

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**MARCELO CERQUEIRA MAGALHÃES**

**COMO COMPREENDER A NECESSIDADE DE UM ATIVISMO CIENTÍFICO NO  
DIREITO, SUPERANDO A NOÇÃO DE CIÊNCIA KELSENIANA**

**Juiz de Fora  
2013**

MARCELO CERQUEIRA MAGALHÃES

COMO COMPREENDER A NECESSIDADE DE UM ATIVISMO CIENTÍFICO NO  
DIREITO, SUPERANDO A NOÇÃO DE CIÊNCIA KELSENIANA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora, pelo  
acadêmico MARCELO CERQUEIRA  
MAGALHÃES, sob a orientação do Professor  
BRAHWLIO SOARES DE MOURA RIBEIRO  
MENDES na área de concentração Filosofia do  
Direito.

Juiz de Fora  
2013

MARCELO CERQUEIRA MAGALHÃES

COMO COMPREENDER A NECESSIDADE DE UM ATIVISMO CIENTÍFICO NO  
DIREITO, SUPERANDO A NOÇÃO DE CIÊNCIA KELSENIANA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora, pelo  
acadêmico MARCELO CERQUEIRA  
MAGALHÃES, sob a orientação do Professor  
BRAHWLIO SOARES DE MOURA RIBEIRO  
MENDES na área de concentração de Filosofia do  
Direito.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/ 2013

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes

---

Prof. Dr. Antônio Henrique Campolina Martins

---

Prof. Mário César da Silva Andrade

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe por ter sido essencial na realização deste sonho, sem sua ajuda não teria sequer entrado nesse lindo campus. Ao meu pai, pelo constante apoio e por abrir meus olhos para realidade.

Ao meu irmão Ricardo pelas conversas ao longo destes cinco anos, sem dúvidas nos melhoramos mutuamente. Ao meu irmão, Carlos, por me mostrar que não há apenas um único caminho para a verdade.

À Luiza, pelo carinho, dedicação, cumplicidade, com quem pude partilhar meu crescimento pessoal. Aos meus amigos.

A todos os mestres do saber que ajudaram na minha formação, em especial ao Brahwlio, por meio de sua orientação pude mudar perspectivas; e Campolina pela amizade ao longo dos corredores, sempre sorvendo saberes.

Todos vocês fazem de parte de mim e comigo seguirão, hoje não sou o eu de ontem e amanhã não serei o eu de hoje.

“Não poríamos a mão no fogo pelas nossas opiniões: não temos assim tanta certeza delas. Mas talvez nos deixemos queimar para podermos ter e mudar as nossas opiniões.”

(Friedrich Wilhelm Nietzsche)

## RESUMO

É impossível passar por qualquer faculdade de direito sem escutar o nome de Hans Kelsen, no entanto, é perfeitamente possível, porém lastimável, passar pela mesma sem conhecer sua real contribuição ao Direito, seja na qualidade de ciência ou de área do saber. Nas salas de aula, sua teoria é exposta pelas críticas feitas a mesma, como se essa visão míope bastasse para sua compreensão. Nos referimos aqui, a sua pretensão mais ousada: criar uma metodologia científica apta ao estudo do direito, tarefa realizada pela sua obra mais conhecida “Teoria Pura do Direito”. Mas o que seu positivismo representa hoje? Seu ideal de objetividade científica ainda se sustenta diante dos desafios da (pós) modernidade? A objetividade das ciências normativas seria possível? No decorrer deste estudo veremos que tais respostas não comportam um simples sim ou não, devem ser antes, aferidas conforme a visão de mundo de cada jurista, assim, a resposta apresentada será apenas a parte de uma verdade.

Palavras-Chave: Filosofia do Direito. Hans Kelsen. Ciência. Teoria Pura do Direito. Epistemologia. Metodologia.

## SUMÁRIO

Introdução.....	7
Capítulo 1: Uma Breve Contextualização Histórica do Direito e da Justiça.....	9
Capítulo 2: Pressupostos.....	12
Capítulo 3: O Papel da Ciência.....	14
Capítulo 4: A (R)Evolução Kelseniana.....	16
Capítulo 5: A Neutralidade Científica.....	20
Capítulo 6: Críticas.....	24
6.1- Crítica Interna.....	24
6.1.1- Interpretação como ato de vontade e ato de cognição.....	24
6.2. Crítica Externa.....	27
6.2.1- A política e o direito: o cientista diante da explicação e da transformação do mundo.....	32
Capítulo 7: Conclusão.....	35
Referências Bibliográficas.....	37

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise crítica da suposta e necessária neutralidade científica proposta por Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito.

Partindo de uma análise histórico filosófica do direito poderemos inferir dois pressupostos que se fundam no positivismo relativista de Kelsen: direito existe independentemente de seu conteúdo moral; e não existe nenhum valor absoluto.

Durante muito tempo o Direito se viu permeado por elementos que lhe eram estranhos e que impediam seu estudo sistemático. Kelsen, influenciado pelo positivismo filosófico de Francis Bacon, foi o responsável por criar uma metodologia científica capaz de estudar o Direito. Nesse sentido, propõe a separação entre ciência e política, entre sujeito e objeto, ser e dever ser. Tal proposta culmina na separação ideal das funções de cientista e aplicador do direito, aquele deveria realizar a tarefa de buscar todas as interpretações de uma norma criando assim uma moldura cujo conteúdo seria as interpretações extraídas do texto normativo, já o aplicador estaria incumbido da escolha da norma que melhor se ajustasse ao caso concreto. Isso, pois, todo ato de escolha é em última análise um juízo de valor, cuja racionalidade não pode ser aferida pela ciência, assim, esta última não estaria apta a julgar as escolhas dos magistrados.

No entanto, em estudos posteriores, diante da inegável práxis, Kelsen abre a possibilidade de que a escolha do aplicador possa se dar por uma interpretação não contemplada pelo cientista, posição esta que acaba por corroer internamente sua frágil proposta de criar uma teoria pura.

Não obstante, veremos que a própria ideia de objetividade das ciências naturais, passa por uma crise tornando imperioso repensar a velha concepção de objetividade baseada em observações neutras e repetitivas que permitem a formulação de verdades indutivamente construídas.

Ao final, poderemos concluir que a teoria pura não se sustenta em suas próprias bases nem nos pressupostos de objetividade da antiga concepção de ciência natural na qual se funda. Indo além, diante do atual estado em que nos encontramos

frente aos problemas da pós-modernidade não seria razoável tal inércia por parte da ciência, concluindo pela necessidade de um maior ativismo científico como forma de influenciar e modificar a realidade, assumindo o papel de Ciência Social Aplicada.

## CAPÍTULO 1:

### UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO E DA JUSTIÇA

Este capítulo tem como fundamento a obra de Alysson Leandro Mascaro<sup>1</sup> que propicia uma análise histórica acerca das origens do pensamento filosófico envolvendo direito e justiça.

Os primeiros indícios do direito ocidental que surgem na Filosofia Clássica Grega, em seu período pré-socrático, são guiados pela ideia de justiça. Mascaro, ao analisar textos dos filósofos Tales de Mileto, Parmênides e Heráclito, para os quais, a justiça é vista a partir dos critérios filosóficos da lógica e da dialética, respectivamente; para a lógica, justiça e injustiça são termos reais e excludentes; na dialética, ao contrário, os dois termos se integram com vistas a uma consecução de auto superação em um contexto determinado.

O Autor continua com Sócrates, uma figura emblemática na história da Filosofia Grega a qual propugna a referência estável, ou seja, o conhecimento da verdade como finalidade de todo raciocínio questionador, acreditando alcançar a justiça através da razão e proporcionando, assim, uma evolução homogênea das duas antigas tradições, a parmenidiana e a heraclítica.

Posteriormente é relatado um trecho no qual Sócrates critica contundentemente o relativismo e o subjetivismo reinantes na “Polis” de Péricles. Em seguida, Platão é estudado pelo Autor enquanto elabora o conceito de justiça como sinônimo de Direito; pleiteando o ideal do binômio “rei-filósofo” descarta a democracia como modelo político. Por fim, Aristóteles é apresentado formulando, na Nicomaquéia, o ideal de justiça a partir de uma moral das virtudes com vários significados, inserindo-o num quadro da ortopraxia comportamental humana.

Mascaro continua a expor a sua Filosofia do Direito, a partir da cronologia histórica, mostrando a consecução jusfilosófica grega no período medieval. Sem dúvida, o cristianismo é a marca registrada, a única capaz de caracterizar os textos medievais. Com Paulo, o helenismo vem para dentro do cristianismo, constituindo, juntamente com o judaísmo, uma visão de mundo onde o Deus de Israel se

universaliza. Desta forma, justiça e verdade se encontram na graça de Deus.

Na obra polissêmica de Agostinho, (Tratados, Sermões, Cartas, Regras, e outros gêneros literários) a justiça ocupa um lugar primordial, *condictio sine qua non* para a ordem e a paz. Suas duas obras, *As Confissões* e *A Cidade de Deus*, no-lo atestam de modo peremptório. Já São Tomás de Aquino adota integralmente a ética aristotélica com vistas a construção de um pensamento ético cujo foco são as virtudes, em especial a fé, única capaz de fazer a ponte entre o mundo dos homens e o mundo de Deus, este sim, é onde reina a justiça em sua forma absoluta<sup>2</sup>

Com a era moderna surge o renascimento com o retorno ao homem. O Príncipe de Maquiavel marca o período como obra política defensora do absolutismo. Da burguesia nasce o arcabouço do iluminismo que passa a explorar campos até então intocáveis, como os direitos subjetivos e a universalização dos direitos, ou melhor, dos interesses da burguesia. E neste ambiente aberto a novos pensamentos nascem duas importantes correntes filosóficas: o Empirismo, defendido por Hume, e o Racionalismo, sustentado por Descartes, em síntese a primeira descarta a possibilidade de existir qualquer conhecimento a priori, enquanto a segunda o admite. Já da luta entre absolutistas e republicanos o direito natural assume três formas distintas, como um direito a autopreservação (Hobbes), como propriedade privada (Locke) e como Igualdade e liberdade (Rousseau).

É, no entanto, com Kant que direito e filosofia se mostram mais do que próximos, na sua obra crítica a razão prática, Emanuel Kant lança alguns argumentos legitimadores do direito, como imperativo categórico, orientador do agir moral e racional. Assim, direito e moral encontram sua interseção: a pretensão de universalidade. Se com Kant ainda havia o dualismo entre real e racional, é Hegel quem caminha para a superação deste conflito através de uma nova dialética que acaba por colocar o Estado como centro do direito, um Estado meta-jurídico que não se confunde com o indivíduo e tão pouco com o corpo social. Mais a frente, com Karl Marx há o rompimento com o idealismo/ metafísica de Kant e Hegel e a reconstrução da dialética, que, se resume na junção de filosofia e práxis rumo a um pensamento transformador da realidade. O

---

<sup>1</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-305.

<sup>2</sup> PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. 4.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1995, p. 38-41.

Estado é para Marx, não a encarnação da racionalidade e do justo como queria Hegel, mas sim condição estruturante da exploração jurídica do trabalho, deste modo, o direito se constitui pela necessidade histórica das relações produtivas capitalista, longe, portanto, de ser algo ligado ao justo.

## CAPÍTULO 2: PRESSUPOSTOS

Primeiramente é necessário delimitar a proposta do presente estudo devido às várias questões que circundam e assombram o positivismo.

A doutrina em questão trouxe significativos avanços no que tange ao estudo do direito, em especial o positivismo relativista de Kelsen, e sobre estas conquistas, por óbvias razões, não haverá críticas. Mas antes se faz necessário esclarecer quais são estes pontos fundamentais. Assim, uma vez estabelecidos os referidos avanços poderemos prosseguir neste estudo, prefiro me referir a eles como pressupostos do qual eu parto e que para mim já se tornaram racionalmente justificados e demonstrados, vejamos.

O primeiro ponto considerado como pressuposto para este trabalho, refere-se à ideia de que o direito existe de modo independente de seu conteúdo moral. Significa dizer que o direito para ser considerado como tal não necessita de conter determinadas normas morais, tais como liberdade, felicidade ou fraternidade, pois, do contrário teríamos que admitir que o direito chinês por exemplo, não é direito, uma vez que não contempla os valores ocidentais.

Conforme analisa Simone Fabre o direito passou por três maturações semânticas: duas de ordem religiosa e uma moral, cujo o resultado foi a emancipação do direito de implicações teleológicas, axiológicas e morais<sup>3</sup>. Dito isto, podemos concluir de modo bem sintético utilizando as palavras de Carlos Santiago Nino “direito é uma ordem normativa imposta por alguns sobre os demais por meio do uso da força em determinado local”<sup>4</sup>.

O segundo ponto que pode ser considerado como pressuposto para este trabalho é: não existem valores absolutos como afirmam os defensores do direito natural, ou seja, não há axiomas transcendentais que possam ser alcançados pelo homem, quer seja por uma ascensão do espírito na comunhão com o divino, quer seja

---

<sup>3</sup> FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, preâmbulo XIX.

<sup>4</sup> NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

pela razão (como queriam Platão e Kant, respectivamente). Esta relatividade dos valores fica evidente quando é exposto acima, em uma breve análise do direito sobre uma ótica filosófica, que dentro de uma mesma corrente filosófica, como o iluminismo, a concepção de direito natural muda conforme o filósofo em questão, lembrando, Hobbes tinha como direito natural a auto preservação, Rosseau a liberdade, enquanto para Locke seria a propriedade privada.

Mesmo que fosse possível afirmar que valores absolutos são acessíveis por alguns raros indivíduos, ainda assim careceriam de demonstrabilidade, razão pela qual devem ficar fora de toda e qualquer ciência.

Segundo o exposto, os valores são tantos quantos são os Estados, as cidades e as pessoas, ou seja, variam conforme a época e o local. E é justamente com base nesses dados que Kelsen funda seu positivismo relativista, que resumidamente, trabalha com a ideia de que todos os valores são relativos, não existindo, assim, nenhuma verdade absoluta.

Neste diapasão, diante da impossibilidade de se alcançar um valor absoluto, o positivismo conclui pela impossibilidade de uma ciência perseguir tais axiomas. Aqui, segundo estudiosos como Miranda Afonso, Bobbio e Garcia Maynez, citados na obra de Andityas, se encontra a essência do positivismo enquanto teoria, qual seja, a negação de validade a todo jus naturalismo<sup>5</sup>.

Por fim, é importante ressaltar que negar a existência de um direito natural ou absoluto não significa dizer que o direito não deva conter e buscar reflexão sobre os valores que devem ser perquiridos, mas sim que essa busca deva ser sempre histórica e socialmente contextualizada, isto é, tendo sempre em mente que os valores são relativos.

Partindo desses dois pressupostos, a análise do tema que se pretende dissertar é: A suposta e necessária imparcialidade do cientista jurídico frente aos valores inerentes à própria sociedade e ao direito.

---

<sup>5</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p.20-24.

### CAPÍTULO 3: O PAPEL DA CIÊNCIA

A ciência, desde o Iluminismo - momento em que ganhou características mais marcantes - vem passando por um processo de amadurecimento através dos séculos, e até hoje se discute qual seria seu papel. O único norte que temos nesse sentido, pelo menos até os dias de hoje, é apenas um: a ciência busca pela verdade. Segundo Popkin Richard, “a verdade é o objetivo da ciência, ainda que não possamos saber que a atingimos se, por acaso, isso ocorrer”<sup>6</sup>. Temos, portanto, que o objetivo da ciência é chegar a uma verdade, mas, o que seria a ciência?

Inicialmente pode-se dizer que a ciência é um método rigoroso que nos permite chegar a uma verdade. Cumpre explicitar que a palavra método vem do grego *methodos* e significa “caminho para chegar a um fim”. O método científico pode ser definido como um conjunto de regras básicas para desenvolver uma experiência a fim de produzir novo conhecimento, bem como corrigir e integrar conhecimentos pré-existentes.

São justamente essas regras que permitem que o resultado seja considerado uma verdade, vejamos; Segundo propõe Chibeni, a concepção do método científico consistiria em:

“a) começar com observações; b) as referidas observações devem ser neutras e c) as regras resultantes dessa observação se dão conforme as regras da indução. Para maior rigor científico devem ainda ser seguidas mais três regras: d) o número de observações de um dado fenômeno deve ser grande; e) deve-se variar amplamente as condições em que o fenômeno se produz; f) não deve existir nenhuma contra-evidência, i.e., observação que contrarie a lei.”<sup>7</sup>

Até aqui, respondemos o que é a ciência e qual o seu objetivo: método que permite alcançar a verdade. Mas a verdade também carrega um forte teor de subjetividade que é preciso ser eliminado, para tanto a ciência atribui-lhe um sentido

---

<sup>6</sup> POPKIN, Richard H. **Ceticismo**. 2.ed. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1996, p.55.

<sup>7</sup> CHIBENI, Silvio Seno. **O que é Ciência?**. Artigo extraído do site:

delimitado, que pode ser resumido como a real correspondência daquilo que se afirma com um fato do mundo real, é a denominada verdade objetiva. Nesse sentido, “Verdade significa conformidade com a realidade, não conformidade com um valor pressuposto. O juízo de que algo é verdadeiro ou falso é a verificação da existência ou não existência de um fato”<sup>8</sup>.

Essa é a única verdade capaz de ser demonstrada pelo método científico, ou ainda, a única que podemos atribuir o adjetivo de objetiva. Isto significa dizer que ela pode ser compreendida por todos que tenham uma carga de conhecimento mínima na área de estudo, e para isso a ciência trabalha exclusivamente com a razão daqueles que a operam. A razão seria assim a chave da objetividade, uma ferramenta capaz de nos livrar das armadilhas de nossos sentimentos, impulsos e de toda forma de subjetividade que impede a compreensão objetiva de um determinado conhecimento e, conseqüentemente, da verdade científica.

Portanto, tudo aquilo que não possa ser rigorosa e objetivamente analisado pela ciência, não pode ser objeto de estudo da mesma, justamente por ser algo que não se pode afirmar nada, exceto que se trata de um objeto de estudo que não pode ser cientificamente compreendido. Sobre estes, a ciência nada diz, ou segundo a célebre frase de Ludwig Wittgenstein “Sobre o que não se pode falar, deve-se calar.”

---

<http://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/ciencia.pdf>. Consulta em: 20/06/2013.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **Ciência e Política**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p.357.

## CAPÍTULO 4:

### A (R)EVOLUÇÃO KELSENIANA

No primeiro tópico desse estudo foi possível ter uma ideia da miscelânea de cores que permearam o direito desde seu nascimento, muitas vezes confundido com fé e a justiça, e esta, por sua vez, definida das mais variadas formas. Toda esta imprecisão impediu o seu estudo sistemático e o seu aprimoramento durante séculos. Com o aperfeiçoamento da ciência e a vital função que esta passou a exercer na sociedade moderna, sobretudo depois da contribuição de Francis Bacon, sua influência começou a incorporar áreas que até então se mantinham afastada de sua metodologia, como por ex. a sociologia, psicologia, e, com o direito não foi diferente.

Um dos maiores responsáveis por dar um salto qualitativo no tocante ao estudo do direito foi sem dúvida Hans Kelsen, que, com o intuito de criar uma ciência normativa apta à compreensão do direito enquanto objeto de estudo, estrutura uma metodologia de pesquisa com a pretensão de alcançar a mesma imparcialidade objetiva das ciências naturais, e para isto, formulou a sua obra mais famosa, “Teoria Pura do Direito”

É certo que nenhum outro autor na historia do direito foi tão mal interpretado como Kelsen, sua teoria tem sido depreciada no meio acadêmico, ora por ignorância ora por malícia, não pelo que ela é, mas justamente pelo que ela não é.

Vejamos então, a verdadeira proposta de Kelsen.

Para entendermos o autor em questão é necessário compreender o pilar no qual ele estrutura sua teoria: a separação entre ciência e política. Andityas esclarece muito bem esta questão na seguinte passagem:

“Para Kelsen (...) o positivismo tem uma missão exclusivamente cognoscitiva, não possuindo competência para impor a observância de certos valores sócias em detrimento de outros. Ao jurista cabe apenas descrever os valores existentes em dada sociedade, não julgá-los e qualificá-los como ‘justos’ ou ‘injustos’. A ciência não exerce a função de autoridade própria do poder político constituído”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia....** *ob. cit.* p. 38.

Esta posição da teoria pura rebate o famoso equívoco de que esta serviria para legitimar todo e qualquer regime de governo, inclusive os totalitários. Muito pelo contrario, Kelsen deixa bem claro a separação que deve existir entre ciência e política, de modo que aquela, justamente por não realizar juízos de valor ou de escolhas, não estaria apta a legitimar nenhum governo.

A partir desta separação entre ciência e política, Kelsen, influenciado por Kant, afirma que o dever ser não deriva do ser. Isto significa dizer que a realidade (ser) não traz em si qualquer valor intrínseco, motivo pelo qual não podemos extrair nenhuma norma (dever ser) da realidade, estas poderiam surgir apenas pela vontade humana de prescrever uma conduta. Perceba que, mais uma vez, o direito se aparta de elementos supostamente estranhos ao seu estudo, com a separação de ser e dever ser o direito ganha um mundo próprio, abstrato por excelência.

Essa ideia aplicada à sua pirâmide normativa, na qual a norma inferior busca seu fundamento de validade na norma superior, o leva a concluir que o fundamento da constituição não pode ser a realidade, mas sim em outra norma, uma norma que não derive de nenhuma outra norma, cujo conteúdo seja apenas “cumpra-se a norma inferior”.

É claro que não há aqui uma inocência em acreditar propriamente em uma norma existente no mundo do dever ser, a norma fundamental se liga mais a um sentimento, um imperativo que temos e obedecemos, cujo conteúdo ou os seus porquês não interessam a ciência do direito. É necessário alertar que a norma superior (*grundnorm*) não é elemento importante para entender este estudo e foi citada apenas para concluir um raciocínio concernente a última norma de validade do direito numa teoria onde o dever ser não derive do ser.

Na elaboração de sua epistemologia, Kelsen teve a cautela de não adotar a concepção de ciências naturais e ciências sociais. Ele preferiu abordar a questão sobre a perspectiva de ciências causais e ciências normativas, com isto, evitou o equívoco de tentar construir uma metodologia baseada nos parâmetros das ciências naturais no tocante ao seu objeto de estudo, uma vez que as ciências causais, como o próprio nome sugere, trabalham com a ideia de causa e efeito (princípio da causalidade), enquanto que as ciências normativas tem por objeto um complexo jurídico

normativo (princípio da imputação)<sup>10</sup>. Assim, as ciências normativas, diferentemente das ciências causais, não estudam a realidade como ela é, mas sim como ela deve ser, é o que se extrai do seguinte trecho: “Existem, porém, ciências (...) como a ética e a jurisprudência, cujo objeto parece não ser a realidade, mas valores. Elas descrevem normas que constituem valores e, nesse sentido, podem ser chamadas ciências “normativas”<sup>11</sup>.

Portanto, o objeto da ciência jurídica seria a norma positiva e não os fatos, mas os significados que as normas jurídicas dão a estes fatos. Neste aspecto, segundo Simone Goyard Fabre a Teoria Pura do Direito cria, metodologicamente e segundo os postulados da filosofia transcendental kantiana, o próprio objeto de investigação<sup>12</sup>. A crítica é perfeitamente cabível, pois a referida teoria houve por bem criar qual deveria ser seu objeto de estudo, em certa medida, diferentemente das ciências naturais, cujo objeto já é dado: a natureza.

Mais uma vez, Goayrd Fabre sintetiza “fica claro que o direito não é um objeto natural; ao contrário, é o produto de uma operação intelectual comandada e conduzida pelo querer humano”<sup>13</sup>. A abstração das ciências normativas não nos permite ao luxo de ter um objeto previamente determinado, qualquer método criado para estudá-las terá de criar também o seu objeto, uma vez que ele não existe no mundo real.

Aprofundaremos um pouco mais nesta crítica ao final deste trabalho, por hora, podemos concluir, com as palavras de Andityas Matos: “ Kelsen é o pai de uma verdadeira epistemologia jurídica, com a qual ele procede a crítica do conhecimento jurídico partindo de uma prévia concepção de que seja ciência”<sup>14</sup>. Tal concepção corresponde a do positivismo filosófico para o qual a ciência é basicamente a descrição da realidade. Aqui cabe reforçar a conclusão, se a ciência busca a verdade, e esta só pode ser aferida enquanto correspondência fidedigna entre aquilo que é dito e a realidade, conclui-se que o papel das ciências normativas seria a descrição das normas positivas. Nisto reside a pureza, no fato de as ciências apenas descrever a

---

<sup>10</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia....** *ob. cit.* p. 77.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Ciência....** *ob. cit.* p.357.

<sup>12</sup> FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos....** *ob. cit.* p. 81.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem.* p.230.

realidade (ou as normas jurídicas no caso das ciências normativas) sem, no entanto, valorá-la.

Neste ponto, cumpre observar que a proposta de Kelsen não é criar uma teoria do direito puro, mas sim uma teoria pura do direito, o purismo é referente à forma de conhecer, ou seja, de sua epistemologia.

Segundo Recaséns Siches a depuração da ciência do direito tem em vista especialmente duas tendências: a) ético política, que se propõe a estudar a finalidades concretas das normas e sua justiça intrínseca e b) sociológica, que confunde fatos e normas jurídicas<sup>15</sup>. Acrescentaria ainda a este comentário, a partir do que as leituras de Kelsen nos permitem, que a ciência do direito seria um método, e como tal este não deveria influenciar seu objeto de estudo sob pena de corrompê-lo, o que, por sua vez, traria a confusão entre o sujeito e o objeto, ou melhor, entre o direito e a ciência do direito. Assim, a partir do momento em que um cientista jurídico opina sobre qual seria a interpretação mais justa de um texto normativo ele estaria modificando e, conseqüentemente, criando seu objeto de estudo, *mutatis mutandis*, seria como se um biólogo que pretendesse pesquisar os efeitos da luz na fotossíntese, obstruísse a passagem desta com seu corpo, impedindo que a luz incidisse diretamente na própria planta estudada. Deste modo, deveria ter uma separação nítida entre observador e o seu objeto, e para que isto ocorra no direito, o cientista não pode fazer nenhum juízo de valor, sob pena de viciar e influenciar o objeto de estudo, passando de observador a agente. Esse é o porquê da necessidade da pureza do método.

Para concluir, as três condições para a existência de uma ciência do direito segundo os parâmetros de Kelsen: a) Delimitação rigorosa do campo de estudo, b) ausência absoluta de juízos de valor e c) neutralidade do cientista. Esta última condição será aprofundada no próximo tópico e no decorrer deste trabalho.

---

<sup>14</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia....** ob. cit. p. 83.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem.* p.89

## CAPÍTULO 5:

### A NEUTRALIDADE DO CIENTISTA

Este capítulo atenta para a condição de neutralidade do cientista jurídico, um dos últimos pontos abordado no capítulo anterior. Para expor melhor a questão se faz necessário aprofundar um pouco na Teoria da Interpretação de Kelsen, segundo a qual a norma aplicada pelo juiz não seria uma subsunção lógico formal, constituída pela famosa estrutura: norma geral, caso concreto e norma singular, ou o silogismo da tese, antítese e síntese.

Muito pelo contrário, para Kelsen a aplicação da norma no caso concreto segue uma lógica normativa, e é senão a criação de uma norma que respeita formal e substancialmente uma norma hierarquicamente superior e geral. Portanto, assim como o Legislador infraconstitucional cria as leis respeitando a Constituição, o Juiz nada mais faz do que seguir os mesmos passos, ou seja, cria uma norma que tem fundamento em uma norma superior.

Neste sentido, a única diferença entre aplicador e legislador seria que este cria sempre normas gerais enquanto aquele cria apenas normas singulares, em todo o resto ambos seguiriam as mesmas regras para criação de outras normas, inclusive no que tange à discricionariedade que preenche o espaço entre a norma superior e a inferior.

Importante reforçar este último aspecto, por mais que a norma superior tente vincular formal e substancialmente a criação da norma inferior, seja ela singular ou geral, sempre haverá espaço para a discricionariedade, uma vez que a norma geral não consegue prever todas as situações singularmente consideradas justamente pelo fato de ser geral. Esta indeterminação pode ser intencional ou não intencional, segundo Kelsen, aquela se dá, por ex., pela criação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; já a não intencional ocorre quando a linguagem por si só nos leva a mais de um entendimento sobre o texto normativo. Não haveria assim distinção entre aplicação e criação de normas, “conforme Kelsen, a criação do direito é sempre a sua

interpretação”<sup>16</sup>.

É fácil perceber que Kelsen quebra com o antigo dogma criado por Montesquieu e defendido por quase todos iluministas europeus, “O juiz é a boca da lei”. A superação deste dogma criado pela desconfiança que se tinham dos juizes (tidos como amigos da aristocracia/monarquia) encontra uma resposta na própria práxis forense, e não é preciso ir muito longe para concluirmos que a lei é incapaz de normatizar todas as condutas humanas. Soma-se a isto, o fato de a linguagem ser um modo de transmissão de informações sempre sujeito a indeterminações, causada ora pela própria linguagem ora pela subjetividade do ouvinte. E é justamente diante deste fato que surge a indeterminação das normas e a necessidade da atuação dos interpretes.

Neste ponto Kelsen traça uma importante distinção em sua teoria, segundo ele existem dois tipos de interpretações: autêntica e não autêntica. Esta é aquela realizada pelo cientista jurídico, que deve ser sempre isenta de qualquer valoração, sua função se restringiria a extrair do texto normativo todas as suas interpretações possíveis, criando assim um leque de opções, ou melhor, uma moldura na qual estão inseridas uma gama de possíveis normas extraídas do texto. Segundo Simon, citado por Arnaldo B. S. Neto, esta moldura “nada mais é que a imagem de que existe um limite para as possíveis interpretações”<sup>17</sup>, e nas palavras do próprio Kelsen “é simplesmente um quadro, uma moldura, no qual varias possibilidades de aplicação são dadas, e todo ato que esteja contido nesse quadro, que em algum sentido possível preencha tal quadro, estará em conformidade com a norma”<sup>18</sup>.

Já a interpretação autêntica seria aquela realizada pelo órgão legalmente competente para aplicar a norma, esta interpretação exige do seu intérprete um verdadeiro juízo de valor que se resume na escolha da norma mais justa para o caso *sub judice*. Conclui-se que, enquanto ao cientista caberia elaborar uma moldura com as possíveis interpretações de um texto normativo, ao aplicador incumbe a escolha da interpretação que mais se ajuste ao caso concreto. Enquanto a primeira seria

---

<sup>16</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa (coordenação). **Contra o Absoluto – Perspectivas Críticas**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p.388.

<sup>17</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa (coordenação). **Contra o...** *ob. cit.* p. 388.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem.* p. 408.

genuinamente uma atividade de conhecimento a segunda seria um ato de política legislativa. Assim, a escolha da melhor “norma” seria sempre um juízo de valor subjetivo e, portanto, fora do âmbito da estrita racionalidade científica. A questão é bem resumida em trecho extraído da obra de Andityas Matos quando cita Marcelo Cattoni de Oliveira, quando afirma que:

“Segundo Kelsen, a concepção presente na jurisprudência nacional de que a indeterminação do ato jurídico prescrito pela norma aplicanda pode ser superada pelo simples conhecimento do direito existente é uma autocontradição em face da pressuposição de que pode haver interpretação. Pois se pode haver uma interpretação de uma norma, então, a questão de qual seria a escolha “correta” entre as possibilidades dadas dentro de uma moldura da norma é dificilmente uma questão de cognição direcionada ao direito positivo; é um problema não de teoria do direito, mas de política do direito”<sup>19</sup>.

Interpretação não autêntica e autêntica seriam atos de conhecimento e de vontade, respectivamente. Nesse ponto, Kelsen começa criticando a ideia, segundo ele, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do Direito seria uma atividade meramente de cognição do Direito preexistente, que levaria a determinação da única interpretação correta.<sup>20</sup>

Mas ainda resta um aspecto importante a ser exposto, o aplicador do direito no exercício de sua interpretação autêntica pode, ainda que em casos raros, realizar uma interpretação não contemplada pela moldura normativa criada pelo cientista. É o que se extrai da seguinte passagem da extraída da clássica obra de Kelsen: Teoria Pura do Direito

“pela via da interpretação autêntica, quer dizer, pela interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar

---

<sup>19</sup> *Idem, ibidem.* p.408

<sup>20</sup> *Idem, ibidem.* p.400

representa”<sup>21</sup>.

Assim, não haveria uma vinculação necessária do magistrado às possíveis interpretações criadas pelo cientista, pois a interpretação autêntica seria um ato de vontade, ou melhor, de poder/política. Com este entendimento, o jurista de Viena acaba adotando uma teoria cética da interpretação, abandonando qualquer ideal de segurança jurídica, aliás, do ceticismo acaba advindo um decisionismo por parte do magistrado, razão pela qual sua teoria da interpretação também pode ser chamada de volitiva, uma vez que a interpretação enquanto ato de vontade sofre pouca restrição.

A seguir, será possível constatar que se a pretensa pureza almejada por Kelsen já era um ideal duvidoso, a sua teoria da interpretação acaba por pô-la em cheque.

---

<sup>21</sup> KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 250.

## CAPÍTULO 6:

### CRÍTICAS

#### 6.1- Crítica Interna

##### 6.1.1- Interpretação como ato de vontade e ato de cognição

Marcelo Cattoni de Oliveira analisa a Teoria Pura do Direito a partir dos dois pontos já expostos, quais sejam: toda norma inferior (individual ou geral) deve ser interpretada de acordo com os parâmetros ditados pela norma superior, criar essas interpretações é tarefa do cientista, enquanto escolher a melhor interpretação é uma missão do aplicador. Deste modo, a tarefa do cientista é uma interpretação como ato de conhecimento, pois não realiza julgamentos, já o aplicador ao escolher pela 'melhor' interpretação realiza um ato de vontade na medida em que toda escolha passa pelo querer, ou seja, é uma valoração. Há que se atentar para o fato de o aplicador poder realizar uma escolha não contemplada pela moldura ou interpretações feitas pelo cientista.

Sobre esses dizeres temos que analisar a acusação de insustentabilidade dos pressupostos teóricos feita pelo referido autor, quais sejam; Kelsen, ao delimitar a tarefa do cientista a construção de uma moldura ele não nos diz como ou que instrumentos deve se valer o cientista para realizar o quadro com as possíveis interpretações, se utilizaria a interpretação gramatical, sistemática, finalística, ou todas ao mesmo tempo. O que seria a moldura ou o qual o seu conteúdo está claro, mas não o modo de se construir uma.

Aliás, como elaborar um rol taxativo com todas as possíveis interpretações de um texto normativo sem submeter o cientista a uma tarefa hercúlea e, quiçá, impossível? "Para isso seria preciso ter uma consciência supra histórica do direito, e ninguém, devido a nossa própria condição de seres históricos, seria capaz disso". Neste ponto, parece que Kelsen idealiza as funções do cientista e do aplicador do direito, é como se aquele fosse um programa capaz de realizar toda a gama de interpretações para uma norma, cogitando todas as possibilidades de sua aplicação em todos os

casos concretos, e ao magistrado caberia a escolha da interpretação que melhor se ajustasse ao caso concreto. É uma fórmula extremamente coerente devido à sua simplicidade, um elabora todas as interpretações possíveis de acordo com os critérios da mais estrita racionalidade e outro escolhe a que melhor se ajusta ao problema. A escolha seria do magistrado por duas razões: a) porque escolher é um ato de vontade e não da razão, e a ciência se restringe à cognição e b) o magistrado encontra-se dentro da cadeia da legitimidade democrática e, portanto, é o único habilitado a realizar a escolha que é, para Kelsen um ato político que carece de legitimidade. No entanto, a complexidade do direito não permite uma compartimentação tão simplista, uma teoria ideal para seres ideais está longe de ser algo aplicável à nossa realidade.

E sendo esta missão da ciência jurídica algo que toca o impossível, o que nos garante que o magistrado ao escolher uma interpretação fora da moldura não estaria na verdade apenas optando por uma interpretação dentro da moldura, mas não contemplada pelo cientista? Não existe resposta a essa questão. Mais uma vez Kelsen não apenas superestima o cientista como também lhe dá uma tarefa que não pode cumprir. Sua separação entre ser e dever ser é clara, mas parece que ele se esquece disso ao idealizar um intérprete tal qual como ele queria que fosse, ou melhor, como ele deve ser e não como ele (intérprete) é. E nisto, o citado autor, diferentemente da mitologia grega, atribui os 12 trabalhos de Hércules a um ser humano e não a um semideus. Neste ponto, há que se atentar para o problema de se permitir uma interpretação fora da moldura: “Permitir que um aplicador do direito decida fora do âmbito da moldura normativa elaborada pelo cientista é, no mínimo, romper com a separação entre Ser e Dever ser ou entre sociologia do direito e ciência do direito”<sup>22</sup>.

Ora, se permitimos que um magistrado crie uma norma para um caso singular que não esteja contemplada pela interpretação cognoscitiva do cientista teremos que aceitar a ideia de que um juiz pode criar uma norma que não contenha fundamento de validade em uma norma superior, isto é, em última análise, aceitar que um dever ser derive de um ser.

Sem falar na inversão que ocorreria na pirâmide normativa, uma vez que a tarefa de dizer o que é o direito ficaria em última análise nas mãos dos tribunais

superiores<sup>23</sup>.

Por fim, Marcelo Cattoni de Oliveira desfere seu último golpe com a seguinte passagem: “Não é que inexistam (...) várias normas válidas que em princípio poderiam vir a regular o caso concreto, mas é que para interpretar o direito para aplicá-lo é necessário levar em consideração, e é isso justamente que o Kelsen não faz, o caso concreto como constitutivo do processo de interpretação do direito. Que várias interpretações sejam possíveis (...) isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas”<sup>24</sup>.

Talvez aqui caiba, em sucinta lição, a proposta de Habermas sob a análise de Marco A. Souza Alves:

“racionalidade é definida em termos de susceptibilidade de crítica e de fundamentação, racional passa a ser aquele indivíduo capaz de fundamentar suas manifestações ou emissões nas circunstâncias apropriadas. Aquele que participa de uma argumentação demonstra a sua racionalidade na forma em que age e responde às razões pró ou contra que são apresentadas. As emissões ou manifestações ditas racionais, uma vez que são susceptíveis de crítica, são também passíveis de serem melhoradas, o que une o conceito de fundamentação ao de aprendizagem: “as argumentações tornam possível um comportamento que pode considerar-se racional num sentido especial, a saber: o aprender com os erros uma vez que eles são identificados”<sup>25</sup>.

Fica claro que para Habermas a racionalidade passa pelo discurso, um discurso dialético, onde todos os envolvidos têm igual oportunidade de fala, e na fala devem sustentar coerentemente seus fundamentos. Mais uma vez, se a ciência é um método que se vale da razão para chegar a uma verdade, e, por sua vez, a razão e ou racionalidade se demonstra no discurso, então, poderíamos concluir que a verdade se

---

<sup>22</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa (coordenação). **Contra o....** *ob. cit.* p. 416.

<sup>23</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa (coordenação). **Contra o....** *ob. cit.* p. 418, citando Marcelo A. Cattoni de Oliveira.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem.* p. 418.

constrói argumentativamente.

Dito isto, é sabido que a argumentação encontra um ambiente fértil na democracia, mas além, existe um local onde essas regras da argumentação estão legalmente e taxativamente protegidas, onde os participantes devem fundamentar suas manifestações nas situações adequadas, onde deve haver igual oportunidade de fala, segundo as regras do contraditório e da ampla defesa: o processo, ou melhor, o devido processo legal, conforme notou Cattoni. Neste sentido, é forçoso concluir que a proposta de Kelsen de eleger várias interpretações em abstrato para um texto normativo desprezando o caso concreto e a argumentação das partes seria no muito, uma meia verdade.

A teoria da interpretação, ao contemplar a ciência com a missão de construir uma moldura e possibilitar uma escolha fora da mesma por parte do magistrado, desconsidera não só atuação das partes envolvidas na construção racional da norma individual como também cria um ambiente de incerteza para as partes que ficam a mercê do voluntarismo do aplicador. Além da impossibilidade prática de expor verdades objetivas, “a-históricas” e descontextualizadas, não existe tal assepsia por parte do cientista enquanto indivíduo existente no tempo e no espaço, nesse sentido, o uso do método seria mais como uma ferramenta apta a nos guiar racionalmente entre nossos sentimentos e experiências de vida do que um instrumento para nos bloquear dela.

Portanto, diante de todo o exposto, vimos como a teoria da interpretação desestrutura a pretensa pureza metodológica, assim como confunde ser e dever ser, política e direito. E ao idealizar as funções de aplicador e cientista, considera estes como sendo indivíduos “a-históricos” e descontextualizados ao mesmo tempo em que ignora as partes e o caso concreto na construção crítica e dialética da norma singular.

## 6.2. Crítica Externa

Abordamos que Kelsen teve a cautela de realizar uma distinção entre

---

<sup>25</sup>Cita Habermas. ALVES, Marco A. Souza. **Racionalidade e Argumentação em Habermas**. <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>. Consulta em:

ciências causais e ciências normativas, evitando assim o equívoco cometido pelo positivismo geral de “pensar o direito de acordo com as ciências da natureza”, isto é, como metodologia de estudo e descrição da realidade. Ao contrário, a sua ciência teria como objeto não a realidade, mas o complexo jurídico normativo.

No entanto, essa posição não evita com que Kelsen cometa o equívoco de buscar nas ciências causais a ideia de que observação neutra permitiria alcançar a objetividade, seguindo assim a ideia naturalista de que a objetividade encontra-se na ausência de valores. Sobre este ponto, faço minha as palavras de uma das maiores autoridades sobre o estudo da ciência, a saber, Karl Popper:

“Há, por exemplo, o cientismo metodológico errôneo e equivocado que exige que as ciências sociais finalmente aprendam com as ciências naturais o que é o método científico. Esse naturalismo impõe exigências como: comece com observações e medidas; então avance para generalizações e formação de teorias. Dessa maneira, você se aproximará do ideal de objetividade científico, na medida em que isso seja possível nas ciências sociais. Nesse processo, você deve estar ciente de que, nas ciências sociais, a objetividade é bem mais difícil de atingir (se é que pode ser atingida) do que nas ciências naturais; pois objetividade significa estar livre de juízos de valor, e o cientista social, só nos casos mais raros, pode se emancipar das valorações de sua própria classe social e assim chegar a alcançar um grau relativo de liberdade quanto a valores e de objetividade”<sup>26</sup>.

Popper atenta, assim, sobre a impossibilidade de se alcançar uma objetividade nas ciências sociais partindo da concepção de neutralidade das ciências naturais. Ao contrário de Kelsen, o referido autor enxerga o cientista como alguém historicamente situado, isto é, como ser humano que nasce e vive em uma sociedade que se funda em valores, assim não seria razoável exigir que o cientista se apartasse de sua humanidade no exercício de profissão. Ora, o simples ato de um cientista optar por um objeto ao invés de outro já pode ser considerado como um óbice à neutralidade. Soma

---

21/07/2013.

<sup>26</sup> POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.97.

se a isto o fato de o objeto de estudo das ciências sociais ser algo muito mais abstrato e imprevisível

Ainda segundo Popper, essa concepção se apoia num mal entendido do método das ciências naturais (inclusive as causais de Kelsen), um mito bastante difundido e influente: o mito do caráter indutivo das ciências e de sua objetividade<sup>27</sup>.

Vejamos agora o referido mito da indução citado pelo autor

Segundo as leis da lógica formal o processo dedutivo é aquele que parte da concepção que se a verdade de uma pressuposição estiver assegurada, também estará as proposições que dela decorrem; portando, a partir de uma verdade, podemos deduzir as demais. Já o método indutivo, no qual se baseia toda a ciência clássica, parte das regras já expostas no capítulo 3 (observações neutras, exaustivamente repetidas...), no entanto tais regras, não asseguram a validade do processo indutivo, exemplificando, ao observar que todos os cisnes analisados segundo as regras já explicitadas são brancos, pela indução, poderíamos inferir que todos os cisnes são brancos. No entanto, nenhum conjunto de observações de cisnes, por maior e mais variado que seja, é suficiente para justificar logicamente a lei segundo a qual todo cisne é branco, bastaria que nascesse apenas um cisne negro para que toda a verdade contida na frase 'todos os cisnes são brancos' caísse por terra.<sup>1</sup> E o mesmo exemplo caberia a qualquer lei da ciência.

Assim, a idéia de verdade científica resta fragilizada, pois baseia unicamente na esperança de que os fenômenos dos quais foram inferidas continuem a se comportar sempre do mesmo modo, não existindo nenhuma verdade pressuposta que garanta a validade das demais. Esse pesadelo da ciência clássica se tornou realidade com as descobertas da física quântica que, em seus estudos, concluíram que em níveis sub atômicos a matéria não se comporta seguindo as leis da mecânica de Newton.

Seguindo em sua crítica, Popper afirma que a objetividade da ciência não depende da objetividade do cientista, para ele o cientista natural é tão parcial quanto o

qualquer outra pessoa. “O que se pode designar como objetividade científica reside tão somente na tradição crítica; naquela tradição que tantas vezes permite, a despeito de toda resistência, criticar um dogma dominante”<sup>28</sup>

Popper foi responsável por repensar toda a ciência do século XX, lhe atribuindo críticas que culminou na reformulação do que se entende atualmente por ciência, é certo que a busca pela verdade continua, mas não baseado exclusivamente na pretensa neutralidade do cientista e das supostas verdades extraídas segundo as regras do método indutivo que parte de observações neutras do objeto de estudo.

A objetividade, portanto, funda-se unicamente na crítica que passa necessariamente pela argumentação, e neste ponto Habermas e Popper, ainda que em linhas gerais, parecem concordar. O que daria a algo a qualidade de científico seria a distinção entre interesses que não o da verdade e os interesses puramente científicos pela verdade<sup>29</sup>.

Com isso, resta desestruturado em boa medida a proposta kelseniana de criar uma teoria pura do direito enquanto método epistemológico que priva o cientista jurídico de qualquer juízo de valor com fim de se alcançar a objetividade. Conforme exposto, a ciência consiste em um método para dar um enfoque crítico a um ‘problema’ na busca de sua solução. Nosso filósofo da ciência afirma inclusive que o conhecimento não se inicia com percepções, mas com problemas<sup>30</sup>.

E aqui, mais uma vez, ao dar ao cientista jurídico a missão de estabelecer um quadro de possíveis interpretações deve ser feito um reforço sobre um ponto que abordamos: o cientista não teria propriamente um problema para resolver, na medida em que o problema ou a questão só é completamente dada quando temos um fato/caso concreto. O cientista, ao ficar buscando em abstrato as interpretações de um texto normativo, faria em boa medida apenas divagações, pois lhe faltaria a outra metade da questão/problema: o caso concreto (fato). Deste modo, o magistrado sim tem um problema para solucionar quando lhe é dado um processo, ele tem um caso concreto e

---

<sup>27</sup> POPPER, Karl. **Em busca....** *ob. cit.* p.97.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem.* p. 103.

<sup>29</sup> *Idem, ibidem.* p.97.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem.* p.94.

uma norma geral que deve ser individuada para aquele caso, enquanto o cientista teria apenas a norma geral, sobre os casos concretos que poderiam surgir, ele pode apenas imaginá-los.

Prosseguindo, se o conhecimento só é buscado quando nos deparamos com um problema, qual deveria ser, então, o problema a ser solucionado pelo cientista jurídico?

Parece razoável que o cientista possa realizar uma análise sobre a melhor interpretação sem comprometer sua objetividade, tomando por base as razões ou fundamentos da escolha, dado que se esta consiste em um juízo de valor como diz Kelsen, é certo que esta escolha deve ser fundamentada, e o ordenamento jurídico opera sempre buscando sistematicidade e coerência que podem ser aferidas na decisão por alguém devidamente instruído. Esse juízo de escolha não deve ficar apenas nas mãos dos aplicadores, do contrário teremos cada vez mais decisões, que constam na moldura (ou não), mas que não são as mais adequadas à solução do caso concreto. E com isto damos uma arma poderosa e de difícil manuseio nas mãos dos aplicadores do direito, pois qualquer interpretação aplicada estaria justificada pelo simples fato de se tratar de um ato de vontade. Por mais difícil que seja perquirir essas razões e a adequação destas escolhas ao ordenamento, esta é uma tarefa que deve ser feita.

Esta missão de opinar pela ‘melhor’ norma seria sem dúvidas uma tarefa árdua, que carrega em si uma grande responsabilidade, que se torna ainda maior quando aceitamos a relatividade dos valores, pois quando assumimos esta posição, nos tornamos senhores de nosso próprio destino, não temos mais a razão ou uma divindade para nos guiar rumo ao indubitável, nossa única certeza passa a ser que não temos nenhuma certeza, ou nas palavras de Sócrates “apenas sei que nada sei”, ou junto a Sartre quando este diz “somos seres fadados a liberdade”, liberdade essa que temos de preencher com sentido, e é justamente este ‘atribuir sentido’ que é a tarefa mais complexa, principalmente porque lhe cabe qualquer sentido. E nos tornamos com isto, nossos próprios senhores, nossa glória e nossa tragédia só podemos atribuir a nós mesmos, é essa a nossa responsabilidade, que, devemos partilhá-la dentre os que

possuem mais discernimento: o cientista.

6.2.1- A política, direito e democracia: o cientista diante da explicação e da transformação do mundo.

O homem é explorado pelo próprio homem desde o início de nossa história ocidental, como diria Hobbes “o homem é o lobo do homem”. Os mais selvagens e perversos não raro se valem da boa vontade dos demais.

A política em seu estado atual não difere muito daquela de Roma em seu declínio político e moral. Os valores são deixados de lado restando apenas a selvageria da busca do próprio bem estar, do luxo e das extravagâncias, ainda que isso corresponda ao sacrifício de muitos (e aqui se esvai o coeficiente de legitimidade). Se esquecem que a sociedade não se sustenta se não houver equilíbrio entre os objetivos individuais e os do todo. A sociedade é senão uma reunião de pessoas com o interesse de maximizar suas possibilidades, e não uma arena onde uns devoram os outros.

O corpo social só sobrevive enquanto houver o comprometimento ético de cada indivíduo para com este, e deste para com os indivíduos. A sociedade deve ser assim um ambiente onde o todo garante o desenvolvimento de cada indivíduo, e cada um destes colabora com o todo. Do contrário, ou o todo impera sobre os indivíduos (como regimes totalitários) ou os indivíduos imperam sobre o todo e este se desfaz. Ora, o que virou o fim do império romano senão um ambiente onde cada cidadão buscava apenas seus próprios apetites, e o que foi o nazismo senão um regime onde o Estado imperava sobre todos, inclusive sobre a vida e a morte.

E que posição a ciência do direito deve tomar? Deveria ela comprometer sua própria existência para não romper com a sua suposta neutralidade? Não parece razoável.

A resposta não pode ser outra: a ciência jurídica deve intervir no destino dos homens “(...) terá de fazer opções e correrá o risco de se equivocar, de ser subornada, coagida ou enganada pela ‘górgona do poder’. Todavia - parafraseando

Kelsen - acreditamos que esse risco faz parte da honra do direito”<sup>31</sup>. Neste sentido, próprias ciências naturais já compreenderam a necessidade de uma atuação crítica e as ciências normativas devem seguir o mesmo destino.

É justamente devido à relatividade dos valores que emerge a missão da ciência jurídica: ajudar na escolha dos valores que são mais preciosos a uma determinada sociedade, ou ainda, orientar por meio da elaboração de normas a consecução desses valores. Não vislumbro atividade mais digna e mais nobre para uma ciência.

Entre esses valores mais importantes não poderíamos deixar de citar a dignidade da pessoa humana, que nada mais é do que uma releitura da regra kantiana segundo a qual todo homem é um fim em si mesmo.

Por fim, há que se fazer justiça ao mestre austríaco citando um dos valores mais preciosos a este jurista: a tolerância, umbilicalmente ligada à democracia e ao relativismo. Este, conforme exposto, parte da concepção de que não existem valores absolutos, significa dizer também que somos seres dotados de autonomia moral, pois podemos escolher os valores que nos são mais preciosos e isto, por si só, é uma grande tarefa.

Não obstante o relativismo filosófico, ao contrário do absolutismo filosófico, não poderia legitimar nenhum regime político, inclusive os totalitários, dado que este se funda, com poucas variáveis na história ocidental, nas ditas verdades absolutas. Neste sentido, relativismo se ligaria por natureza à democracia, pois é nela onde existe um terreno fértil para os debates. E em se tratando de argumentação não podemos trabalhar com ideias absolutas sob pena de suprimir o outro, pois na medida em que um se assume como possuidor da verdade ele se permite desconsiderar o outro. Ao contrário, democracia nos ensina que todos podem ajudar na construção da verdade, e na medida em que não existem verdades absolutas, todos podem contribuir na construção de um valor que melhor corresponda às necessidades daquela sociedade.

E com isto, Kelsen infere que se a relatividade se liga à democracia, e

---

<sup>31</sup> Matos, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia....** *ob. cit.* p. 41.

esta, por sua vez tem um valor que lhe é intrínseco: a tolerância. Sem este axioma não existe democracia, é por meio da dela que todos podem coexistir em uma mesma sociedade, do contrário, a democracia se torna a ditadura da maioria sobre a minoria, e esta encontra seu fim pelas mãos daquela. Muito pelo contrário, esta forma de governo permite a existência e o respeito minorias (religiosas, étnicas, raciais).

E é justamente essa tolerância entre grupos de interesses que permitirá a busca por um governo sempre apto a adaptação, um governo que se constrói pela argumentação, tolerância e não instrumentalização do outro. É claro que não chegamos neste grau de elevada democracia, ainda temos muitos problemas a serem superados, provavelmente nunca chegaremos próximos desse ideal, mas talvez um objetivo alcançável possa ser pequeno demais frente a longa existência que nossos iguais ainda nascerão para viver, ou talvez os objetivos assim como os valores mudem com certa frequência. Aliás, seguindo por águas *sartreanas* podemos dizer que por sermos seres fadados à liberdade jamais teremos objetivos intrínsecos a nossa natureza, a consciência nos livrou do mecanicismo da natureza e nos deu os objetivos que bem entendêssemos dignos, e aqui, talvez, entre novamente o papel do cientista.

## CAPÍTULO 7: CONCLUSÃO

A Teoria Pura do Direito na busca de uma objetividade calcada na suposta neutralidade das ciências contempla a ciência do direito com uma tarefa demasiadamente simplória: o estudo das normas positivas e nada mais.

Sua teoria epistemológica não se sustentaria em seus próprios argumentos, primeiro porque pressupõe seres ideais para interpretação e aplicação do direito e ao permitir uma escolha fora da moldura acaba por confundir ser e dever ser, direito e política; e segundo por desconsiderar não só o caso concreto como também as partes na construção da norma singular, o que ressalta a tarefa reduzida do cientista de divagar sobre possíveis interpretações.

Não obstante, a ilusão de neutralidade e objetividade científica na qual Kelsen baseia sua Teoria Pura restou desestruturada diante dos novos desafios e descobertas feitas tanto por filósofos da ciência quanto pela física quântica.

Por fim, ainda que não houvesse quaisquer contradições tanto interna quanto externa em sua teoria, não seria viável abrir mão das infinitas possibilidades transformadoras da ciência do direito para seguir um ideal de objetividade e neutralidade.

Ciência Social Aplicada, aqui se insere a ciência do direito, seu objetivo hoje não pode ser outro que não a transformação da realidade, atendendo às necessidades humanas, suplantando nossa miséria e nossa dor, construindo um ambiente que possibilite maximizar as potencialidades de cada indivíduo.

No entanto, de toda a contribuição de Kelsen, muitas permanecem sólidas mesmo nesses dias de constante mudança, em especial, seu relativismo, que nos permite ter a consciência de que nenhuma verdade é absoluta, que podemos sempre nos aperfeiçoar enquanto tivermos a consciência de que o outro também guarda parte de uma verdade, e aqui nasce a necessidade de tolerância.

A tolerância seria assim um valor intrínseco à democracia, uma vez que esta tem como essência participação dos indivíduos na tomada de decisões, essa participação é senão a construção de um juízo de valor. Deste modo, relativismo,

democracia e tolerância são consequências lógicas do positivismo de Kelsen.

Por fim, o positivismo jurídico abre nossos olhos para a autonomia moral, que traz consigo a impossibilidade de alcançarmos valores absolutos, e justamente neste ponto, pela ausência de certezas, de uma razão guia, de transcendência, sentimos um desconforto inicial, que pode ser superado ao assumirmos o compromisso diante da responsabilidade de tomarmos as rédeas de nosso destino, um compromisso que deve ser partilhado com a ciência jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Marco A. Souza. **Racionalidade e Argumentação em Habermas**. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf> Consulta em: 21/07/2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Edipro, 2007.

CHIBENI, Silvio Seno. **O que é Ciência?**. Disponível em: <http://www.unicamp.br/~chibeni/textosdidaticos/ciencia.pdf>. Consulta em: 20/06/2013.

FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LIMA, Paula Gabriela Mendes. **Pedagogia da Emancipação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O que é a justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa (coordenação). **Contra o Absoluto – Perspectivas Críticas**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. 4.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1995.

POPKIN, Richard H. **Ceticismo**. 2.ed. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1996.

POPPER, Karl Raimund. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.