

**HANS KELSEN – MARCO QUE SE ETERNIZA?  
DEBATE SOBRE OS PRESSUPOSTOS CIENTÍFICOS DA TEORIA PURA DO  
DIREITO**

**Maria Fernanda Salcedo Repolês\***

**Robson Zagre\***

**RESUMO**

A Teoria Pura do Direito é inegavelmente um dos marcos da Teoria do Direito dos séculos XX e XXI. Ela abriu caminho às discussões doutrinárias de entrelaçamento entre o direito e a ciência, direito e moral, direito e natureza. A presente comunicação visa discutir a possibilidade de construção de uma Teoria do Direito contemporânea a partir do questionamento do conceito de ciência pressuposto na formulação da Teoria Pura do Direito. A comunicação visa explorar as duas faces do texto de Kelsen para chegar à conclusão de que se por um lado é impossível ignorar a contribuição do autor, exigindo que toda discussão da Teoria do Direito atual passe por ele, por outro lado, o texto deve ser visto dentro de seu contexto de época e por isso mesmo devem-se explicitar os impasses contidos nele para que se possa repensar uma Teoria do Direito contemporânea capaz de fazer frente a esses impasses, conforme novos parâmetros.

**PALAVRAS CHAVES**

DIREITO; CIÊNCIA; MORAL; NATUREZA; HANS KELSEN.

**ABSTRACT**

The Pure Theory of Law is without doubt one of the center marks of the Theory of Law of the 20th. and 21th Centuries. It opened ways to the doutrinary discussions of the interlacement between law and science, law and moral and law and nature. The following paper discusses the possibility of constructing a contemporary Theory of Law

---

\* Professora titular de Teoria do Direito do Programa de Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC e advogado especialista em Direito Civil e Processo Civil

from the starting point of the criticism of the concept of science estimated in the Pure Theory of Law. The paper aims to explore both faces of Kelsen's text in order to conclude that if it is impossible to ignore this author's contribution, which demands that all discussion of a contemporary Theory of Law takes his work in to account, on the other hand, the text must be read in its historical context, thus, it is necessary to make its limits clear in order to rethink a contemporary Theory of Law that can confront these limits from new perspectives.

## KEYWORDS

LAW; SCIENCE, MORAL; NATURE; HANS KELSEN.

## INTRODUÇÃO

A presente comunicação visa lançar alguns apontamentos sobre a possibilidade de construção de uma Teoria do Direito contemporânea a partir do questionamento do corpo conceitual da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, com especial ênfase ao conceito de ciência que é tomado como ponto de partida nessa teoria, e aos seus desdobramentos principais, quais sejam: a explicação sobre a relação direito e ciência, direito e moral e entre direito e natureza.

Partimos do pressuposto que o livro *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen é um dos maiores símbolos da consolidação de uma visão específica de Direito que influencia a cultura jurídica brasileira contemporânea, podendo assim ser considerado marco inaugural do debate aqui apresentado. O ônus de ser consolidado como diretriz para a formação de culturas jurídicas e de práticas sociais implica por outro lado que, como representante de uma época, o texto da *Teoria Pura do Direito* espelhe também os impasses típicos da mesma.

A *Teoria Pura do Direito* explicita no prefácio à primeira edição o projeto de seu autor:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. (...) elevar a Jurisprudência (...) à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do

espírito. (...) aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão. (KELSEN, 2006: xi)

Com essa introdução, Kelsen mostra ser tributário das discussões sobre Filosofia da Ciência que fervilhavam na primeira metade do século XX. Marco inicial dessa discussão é o texto de Edmund Husserl *A Filosofia Transcendental e Crise das Ciências Europeias*. Durante esse período os filósofos e os cientistas das áreas hoje chamadas de humanas e sociais discutiam a possibilidade de criação de um método próprio para as "ciências do espírito" que não usasse mais como parâmetro as ciências naturais, e que através desse novo método conseguisse alcançar objetividade e exatidão respeitadas as suas especificidades. Nesse contexto, inserem-se as discussões do círculo de Viena.(CALVET DE MAGALHÃES, 1997: 3) Nesse contexto insere-se também o círculo psicanalítico de Sigmund Freud que pretende ser muito mais do que uma metodologia para a psicologia, é um projeto abrangente de análise da sociedade, como atestam obras como *O Futuro de uma Ilusão*, *O Mal-estar na Civilização*, entre outras. Finalmente nesse contexto insere-se também a Sociologia influenciada por Max Weber, a hermenêutica de Gadamer, a Escola de Frankfurt, criada por Adorno e Horkheimer e a discussão da Filosofia da Ciência entre Hans Albert, Karl Popper e Thomas Kuhn. (HABERMAS, 1996)

Nossa reflexão começa pela crítica à ciência moderna feita por Thomas Kuhn no livro *A Estrutura das Revoluções Científicas* no qual ele consagra o conceito de paradigma. Considerando esse conceito podemos fazer uma crítica à teoria de Kelsen a partir do paradigma de ciência do qual ele parte para poder consolidar o seu projeto na *Teoria Pura do Direito*. O que se pretende é resgatar uma discussão profícua à época de Kelsen em que se questiona até que ponto pode-se falar em uma ciência neutra, acima das influências ideológicas ou políticas. E caso não se possa falar em ciência neutra, como o cientista teria que enfrentar essa questão de forma a poder resguardar o lugar da ciência no mundo contemporâneo? Que papel a ciência deve cumprir na atualidade? Em que sentido pode-se falar hoje de uma Teoria do Direito pós-positivista?

## CAPÍTULO 1: DIREITO E CIÊNCIA

### 1.1 Estrutura do Direito Positivo

Kelsen parte da distinção entre ciências da natureza, ciências sociais (psicologia, sociologia, história, etnologia) e ciências sociais normativas (ética, teologia e teoria do direito), que repousa no princípio aplicável a cada uma. As ciências sociais e as ciências da natureza explicam seu objeto pela criação de um sistema conforme o princípio da causalidade. As ciências sociais normativas têm um objeto diferente. A sociedade deve ser descrita conforme um outro princípio, que Kelsen resolve chamar de princípio da imputação. O princípio da imputação funciona nas ciências sociais normativas de maneira análoga à causalidade nas ciências naturais e sociais porque em ambos os casos a sua função é ligar dois elementos.

Nas ciências sociais e nas ciências naturais a ligação entre os dois elementos de seus enunciados decorre de um fato da natureza, da descrição do ser, assim, os dois elementos estão ligados por uma relação de necessidade. Nas ciências sociais normativas são normas que se descrevem, assim, o objeto é um dever-ser. Como tal, a consequência que decorre de uma norma não é o efeito de uma causa, mas o sentido que um ato humano dá a um outro ato ou omissão, ou seja, uma imputação. (KELSEN, 2006: 100 e ss.) (KELSEN, 1998: 323 e ss)

Como se pode ver, a distinção entre ser e dever ser é um dos temas fundamentais da *Teoria Pura do Direito* e é o conceito que permite ao autor explicitar o seu conceito de ciência. A inter-relação entre o direito e a ciência constitui-se em primeiro plano sob o aspecto da norma jurídica, e em segundo plano sob a ótica de seu conteúdo através da conduta humana, gerando tal dualismo sempre sob a validade formal.

Apresentando-se ao estudo as normas reguladoras tornando o Direito estático, por outro lado o processo jurídico de criação da norma, sua aplicabilidade diante da conduta humana torna o direito dinâmico, sempre hierarquizado, gerando, por conseguinte, uma validade formal em detrimento da conduta.<sup>1</sup>

Segundo Kelsen não importa, destarte, à ciência jurídica, uma avaliação de eficácia ou não da norma, mas tão somente sob o aspecto formal uma condição de adaptação entre o ato e a conduta (“ser” - causalidade e “dever ser” - imputação) donde

---

<sup>1</sup> Kelsen distingue dois tipos diferentes de sistema de normas conforme sua natureza de fundamento de validade, quais sejam, o dinâmico e o estático, vide (KELSEN, 2006: 217)

se conclui o afastamento da ciência jurídica de qualquer análise de descrição dos fatos sociais.

Nessa linha de raciocínio, a validade das normas requer uma fundamentação de tal forma a dar valia aos atos emanados das autoridades competentes: ao parlamentar quando da criação da lei, ao juiz quando da sentença e assim por diante, pelo quê inquestionável uma limitação face ao poder atribuído por uma norma superior denominada *norma fundamental*<sup>2</sup>, tida como abstrata e pressupostamente válida, com cunho de aceitabilidade universal, inquestionável, servindo de base à criação de todo sistema.<sup>3</sup>

Assim, necessário à visualização do conceito kelseniano, exsurge por sua iniciativa a denominada *teoria da formação escalonada do sistema jurídico* que consiste em duas diferentes graduações.

Em primeiro lugar, o *sistema escalonado segundo o condicionamento jurídico* através do qual, em se considerando a elaboração de normas jurídicas (regras de elaboração de direito) por normas jurídicas superiores (norma produtora do direito), aquelas se condicionam a estas em uma hierarquia normativa ou graduada.

Em segundo lugar, o *sistema escalonado segundo a força derogatória* que comporta uma divisão de normas jurídicas, sem adentrar em seu conteúdo, como norma constitucional, norma legal e norma regulamentar, através do qual, em uma escala hierárquica, a superior sobrepõe-se à inferior derogando-a naturalmente.

Disso decorre de forma natural, v.g., o grau de limitação dos juízes quando da elaboração das sentenças, e do legislador quando da elaboração das leis, ficando, em evidência, estes em escala de independência criativa maior que aqueles, concluindo-se, portanto, que a elaboração do direito seja processada de forma não lógica (ou quase não

---

<sup>2</sup> Kelsen bem relata sua criação, a *Groundnorm*, explicitando, a princípio sob o fundamento de validade de uma norma onde este "...apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior... Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada... Uma tal norma, pressuposta com a mais elevada, será aqui designada de norma fundamental (*Groundnorm*)". (KELSEN, 2006: 215, 217)

<sup>3</sup> Contudo, a nosso ver, necessário à formação do sistema, uma ordem hierárquica se constitui em elemento primordial à noção de ciência, moral e natureza, ambas com o Direito formando um todo ordenado como estrutura, ou seja, um sistema que por seu conceito, entrelaçam-se e interdependem-se as normas que o compõe.

lógica) em abandono à racionalidade que outrora imperava, considerando-se o ato jurídico não somente em sua função executiva, mas também em sua função criadora.

Essa visão global do pensamento positivista kelseniano faz-se necessária ao objeto de nosso estudo focado sob a ótica de comparativos entre a ciência do direito e demais aspectos que a englobam.

## **1.2 A relação entre teoria e experiência:**

O conceito de ciência pressuposto por Kelsen em *Teoria Pura do Direito* expõe teoremas que devem traduzir-se na linguagem lógico-formal, na forma de hipóteses dedutivas. Kelsen diz que a ação regulada por uma norma é sempre condicionada, isto é, só é possível sob determinadas condições ou pressupostos. As circunstâncias em que a norma é exigível e em que a sanção é utilizável têm que ser dedutíveis da ação prescrita pela norma.

A regulação do sentido da norma pelo princípio de imputação coloca em questão a relação entre teoria e experiência. Se por um lado normas hipotéticas, traduzidas para a linguagem lógico-formal (Se A é, deve ser B), não podem contradizer a experiência porque elas se formão a partir da junção de dois elementos que nada mais são do que atos humanos, por outro lado, o conceito de sistema ganha um sentido operacional que não permite a refutação ou a confirmação empírica da norma. Assim, em Kelsen, na descrição do Direito como ordem de conduta humana, a palavra "ordem" ganha o sentido de "sistema de normas". Esse sistema consegue uma unidade dos seus elementos ao remeter todos eles ao mesmo fundamento de validade: a norma fundamental. Daí decorre que: 1. não há normas isoladas, toda norma pressupõe um sistema, 2. normas jurídicas estatuem sanções, portanto, deveres jurídicos; finalmente 3. as ordens modernas atribuem esses deveres apenas aos seres humanos.

Se o sistema só se refere à conduta dos seres humanos esse sistema faz uma remissão direta à experiência. Por outro lado, Kelsen afirma que “do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de dever ser não se pode seguir que algo é.” (KELSEN, 2006: 215)

De um lado, a validade analítica das categorias científicas “ser” e “dever-ser” deve guardar relação com a experiência. De outro, a experiência não se identifica com a observação controlada, assim, mesmo que um aspecto da teoria seja

empiricamente indiretamente suscetível de falsificação, a teoria pode manter a sua legitimidade científica. Para isto serve principalmente a tautologia construída por Kelsen de que a validade da norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.

### **1.3 A relação entre teoria e objeto:**

A ciência contemporânea se defronta com o desafio de estabelecer uma correspondência ontológica entre categorias científicas e estruturas da realidade. Esse desafio torna-se mais difícil na medida em que há uma crise generalizada da própria ontologia e, ao mesmo tempo, na medida em que as teorias científicas se colocam como *explicação* do objeto, como um esquema que vincula o objeto. A teoria é aceita quando o objeto se ajusta perfeitamente às hipóteses construídas pelos seus esquemas de explicação. Só que essa ligação entre hipóteses e objeto mostra-se contingente e como tal é externa à teoria.

Kuhn explica que são os casos irregulares em um modelo científico que fazem com que a ciência progrida, são as anomalias que forçam os cientistas a questionar os esquemas explicativos. Enquanto um modelo científico é confirmado pela pesquisa, tudo se passa como se o modelo fosse uma cópia da realidade. A totalidade social torna-se a própria realidade conforme um modelo científico e não o contrário, ou seja, não é o modelo científico que está descrevendo a sociedade que é uma totalidade.

Para compreender as implicações na problemática ligação entre teoria e objeto, podemos recorrer a um exemplo da *Teoria Pura do Direito*, quando Kelsen alarga o conceito de sanção para incluir atos de coação não ligados ao ilícito. Esse alargamento permite que ele afirme que Estados totalitários que estabelecem campos de concentração, embora criticáveis de um ponto de vista político, são ordens jurídicas, isto equivale a dizer: podem ser justificados como válidos cientificamente.

Perguntamos: o modelo científico positivista deve descrever a totalidade dos ordenamentos normativos da sociedade? Ele serve para tal descrição? A descrição dos ordenamentos sociais normativos como totalidade já não é uma abstração operada pelo próprio positivismo ao tentar fixar o seu objeto? A escolha desse objeto seria então totalmente arbitrária?

Kelsen propugna, a princípio, uma autonomia da ciência jurídica diante da realização de seus objetivos de neutralidade e objetividade. A Ciência jurídica formula proposições normativas ao Direito, não atribuindo a quem quer que seja qualquer

comportamento, estando, portanto, no campo da verdade (verídicas ou inverídicas), ao passo que, emanadas as normas de uma autoridade jurídica, passam a integrar o campo da validade ou invalidade.

Kelsen defende no primeiro capítulo da Teoria Pura o objetivo de formular uma teoria do direito positivo geral, que englobe todas as ordens concretas nacionais ou internacionais. A ciência contemporânea por outro lado se pergunta pela universalidade do conhecimento. Essa é na verdade a velha pergunta de Kant, reformulada: o que é possível conhecer? Para Kuhn não é o objeto que dá unidade ao conhecimento científico e sim o paradigma, ou seja, o pano de fundo de idéias, teorias, crenças, etc., compartilhado pela comunidade científica e que permite que todos dentro daquela comunidade partam de um saber em comum (KUHN, 1975: 206 e ss) O objeto depende do paradigma para ser escolhido.

## **2 – DIREITO E NATUREZA**

Certo é que a *Teoria Pura do Direito* focaliza o Direito como uma ciência absolutamente desprovida de qualquer elemento estranho ao objeto jurídico, tentando, na sua essência (a do Direito) responder às perguntas de “como o é” e “do que é”, extraíndo-se do estudo o seu fator político.

Contudo, a necessidade de se adicionar ao conhecimento elementos ou ciências outras da qual não se poderia desvencilhar em virtude da evolução do Direito nos séculos XIX e XX, põe o discurso da “pureza” longe de seu desiderato, sendo, ao contrário e a nosso modesto ver, mister a inter-relação entre outras diversas disciplinas de interesse à sociedade (sociologia, psicologia, teologia etc) e, por conseguinte, ao seu objeto, que constitui a ordem e paz social.

Como vimos acima, o que Kelsen na realidade explica é que, longe de negar esta relação, prima evitar, contudo, o entrelaçamento com as ditas demais ciências de tal forma a se obter um método que, certamente, torna obscura a ciência jurídica retirando sua essência.

O ato que tem o condão de auto interpretação, declarando seu significado, assim, se inter-relaciona com outro de tal forma a um recíproco entendimento, como, v.g, um contrato ou a deliberação de uma lei através do parlamento, o que não ocorre com uma pedra estática que não procede às informações ao desiderato de sua origem

científica. Contudo, em sendo atingido subjetivamente este desiderato, evidencia-se por vezes seu aspecto jurídico se com o direito se confundir. Mas nem sempre assim o será objetivamente por deficiência de forma, ilegalidade etc. Assim, o reconhecimento do direito materializado pelo ato que passa a compor o sistema jurídico origina, obrigatoriamente, o conhecimento da interpretação jurídica.

Incontestes que uma série de fatos externos da natureza, diante da evolução temporal e espacial, origina-se de leis naturais sendo facilmente perceptíveis. Contudo, em sendo elementos da natureza, não se englobam no conhecimento jurídico, que, para tanto, somente assim se definirão, ao passo em que lhes for emprestado pela norma significado jurídico para tanto de tal forma que possa ao final ser interpretado.

Conclui-se, portanto, que a norma atua como “esquema de interpretação. Ela será elaborada através de um ato jurídico que, igualmente, adquire significado através de outra norma.” (KELSEN, 2003: 54). É preciso esclarecer que a produção de uma norma pressupõe um fato existente a ela referido, não se coligando a *Teoria Pura do Direito* a qualquer processo psíquico ou acontecimento físico quando da busca do conhecimento das normas ou de se compreender algo como efetivamente jurídico. Sendo a norma o único objeto do direito, contudo, constitui-se ela, quando tratada na natureza, sem qualquer aplicação.

Assim, se mantém a norma estática até que ligada ao fato real, seja pelo processo legislativo, seja aplicada pelo juiz ao caso concreto, individualizando-a através de uma sentença, que, por sua vez deverá ser interpretada de acordo com a norma vigente, esta assimilará obrigatoriamente o fato reconhecido indubitavelmente como seu conteúdo.

## **2.1 Validade da norma e esquema de interpretação**

Como conceito de validade da norma expõe-se que, se diferenciado do ato natural em face da obrigatória promulgação da norma, esta não subsiste naturalmente no tempo e no espaço. Daí a necessidade de o comportamento humano ter referência ao conteúdo da norma e do fato real, tanto no tempo quanto no espaço, de tal forma a convergir este comportamento ao seu conteúdo, o que a torna válida.

Tratando-se de normas que regulam o comportamento humano, especificamente as de ordem jurídica, tem estas sua validade dentro de um conceito espaço-temporal na medida em que, da mesma forma, têm seus conteúdos dentro deste

mesmo critério de espaço e tempo. Diante de tais aspectos, a validade da norma pode ser assim especificada: 1) limitada e ilimitada dentro do espaço e do tempo em si própria ou de outra; 2) sobre tudo e continuamente conforme seu significado.

Considerado o direito como norma e a ciência jurídica exatamente como ciência dirigida ao conhecimento das normas, há a delimitação do direito ante a natureza e da ciência jurídica ante as demais ciências responsáveis pela explicação dos fenômenos naturais em acordo com as leis de causalidade, da mesma forma que se delimita a ciência proposta à investigação dos efeitos naturais convolados em atos públicos pelas normas jurídicas da qual se denomina *sociologia jurídica*.

Assim, não se valendo de normas válidas, mas de outras que surgem como relação de causa e efeito entre fatos jurídicos e fatos naturais, urgem os questionamentos de justificação da promulgação de tais normas e seus efeitos bem como o modo através do qual os fatos de natureza econômica, religiosa, etc., influenciam na atuação dos tribunais e o porquê do ajustamento ou não do comportamento do homem ao ordenamento jurídico.

Desta forma, evidente que o direito constitui-se num fato natural considerando que o homem, de forma conscientemente o cria, violando ou não (o homem) o próprio ordenamento jurídico por ele criado. E é por isso que a *Teoria Pura do Direito* não considera as normas jurídicas como fato de consciência ou de vontade, mas tão somente sob o prisma da legalidade objetivando a análise do binômio conduta humana-aplicação desprovido de qualquer emoção quando da sua interpretação e respectiva conseqüência jurídica.

Tendo o Direito, como dito, uma parcela de atos ou fatos naturais determinada pela lei de causalidade ou da natureza, há que se tomar emprestado à validade deste fato no mundo jurídico a sua objetividade para que, recebido pela norma especificamente jurídica, tome corpo de lícito ou ilícito, de particular significação jurídica.

Nesse sentido:

A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber de uma interpretação normativa. (KELSEN, 2006: 4)

Contudo, não se abandone a percepção de seu aspecto natural gerado por uma interpretação diferente da normativa, qual seja, a causal:

A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.(KELSEN, 2006: 4)

## 2.2 Produção normativa - costumes

Cediço que o Direito constitui-se em uma ordem normativa que visa especificamente a conduta, o comportamento humano através de um sistema composto de regras a tal fim, tendo a norma o sentido de *dever ser* diferentemente da conduta em si – *ser*.

Em todo seu sentido de *poder e conferir poder* tendo na outra extremidade a quem é dirigido o comando, a norma, como no dizer de Kelsen:

É o ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido á conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. (KELSEN, 2006: 6)

Distingue-se, assim, *ser* (aspecto fático e de vontade) e *dever-ser* (norma como sentido de ato) que, não obstante o dualismo percebido, não deixa de caminhar parilha sem qualquer vínculo relacional.

Essas condutas obrigatórias, quando originadas diante da evolução de atos contínuos (que a princípio não estabelecem um *dever ser*) em igualdade de condições, surgindo nos indivíduos como expressão de sua vontade em conduzir-se da mesma forma ditadas pelas normas (agora como *dever ser*) inseridas num contexto social de convivência mútua a aceitação geral do que denominamos de *costumes*, tido como uma das formas de produção normativa.

Porém, dentro da concepção positivista, os costumes somente serão válidos e, por conseguinte viáveis à interpretação, mediante aceitação como vontade coletiva cuja norma superior obrigatoriamente estará subordinado. E recebe o *status* de norma positivada em virtude de ser constituído por ato da conduta humana, requisito essencial

à caracterização de uma norma posta, como se fosse um ato legislativo efetivamente validado.

Em uma clareza óbvia, têm os *costumes*, como forma de produção normativa, essencial função na interpretação das normas que compõem o sistema, objetivando critério de satisfação de *correção*.

### **2.3 A relação entre teoria e história:**

De certa maneira, apesar da separação entre ciências normativas e ciências naturais e sociais, entre princípio da imputação e princípio da causalidade, Kelsen busca comprovar sua hipótese sempre da mesma maneira, dando unidade a essa fundamentação em uma lógica totalizante. A passagem da imputação para a causalidade faz-se necessária porque aquela é insuficiente para explicar uma história constituída de eventos individuais capaz de justificar a utilização desses princípios. Como generalizar tais eventos? Como justificar historicamente a passagem da imputação para a causalidade? Karl POPPER (1993) adverte que a análise das causas torna-se problemática na história posto que esta é irrepetível, contingente, marcada pela temporalidade. Como justificar então que a imputação e a causalidade sejam elas mesmas históricas?

Novamente reaparece o questionamento de se é possível se fazer uma teoria geral **do** Direito na medida em que o próprio Kelsen admite a temporalidade dos princípios da imputação e da causalidade. "É mais provável que a lei da causalidade tenha surgido da norma da retribuição" (KELSEN, 2006: 94) e segue tecendo considerações sobre o processo de transformação do princípio de imputação em princípio de causalidade por via da norma da retribuição na Grécia antiga até o século XX. Kelsen não se inibe ao falar do animismo das sociedades primitivas e traçar considerações sobre as diferenças entre Antigüidade e Modernidade sem perceber que assim ele está retirando princípios que pressupõe universais de eventos individuais contingentes. No projeto de uma teoria Pura que diga o que é e como é o Direito vigente e não como deve ser o Direito conforme preferências e opiniões, o que afinal se está descrevendo? Será que não se está prognosticando caminhos para o futuro?

### **2.4 A relação entre ciência e prática:**

Será que hipóteses científicas têm apenas um valor retrospectivo, buscando a explicação causal de eventos individuais? Vimos acima que não, porque as hipóteses reclamam para si uma universalidade, elas são a descrição não de eventos individuais irrepetíveis, mas de esquemas de interpretação de caráter universal. É por isso que a Teoria Pura do Direito pode se autodenominar uma teoria *do* Direito, de todo o Direito, antigo, moderno, nacional e internacional. Hipóteses científicas permitem, assim, prognósticos condicionados que se voltam para a consecução de recomendações técnicas e para a eleição racional de fins. Habermas atenta para a intrínseca relação entre ciência e técnica como uma conquista funcional da Modernidade. A Modernidade pensa a ciência em função da técnica. (HABERMAS, 1996)

A relação entre ciência e técnica se dá por meio da lógica na medida em que esta levanta uma pretensão capaz de dar fundamento racional à prática social. Mas, para que tal relação se faça possível, há que se pressupor que as teorias se referem a contextos estáticos, ahistóricos, capazes de serem cientificamente controláveis. Como mencionado acima, Kelsen faz a distinção entre estática – descrição do sistema de normas – e dinâmica, cuja questão fundamental diz respeito ao fundamento de validade desse sistema. Mas apesar da distinção, a dinâmica se coloca de maneira estática na medida em que pretende descrever a si própria como historicamente neutra.

O paradoxo constitui-se na medida em que as técnicas sociais se apóiam em leis gerais e ahistóricas, mas se formam no marco de uma visão histórica global e heurística que no final das contas é escolhida de maneira totalmente arbitrária. Daí ficar ainda mais patente a contradição entre a afirmação da universalidade da causalidade e da imputação como leis reguladoras das ciências e a historicidade dessas leis, encontráveis em uma especulação do como e do porque das sociedades primitivas e das sociedades modernas.

Esse paradoxo é ainda reforçado pela estrita separação que Kelsen faz entre ser e dever ser, o que cria um abismo entre ciência e técnica. *A Teoria Pura do Direito* coloca seus problemas a partir do próprio objeto e não a partir da realidade que o objeto visa influenciar. Dessa maneira, como diz Adorno, “faríamos da ciência um fetiche se separássemos seus problemas imanentes dos reais que se refletem parcamente em seu formalismo.” (apud HABERMAS, 1996:31)

### 3. DIREITO E MORAL

Conforme alhures, a *Teoria Pura do Direito* delimita a natureza procurando separá-la do espírito, sendo, portanto, a ciência do direito uma ordem espiritual sob o pedestal da realidade e do valor, do *ser* e do *dever ser* e por essa razão, diferencia a natureza do direito. *E sendo o direito dissociado de outras ligações haja vista que sempre esteve ligado à moral, deve ser ele apresentado como a própria moral para que tenha o efetivo valor de justiça*, “expressão para a verdadeira ordem social, ordem essa que alcança plenamente seu objetivo ao satisfazer a todos.”

Deve-se observar que a moral apresenta-se sob dois aspectos, um de ordem externa quando da conduta do indivíduo em face de outro, e outra interna quando da prescrição da conduta do homem em relação a si mesmo. Tais normas morais, por certo indicam uma consciência humana que, por sua vez são estabelecidas sempre diante da convivência em sociedade. Justiça é, portanto, felicidade social. A justiça aplicada ao direito positivo. Porém, “justo”, também o será em aplicação pelo excesso de leis, tornando o “justo” como meramente “jurídico”, o que dá valor relativo aos julgamentos.

Daí, para Kelsen, o direito não poder ser alcançado pelo conhecimento racional dado a sua tendência nos interesses, que geram, quando não harmônicos, conflitos. *E conflitos dirimidos geram compensações com o quê, alcançam-se interesses através de outros, o que seria, neste prisma, desnecessário o direito positivo.*

A justiça é, por conseguinte, um ideal irracional sendo imprescindível sua atuação impositiva à vontade e ao comportamento humano, mas não ao conhecimento (este só o direito, por base o positivo). As palavras chave a melhor compreensão deste estudo, assim, são: 1) ideologia – raiz na vontade originada em determinados interesses encobrindo a verdade, transformando-a, desfigurando-a; 2) ciência – conhecimento como verdadeiro aliado à demonstração de seu objeto (do direito);

Portanto, a ciência *Teoria Pura do Direito* tem caráter anti-ideológico tendo em vista que rompe, através do conhecimento, o véu da vontade (ideológico) esta de interesse na verdade de acordo com a ideologia adotada e não na busca da correção.

#### 3.1 Neutralidade valorativa da ciência:

Isso nos leva à última questão: a neutralidade valorativa da ciência apoiada no dualismo ser / dever-ser. A tese do dualismo, como dito acima, toma como base dois tipos de leis: as leis da natureza, causalmente determinadas, e as normas sociais, que são

imputação de sentido a atos. Essa distinção se determina pelo fato da regularidade dos fenômenos naturais não terem exceção e serem independentes da ação humana. As normas se impõem sob ameaças de sanções e só regem se os sujeitos que orientam sua ação por elas as reconhecem. É o que Kelsen chama de um mínimo de eficácia.

Como esses âmbitos são autônomos, as leis da natureza permitem levantar hipóteses empiricamente verificáveis, tendo como base para sua formação, o conhecimento. Normas sociais, por outro lado, não podem ser ditas empiricamente verdadeiras ou falsas. A norma tem como base para sua formação uma decisão. Do fato do cientista conhecer as normas não decorre a sua criação. Enquanto o cientista desvela a partir das leis da natureza fatos que já estão dados, o cientista do Direito só pode analisar o Direito vigente porque este se coloca para ele como dado, analogamente ao dado natural, só que o dado natural é um fenômeno regular observado pelo cientista, enquanto que a norma social, ou mais especificamente, a norma jurídica, é um sentido imputado a uma ação pela decisão de uma autoridade.

Esse dualismo entre dado natural e decisão corresponde na lógica da ciência à separação entre conhecimento e valoração e em termos metodológicos à necessidade de reduzir à ciência as regularidades empíricas constatáveis nos processos naturais e sociais.

Isto significa que questões práticas sobre o sentido das normas não são passíveis de serem estudadas cientificamente. Daí que no estudo do Direito os prognósticos científicos suponham de antemão determinados fins. Cabe à ciência do Direito racionalizar a escolha dos meios. Os fins, porém, dependem da aceitação das normas e não podem portanto ser cientificamente controláveis. Por isso Kelsen elimina da teoria do Direito, temas como democracia e justiça porque esses dizem respeito aos fins, que são colocados politicamente através de decisões de autoridades que são prévias à análise científica e à análise racional.

Assim Kelsen assume um papel muito limitado para o conhecimento e para a razão, eliminando a possibilidade desse conhecimento tratar de questões relativas à prática da vida cotidiana. A razão só teria, para o autor, um papel instrumental, um papel lógico e metodológico. Esse racionalismo ligado à técnica, sob a base do dualismo ser / dever-ser, desvincula as decisões da sua dimensão histórica e é

totalmente cético frente às possibilidades do conhecimento científico nas ciências sociais.

Kelsen sustenta esse racionalismo técnico ao desenvolver a idéia de norma fundamental. As hipóteses científicas levantadas pela ciência do Direito podem ser confrontadas com a experiência de forma a demonstrar sua viabilidade empírica, mostrar, como diz Kelsen, um mínimo de eficácia, mas não podem ser comprovadas diretamente pela experiência. A comprovação só é dada por outros enunciados - uma norma se remete a outra de nível superior. Só a norma fundamental pode ser colocada como fundamento da ordem jurídica por ser ela é um pressuposto lógico e, como tal, ahistórico, e desligado da prática cotidiana e da contingência da experiência.

Aparece mais uma vez o conflito entre ciência e técnica, na medida em que Kelsen aposta na possibilidade dos homens conduzirem seus destinos racionalmente inclusive com o uso de técnicas sociais como o Direito, no entanto Kelsen não explica como essa administração racional do mundo pela técnica poderá coincidir com a solução de questões práticas que se colocam na história, posto que o fundamento do sistema é uma questão meramente instrumental metodológica, nada tem a ver com as bases históricas e sociológicas.

Partindo de outra compreensão de ciência, Kuhn considera que a validade de enunciados básicos da ciência assim como a justeza das hipóteses e teorias científicas se apóia na aceitabilidade dos grupos que as implementam em contextos específicos. As teorias científicas e todas as hipóteses que possam ser construídas por elas só são possíveis porque há um consenso de fundo, um silêncio, um "saber" comum a toda a comunidade científica que permite eliminar certas questões para que outras sejam feitas. É precisamente a força do paradigma.

Esse ponto é ressaltado por Habermas que defende que a validade dos enunciados científicos não pode ser pensada sem um pano de fundo, ou seja, sem a pré-compreensão silenciada e ao mesmo tempo consensualmente compartilhada que a hermenêutica gadameriana tematizou. Habermas salienta que esse pano de fundo pode ser tão amplamente aceito, tão arraigado em um alto grau de intersubjetividade que chega a ser esquecido. É precisamente esses 'esquecimento' que permite à ciência sustentar a aparência de uma teoria pura em que não importa mais o contexto histórico em que surge o processo de pesquisa. A validade dos enunciados científicos está

emancipada de qualquer referência à vida, está acima da *praxis* e pode arrogar-se uma neutralidade valorativa.

No entanto ele alerta que:

A situação histórica durante o século XVII (...) não é de maneira nenhuma externa à estrutura da ciência experimental em geral; pois essa estrutura exige que o desenho teórico e o sentido da validade empírica decorram de uma atitude técnica (HABERMAS, 1996: 41)

Isso quer dizer que é uma atitude fundamental da sociedade burguesa que integra o processo de pesquisa científica ao processo do trabalho social, fazendo a ligação entre saber científico e aplicação da técnica, o que permite à ciência desenvolver a idéia de neutralidade valorativa. A neutralidade é ela própria um valor histórico que nada tem a ver com uma atitude teórica. Ao contrário, ela só é possível pela limitação da razão a um interesse técnico cognitivo.

Em suma, voltando a uma questão levantada acima, é complicado hipostasiar os procedimentos empíricos e analíticos e desgarrá-los das práticas sociais às quais eles deveriam dar uma resposta, reduzindo o processo de racionalização a uma questão técnica. Essa é a "desculpa" que Kelsen utiliza para justificar o fato de, embora condenar "politicamente" o nazismo, poder reconhecê-lo como "cientificamente" válido. Essa aparência de neutralidade é eventualmente desmascarada na prática, na medida em que em nome dela não se leva a sério o nexó indissolúvel que a ciência e a técnica tem com a realidade. Em linguagem coloquial, podemos dizer que a neutralidade científica é a peneira que Kelsen utiliza para tentar tampar o sol: uma realidade perversa que iguala o campo de concentração, os maus tratos aos deficientes mentais, as prisões arbitrárias ao Direito democraticamente legitimado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Toda teoria de Kelsen na busca de uma pureza do direito esbarra incontestemente, seja por origem, seja por conseqüência, nas demais ciências sociais e/ou seus aspectos fundamentais, face às recíprocas inter-relações entre essas ciências. Na verdade, objetivando uma distinção para a visualização científica dessa separação, Kelsen, em excelente maestria, cria uma situação abstrata, no caso da norma fundamental, visando justificar um "ser jurídico supremo" inquestionável e como dito,

de aceitação universal, evidentemente dentro do contexto de tempo e espaço em que se encontra inserida.

O fato é que não há como se conceber no mundo atual do conhecimento e da informação, ainda que na esfera científica, qualquer desvencilhamento, seja a que título for, ainda que em nome de uma concepção pretensiosa de pesquisa a definir algo como puro, longe de toda a problemática social pela qual vem atravessando a humanidade nos últimos tempos, mister em se tratando da ciência do direito, promotora do espírito utópico de satisfação de justiça social plena.

E é essa importância de incontestável entrelaçamento das ciências sociais em todos os níveis que define o verdadeiro estado das coisas, servindo a teoria positivista de base aos mais recentes meios de interpretação das normas que, por sua vez, respeitando os limites delineados por essa teoria, ainda que a questionando, visam um sentido de *correção*, de aplicação adequada do ordenamento jurídico aos anseios sociais que se evoluem a cada dia na velocidade da luz.

A obra de Kelsen é a tal ponto influente na nossa cultura jurídica que dificilmente é possível ignorar suas conquistas. Podemos levar nossas indagações iniciais um passo além, perguntando-nos o que pode servir como argumento para justificar uma decisão e o que não pode. Em outras palavras, quando é que uma decisão institucional está justificada?

Kelsen acha suficiente para responder a essa pergunta que se prove que a norma é válida, isto é, que ela pertence ao sistema. Nós pensamos que não. O sentido da validade empregado por Kelsen é um ponto de partida, mas não é suficiente, pois não há correspondência lógica entre pertencer ao sistema e justificar uma decisão. Além da pertença ao sistema, a norma tem que ser justificada conforme critérios de aplicabilidade que não se encontram no âmbito da “validade” no sentido Kelseniano, e nem sequer guardam uma relação de necessidade com ela.

Defendemos que o problema dos critérios de aplicabilidade que permitam justificar as decisões determinando quais argumentos são plausíveis de serem aceitos como justificação jurídica e quais não, é o problema central da Teoria do Direito contemporânea. Esse problema não se esgota na dimensão de validade explorada por Kelsen naquele sentido restritivo acima mencionado. Por outro lado, colocada dessa forma, a questão da Justiça não é mais pensada em termos jusnaturalistas, buscando

uma fundamentação última e externa para o Direito. Questões morais podem ser reintroduzidas na teoria do Direito enquanto *argumentos* passíveis ou não de justificar decisões institucionais. Elas não podem ser invocadas diretamente para a fundamentação do Direito ao modo jusnaturalista.

Assim, a questão da Justiça dentro da teoria do Direito hoje não pode mais se colocar como um problema de fundamentação. O Direito contemporâneo é *ordem* de coação e como tal o problema de seu fundamento é um problema epistemológico como muito bem demonstrou Kelsen. A questão da Justiça é, por outro lado, um problema de justificação das decisões tomadas no interior desse sistema de coação na medida em que embora aja como sistema fechado e autônomo, o Direito não pode perder sua dimensão histórica e social.

A teoria do Direito precisa pensar uma metodologia capaz de resolver o grande abismo gnosiológico e axiológico implicado na tarefa de colocar regras objetivas para pessoas diferentes. Se a Moral e a Religião não podem mais servir como pontes capazes de apaziguar algumas dessas distâncias, Müller aposta numa metodologia que gire em torno da argumentação. (MÜLLER, 1996)

Nessa proposta a relevância da pergunta que fizemos acima se torna central. O problema da aplicabilidade e da justificação das decisões institucionais passa pela fixação do texto, passa pela definição do que esse texto significa e qual o seu alcance, ou seja, em que ocasiões ele se aplica, todos esses passos estão presentes na teoria Kelseniana. Mas passa também pela argumentação, ou seja, pela justificação da decisão e pela possibilidade de aceitação racional dessa justificação que envolve: o texto, a sistemática e a genética do texto, a história jurídica, a teleologia, outros elementos metodológicos, a dogmática, o constitucionalismo e a política jurídica. (MÜLLER, 1996: 228).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Elza Maria Miranda *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFG, 1984.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes, 2001;

ALVES, Rubens *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e suas regras*. 14º ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ed. Ícone, 2006.

CALVET de MAGALHÃES, Theresa *De Wittgenstein à redescoberta da mente: a filosofia analítica*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

HABERMAS, Jürgen *La lógica de las ciencias sociales* tradução Manuel Jiménez Redondo. Madri: Editora Tecnos, 1996. (1982)

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. (1961)

KELSEN, Hans *A Democracia* tradução Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. (1955 - reunião de textos escritos desde 1922)

KELSEN, Hans *O que é Justiça: a Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência* tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (1957)

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo; Martins Fontes, 2006 (1960)

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003;

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas* tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1975. (1962)

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo; Martins Fontes, 2006;

MÜLLER, Friedrich *Discours de la Méthode Juridique* tradução Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. (1993)

POPPER, Karl *A Lógica da Pesquisa Científica* tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1993. (1959)

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ZAGRE, Robson. *Teoria da Argumentação Jurídica: análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*: Artigo publicado no XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI organizado pela Faculdade de Direito de Campos.