismo ético*. Há um problema inicial que é o de que se o *positivismo ético* possa realmente ser classificado como teoria juspositivista, problema ao qual se responderia negativamente. O *positivismo ético* seria, na verdade, uma ideologia do direito.

Há ainda um segundo problema – esse que realmente enseja a crítica –, o de que se essa ideologia seria, de forma mascarada, a ideologia de todo o *Positivismo Jurídico stricto sensu* ou não.

2.4.1 O positivismo ético

É Norberto Bobbio quem nos informa que o positivismo pode ser conhecido como sendo uma “certa ideologia do direito” (2006a, p.134) que é a “*teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal*, teoria sintetizada no aforismo: *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei)”. (BOBBIO, 2006a, p.133)

Se é esse autor que traz o positivismo jurídico como “teoria” num primeiro momento e “ideologia” num segundo, é esse autor quem deve esclarecer-se quanto aos termos escolhidos.

[...] teoria é a expressão da atitude puramente *congnotiva* que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de *informar* os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *influírem* sobre tal realidade. (BOBBIO, 2006a, p.223)

É com essa distinção conceitual de Bobbio que podemos afirmar que enquanto a teoria fica constantemente sob o crivo da ciência – está sujeita a um juízo de confirmação (pode ser verdadeira ou falsa) –, à ideologia não é correto que se acuse de falsidade ou veracidade, já que não pretende descrever a realidade mas influir sobre ela (BOBBIO, 2006a, p.223), como no exemplo dos adeptos da escola da exegese:

Uma atitude ideológica pode ser encontrada também nos juristas franceses da escola da exegese, que foram justamente acusados de fetichismo pela lei, visto que não se limitam a se ajustar ao fato de que naquele momento histórico, o direito se põe na sociedade deles mediante a lei, mas valoram positivamente esse fato, considerando a lei como a forma melhor, antes a única forma boa de criação do direito: são não apenas *intérpretes*, mas também *admiradores* do Código de Napoleão. (BOBBIO, 2006a, 224)

Com efeito, quando falamos em *positivismo ético* – ao nos referirmos ao “*dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*” (BOBBIO, 2006a, p.225) – fica claro que estamos diante de um posicionamento valorativo e não congnotivo da realidade, e portanto lidamos com uma ideologia e não com uma teoria do direito (BOBBIO, 2006a, p.225).

Segundo Bobbio, existem quatro maneiras pelas quais se justifica a ideologia do positivismo ético de “obediência absoluta à lei” (2006a, p.227). A primeira delas é a concepção de Trasímaco, apresentada no Livro I da *República* de Platão, que é a *concepção cética* ou *realista da justiça*, que concebe a justiça como sendo a expressão da vontade do mais forte (BOBBIO, 2006a, p.227). Bobbio apresenta assim a crítica de Rousseau a essa tese:

Se identificarmos a justiça com a vontade do mais forte, dado que a lei é por definição a expressão da vontade do soberano, isto é, do indivíduo (ou do grupo) mais poderoso na sociedade, somos obrigados a dizer que a lei é sempre justa. Porém, como observa Rousseau, que no início do seu *Contrato social* critica esta concepção, não podemos afirmar o dever

absoluto ou de consciência de obedecer à lei: se esta é somente a expressão da vontade do mais forte, eu a obedeco somente porque não posso fazer diferentemente (isto é, não por convicção, mas por constrição) e somente *enquanto* não possa fazer diferentemente (a saber, enquanto quem comanda seja efetivamente o mais forte). (BOBBIO, 2006a, p.227-228)

A segunda maneira de justificar o dever incondicional de obediência à lei é a *concepção convencionalista da justiça* que é a concepção hobbesiana clássica, de que diante a falibilidade de todos os critérios éticos, a única maneira de se resolver eventuais conflitos que não pelo uso da força é, através de um pacto social: submeter-se ao arbítrio de um poder soberano que dirima o litígio pelos critérios por si postos (BOBBIO, 2006a, p.228). Na concepção hobbesiana:

Visto que tal pacto vem antes da lei positiva, o dever de respeitá-lo não é de natureza externa, jurídica, mas de natureza interna, moral (neste sentido, Hobbes fala de uma *lei natural*, que impõe a observância do contrato social, entendendo por natural uma lei que obriga em consciência, isto é, aquela que hoje chamamos de lei moral). (BOBBIO, 2006a, p.228)

A terceira tese justificativa do positivismo ético é a *concepção sagrada da autoridade*, que Bobbio atribui essa explicação à Max Weber: “o poder cabe a um homem que parece dotado de qualidades sobre-humanas, no qual o povo deposita (com base em valorações emotivas, irracionais) uma confiança absoluta e cega” (2006a, p.229). Assim, quando se presume a investidura de um poder sobrenatural, não se obedece exclusivamente por causa da coação – “simples temor da sanção” (BOBBIO, 2006a, p.229) –, mas por acreditar na justiça da ordem, justiça essa determinada sobrenaturalmente.

A última tese justificativa é a *concepção do estado ético* que, segundo Bobbio, é a concepção original do positivismo jurídico (2006a, p.227), enquanto que as três anteriores foram aproveitadas de teorias anteriores à concepção do juspositivismo. Para Bobbio, esta concepção é vinculada à concepção hegeliana do Estado que, por sua vez, é a base histórica ideológica do juspositivismo alemão (2006a, p.229).

Segundo esta concepção, o Estado, que é a suprema manifestação de Deus na História, é portador de uma missão, ou seja, a de realizar a *eticidade*, que é uma manifestação do espírito superior não só para o *direito*, como também para a *moral*. Estando assim as coisas, agora fica evidente que as leis, como manifestação da vontade do Estado, possuem sempre um valor ético e exigem, portanto, a obediência incondicional dos súditos. (BOBBIO, 2006a, p.229)

Por fim, Bobbio contrapõe todas essas concepções de positivismo ético, que ele afirma serem “extremistas” ou “fortes”, a uma concepção que é “moderada” ou “fraca” (BOBBIO, 2006a, p.230) de positivismo ético.

De todo modo, ressaltamos que mesmo essa versão moderada não deixa de ser uma ideologia, não adquirindo, pelo simples fato de desconexão com a versão extrema, *status* de teoria (BOBBIO, 2006a, p.230) no molde trazido no

começo deste item. Isso porque, para esta concepção de positivismo ético, o direito não deve ser realizado por ser justo em si, mas pela consecução da ordem que consegue obter. Nessa versão moderada, ao se distinguir da versão extremista, o direito deixa de ter um *valor final* e passa a ter um *valor instrumental* (BOBBIO, 2006a, p.230).

Isso não quer dizer que essa concepção deixou de ser avaliativa, como ressalta Bobbio:

Concluindo: a versão moderada do positivismo ético difere da extremista porque, à diferença desta última, não diz que o direito é um bem em si, e antes o valor supremo, pelo que necessita-se sempre a ele obedecer, mas diz somente que o direito é um meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem da sociedade, com a consequência de que, se desejamos tal bem, devemos obedecer ao direito. (BOBBIO, 2006a, p.232)

Adverte Bobbio que “é mister [...] distinguir a crítica dos *erros* da crítica dos *horrores* do positivismo jurídico” (2006a, p.225). E é normal que se queira criticar as graves consequências políticas desse tipo de pensamento em virtude da violência que fundamentalmente é exaltada como justa nessa constelação ideológica. Mas o Positivismo Jurídico, enquanto *teoria* e não *ideologia*, como estudo da realidade jurídica, não pode ocupar-se de como se disporá tecnicamente do saber produzido acerca da realidade sem ferir sua designação fundamental de imparcialidade.

Seja como for, a crítica ao *positivismo ético* descaminha, na sua acusação mais radical, no argumento do *reductio ad Hitlerum* (BOBBIO, 2006a, p.225).

2.4.2 Reductio ad Hitlerum

A má percepção do real intuito do positivismo jurídico (teoria e não ideologia) fez com que escapasse ao entendimento de muitos críticos que o positivismo jurídico é uma teoria que visa explicar *o que é* direito e não justificá-lo; assim, imputa-se, indevidamente, ao positivismo jurídico, a condição de ferramenta legitimadora do “mais bárbaro e sanguinário entre os regimes o século XX, o nacional-socialismo” (DIMOULIS, 2006, p.258).

A crítica faz o juspositivismo aparecer como a “teoria que traiu a causa do direito, como garantia (ou pelo menos tentativa) de pacificação, justiça, solidariedade social etc., enganou os operadores jurídicos” (DIMOULIS, 2006, p.258) e tudo isso para legitimar um regime criminoso. A finalidade dessa crítica é invalidar o positivismo jurídico enquanto método científico, ou como diz Dimitri Dimoulis, objetiva demonstrar a “morte” do positivismo jurídico (DIMOULIS, 2006, p.258), como se fosse uma mentira desfeita após a queda do regime nazista.

Esse raciocínio político antipositivista – aliás, muito eficaz – pretende a desmoralização do juspositivismo enquanto teoria, através da vinculação deste com o regime nazista (DIMOULIS, 2006, p.260). Diz-se assim que: se “Hitler encabeçou a pior ditadura do século XX, o positivismo jurídico que se identifica com o nazismo merece a mais firme condenação!” (DIMOULIS, 2006, p.260).

Esse argumento conta com uma versão extremista que ignora toda a vontade política imperante que levou a consolidação do poder do partido nacional-socialista (DIMOULIS, 2006, p.260) e uma versão moderada que acusa a teoria de omitir-se perante a realidade política observada. E, ainda esta, segundo Dimoulis, “carece de fundamento histórico” (2006, p.261).

Dimoulis não se empenha em demonstrar como, sob a ótica do jus positivismo, tais acusações são falaciosas. Ao invés, concentra-se em demonstrar que essa conexão entre o Positivismo Jurídico e o nazismo não passa de um “mito” (DIMOULIS, 2006, p.261). E faz isso ao demonstrar a inconformidade do regime nazista com alguns preceitos juspositivistas. Dimitri Dimoulis enumera as seguintes razões:

a) “*Continuidade legislativa*” (DIMOULIS, 2006, p.261)

O regime nazista não foi caracterizado por uma forte inovação legislativa. Ao contrário, seu ordenamento jurídico não sofreu alterações importantes. A revolução normativa, ao invés de ser legalista, foi balizada numa *unbegrenzte Auslegung* (interpretação sem limites) que invocava “valores” e “necessidades” do povo alemão (DIMOULIS, 2006, p.261), algo radicalmente contrário ao que ensina o juspositivismo e seus ideais de formalidade e de objetividade.

b) “*Discurso ideológico*” (DIMOULIS, 2006, p.261)

O regime nazista foi caracterizado, ao contrário do que se prega, por um discurso de crítica ao positivismo, com suas formalidades e sua segurança jurídica, e ao estado de direito; pretendia, o nazismo, substituir esse estado de direito por um estado de justiça, este negado pelo positivismo jurídico (DIMOULIS, 2006, p.261).

Dimoulis afirma, por isso mesmo, que se percebe uma dissonância entre a concepção nazista de direito e a concepção do positivismo jurídico, aproximando-se talvez, este último, de um *moralismo jurídico* que pretendia corrigir o direito (DIMOULIS, p.262).

c) “*Doutrina antipositivista*” (DIMOULIS, 2006, p.262)

Carl Schmitt foi, possivelmente, o mais importante jurista do regime nazista e redigiu incontáveis discursos e teses contra o positivismo jurídico, em que acusava de incompatibilidade com axiomas jurídicos como lealdade, honra e disciplina e, assim, de “proteger criminosos e sonegadores de impostos mediante a defesa dos princípios da legalidade e da irretroatividade” (DIMOULIS, 2006, p.262.).

d) “*Jurisprudência antipositivista*” (DIMOULIS, 2006, p.263)

Durante a administração nacional-socialista e até mesmo no período da República de Weimer, os juízes eram extremamente politizados, e a técnica

hermenêutica era prevalentemente o da teleologia objetiva, “que visava à adaptação da norma à situação do momento, independentemente de sua formulação e da vontade do legislador histórico” (DIMOULIS, 2006, p.263), o que, para Dimoulis, é o que há de mais incompatível com a teoria juspositivista.

2.4.3 Hans Kelsen e o positivismo ético

Kelsen talvez seja quem mais tenha sofrido com as acusações do argumento *reductio ad Hitlerum* porque, como pretendemos demonstrar mais adiante, era um dos maiores entusiastas de estudar o direito como ele é e não “como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito” (KELSEN, 2006, p.1), mas também por ter vivido com a possibilidade sombria de ter sido uma vítima do nazismo. Enfatiza Dimoulis:

Em razão da origem judaica de sua família, Kelsen foi vítima da perseguição nazista desde 1933, ano em que foi forçado a abandonar sua cátedra na Universidade de Colônia, refugiando-se na Suíça. Em 1940, temendo um envolvimento da Suíça na guerra, decidiu migrar para os Estados Unidos, apesar das incertezas sobre seu futuro profissional e do parco conhecimento do idioma inglês (DIMOULIS, 2006, p.264).

3 A Teoria Pura do Direito

3.1 Influência científica

A princípio, pode-se pensar que houve, em Kelsen, uma poderosa influência teórica por parte do empirismo de David Hume que, como citado no item 2.3, é o responsável – ao menos assim se imputa – por postular de maneira concreta a universalidade do conhecimento como pertencentes a dois mundos distintos, o do *ser* e o do *dever ser*, na já apresentada Lei de Hume que nos foi apresentada por Dimoulis (2006, p.192).

O empirismo, como sugere o nome, baseia seu conhecimento num método de constatar a realidade mediante a experiência dos sentidos, o conhecimento empírico. Precisamos explicar, contudo, por que afinal que “os juízos da experiência, como tais, são todos sintéticos” (KANT, 2009, p.18). E, ainda, o termo *a posteriori*. Sintético é o juízo que ultrapassa, digamos assim, a identidade do objeto estudado; na verdade, o juízo sintético sequer adentra a esfera ontológica do objeto, produzindo sempre um conhecimento novo que acompanha a natureza daquele objeto (KANT, 2009, p.18-19). *A posteriori* indica que o conhecimento do fato foi formado apenas com a ocorrência da realidade sensitiva – para Kant, provém da experiência (2009, p.13) –, produzindo conhecimento certo, mas que não vincula leis de conhecimento.

O racionalismo científico, do qual, a título de exemplo, poderíamos mencionar o método de René Descartes¹, produzia, segundo Kant, juízos analíticos que, em contraposição aos sintéticos, remetem à identidade do objeto, ao invés de formular conhecimento novo sobre o objeto (2009, p.18). O conhecimento

¹ O método em questão é sintetizado pelo próprio René Descartes, na segunda parte do seu *Discurso do Método* em quatro passos: “O primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida.

O segundo, dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las.

O terceiro, conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros.

E, o último, fazer em tudo enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse certeza de nada omitir.” (DESCARTES, 1996, p.23)

apriorístico, a propósito, é aquele que é anterior à experiência e, portanto, vincula gnosiologicamente a experiência sensorial.

Para não nos determos desnecessariamente no tema, o exemplo de Kant quanto à diferenciação dos juízos analíticos e sintéticos é que os primeiros podem produzir algo como “todos os corpos são extensos”, sem que se consiga desvincular “extensão” do mero conceito de “corpo”, e os segundos, podem produzir algo como “todos os corpos são pesados”, em que o predicado apresenta uma diferença elementar do conceito de corpo (2009, p.18).

Kant, ao menos na sua *Crítica da Razão Pura*, pode ser apresentado como a verdadeira influência científica na *Teoria Pura do Direito* e, talvez, em toda a obra kelseniana. As indicações vão além do mero emprego do termo “pura” no título da grande obra de Kelsen. Mesmo, Pachukanis, um grande jurista soviético, que criticava a obra de Kelsen como sendo de um “extremo formalismo” típico de um “pensamento científico burguês” (1977, p.72), conhecia a obra do mestre Austríaco bem o suficiente para reconhecer a influência “neo-Kantiana”:

De facto, as tentativas no sentido de aprofundar esta metodologia [normativa] conduziram, por exemplo, Kelsen à convicção de que a jurisprudência é precisamente uma ciência essencialmente normativa, porque, melhor do que qualquer outra disciplina desta espécie, pode manter-se dentro dos limites do sentido formal e lógico da categoria do Dever-Ser. (PACHUKANIS, 1977, p.44)

Explicando melhor como essa influência de Kant chegou à obra de Kelsen, utilizamo-nos da obra de Venerio, em que afirma que:

No princípio do século XX, surgem na Alemanha duas correntes de filósofos que pregam o que seria o segundo retorno à obra de Immanuel Kant. São as correntes denominadas neokantianas, baseadas em Baden e Marburgo, e possuem características importantes que as diferenciam quanto a este propugnado retorno (VENERIO, 2010, p.76).

A base neokantiana de Baden localizava-se principalmente em Heidelberg pois foi lá que se fixou o filósofo Heinrich Rickert, que também tentou realizar um retorno à filosofia “da ciência” de Kant, mas que realizou esse retorno, segundo Habermas (2009a, p.16), diferentemente do neokantista de Marburgo Ernst Cassirer que, assim como Kelsen, tentou realizar uma distinção das ciências naturais e sociais (ciências da cultura). (HABERMAS, 2009a, p.19).

Com relação ao neokantismo de Baden, esse realizava o retorno à Kant através da obra *Crítica da Razão Prática*, “com investigações para a formação de uma deontologia” (VENERIO, 2010, p.76). Podemos dizer assim que essa obra de Kant buscava a resposta para um dos problemas fundamentais da filosofia: “o que devemos fazer?”. Ocorre que o neokantismo de Marburgo, e assim parece ter sido mais prudente, diferentemente, focou-se estudo na *Crítica da Razão Pura*, em que Kant lançava as bases da sua gnosiologia (VENERIO, 2010, p.76).

Na sua gnosiologia, Kant quer pôr-se entre o ceticismo empirista (Hume) e o dogmatismo metafísico, preocupando-se fundamentalmente com a possibilidade de estabelecer uma ordem racional. É neste intuito que realiza sua autoproclamada revolução copernicana, deixando o homem de receber das coisas e do mundo as formas ou leis do conhecimento – como no empirismo – passando a impor à natureza as formas e leis do seu espírito. (VENERIO, 2010, p.77)

Seja como for, Kelsen, através do neokantismo de Marburgo, se apropriou-se da obra de Kant, e isso é perceptível quando ele menciona a norma fundamental gnosiológica enquanto sendo uma “pressuposição lógico-transcendental” da ordem jurídica (KELSEN, 2006, p.224-225), em que ele se aproveita, provavelmente, da lógica transcendental de Kant (2009, p.61).

Adiante, antes de encerrarmos este capítulo, temos de apresentar, nem que sucintamente, o positivismo lógico como influência científica de kelsen.

O positivismo do Círculo de Viena (O positivismo lógico, Empirismo lógico, filosofia analítica...) foi, segundo Venerio, que retira suas conclusões de outros autores (como Luis Alberto Warat e Pablo Lucas Verdú), outro influente na construção da epistemologia kelseniana (2010, p.79). Afirma Venerio que “de um modo geral, visava à construção de uma filosofia antimetafísica, ligada essencialmente às ciências da natureza, à matemática e à lógica” (2010, p.79), num modelo que somente admitiria juízos analíticos ou empíricos (Venerio, 2010, p.80). De fato, parece que o ideal de pureza que geralmente se alude à uma influência kantiana, passa pela peneira positivista do círculo de Viena:

Como se pode perceber destas características, o Positivismo Lógico exerce grande influência na obra jurídica kelseniana, considerados seus postulados por uma ciência jurídica pura, isenta de considerações ideológicas, e que delimita estritamente o seu campo de estudo, impondo rigor sistemático no conhecimento do seu objeto. (VENERIO, 2010, p.80)

Compreende, portanto, Venerio, a importante influência empirista do positivismo lógico do círculo de Viena para a sua teorização do relativismo ético e para a consolidação da epistemologia kelseniana que legitima cientificamente a *Teoria Pura do Direito* (2010, p.82-83).

3.2 Os pilares de sustentação da teoria

Além de sua raiz filosófica e de sua pretensão de cientificidade, a Teoria Pura do Direito agrega uma série de concepções que a suportam enquanto teoria específica do direito. Quer dizer, o estudo do direito enquanto sistema normativo diferente daquele da moral e a delimitação de seu objeto enquanto norma têm sua justificação racional em certos “pilares” que, conjuntamente, sustentam a Teoria Pura do Direito.

Esses “pilares” são o que se manifesta na Teoria Pura que a qualifica como teoria específica do positivismo jurídico: a separação entre moral e direito (relativismo moral), o fundamento normativo do ordenamento jurídico (norma fundamental) e o monismo jurídico.

3.2.1 Separação entre direito e moral

A incompatibilidade entre direito e moral existe em virtude do que veio a ser convencionado pelos filósofos como **relativismo moral**, do qual Kelsen era um partidário. Propugnava Kelsen que do ponto de vista científico:

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós construímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos. (KELSEN, 2006, p.76)

No entanto, justamente porque a moral é considerada de forma relativa, e, assim, o direito se desvincula de qualquer concepção absoluta de justiça, é que a ordem jurídica surge como criação humana destituída de fundamento metafísico e, por conseguinte, deslocada a uma dimensão histórica e política.

Em outras palavras, caso se pudesse constatar cientificamente um conteúdo moral absoluto, não haveria necessidade de democracia. Para demonstrar a relevância prática desse exercício de abstração, veja-se o exemplo do filósofo e futurólogo Jacque Fresco, figura intelectual responsável pelo atual movimento social (tecnocrata) de fomento científico conhecido como Projeto Vênus:

Com o advento de desenvolvimentos futuros na ciência e na tecnologia, iremos atribuir cada vez mais a tomada de decisões a máquinas. De momento, isto é evidente nos sistemas militares nos quais sensores eletrônicos mantêm as características de voo ideais em aviões avançados. As capacidades dos computadores de hoje excedem quinhentos mil bilhões de bits de informação por segundo. A complexidade da civilização de hoje é demasiado grande para sistemas humanos gerirem sem a assistência de computadores eletrônicos. Os computadores de hoje são relativamente primitivos comparados com os que irão existir no futuro. Eventualmente, a gestão de sistemas sociais precisará de sensores eletrônicos interligados com todas as fases das sequências sociais, eliminando assim a necessidade de política. (FRESCO, 2013)

No caso em tela, o que motiva a perspectiva de morte da política é uma concepção absolutista em termos de valores. Dado que, já que se poderá determinar com precisão absoluta o que é certo ou errado, não terá a necessidade da seleção política de como se proceder em todas as situações da vida.

De todo modo, ainda faltou explicar, de acordo com a teoria kelseniana, o que é a moral, visto que o autor a identificou como sendo algo diferente do direito:

O Direito e a Moral também não se podem distinguir essencialmente com referência à produção ou à aplicação das suas normas. Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v. g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Neste sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa uma teoria científica do Direito. (KELSEN, 2006, p.70)

Ou seja, para Kelsen, a diferença entre direito e moral não se pode relegar ao conteúdo e nem a forma de produção normativa, de modo que:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coação socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às

normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (KELSEN, 2006, p.71)

Nesse sentido, a diferença de forma entre direito e moral na obra kelseniana não é, nem a fonte e nem o conteúdo, mas a forma. A coação se caracteriza como figura que determina a especificidade da ordem jurídica enquanto distinta da ordem moral. Por essa perspectiva assinala, igualmente, Bobbio:

Conforme tive ocasião de dizer alhures, Kelsen nunca teve dúvidas sobre o fato de que a técnica do controle social própria do Direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, daquelas sanções que infligem um mal àqueles que executam ações socialmente indesejáveis. Toda vez que repete sua definição do Direito como ordenamento coercitivo, ele faz questão de precisar que o Direito é assim porque está em condições de provocar o mal, mesmo que seja sob a forma de privação de bens, ao violador das normas. Ordenamento coercivo e ordenamento baseado em sanções negativas são sinônimos em sua linguagem. (BOBBIO, 2006b, p.118)

Em conclusão, compreendemos que a moral, enquanto ordem normativa, atribui o valor de moral, imoral (justo ou injusto) a determinadas condutas humanas; já o direito, também enquanto ordem normativa, atribui valor de jurídico e antijurídico.

3.2.2 Fundamento de legitimidade da ordem jurídica: a norma fundamental gnosiológica

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen reafirma constantemente o Direito como ordenamento escalonado (de estrutura hierárquica) que se autoproduz no sentido de que uma norma retira seu fundamento de validade de outra norma imediatamente superior; o que é o mesmo que dizer que, de uma perspectiva exclusivamente normativa, é através do poder instituído por uma norma que se cria uma outra norma que, por sua vez, passa a dar validade a um determinado ato humano e, assim, sucessivamente, como salienta Kelsen:

[...] a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria [*auto*] criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra

norma representa o fundamento imediato de validade daquela. (KELSEN, 2006, p.246)

O problema dessa construção teórica é o de se verificar a norma que concede validade a norma posta mais “alta”, ou seja, de verificar porque a norma que concede validade a todas as outras normas é válida; sobretudo porque o fundamento jurídico das normas não consubstancia em nenhum critério metafísico *a priori*. Ele próprio reconhece a problemática central que é o de identificar, sob uma perspectiva exclusivamente normativa, o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

O que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (KELSEN, 2006, p.215)

A resposta de Kelsen foi a construção teórica da norma fundamental presuposta. Desse modo, em virtude da norma fundamental (*grundnorm*) não poder ser verificada, dado que ela não é posta, “ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência [*poder normativo*] teria de se fundar [para ser *juridicamente* legítimo] numa norma ainda mais elevada.” (KELSEN, 2006, p.216)

A norma fundamental e seu fundamento lógico-trancedental (KELSEN, 2006, p.224-228) se justificam, assim, como única possibilidade lógica numa teoria que pretende conhecer o seu objeto a partir de uma perspectiva exclusivamente normativa. A lógica da sua teorização acompanha o exemplo seguinte:

Um pai ordena ao filho que vá à escola. À pergunta do filho: por que devo ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim o ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que devo eu obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer às ordens de Deus. Se o filho pergunta por que devemos obedecer às ordens de Deus, quer dizer, se ele põe em questão a validade desta norma, a resposta é que não podemos procurar o fundamento da sua validade, que apenas a podemos pressupor. (KELSEN, 2006, p.219)

Embora a retórica dos recursos moralistas e religiosos possa fazer a regressão de verificação eternamente, nem mesmo a mais genial retórica poderá determinar uma norma (um valor) de qualquer ordem que se justifique por si próprio

(a retórica poderá fazer supor que sim, momento em que ela se torna *ideologia*). Notada é a impossibilidade de uma norma que valha por si, ou de um valor que valha por si, que possa ser verificado e seja inquestionável, e explique em termos lógicos a progressão que culmina na norma (valor) imputado.

Dada à impossibilidade de verificar o fundamento de valor da ordem normativa a única conclusão lógica dessa perspectiva é presumir a ordem normativa como válida

O que a faz teorização da norma fundamental gnosiológica, não somente para o direito, para o estudo de *sistemas normativos em geral*, é propor que a validade do sistema normativo é sempre presumida pelo próprio sistema. Não quer dizer que Kelsen ignora as razões práticas e políticas que inauguram a ordem jurídica, mas que para o direito que se pretende reconhecer por si (e não politicamente, historicamente ou sociologicamente) não tem outra alternativa se não presumir seu fundamento de validade. O conhecimento *normativo* da ordem normativa implica na dedução da norma fundamental, e isso é imprescindível para o juspositivismo que deduz a validade do direito a partir do próprio direito.

E mais importante ainda é a noção kelseniana de que a norma fundamental não descreve conteúdo, somente delega poder normativo para a instituição das normas positivas. Essa noção é bastante importante para Bobbio, que concebe o binômio direito/poder como sendo “duas faces de uma mesma moeda” (2006b, p.170,190):

No sentido de que se entendendo por Direito, como entende o positivismo jurídico, um conjunto de normas vinculadoras para uma coletividade inteira, enquanto vigoram recorrendo em última instância também à força, não se pode afirmar a existência de normas sem pressupor a existência de indivíduos ou entes coletivos que detenham e exercitem regularmente um poder. (BOBBIO, 2006b, p.170)

Isso quer dizer, para Bobbio, que a Teoria Pura faz a regressão (verificação) normativa, para fins de reconhecimento de validade da norma, até a norma fundamental, exatamente na mesma medida, em sentido oposto, em que o poder político se ramifica a partir do poder soberano na teoria política tradicional; assim, “a norma fundamental é o conceito exatamente simétrico ao de poder soberano.” (BOBBIO, 2006b, p.171)

É claro que se a norma fundamental deve ser presumida, nada impede que não o seja, ou que, outra ordem jurídica passe a ser pressuposta como válida

pela população, o que legitimaria como direito algo que estivesse em contradição com a ordem jurídica vigente anterior, como explica Kelsen:

Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos em certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). (KELSEN, 2006, p.11-12)

Portanto, o ordenamento jurídico é válido quando minimamente eficaz, de modo que:

[...] contrária e simetricamente à teoria [política] tradicional, a Teoria Pura do Direito deixa entender que, quando se alcança o vértice do sistema, não se pode mais separar o Direito do poder, e se torna cada vez mais difícil entender onde acaba um e começa o outro. A máxima dos legisladores “*Lex facit regem*” se converte continuamente na máxima oposta, sempre apoiada pelos políticos realistas, “*Rex facit legem.*” (BOBBIO, 2006b, p.191)

Em conclusão, não é um pessimismo entender que a teorização da norma fundamental não resolve – ao menos, sem eficácia contínua – o problema de expurgação do poder político no fundamento da norma. Mas será que sequer deveria? A norma fundamental é uma necessidade lógica, para o fechamento hermético do sistema jurídico, de uma teoria que pretende conhecer o direito somente em sua dimensão normativa. Se a norma fundamental não satisfaz uma série de questões de sobre como essa vinculação entre poder e direito se dá, não é porque ela pretende ocultar essa vinculação, mas porque essa conexão não diz respeito ao próprio direito estudado pela Teoria Pura.

3.2.3 Direito e Estado (identificação recíproca)

A peça final que ajuda a identificar a Teoria Pura enquanto teoria específica do Direito é, certamente, a revolução kelseniana quanto ao dualismo direito/estado. Para realizá-la, primeiro Kelsen precisou reconhecer uma teoria tradicional que cindia direito e estado; esta teoria ele chamou de **dualismo tradicional de Estado e Direito**, o qual, em linhas curtas, “contrapõe o Estado ao

Direito como entidade diferente deste e, apesar disso, o afirma como uma entidade jurídica” (KELSEN, 2006, p.315).

A teoria tradicional do Direito e do Estado apresentá-los-ia como diferentes entre si, pretendendo justificar, contudo, o Estado como uma entidade independente e anterior ao direito (KELSEN, 2006, p.315-316). Assim,

[...] o Estado cumpre a sua missão histórica – ensina-se – criando o Direito, o “seu” Direito, a ordem jurídica objetiva, para depois se submeter ele próprio a ela, quer dizer: para se obrigar e se atribuir direitos através do seu próprio Direito. (KELSEN, 2006, p.315)

A motivação ideológica, segundo Kelsen, do tradicional dualismo Estado/direito é a transformação do Estado “de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer Direito” (KELSEN, 2006, p.316). A superação dessa perspectiva, ideologicamente motivada, necessitou de ser substituída por uma nova representação dos fenômenos do direito e o do Estado, que, na Teoria Pura, passaram a corresponder-se mutuamente (**identificação recíproca**).

Primeiramente, no intuito de reconhecer o estado como ordem jurídica coativa (KELSEN, 2006, p.316), há que se reconhecer que mesmo essa “ordem jurídica estadual” se distingue formalmente da historicamente reconhecida “ordem pré-estadual e da ordem supraestadual (ou interestadual) do Direito internacional geral”. (KELSEN, 2006, p.317) A diferenciação é formal em virtude da especialização e centralização da produção e da aplicação do direito, que nos dois últimos exemplos são prioritariamente consuetudinários.

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode [...] ser constituída por uma ordem normativa. E, visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por *uma* tal ordem normativa (sim, identifica-se mesmo com esta ordem), a ordem normativa que constitui o estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual. (KELSEN, 2006, p.318)

E Kelsen segue a defesa da tese apresentado os elementos que compunham a teorização tradicional do Estado – sendo estes a população, o território e o poder – como sendo todos fatos jurídicos; quer dizer somente se podem compreender tais elementos senão por determinação de uma ordem jurídica (KELSEN, 2006, p.318-321):

Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz. (KELSEN 2006, p.321)

A intenção de purificação ideológica, no sentido de abandono da ideologia que separa o Estado do direito, é realizada, assim, quando se nega o dualismo tradicional, ideologicamente motivado, em favor de um monismo jurídico:

Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado “de Direito” revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo estado é uma ordem jurídica. Isto, no entanto, não coenvolve qualquer espécie de valor político. A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a ideia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como “verdadeira” ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista. Também uma ordem coercitiva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída – na medida em que se distinga entre ordem e comunidade – é uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado. (KELSEN, 2006, p.353)

O fato de Kelsen promover crítica contra a ideologia do Estado de direito não quer dizer que ele, a nível político, não o defenda. Não é o valor, mas o fato do Estado de direito que é criticado aqui; por isso que quando ele defende que o Estado tem de ser necessariamente um Estado de direito, não o faz dizendo que o Estado *deve ser* Estado de direito (assumindo que exista outras possibilidades menos felizes), mas que o Estado *é* Estado de direito (não existe Estado que não o seja).

3.3 Ciência do Direito

Na unidade anterior (2.2) tivemos a oportunidade de analisar um pouco minuciosamente os “pilares” da Teoria Pura do Direito, sendo esses os pilares que a conformavam com as teorias juspositivistas de separação conceitual entre direito e moral, do ordenamento jurídico (e seu fundamento de legitimidade) e a razão do monismo jurídico.

Agora identificaremos a aproximação exclusivamente científica da Teoria Pura do Direito. Mais especificamente falando, primeiramente o entendimento

kelseniano de separação entre as ciências causais e normativas, esta última a qual o direito pertence. Segundo, a aproximação de Kelsen do seu objeto de estudo (norma, proposição jurídica e interpretação). E por último, o seu postulado de pureza epistemológica que consiste no objeto de análise do presente trabalho monográfico.

3.3.1 Ciência de ordem causal e de ordem normativa (princípios da causalidade e da imputabilidade)

Para Kelsen, uma ciência normativa (2006, p.84) se contrapõe ao mundo das ciências causais que buscam conhecer a conexão entre fatos pela orientação de *causa e efeito*, o princípio de causalidade:

A natureza é, segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. (KELSEN, 2006, p.85)

Já o princípio da imputação parece, a princípio, mimetizar o da causalidade, mas enquanto a causalidade determina a consequência natural dos eventos, descreve o que *é* de fato, a imputação reconhece, por via da realidade normativa, o que *deve ser* seguido daquele fato (KELSEN, 2006, p.89 e 91). Essa distinção é imperiosa para que se compreenda o ideal científico de Kelsen. Tanto que no início de sua obra, quando apresenta o conceito de norma, ele sentencia:

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja. (KELSEN, 2006, p.6)

No entanto, o princípio da causalidade não vincula conhecimento somente do mundo natural, mas também do mundo da conduta humana:

[...] a Psicologia, a Etnologia, a História, a Sociologia são ciências que tem por objeto a conduta humana na medida em que ela é determinada através de leis causais, isto é, na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural. (KELSEN, 2006, p.95)

Assim sendo, mesmo as ciências que didaticamente se concebem como sendo ciências sociais, não se diferenciam das ciências naturais, ao menos quanto à causalidade dos fenômenos observados.

Podemos dizer, então, que existem duas espécies de ciências sociais: as ciências sociais de ordem causal (Psicologia, Sociologia, Etnologia, entre outras) e as de ordem normativa (direito e ética) (KELSEN, 2006, p.95-96).

Em síntese: dentre o universo de ciências sociais, o que distingue a ciência direito quanto ao seu fundamento metodológico é o fato de ela ser uma ciência normativa, assim determinada por estudar o comportamento humano a partir do princípio de imputação.

3.3.2 A “pureza” epistemológica

A essência da “pureza” na *Teoria Pura do Direito* encontra-se já no início da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. Com ela, ele explica, nesses termos, que sua teoria não se mistura à política, e nem com a sociologia ou com a psicologia, assim como não poderia ser teoria da justiça, dado que não pretende explicar como o direito deve-ser (KELSEN, 2006, p.1).

Nesse sentido, a pretensão de “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 2006, p.1) significa abandonar do conhecimento do direito tudo o que não é estritamente direito.

Dir-se-á, em síntese, que a “Teoria Pura do Direito avança duas pretensões fundamentais: a) ser ciência (e não ideologia); b) ser a ciência própria do objeto específico a que se dirige, o Direito” (BOBBIO, 2006, p.24).

Digamos, remetendo aos nossos estudos anteriores do positivismo jurídico *stricto sensu*, que a pureza epistemológica antecede o relativismo ético e faz independe o conhecimento jurídico da política ou da moral; ressalvada a advertência sempre reafirmada de que não se nega nunca a ausência absoluta de conexão entre os dois (KELSEN, 2006, p.1-2).

A intenção admitida de Hans Kelsen, ao elaborar uma teoria do direito cujo núcleo seja a pureza não é outra senão “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural” (KELSEN, 2006, p.XI). Assim Kelsen pretende adequar, e precisamente aqui é o ponto central da questão científica, a ciência do direito ao “ideal de toda a

ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 2006, p.XI). A ‘objetividade’, em especial, é perceptivelmente o que move a Teoria Pura contra o jusnaturalismo (BOBBIO, 2006b, p.23).

Enfim, fazer uma ciência “pura” significa fazer uma ciência desinteressada (livre de interesses) neutra, axiologicamente, perante o objeto que estuda. Conhecer o objeto como ele é

3.4 O erro dos críticos

O próprio Kelsen muito bem o sabia que haviam muitos opositores apaixonados à sua Teoria Pura (KELSEN, 2006, p.XI-XII). São muitos os que por “motivos ocultos” e baseados em “más interpretações” (KELSEN, 2006, p.XII) acusam a pretensão científica da Teoria Pura de se afastar “da vida real” (KELSEN, 2006, p.XIII) ou de vagueza de significância. Assim também constata Bobbio:

Começemos pelos promotores do direito natural. Eles dizem: a Teoria Pura do Direito, como expressão última e conseqüente do positivismo jurídico, exclui que haja outro Direito fora o Direito Positivo; por isso é obrigada a aceitar como Direito qualquer aberração moral ou religiosa [...]. O erro capital da Teoria Pura do Direito [...] estaria no fato que, impondo ao jurista qualquer que seja o valor ético da norma, transforma-o em um colaborador de qualquer regime, por aberto e repugnante que seja, num aceitador ou pelo menos num impassível indagador do fato consumado. (BOBBIO, 2006b, p.25)

Apontemos que tal crítica não é outra senão aquela que apresentamos no primeiro capítulo (item 2.4) como sendo a crítica ideológica do direito que tem sua expressão mais assombrosa no *reductio ad hitlerum* (2.4.2), só que agora direcionada à teoria pura do direito, de Kelsen. A resposta a essa acusação é bastante simples na Teoria Pura, como ressaltou Bobbio: “Kelsen distinguiu, até a náusea, o problema do *valor* do Direito daquele da *validade*, ou seja, o problema da norma ser justa [...] e o problema de ser existente” (BOBBIO, 2006b, p.25). Ademais, porque uma ciência que pretende ser pura como, aliás, qualquer outra ciência, deve se eximir de realizar essa avaliação axiológica do próprio objeto (BOBBIO, 2006b, p.25-26).

É possível que, por exemplo, relevemos a reivindicação do jusnaturalismo de que o direito, para ser válido, deve ser justo. Bobbio ainda apresentaria uma resposta bastante kelseniana para essa reivindicação:

Afinal, o que se entende por justiça? Existe um critério seguro para distinguir o justo do injusto? Aquilo que o estudo da história do Direito Natural nos mostra é que as máximas da justiça, quando são universais, são fórmulas vazias, preenchíveis com quaisquer conteúdos. (BOBBIO, 2006b, p. 28)

Ocorre que há autores – e Bobbio citou Capograssi (2006b, p.33) – que acusam a obra de Kelsen de ser uma ideologia mascarada de cientificidade (BOBBIO, 2006b, p.34-35) de justificação da força. Na interpretação de Capograssi, criticada por Bobbio, a redução do direito à força dá margens para a arbitrariedade do governo e, Kelsen, assim, seria o maior responsável por sua realização (2006b, p.36).

Enquanto Capograssi reconheceu uma ideologia disfarçada na obra de Kelsen, em virtude de uma falsa neutralidade, já outros, como Nicolosi, reconheceram justamente na circunstância de sua neutralidade (BOBBIO, 2006b, p.38) em virtude da qual trouxe a Kelsen a atribuição de “pequeno-burguês” e de “clérigo traidor” (BOBBIO, 2006b, p.39). Explica Bobbio que o termo clérigo traidor serve para referir-se ao intelectual que usa a verdade para fins políticos, diferentemente de Kelsen, que abstrai toda a política de seu trabalho. O paradoxo rendeu a cômica crítica de Bobbio: “Pobre clérigo, trai quando se submete à política, trai quando dela se afasta. Decididamente, o ofício de clérigo é muito difícil em nossos dias” (BOBBIO, 2006b, p.40).

Mas a acusação de ideologia na obra kelseniana deve valer-se de argumentos mais convincentes do que “desonestidade intelectual”. Se tem algo que já firmamos aqui como inequívoco é que o desejo de depurar todo e qualquer valor da sua teoria não pode ser confundido, em Kelsen, com um ímpeto de legitimar moralmente um regime autoritário. Tampouco prospera o argumento de omissão política da jurisprudência kelseniana. Kelsen não se oporia a valorar moralmente o direito, a sua teoria é que, enquanto racionalista, se aproxima da realidade orientada por uma neutralidade axiológica.

4 O postulado de pureza epistemológica em foco

Tudo o que foi apresentado até agora não serviu senão para apresentar a Teoria Pura do Direito como uma ciência “pura” do direito positivo – teoria específica do positivismo jurídico. Alimentada por um ideal científico que move teóricos de todos os campos da ciência, a pureza, ainda que apareça melhor (especialmente com essa terminologia) na teoria do direito de Kelsen, é, na verdade, um ideal científico de todo juspositivismo (a exceção sendo o ético). Kelsen apenas amadureceu melhor sua teoria enquanto sendo científica. Resta sabermos realmente o quão pura é a ciência do direito da Teoria Pura, e é a esse propósito ao qual se dedica esse trabalho.

4.1 Aproximação do problema

4.1.1 Norberto Bobbio em metajurisprudência

Poderíamos ter mencionado já anteriormente, no item 3.3.1, a explicação de Bobbio para o que poderia referir-se *ciência normativa* dentro de um quadro de possibilidades determinados pela conjunção entre duas dicotomias possíveis: normativo/explicativo e descritivo/prescritivo, momento no qual se identifica o modelo científico kelseniano como sendo de ordem normativo-descritiva (BOBBIO, 2006b, p.60). A *ciência normativa*, no modelo da Teoria Pura, não é mais do que o resultado lógico do esforço de formação de uma teoria que não pretende prescrever normas e nem aproximar-se do fenômeno jurídico de maneira naturalista (o que não significa *jusnaturalista*, embora também seja verdade; causalista) não sendo, portanto, ideologia, história ou sociologia do direito, ou seja, pura (3.3.2).

Tal determinação metodológica – orientadora da ciência pura do direito – pode motivar uma pesquisa que pretenda perceber qual o papel a ser desempenhado pela jurisprudência (teoria do direito), e qual ela realmente desempenha. Tal análise apareceu na obra de Bobbio como “reflexão crítica sobre a jurisprudência” – “*metajurisprudência*” (BOBBIO, 2006b, p.61). Essa metajurisprudência, segundo o autor, acompanha a própria jurisprudência compondo juntamente uma com ela força atuante no próprio sistema jurídico, sendo que a jurisprudência (essa sim) atua diretamente no sistema jurídico enquanto a sua

reflexão crítica produz efeitos apenas mediatos (BOBBIO, 2006b, p. 63). Isso significa dizer, em outros termos, que a jurisprudência (enquanto teoria do direito e não coleção de decisões) é ela própria uma fonte do direito; a proposição que pretende que ela não o seja não passa de uma orientação metajurisprudencial que, através do reflexo no que se apresenta como teoria do direito, também se garante como fonte indireta do direito.

A relação entre jurisprudência e metajurisprudência, se é que a sua teorização é sequer válida, é tão absolutamente complexa que ambas podem apresentar tendências (inovadora ou conservadora) distintas entre si (BOBBIO, 2006b, p.63), o que significa que há uma razão crítica para a adoção de qualquer modelo teórico de jurisprudência que se possa defender. Ou seja, há uma conformação crítica determinante do papel de cada modelo de jurisprudência. E o problema da ciência do direito de Kelsen também pode ser apresentado sob essa perspectiva.

Ora, Kelsen reitera com veemência que a jurisprudência tem uma função descritiva e não prescritiva. Como se deve entender tal afirmação? No sentido de que a jurisprudência *descreve* ou *deve descrever*? (BOBBIO, 2006b, p.64)

E bem se sabe – o trabalho de Dimoulis que apresentamos no primeiro capítulo deixou claro – que existem hoje modelos de teorias do direito que adotam uma função normativa (no sentido de *prescritiva*) orientadas por uma metajurisprudência a princípio mais, nas palavras de Bobbio, “realista” (2006b, p.66) que faz aparecer a “função prescritiva do jurista na sociedade” (BOBBIO, 2006b, p.67) ao deixar transparecer o que até então havia se tentado depurar, ou seja, a própria jurisprudência enquanto sendo fonte do direito (BOBBIO, 2006b, p.67).

Claro que este não em hipótese alguma o caso da Teoria Pura do Direito que, como vimos, enquanto jurisprudência é (ou pretende ser) uma ciência pura e normativa somente no sentido normativo-descritivo. Então, qual é a orientação metajurisprudencial da Teoria Pura do Direito? Para Bobbio, a resposta é clara...

Resumindo a teoria kelseniana da ciência jurídica em uma fórmula de efeito, poder-se-ia dizer que ela *prescreve descrever*. O que significa – com outra fórmula – que uma ciência do Direito *neutra* [= pura] é obtida a custo de uma metajurisprudência *ideologizada*. (BOBBIO, 2006b, p.65)

Mas se é verdade que a “função meramente *teorética* e não *política* do jurista não pertence necessariamente à jurisprudência *real*, mas, sim necessariamente ao *ideal*” da jurisprudência kelseniana, e a determinação desse ideal é historicamente realizada, como bem salientou Bobbio (2006b, p.63,65), resta ainda que se aponte, mesmo que preliminarmente, uma razão histórica sequer que tenha motivado esse ideal de pureza. Bobbio aponta, ao menos explicitamente, duas razões: o movimento histórico de abandono de fontes do direito que não a lei (ou seja, a prevalência desta) e a “ética da *Wertfreiheit*, ou seja, da indiferença aos valores como caráter específico da ciência” (2006b, p.65) que, esta última, é o que diferencia o trabalho do jurista, enquanto cientista, do trabalho do político.

Bobbio faz duas advertências fundamentais aqui que verdadeiramente motivam essa pesquisa. Primeiramente, “não se pode entender a teoria kelseniana da *ciência do Direito* sem se dar conta que ela se apoia em uma teoria do *Direito* e em uma teoria da *ciência*” (BOBBIO, 2006b, p.65), e ainda que a crítica da teoria do direito seja inesgotável (ao menos se pretende que seja) – tanto ao positivismo jurídico em geral quanto às especificidades da teoria kelseniana –, não se pretende tratar dessa aqui. Nós nos interessamos mais na crítica da teoria da ciência; e essa, em Kelsen, se resume ao (converge no) seu postulado de pureza epistemológica (claro, a grosso modo).

O que nos leva à segunda advertência supramencionada, “é sempre extremamente difícil distinguir com um corte rígido onde acaba a teoria e onde começa a ideologia” (BOBBIO, 2006b, p.65), mas nós podemos ao menos contar alguns pontos de partida para esta investigação: o *Wertfreiheit*, mencionado por Bobbio e o ideal científico de “objetividade e exatidão” almejado por Kelsen (KELSEN, 2006, p.XI).

4.1.1.1 Max Weber em objetividade e neutralidade axiológica (*Wertfreiheit*)

Quando se fala em neutralidade axiológica (*wertfreiheit*), o nome a se consultar primeiramente é o de Max Weber, seu teórico imediato (ele cunhou esse termo) e mais rigoroso defensor. Também não mediu esforços para determinar o papel da objetividade nas ciências sociais em geral, embora este estudo em particular não deva ser o nosso foco.

Não podemos dizer que houve um contato teórico direto entre Kelsen e Weber. Podemos, no entanto, relevar que muito do que foi externado em Weber pode ter sido transportado para Kelsen como sugere Bobbio, uma tendência histórica.

Primeiramente, Kelsen, como já afirmado, entendia objetividade como um ideal de todas as ciências (2006, p.XI) mas nunca precisou como se dá (ou o que é) essa “objetividade” nas ciências causais e nas normativas, se é que havia diferença. Mas a referência à exatidão e o método empirista de Kelsen faz-nos aproveitar uma crítica de Weber:

[...] nas disciplinas das ciências da natureza, a perspectiva prática de valor relativa ao que é diretamente útil tecnicamente desde o início se encontrava em estreita relação com a esperança – herdada da Antiguidade e desenvolvida posteriormente – de que, pelo caminho generalizador da abstração e da análise do empírico orientada para as relações legais, seria possível chegar a um conhecimento puramente ‘objetivo’ – isso significa, aqui, um conhecimento desligado de todos os valores – e ao mesmo tempo absolutamente racional – ou seja, um conhecimento monista de toda a realidade e livre de qualquer ‘contingência’ individual, sob o aspecto de um sistema *conceitual* de *validade* metafísica e forma matemática. (WEBER, 2011, p. 65)

A noção de “puramente ‘objetivo’” apresenta notável semelhança com a objetividade (e exatidão) almejada por Kelsen no seu postulado de pureza para uma ciência *precisa e não orientada ideologicamente* (por valores). O que faz deduzir que Kelsen tinha uma noção bastante naturalista de objetividade.

Mas o que realmente se deve absorver de Weber aqui é o que Bobbio chamou de ética da *Wertfreiheit* (2006, p.65) que aparece sutilmente nesse mesmo discurso (donde retiramos esse último trecho) em seu princípio quando Weber determina que ainda que a ciência social e a política social andem juntas, é dever do cientista explicar onde atua enquanto cientista e onde atua como político, ou seja, “*onde* os argumentos se dirigem à inteligência e *onde* seu alvo são os sentimentos” (WEBER, 2011, p.25), simples assim.

Mas aí mesmo, pode-se ainda haver uma relutância em aceitar a proposta de que tal dever – apesar de ser *dever* – possa ser considerado realmente como uma demanda ética. Agora, quando o mesmo autor relega a mesma crítica direcionada para o papel do professor em sala de aula, já num texto em que pretende tratar sobre a neutralidade axiológica, fica claro que o que poderia tratar-se

de mero postulado científico (para garantir o conhecimento puro) se torna um enunciado normativo ético (e passa a prescrever). A crítica sintetiza-se assim:

Além disso, como resultado de um desenvolvimento inevitável, isso se faz agora em nome de uma colcha de retalhos de ‘avaliações culturais’, isto é, reivindicações culturais realmente subjetivas, ou, de maneira bastante franca, em nome dos alegados ‘direitos de personalidade’ do professor. Pode-se ficar indignado quanto a esse ponto de vista, mas – por ser ele uma ‘avaliação prática’ – não se pode refutá-lo. De todos os tipos de profecia, esse tipo de profecia professoral de coloração ‘pessoal’ é o mais repugnante. Não há precedentes de uma situação como essa, em que grande número de profetas oficialmente nomeados fazem sua pregação, ou fazem suas profissões de fé, não como outros profetas fazem, nas ruas, nas igrejas ou em outros lugares públicos – ou, quando de modo privado, em reuniões fechadas de adeptos pessoalmente escolhidos – antes, porém, considerando-se os mais qualificados para enunciar suas avaliações sobre questões essenciais ‘em nome da ciência’ e na tranquilidade cuidadosamente protegida de salas de aula privilegiadas pelo governo, dentro das quais não podem ser controlados, ou confrontados pela discussão, ou submetidos à contestação. (WEBER, 1995, p. 364)

A crítica política direcionada a quem se utiliza da “inatingibilidade da tribuna da prelação acadêmica para expressão de sentimentos políticos” (WEBER, 2006, p.364-365) dificilmente poderia ser interpretada doutra forma que não essa (política); supor aí um princípio metodológico científico, independentemente de tal princípio existir ou não, seria um absurdo hermenêutico. Tanto que o próprio autor reconhece a indemonstrabilidade científica dessa exigência por se tratar de questão de opinião:

[...] creio que o que em minha opinião é certo deveria ser feito, e que a influência das avaliações práticas de um erudito, que se limita a lutar por elas em ocasiões oportunas fora da sala de aula, tornar-se-á maior quando se souber que, dentro da sala de aula, ele tem a força de caráter para fazer exatamente aquilo para que foi nomeado. Essas afirmações, porém, são, por sua vez, todas elas, matéria de avaliação e, portanto, cientificamente indemonstráveis. (WEBER, 1995, p. 366)

Porém, apesar da semelhança mais do que terminológica do discurso, pode ser que tal abstração de princípio ético seja impossível na obra de Kelsen, quanto ao dever do jurista. Ao menos, nós não conseguimos realizá-la por nosso próprio esforço. Porém, isso simplesmente não impede Bobbio de entender a *Wertfreiheit* como um “ideal-limite, [e] não uma realidade de fato” (BOBBIO, 2006, p.79) e usar esse conhecimento para acusar a teoria kelseniana de *prescrever descrever* (BOBBIO, 2006b, p.65).

Tais asseverações são introdutórias, claro. Basta que o leitor daqui reconheça que a neutralidade axiológica reclama que a ciência descreve o mundo do *ser* e não o *dever ser* e portanto não é instância produtora de normas. Nem o cientista.

4.1.2 Luis Alberto Warat em purificação ideológica

A busca por objetividade não é outra coisa para Kelsen do que o abandono da “ideologia política” (2006, p.IX), para quem, se afirma, está associada com a teoria do erro (WARAT, 1983, p.43,46). Daí a conclusão de que, uma ciência verdadeiramente objetiva do direito (pura), deve depurar todo o saber ideologicamente motivado, por ser falso (WARAT, 1983, p.47).

Para Warat, numa outra perspectiva, a ideologia é inscrita materialmente nas relações sociais (1983, p.43) e tem função de estruturação da realidade (1983, p.49). Para o filósofo argentino, Kelsen ignora o papel ideológico que a epistemologia cumpre na própria produção do conhecimento do que é direito (WARAT, 1983, p.45).

Warat chega à polêmica acusação de que o que a teoria pura do direito faz é substituir a função ideológica do jusnaturalismo de justificar o monopólio estatal da força (1983, p.45). O sucesso do positivismo de Kelsen repousaria, segundo Warat, na aparência científica dos princípios de neutralidade e objetividade:

A existência de valores objetividade e a neutralidade são fundamentais para a epistemologia kelseniana, que se recusa encará-los apenas como fórmulas de mitificação do saber. Mas a partir desta negativa, Kelsen pretende situar a ciência como um conjunto de enunciados sem enunciadores... (WARAT, 1983, p.44)

Importante apresentar, uma vez tratada da função *mítica* do conhecimento científico, a nota que Warat faz quanto ao seu emprego terminológico:

Mito, fetiche e ideologia, como expressões relativamente sinônimas, remetem-nos a um corpo racional de mecanismos significativos, que se dirigem à legitimação e organização de certas relações sociais. [...] Mediante a produção de conceitos, fetiches ou mitos, obtém-se um efeito de racionalidade substancial para as descrições das relações econômicas, políticas e jurídicas. (WARAT, 1983, p.55)

Em síntese perigosamente resumida, pode se dizer que o cerceamento do conceito de direito é motivado por qualidades ideológicas que, ao não aparecerem como valores e sim como *objetividade* e *neutralidade*, fazem garantir uma forma de relação social dependente do conceito de direito; assim, não é através de um ideal de justiça que se justifica o monopólio estatal da coação, mas sim através da “razão” do direito, a explicação lógica do que o direito é.

Nessa perspectiva, parece ser absolutamente claro o papel ideológico da Teoria Pura que é conceder aparência científica ao saber jurídico fazendo desaparecer (ou antes ainda, transformando em um processo racional) o papel da política na produção do próprio direito (WARAT, 1983, p.50), garantindo, assim, “o funcionamento real do saber como ideologia” (WARAT, 1983, p.49). Em conclusão:

[...] a reivindicação de neutralidade ideológica e objetividade científica, utilizando um método que rejeita a infiltração da ideologia, não se apóia em sólidos argumentos epistemológicos, mas em justificações valorativas que ao se apresentarem de forma encoberta, tornam-se plenamente eficazes. Assim, optar por uma ciência liberada da ideologia é optar por certa relação entre aquela e o mundo social. Trata-se de uma opção de valor [...]. É, portanto, uma opção ideológica feita no interior da epistemologia. No caso da Teoria Pura do Direito, a tentativa de escudar a Ciência Jurídica com uma suposta neutralidade ideológica e política encobre o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar esse saber, preservando assim, seu poder. (WARAT, 1983, p.51)

É, ao menos, a tese inicial de Luis Alberto Warat. Há que se relevar que essa obra crítica desenvolve-se completamente somente ao apontar cinco níveis de “purificação” do saber jurídico (política e ideológica, anti-jusnaturalista, anti-naturalista ou anti-causalista, intra-normativa e, por fim, monista ou anti-dualista), do qual somente nos interessamos pelo primeiro – um estudo da obra completa exigiria um trabalho próprio. Ainda nos voltaremos à sua crítica em um próximo momento.

4.1.3 Jürgen Habermas em a (im)possibilidade de uma ciência pura

Habermas publicou, originalmente em 1965, um artigo – agora republicado num livro-coletânea – em que critica a fenomenologia de Husserl em sua reivindicação de pureza aonde, apesar de compreender “o apelo à força terapêutica da descrição fenomenológica” (HABERMAS, 2009b, p.134) em virtude de um ressentimento contra a barbárie idealista da primeira metade do século XX, entende que há um fracasso fundamental de concepção.

A dupla crítica existe. Parece haver certa irresignação, não ausente – diga-se de passagem – na crítica de Husserl, contra a imposição positivista nas ciências sociais (HABERMAS, 2009b, p.132-133); tanto naquelas ciências empírico-analíticas – a exemplo da Teoria Pura do Direito – quanto naquelas normativo-analíticas – como o ultraliberalismo econômico – que, essas últimas, são aquelas que “pressupõem máximas de acção” (HABERMAS, 2009b, p.132).

O artigo tem como objetivo, parcialmente revelado no título, *conhecimento e interesse*, a crítica do obscurecimento, nessas ciências positivistas (e na fenomenologia de Husserl), da relação entre essas duas categorias em virtude de uma “neutralidade axiológica” partindo da qual, através de um processo lógico, se “torna gramaticalmente obrigatória a discriminação entre conteúdos simplesmente emotivos e cognitivos” (HABERMAS, 2009b, p.132).

4.1.3.1 Interesses dos conhecimentos

O *objetivismo*, no positivismo, orientado pela não intromissão no mundo dos valores – esses como objetos não científicos tratados assim pelo neokantismo (HABERMAS, 2009b, p.132) – é atacado por Habermas, quando faz parecer, por exemplo, que um dado empírico constitui o sentido das proposições teóricas *per se* (2009b, p.136), o que acaba por encobrir o interesse determinante daquele conhecimento sob uma “força pseudo-normativa” (HABERMAS, 2009b, p.135). Assim, o mero reconhecimento de que estas proposições são relativas a um sistema de referência que lhes antecede e “pré-avalia” (HABERMAS, 2009b, p.137) pode revelar que o próprio conhecimento é guiado por mais do que “regras lógico-metódicas”, mas também por interesses (HABERMAS, 2009b, p.136). Mas isso não quer dizer que o conhecimento é ideologicamente formado. Deduzir tanto seria um exagero.

a) Interesse das ciências empírico-analíticas

No caso das *ciências empírico-analíticas* há um sistema de referência que estabelece parâmetros não somente “para a construção de teorias, mas também para a sua comprovação crítica” (HABERMAS, 2009b, p.137). Isso quer dizer que pela observação empírica, formadora do juízo analítico, é que se formulam leis de

conhecimento, através de um processo indutivo – geralmente, num cansativo processo de experimentação em operações controladas onde se qualifica a teoria descritiva em função do seu êxito. O conhecimento produzido apresenta-se na forma de uma proposição teórica – o que nos leva a entender que uma teoria empírico-analítica consta de “conexões hipotético-dedutivas” (HABERMAS, 2009b, p.137) – e pode ser comprovado criticamente através de um processo dedutivo ou de um experimento controlado que visa a atestar a falseabilidade daquela conclusão indutiva. Isso não significa dizer mais que “o saber empírico-analítico é, por conseguinte, uma saber prognóstico possível” (HABERMAS, 2009b, p.137).

Em síntese, nas ciências empírico-analíticas, os fatos (e suas relações entre si) são observados para que possam compor a experiência científica, e esse ato de observação já é orientado mediante uma “organização prévia” (HABERMAS, 2009b, p.138) da experiência científica (fatos e relações entre fatos organizados sistematicamente). E, portanto, é o próprio sistema de referências (empírico) o que vai determinar a crítica da experiência científica constituída (falseabilidade). Quanto ao interesse, Habermas defende:

Tomando conjuntamente os dois momentos, a construção lógica dos sistemas de enunciados admissíveis e o tipo das condições de comprovação sugerem a interpretação de que as teorias das ciências experimentais desvendam a realidade sob a direcção do interesse pela possível segurança informativa e pela ampliação da ação da ação de êxito controlado. Tal é o interesse cognitivo que incide na disposição técnica sobre processos objectivados. (HABERMAS, 2009b, p.138)

Assim se defende que existe imiscuído no realizar aparentemente desmotivado das ciências empírico-analíticas um “interesse *técnico*” (HABERMAS, 2009b, p.137).

b) *Interesse das ciências histórico-hermeneuticas*

As ciências histórico-hermenêuticas operam de maneira fundamentalmente diferente das ciências empírico-analíticas, pois “o sentido da avaliação de enunciados não se constitui no sistema de referência de disposição técnica” (HABERMAS, 2009b, p.138). Isso porque o interesse que motiva tais ciências não é o técnico.

A experiência objetiva não se encontra na mera observação e tampouco esta é orientada em função do êxito de operações controladas que compuseram a experiência científica organizada. Isso porque o sentido dos enunciados constitui-se somente através da interpretação (considerada, de alguma forma, *objetiva* – ao menos se pretende que seja), essa sim, indutora de proposições teóricas. Mas daí a crítica: “com a compreensão do sentido, à qual se devem dar como evidentes os factos do espírito, religou o historicismo a ilusão objectivista da pura teoria” (HABERMAS, 2009b, p.138-139).

O ato de interpretação é vinculado aos parâmetros teóricos que integram determinada teoria científica. Mas há que se relevar o que sempre se obscurece num processo aparentemente objetivo de interpretação: a própria figura do interprete. Este, ainda que orientado por fatores alheios à própria consciência, revela, no realizar do procedimento hermenêutico, um fato que é ideal e genérico. A compreensão do fato é determinada pela compreensão do próprio interprete.

[...] quando as regras metodológicas unem deste modo a interpretação com a aplicação, então sugere-se a interpretação de que a investigação hermenêutica abre a realidade, sob a guia do interesse pela conservação e ampliação da intersubjetividade de uma possível compreensão orientadora do agir. (HABERMAS, 2009b, p.139)

Isso simplesmente para se dizer que as ciências histórico-hermenêuticas se orientam em função de um interesse de consenso acerca compreensão do fato. É o que se procura com a *objetividade*: certeza. Ignoramos aqui sua possibilidade. Basta para demonstrar que o interesse que guia as ciências histórico-hermenêuticas, o interesse *prático* (HABERMAS, 2009b, p.137,139), difere do técnico.

c) *Interesse da auto-reflexão*

Uma teoria crítica simplesmente não pode conformar-se em aprender somente as relações invariáveis entre os fatos, mas também aquelas que dependem de pressupostos ideológicos que não são sempre tão perceptíveis (HABERMAS, 2009b, p.139-140).

As críticas determinam o sentido da auto-reflexão. “A auto-reflexão está determinada por um interesse emancipatório do conhecimento” (HABERMAS, 2009b, p.139).

E enfim, toda a forma de conhecimento é motivada, na tese de Habermas, por algum interesse que desaparece sob o manto da objetividade positivista.

4.1.3.2 Interesse e conhecimento

É somente razoável que as ciências tenham construído “rotinas” (HABERMAS, 2009b, p.141) para eliminar, na medida do possível, a subjetividade que influi na produção do conhecimento. Quando a construção do saber é direcionada a por interesses subjetivos que não aparecem no conhecimento resultante, as suspeitas (como da de Warat – 4.1.2) de que o próprio conhecimento se acaba por se tornar um instrumento ideológico de estruturação dos meios de reprodução da própria vida social vão se justificando.

A partir das experiências do dia-a-dia, sabemos que as ideias servem muitas vezes bastante bem para mascarar com pretextos legitimadores os motivos reais das nossas ações. O que a este nível se chama racionalização chamamos-lhe, no plano da acção colectiva, ideologia. (HABERMAS, 2009b, p.140-141)

Porém, tal esforço emancipatório, contido na pretensão de pureza das teorias, acaba por fazer as ciências ignorarem – ou, antes, presumir sua inexistência – os “interesses fundamentais aos quais deve não só o seu impulso, mas também as *condições de possível objectividade*” (HABERMAS, 2009b, p.141).

Para Habermas, são graças aos interesses técnico, prático e de “emancipação relativamente à coacção da natureza” (2009b, p.141) que se pode, melhor do que em qualquer outro momento, conceber a realidade como ela é e intentar investigá-la metodicamente. Porém a própria elaboração de instrumentos teóricos depende de uma base argumentativa, orientada por esses interesses fundamentais, na qual se pretende demonstrar a aptidão desses instrumentos para sua finalidade investigativa. Isso é um problema, pois toda a derivação lógica (HABERMAS, 2009b, p.141) depende dessas construções.

As decisões metódicas fundamentais, distinções tão fundamentais como as que há entre ser categorial e não categorial, entre enunciados analíticos e sintéticos, entre conteúdo descritivo e emotivo, têm a peculiar característica de não serem nem arbitrárias nem obrigatórias. (HABERMAS, 2009b, p.141-142)

É o caso de se teorizar, o que Habermas tenta fazer, tais realizações mediante a formação dos próprios interesses. Habermas apresenta algumas teses que subsequentemente se desenvolvem.

A primeira das teses, expressada na máxima: “*as realizações do sujeito transcendental têm a sua base na história natural do gênero humano*” (HABERMAS, 2009b, p.142), parece sugerir que a própria razão se desenvolveu naturalmente como instrumento adaptativo humano. E isso não é inteiramente impreciso, afinal a razão, particularmente bem desenvolvida no ser biológico humano, não deixa de ser um produto evolutivo tanto quanto as garras dos felinos ou as asas das aves. Tal instrumento surge como um mecanismo de autoconservação da máquina biológica, como qualquer outro.

No entanto, Habermas adverte que esses interesses “histórico-naturais” desenvolvem-se “simultaneamente da natureza da *rotura cultural* com a natureza” (2009b, p.142) e, portanto, não provém de um movimento exclusivamente natural, mas também social. Isso porquê, anotamos, o gênero humano constitui-se não somente de um ser biológico (produto evolucionário), mas também um ser social produzido da sociedade.

A sociedade, orientada por parâmetros linguísticos e da divisão do trabalho, não é somente orientada pelo interesse da auto-conservação surgido de um impulso biológico, mas pela própria conservação desses parâmetros reprodutivos (políticos, éticos, econômicos...). Daí infere-se a segunda tese na seguinte máxima: “*conhecer é instrumento da autoconservação na mesma medida em que transcende a simples autoconservação*” (HABERMAS, 2009b, p.143)

Aqui a título de parênteses, não intentaremos a explicação de teoria marxista acerca das categorias (de estrutura e superestrutura econômica ou como se dá a produção do próprio homem enquanto ser social através da divisão do trabalho) que são, se não necessárias, úteis para a compreensão do texto de Habermas, pois tal esforço representaria uma desconexão desnecessária com a apresentação dessas teses. Talvez num trabalho futuro possamos nos dedicar a isso.

Voltando à transcendência do interesse de auto conservação, essa é apresentada pela supramencionada *rotura* cultural que, em constante comunicação com a natureza que ameaça o gênero humano como um fator exógeno além da própria auto regulação da sociedade, é formadora das bases de produção da vida

social. Da socialização. Os meios de socialização – o trabalho, a linguagem e a dominação (HABERMAS, 2009b, p.143) – derivam, através de uma conexão de interesses, três possíveis categorias do saber que coincidem aqueles interesses antes apresentados:

Os pontos de vista específicos sob os quais concebemos necessária e transcendentalmente a realidade estabeleceram três categorias de saber possível: informações, que alargam o nosso poder de disposição técnica; interpretações, que possibilitam uma orientação sob tradições comuns; e análises, que emancipam a consciência da sua dependência relativamente a poderes hipostasiados. (HABERMAS, 2009b, p.143)

Então toda essa produção de saber é vinculada às bases de reprodução da vida social, o que explica a terceira tese apresentada por Habermas: “*os interesses que guiam o conhecimento constituem-se no meio do trabalho, da linguagem e da dominação*” (2009b, p.143).

Há ainda, em especial, uma particularidade sobre o que chamamos de interesse da auto-reflexão (4.1.3.1, “c”), que é aquele que Habermas determina como sendo o interesse pela emancipação da consciência da ordenação de *poderes hipostasiados* (o que não é mais do que dizer de interesses subjetivos configuradores de uma estrutura social), que o autor propõe em sua próxima tese; a saber: “*na força da auto-reflexão, o conhecimento e o interesse são uma coisa só*” (HABERMAS, 2009b, p.144).

Para Habermas, diferentemente de outras modalidades do saber, o conhecimento, no saber crítico, não mantém a aparente autonomia que faz também parecer com que ele seja posteriormente vinculado a interesses técnicos que lhe seriam estranhos (2009b, p.143). Ele, segundo o autor, é desde o princípio dotado de vontade de razão, de busca por *maioridade* (e não desenvolve muito sobre essa categoria). Talvez, pelo resgate do interesse (HABERMAS, 2009b, p.144) desempenhado pela auto-reflexão, o autor tenha essa convicção de que o conhecimento e o interesse da auto-reflexão crítica sejam a mesma coisa, e não meramente aparente desde o princípio. É uma tese que poderia ter sido melhor desenvolvida ou talvez que prescindia de uma reflexão anterior que melhor oriente o desenvolvimento dessa tese.

Seja como for, o que importa é que a auto-reflexão, em virtude dessa capacidade de recuperação do interesse, faz surgir o conflito dos interesses que, no curso dialético da história, foram abafados firmando uma estrutura sólida de

produção da vida social. A teoria pura, para Habermas, faria desaparecer esse conflito de interesses juntamente com a própria realidade dos interesses motivadores do conhecimento, cumprindo então essa função ideológica (2009b, p.144-145). A crítica de Habermas quer fazer aparecer esse conflito de interesses abafados na formação do conhecimento, sendo um exemplo perfeito da sua quinta tese: “*a unidade de conhecimento verifica-se numa dialética que reconstrói o suprimido a partir dos vestígios históricos do diálogo abafado*” (2009b, p.145).

4.2 Quanto à problemática: defesa da Teoria Pura

Quando desenvolvemos a reflexão através de uma aproximação do problema (4.1) orientada pela reflexão de quatro autores distintos, tínhamos duas pretensões distintas: identificar uma possível orientação ideológica no postulado de pureza epistemológica da Teoria Pura do Direito e, na condição de verificarmos tal orientação, identificarmos elementos que sejam motivadores ideológicos da pureza metodológica. Estas questões serviram para abrir caminho para uma maior da qual logo trataremos.

A primeira impressão, a de que a Teoria Pura do Direito era orientada por um interesse prescritivo da descrição, não poderia ser mais do que uma reflexão embrionária. Mas, em si, não revelava de maneira alguma a possibilidade da ideologia metacientífica (que se procurou verificar inicialmente) ou, o que veio aparecer mais tarde em nossas reflexões, o papel ideológico da própria teoria. Mas as suspeitas de Bobbio revelaram possíveis inconsistências que precisavam ser investigadas, por isso inquirimos adiante.

O passo lógico seguinte seria ligar o postulado de pureza epistemológica ao ideal de objetividade e à “ética” da neutralidade axiológica. A pequena e insatisfatória descoberta de uma orientação naturalista quanto da objetividade na Teoria Pura de nada serviu para demonstrar uma raiz ideológica do direito. Fez no máximo elucidar o que se suspeitava: objetividade era um ideal científico para Kelsen e não, necessariamente, serviu para qualquer coisa quando na construção da teoria – até aí, era o que aparecia.

Quanto à “ética” do *wertfreiheit*, que obrigaria o jurista atuante na função de cientista a não prescrever o direito mas descrevê-lo imparcialmente, ainda que possa ser realmente uma exigência ética, não pode ser inequivocamente como

propósito da pureza da Teoria Pura. Aliás, tal orientação ética, sendo a de Kelsen ou não, pode ser uma má abstração da neutralidade axiológica enquanto sendo uma orientação científica de que o jurista, quando desempenhando o papel de cientista, descreve (se não prescreve, não é cientista; lógica silogística bastante simples).

A procura por raízes ideológicas da Teoria Pura não pode vulgarmente apontar um *objetivismo* e uma *ética da neutralidade* como determinantes ideológicas aparentes de uma teoria que se aprendeu da realidade posta todo o seu conteúdo. Porém, pode sim apontar a objetividade e a neutralidade como sendo consequências lógicas de um saber ideologizado. E foi por esse caminho que Warat compôs sua crítica.

Argumenta ele que fica perfeitamente claro (e nota-se não exploramos tanto a sua obra para concluir isto) que a Teoria Pura possa realmente desempenhar uma função eminentemente ideológica – o que é suspeito para um autor que argumenta que o sucesso da ideologia depende de não ser percebida. Admitamos, para fins de pesquisa, que realmente o fique. Mais importante, para essa nossa pesquisa em particular, do que saber sobre “a sistematização dos efeitos sociais da produção de um conhecimento legitimado como científico, quer dizer, com a forçosa dimensão política da ciências” (WARAT, 1983, p.51), que é o papel da epistemologia crítica em Warat, é saber o que é obscurecido, mitificado ou transmutado dentro dessa ciência.

Habermas, embora já não dirija sua crítica para a Teoria Pura do Direito, é mais útil ao determinar que a objetividade, mesmo numa ciência empírico-pragmática, como cremos ser a de Kelsen, é estabelecida por alguma espécie de interesse. O interesse técnico do saber jurídico orienta os parâmetros de objetividade da ciência do direito que até então se presumia cética de interesses. Isso estamos dispostos a admitir.

Até aí temos que a função ideológica da pureza epistemológica serve somente para não aparecer os interesses que guiam o saber jurídico. Isso somente quer dizer que a Teoria Pura é realmente guiada por um interesse técnico, o que não invalida, apenas com isso, o seu *status* da teoria.

A capacidade descritiva da Teoria Pura não foi de maneira alguma afetada pela revelação dessa possível função ideológica da pureza epistemológica.

A crítica a teoria pura deve ser realizada, em si, somente botando seus enunciados a prova. A falseabilidade será o modo de atualização da jurisprudência

kelseniana. A revelação, se não outra coisa, pragmática de que o desenvolvimento da teoria visava uma otimização técnica em nada abalou os fundamentos da teoria, somente serviu para expurgar uma função ideológica que não lhe devia respeito.

Em um momento futuro poderemos intentar uma reflexão crítica sobre o problema da interpretação/aplicação, da coação, da norma fundamental. Para o que realmente vale, assumindo esse pragmatismo aparente, a Teoria Pura revela sim e não impõe a realidade jurídica.

Enfim, a questão maior que mencionamos no início dessa exposição, que era a questão de que saber “como o interesse no saber modifica a Teoria Pura (mesmo se a invalida)”, se torna capaz de ser respondida (e será na conclusão a seguir) ainda que as duas primeiras não.

5 CONCLUSÃO

Iniciamos essa investigação partindo das razões históricas do Positivismo Jurídico, investigamos suas minúcias e suas críticas mais difundidas. Após, estudamos a Teoria Pura enquanto teoria específica do juspositivismo; fizemos tão bem quanto pudemos a apresentação da sua base filosófica e de como ela afirma a sua teoria do direito, bem como ela se afirma como ciência. Finalmente, firmada essa base teórica, pudemos empreender um estudo crítico sobre o postulado de pureza epistemológica sobre o qual a teoria científica da Teoria Pura se assenta.

Não obtivemos sucesso em identificar qualquer raiz ideológica da Teoria Pura, a partir do postulado de pureza epistemológica. Diferentemente, podemos ter identificado uma função ideológica – ou de racionalização – da pureza epistemológica que acabaria, nessa possibilidade, escondendo o interesse técnico da elaboração da ciência do direito.

Agora, o interesse de disposição técnica da realidade, por mais real que possa se apresentar, não abala em nenhum momento, por si, os fundamentos teóricos da teoria pura do direito. Na verdade, tudo o que podemos determinar é que a própria *Teoria Pura do Direito* surge de um interesse de disposição técnica da realidade – no caso aqui: da força coativa do estado, da validade do direito – e caso ela não seja apta a cumprir esse papel primordial, em virtude da sua própria deficiência técnica ou da transformação da realidade social, a sua crítica a atualizará para que possa.

No que toca ao repúdio à ideologia, a depuração do mito jusnaturalista e à desvinculação com a moral; a reivindicação da pureza, obedecendo ao seu impulso técnico, segue o seu desígnio informativo de maneira ideal ao continuar afastada, em essência, da realidade axiomática.

É uma tese válida a de que a própria objetividade segue parâmetros para a melhor disposição da realidade, mas não é razão para a crítica da jurisprudência kelseniana. A auto-reflexão da Teoria Pura será (e cremos que já seja) evidente quando a teorização de “coação”, “moldura interpretativa”, “teoria dinâmica” e tantas outras já não mais servirem para a perfeita disposição técnica da realidade a qual a jurisprudência se dedica.

Por ora, e no que tange a essa pesquisa, a *Teoria Pura do Direito* continua imaculada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006a.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. São Paulo: Editora Unesp, 2006b.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. São Paulo: Editora Método, 2006.

FRESCO, Jacque. *The Future and Beyond*. Em <http://www.thevenusproject.com/en/the-venus-project/essay>>. Acesso em 07/06/2013.

HABERMAS, Jürgen. *A lógica das ciências sociais*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009a.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa, Portugal: Edições70, 2009b

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *A concepção de Democracia de Hans Kelsen*. Criciúma: Editora UNESC, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas ciências sociais*. 2011, São Paulo: Editora Ática.

WEBER, Max. *O sentido da "Neutralidade Axiológica" nas Ciências Sociais e Econômicas* in *Metodologia das Ciências Sociais; Parte 2*, segunda edição. 1995, São Paulo: Cortez.