

1

Introdução: Meus pressupostos

1.1

Introdução

Três transformações do espírito vos menciono: como o espírito se muda em camelo, e o camelo em leão, e o leão, finalmente em criança. Há muitas coisas pesadas para o espírito, para o espírito forte e sólido, respeitável. A força deste espírito está clamando por coisas pesadas, e das mais pesadas.

Há o quer que seja pesado? – pergunta o espírito sólido. E ajoelha-se igual camelo e quer que o carreguem bem. Que há mais pesado, heróis – pergunta o espírito sólido – para eu o ditar sobre mim, para que a minha força se recreie?

Não será rebaixarmo-nos para o nosso orgulho padecer?

Deixar brilhar a nossa loucura para zombarmos da nossa sabedoria?

Ou será separarmo-nos da nossa causa quando ela festeja a sua vitória?

Escalar altos montes para tentar o que nos tenta?

Ou será sustentarmo-nos com bolotas e erva do conhecimento e sofrer fome na alma por causa da verdade? Ou será estar enfermo e despedir a consoladores e travar amizade com surdos que nunca ouvem o que queremos?

Ou será nos afundar em água suja quando é a água da verdade, e não afastarmos de nós as frias rãs e os quentes sapos?

Ou será amar os que nos desprezam e estender a mão ao fantasma quando nos quer assustar?

O Espírito sólido sobrecarrega-se de todas estas coisas pesadíssimas; e à semelhança do camelo que corre carregado pelo deserto, assim ele corre pelo seu deserto. No deserto mais solitário, porém, se efetua a segunda transformação: o espírito torna-se leão; quer conquistar a liberdade e ser senhor no seu próprio deserto.

Procura então o seu último senhor, quer ser seu inimigo e de seus dias; quer lutar pela vitória com o grande dragão.

Qual é o grande dragão a que o espírito já não quer chamar Deus, nem senhor?

“Tu deves”, assim se chama o grande dragão; mas o espírito do leão diz: “Eu quero”.

O “tu deves” está postado no seu caminho, como animal escamoso de áureo fulgor; e em cada uma das suas escamas brilha em douradas letras: “Tu deves! “Valores milenares cintilam nessas escamas, e o mais poderoso de todos os dragões fala assim:

“Em mim brilha o valor de todas as coisas”

“Todos os valores foram já criados, e eu sou todos os valores criados. Para o futuro não deve existir o “eu quero!” Assim falou o dragão.

Meus irmãos, que falta faz o leão no espírito? Não será suficiente a besta de carga que abdica e venera?

Criar valores novos é coisa que o leão ainda não pode; mas criar uma liberdade para a nova criação, isso pode-o o poder do leão. Para criar a

liberdade e um santo Não, mesmo perante o dever; para isso, meus irmãos, é preciso o leão.

Conquistar o direito de criar novos valores é a mais terrível apropriação aos olhos de um espírito sólido e respeitoso. Para ele isto é uma verdadeira rapina e próprio de um animal rapace.

Como o mais santo, amou em seu tempo o “tu deves” e agora tem de ver a ilusão e arbitrariedade até no mais santo, a fim de conquistar a liberdade à custa do seu amor. É preciso um leão para esse feito...

Dizei-me, porém, irmãos: que poderá a criança fazer que não haja podido fazer o leão? Para que será preciso que o altivo leão se mude em criança?

A criança é a inocência, e o esquecimento, um novo começar, um brinquedo, uma roda que gira sobre si, um movimento, uma santa afirmação.

Sim: para o jogo da criação, meus irmãos, é necessário uma santa afirmação: o espírito quer agora a sua vontade, o que perdeu o mundo quer alcançar o seu mundo. Três transformações do espírito vos mencionei: como o espírito se transformava em camelo, e o camelo em leão, e o leão, finalmente, em criança”.

Assim falou Zaratustra. E nesse tempo residia na cidade que se chama “Vaca Malhada”.¹

Esta dissertação versará sobre as últimas duas transformações do espírito, com base em um autor central para a Teoria do Direito: Hans Kelsen. O estudo de sua obra se dará de forma heterodoxa, através de uma análise metateórica que perpassará dois modelos paradigmáticos diversos de apreensão do real

A metateorização por vezes pode ser usada como prelúdio para o desenvolvimento de uma teoria ou, ainda, como forma de obtermos uma compreensão mais profunda sobre uma teorização já construída. Tal se dá uma vez que esta espécie de análise explícita e esmiuça as fontes nas quais as teorias sustentam suas perspectivas.²

A obra de Kelsen, apesar de ter como objeto temas próprios da Teoria Normativa do Direito, por sua amplitude se presta a uma discussão de âmbito mais geral, que tem origem na Filosofia da Linguagem e, que por ser negligenciada, muitas vezes leva seus opositores a incidirem em críticas rasas e esvaziadas de fundamentos, já que partem de pressupostos opostos aos seus para lerem a Teoria Pura do Direito.

A Filosofia da Linguagem pode ser dividida em duas vertentes: uma que tem como paradigma uma visão representacional de mundo e outra, que ao

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*, p. 36.

² ROSELLO, Manuel A. *Metateoría y Sociología Contemporánea*. Disponível em: <http://www.monografias.com/trabajos11/metateo/metateo.shtml#META>. Acesso em: 18.11.2006

contrário, vê o mundo de forma não representacional. Evidente que estamos diante de uma divergência de pressupostos e pressupostos são crenças, portanto, não passíveis de prova empírica. Todavia, são aptos à análise conceitual e essa se faz importante, não unicamente no intuito de uma conversão, mas principalmente para que se tenha uma visão crítica independente da posição que se assuma.

A perspectiva Pragmática ou não-representacional de linguagem nos permite pensar de forma crítica o estatuto dos conceitos jurídicos, fator central para clarear a oposição entre Positivistas e Jusnaturalistas. Há muito que esta disputa cinde os filósofos do Direito e erroneamente confere o monopólio dos bons sentimentos aos últimos, por comparar ambos os sistemas como se partissem de pressupostos semelhantes.

E muitas vezes, na prática, partem. Autores de ambas as correntes permanecem inseridos no dualismo cartesiano que se manifesta através de dicotomias como o interno/externo, inato/adquirido, biológico/social, físico/mental. Tal posicionamento teórico acarreta a falaciosa reificação de conceitos como justiça, sujeito, Estado, povo, o que leva muitos autores Positivistas, equivocadamente, a incidirem em um essencialismo, que substitui a metafísica de Deus pela metafísica da Razão.

O debate se dá sempre nestes termos; o que varia é o peso atribuído a um ou outro lado da polarização. Os resultados desses debates não têm sido satisfatórios porque o que está em discussão não é uma questão empírica. É ilusório pensar que mais e mais pesquisas irão, um dia, permitir uma melhor compreensão dos fenômenos abordados. A questão é conceptual, e o cerne dos problemas está na visão representacional de linguagem.³

Daí a importância de se proceder a uma análise metateórica da obra de Kelsen. As críticas que são feitas a ela, em geral, partem de uma perspectiva que enxerga as categorias de Estado, sujeito, povo e justiça como categorias determinadas e determináveis. Sua lógica é a identitária ou conjuntista. Os Jusnaturalistas, contra quem Kelsen tão amplamente se opôs, buscam a afirmação de valores absolutos, determinados, como se esses existissem metafisicamente,

³ LAMPREIA, Carolina. *As propostas Antimentalistas no Desenvolvimento Cognitivo: Uma Discussão de seus Limites*, p.26.

como se fossem uma realidade-em-si, de alguma forma representável racionalmente e identificável por sujeitos racionais.⁴

A oposição de Kelsen a tais crenças não é no que tange à possibilidade de existirem valores absolutos metafisicamente e sim quanto a possibilidade de estes serem representáveis racionalmente. O que a princípio pode parecer um preciosismo, será de extrema relevância para o desenvolvimento desta dissertação em sua primeira parte, onde a obra de Kelsen será associada ao arcabouço teórico pragmático

Não obstante ter tido muitos adeptos e da reconhecida importância de sua obra para a Teoria Geral do Direito, não faltaram aqueles que cobriram Kelsen de críticas em relação ao caráter formalista de sua teoria. O chamaram de reducionista, o acusaram de esquecer as dimensões sociais e valorativas do Direito e, ainda, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos.

Dentro de uma perspectiva objetivista-representacional, a Teoria Pura do Direito, realmente é uma teoria esvaziada de conteúdo moral. O que em verdade é uma qualidade, na medida em que uma afirmação universalista substantiva em relação a valores, nada mais é do que a afirmação de valores pessoais daquele que os afirma, escamoteada sob um discurso pseudo-objetivo.

Todavia, ao se adotar como pressuposto para a leitura da obra de Kelsen, uma noção de linguagem não-representacional, ou seja, o fato de que a linguagem não espelha uma verdade-em-si e que o significado do que é falado só pode ser dado com seu uso por falantes e ouvintes em contextos específicos, não se pode ter outra perspectiva em relação ao Direito, que não a de prática social concreta, onde o significado das leis positivadas e seus valores, só podem ser constituídos por essa prática.

4 A Escola Jusnaturalista, nas suas mais variadas versões, teve sempre como denominador comum a sua preocupação de referir o Direito Positivo a um Direito Natural incorpóreo e imaterial, sendo o primeiro válido somente se conforme a norma de justiça colocada pelo segundo. Essa corrente busca a essência do Direito em uma justiça transcendente, universal e é fato que até hoje, as diferentes teorias do Direito Natural só chegaram a resultados contraditórios entre si quanto ao que seria esta tal justiça e qual seriam os conteúdos dos princípios a serem assegurados pelo Ordenamento Jurídico. Ou há por elas uma glorificação do Direito posto, por este concordar com uma ordem natural divina ou racional, portanto, absolutamente justa ou, ao contrário, o Direito Natural é usado de parâmetro pelas poucas teorias naturais de cunho revolucionário ou reformador, ao questionarem a validade do Direito Positivo afirmando que ele se encontra em contradição com a dita ordem absoluta.

Nessa perspectiva, não há como se atrelar a legitimidade do Direito a uma norma atemporal de Justiça, pois também a Moral não é algo-em-si, previamente determinado, e sim, um construto histórico-social, que pode ser modificado de acordo com cada realidade concreta, com cada forma de vida.

(...)a opinião de que o conhecimento humano só tem acesso a verdades relativas, a valores relativos, e, por conseguinte, qualquer verdade e qualquer valor – assim como o indivíduo que os descobre – devem estar prontos para se retirar a qualquer momento e deixar lugar a outros valores e outras verdades, leva à concepção criticista e positivista do mundo, entendendo-se com isso aquela direção da filosofia e da ciência que parte do positivismo, ou seja, do dado, do perceptível, da experiência, que pode sempre mudar e que muda incessantemente e recusa, portanto, a idéia de um absoluto transcendente a essa experiência⁵.

O que os críticos de Kelsen não percebem é que ele não negava a importância dos valores para o Direito, apenas achava absurdo afirmar qualquer coisa a respeito destes, além da dimensão espaço-temporal, por uma questão de honestidade teórico-epistemológica⁶.

Por falar em honestidade teórico-epistemológica, aqui cabe fazer uma pequena digressão. É na modernidade que a Epistemologia aparece como uma disciplina filosófica independente. Fruto da revolução científica, a Modernidade inaugurou uma nova forma de conhecimento do homem, dessa vez em torno da ciência e não mais da filosofia (Antiguidade) ou da Teologia Racional (Idade Média).

Evidente que existiram reflexões epistemológicas tanto na Filosofia Antiga como na Idade Média, mas essas estavam ainda completamente inseridas em contextos psicológicos e metafísicos, não podendo a Epistemologia vir a ser considerada como uma disciplina filosófica independente antes da Modernidade.

⁵ Kelsen, Hans. *A Democracia*, p.105.

⁶ Em nenhum momento Kelsen achou que a pureza de sua Teoria poderia ser estendida ao Direito, ela era apenas em relação à ciência do Direito. O Direito é, por excelência, um campo de disputa política e afirmação de valores. Tanto sua criação quanto sua aplicação são funções políticas. (SGARBI, Adrian. Aulas de Teoria Geral do Direito In: Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional - PUC, Rio de Janeiro, 2005) Oswald Porchat Pereira diz que “Entender de outro modo a doutrina que não como ela se nos apresenta e se nos propõe segundo a intenção de seu autor, querer aplicar-lhe critérios externos ou julgá-la segundo uma teoria da contradição que lhe é estranha, na pretensão de assim melhor julgá-la *filosóficamente*, implica, em verdade, a recusa prévia e pré-judicial de sua ‘lógica’ própria e, conseqüentemente, a rejeição antecipada e irreversível de seu universo de discurso. Opta-se desde o início contra ela, em benefício de um outro discurso em que ela se vai traduzir. (*O Conflito das Filosofias*, p.10)

A Epistemologia desenvolvida na Modernidade foi fruto da consolidação de um novo padrão de racionalidade, centrado na matemática, que tem por características o abandono das causas finais na explicação dos fenômenos da natureza e a redução destes aos seus elementos mensuráveis. Seu projeto foi desenvolver uma ciência universal da ordem e da medida, que se estendesse a todos os domínios do conhecimento: o físico, o moral, o social e o político.⁷

Toda construção teórica é embasada, mesmo que implicitamente ou diria mais até, mesmo que inconscientemente, em concepções ontológicas, epistemológicas e antropológicas e estas por sua vez são construções histórico-temporais. O paradigma⁸ Moderno foi o ambiente intelectual em que se produziu a obra de Hans Kelsen, com mais de 400 trabalhos metodologicamente impecáveis sobre Teoria do Direito, Direito Público, Direito Internacional, Constitucional, Política, Teoria do Estado, Filosofia e, até mesmo, Sociologia.⁹. Nada mais razoável, portanto, do que Kelsen, como homem histórico que foi¹⁰, acompanhar a *epistème* de sua época.

Contudo, é justamente na Modernidade, com o grande avanço no conhecimento que esse modelo de racionalidade científica provocou, que se pôde constatar quão frágeis eram os pilares em que o paradigma dominante estava sustentado, seus limites e suas insuficiências.¹¹ Boaventura de Sousa Santos, ao

⁷ HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*, p.14.

⁸ Edgar Morin define paradigma como “o conjunto de pressupostos ontológicos, epistemológicos e antropológicos que organizam e limitam o pensamento em determinado período histórico” (MORIN, Edgar apud PLASTINO, Carlos Alberto. *Soberanias, Erotismo e Criatividade*, s/n).

⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. K de Kant ou de Kelsen? Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 849, 30 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7479>>. Acesso em: 04 dez. 2005.

¹⁰ Kelsen nasceu em Praga no ano de 1881. Aos 3 anos de idade se mudou com sua família para Viena, onde teve toda sua formação jurídica construída. Quando ainda era estudante, teve seu primeiro trabalho publicado (1905). Em 1919 contribuiu para a elaboração da redação do “Projeto de Constituição Austríaca” aprovada em 1920. Em 1919 e 1930 foi nomeado professor na Universidade de Viena, dando origem assim a conhecida “Escola de Viena” da qual fizeram parte outros intelectuais de grande porte como Carnap, Wittgenstein, Schlick. De 1930 até 1933 lecionou na Universidade de Colônia, de onde foi obrigado a sair por imposição do governo nacional-socialista de Hitler, já que era judeu. Em 1940, se mudou de Praga para os Estados Unidos, onde lecionou inicialmente em Harvard e depois na Universidade de Berkeley até 1952 quando foi jubulado como professor. Mesmo assim, continuou desenvolvendo intensa atividade intelectual até sua morte em 1973, aos 92 anos. (SGARBI, Adrian. Aulas de Teoria Geral do Direito In: Mestrado em teoria do Estado e Direito Constitucional - PUC, Rio de Janeiro, 2005).

¹¹ “A primeira observação, que não é tão trivial quanto parece, é que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele propiciou. O aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda. (...) Einstein constitui o primeiro rombo no paradigma da ciência moderna, um rombo, aliás, mais importante do que Einstein foi subjectivamente capaz de admitir. Um dos pensamentos mais profundos de Einstein é o da relatividade da simultaneidade.(...) Não

falar da relação entre a reflexão epistemológica e a crise da ciência, diferencia dois tipos de crise:

(...)As crises de crescimento e as crises de degenerescência. As crises de crescimento, para usar uma expressão de Kuhn (1970:182), têm lugar ao nível da matriz disciplinar de um dado ramo da ciência, isto é, revelam-se na insatisfação perante métodos ou conceitos básicos até então usados sem qualquer contestação na disciplina, insatisfação que, aliás, decorre da existência, ainda que por vezes apenas pressentida, de alternativas viáveis. Nos períodos de crise deste tipo, a reflexão epistemológica é a consciência teórica da punjança da disciplina em mutação e, por isso, é enviesada no sentido de afirmar e dramatizar a autonomia do conhecimento científico em relação às demais formas e práticas do conhecimento.(...) As crises de degenerescência são crises do paradigma, crises que atravessam todas as disciplinas, ainda que de modo desigual, e que as atravessam a um nível mais profundo. Significam o pôr em causa a própria forma de inteligibilidade do real que um dado paradigma proporciona e não apenas os instrumentos metodológico e conceptuais que lhe dão acesso. Nestas crises, que são de ocorrência rara, a reflexão epistemológica é a consciência teórica da precariedade das construções assentes no paradigma em crise e, por isso, tende a ser enviesada no sentido de considerar o conhecimento científico como uma prática de saber entre outras, e não necessariamente a melhor. Nestes termos, a crítica epistemológica elaborada nos períodos de crise de degenerescência não pode deixar de ser também uma crítica da epistemologia elaborada nos períodos de crise de crescimento.¹²

Hodiernamente estamos vivendo uma crise de degenerescência. Um momento onde os pressupostos do imaginário Moderno têm sido postos em cheque.¹³ Nada mais natural (aqui entendido no sentido de freqüente) que, em um

havendo simultaneidade universal, o tempo e o espaço absolutos de Newton deixam de existir. (...) A idéia de que não conhecemos do real senão o que nele introduzimos, ou seja, que não conhecemos do real senão a nossa intervenção nele, está bem expressa no princípio da incerteza de Heisenberg (...) Este princípio, e, portanto, a demonstração da interferência estrutural do sujeito no objecto observado, tem implicações de vulto. Por um lado, sendo estruturalmente limitado o rigor do nosso conhecimento, só podemos aspirar a resultados aproximados e por isso as leis da física são tão-só probabilísticas. Por outro lado, a hipótese do determinismo mecanicista é inviabilizada uma vez que a totalidade do real não se reduz à soma das partes em que a dividimos para observar e medir. Por último, a distinção sujeito/objeto é muito mais complexa do que à primeira vista pode parecer. A distinção perde os seus contornos dicotômicos e assume a forma de um *continuum*.(..." (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. pp. 41/46.)

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, pp. 17/18.

¹³ Estamos vivendo uma crise do paradigma dominante, não só nas ciências exatas como nas ciências sociais também. Estas, durante muito tempo, buscaram se desenvolver à luz do modelo das ciências exatas, com padrões mecanicistas, analíticos, racionalistas e estatísticos de conhecimento. Foi o próprio aprofundamento da ciência neste modelo, que levou à percepção de sua insustentabilidade e falácia. Nas ciências exatas a crise veio em maior grau com as descobertas da física quântica, pois até então os cientistas, desde Newton, acreditavam que os fenômenos físicos podiam ser reduzidos às propriedades de partículas rígidas e sólidas. No entanto, na década de 20, com as descobertas da física quântica, foi inevitável ter que aceitar que os objetos sólidos da física clássica se dissolviam em padrões semelhantes a ondas, e mais ainda, que tais partículas

momento de transição, se busque essa transformação pela negação dos pressupostos vigentes e a valorização extrema de seus opostos. Só que apesar de natural, tal fenômeno de exacerbação dos extremos não é desejável e deve ser observado de forma crítica.

Sabemos que o conceito de paradigma é inseparável de uma compreensão histórica do conhecimento. O conhecimento é sempre provisório e parcial, o que não lhe nega a capacidade de apreender aspectos do real, mas lhe nega a possibilidade de absolutizar verdades. Sabemos também que a natureza não evolui em saltos e que o conhecimento se constrói em espiral, não de forma pendular. Logo, não haveria sentido se negar a Modernidade e seu racionalismo característico, para descambar no extremo oposto, tão reducionista e prejudicial quanto.

Rejeitar os pressupostos Modernos, que concebem o conhecimento científico como única expressão da verdade do ser, não significa que nada podemos conhecer da natureza do ser, que tudo é relativo e aleatório, que não existe razão, nem que a natureza nada pede ou impõem. Não é nos subjugando à tirania do imaginário radical e social-histórico que nos livraremos da tirania da razão. É sim ponderando todas as experiências que nos tornaremos espíritos livres.

Esse estado de coisas nos mostra que a superação de um paradigma teórico, ainda quando este é obviamente inadequado e insuficiente, não pode ser ‘decretada’ mas exige a construção explícita de um paradigma alternativo que explique as questões centrais do antigo paradigma de forma mais convincente dando conta das falhas e silêncios do modelo anterior¹⁴

O primeiro passo, portanto, se queremos nos preparar para o paradigma que surge, é conhecer e olhar criticamente, mas também com carinho para o paradigma que se despede. Não é possível o Leão se transformar em Criança, se primeiro o Camelo não se transforma em Leão.

O que pretendo ao propor uma análise metateórica da obra de Kelsen, é demonstrar que este irretocavelmente cumpriu o papel de leão e por isso, foi muitas vezes julgado negativamente, não só pelos espíritos sólidos, pelos camelos e dragões, mas também pelas crianças. Esqueceram todos que criar novos valores

subatômicas não tinham significado enquanto entidades isoladas, mas podiam apenas ser entendidas como interconexões. (CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*, p.13/45)

¹⁴ SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania*, p. 17.

era algo que o leão ainda não podia fazer. Sua função era criar uma nova liberdade para a nova criação. Kelsen o fez, conquistou a liberdade à custa de seu amor. Destarte, não deve ser condenado e sim exaltado como uma ponte necessária para a terceira transformação do espírito.

É pacífico na doutrina que a obra de Kelsen influenciou notavelmente a cultura político-jurídica do século XX. Especialmente a Teoria Pura do Direito que, muito mais que um livro, foi um projeto de vida¹⁵. Sem dúvidas, foi com ela que Kelsen deu sua contribuição mais original e relevante para a filosofia do Direito e em torno de seus núcleos temáticos que se construiu todo seu sucesso e insucesso concomitantemente.

Contudo, o fato de a Teoria Pura ter sido sua maior contribuição, definitivamente não a legítima a ser alçada como representante integral de Kelsen que, além de filósofo do Direito, foi também um estudioso do direito positivo material, historiador do pensamento político-jurídico, antropólogo-sociólogo, filósofo político e mais ainda, grande defensor da Democracia.

É lamentável constatar que muitas vezes as teses da *Reine Rechtslehre* foram lidas, sobre tudo pelos detratores, como teses de filosofia política, com todas as instrumentalizações e os equívocos que disso podiam derivar. Uma leitura feita assim não poderia deixar de qualificar aquela filosofia política (se realmente fosse filosofia política) no melhor dos casos, como agnóstica e, no pior, como cínica; analogamente, uma instrumentalização da mesma podia avalizar um Estado burguês capitalista, um Estado fascista, ou um Estado socialista. O que, para uma “teoria pura”, é francamente um pouco demasiado.¹⁶

Se os escritos de Kelsen em sociologia-antropologia, história das idéias e política podem ser lidos em si, sem dúvidas, o Kelsen teórico do Direito não pode ser lido apartado do Kelsen filósofo político, sob pena de ser erroneamente interpretado, uma vez que é na leitura conjunta que podemos perceber que os pressupostos filosóficos do relativismo, sobre os quais Kelsen balizou sua Teoria Pura do Direito, na esfera da política são os mesmos que fundamentam a Democracia.¹⁷

¹⁵ Teoria Pura do Direito não é só o nome que Kelsen deu à sua obra mais conhecida e que pode ser considerada uma das obras mais importantes escritas em todo o séc. XX, mas também foi o nome por ele dado a seu projeto de construir uma Ciência do Direito. (SGARBI, Adrian. Aulas de Teoria Geral do Direito In: Mestrado em teoria do Estado e Direito Constitucional - PUC, Rio de Janeiro, 2005).

¹⁶GAVAZZI, Giacomo apud KELSEN, Hans. *A Democracia*, p.3.

¹⁷GAVAZZI, Giacomo apud KELSEN, Hans. *A Democracia*, p.2.

Ao relativismo filosófico sobre a verdade e os valores (mais ou menos corretamente identificados com o criticismo kantiano e com as suas derivações) corresponde, por outro lado, a atitude democrática em seu aspecto politicamente mais característico, ou seja, na possibilidade de rever opiniões e, consequentemente, decisões.¹⁸

Existem duas questões que em geral são confundidas por aqueles que criticam o formalismo Kelseniano, quais sejam, se a democracia pode servir a um determinado ideal e se esta pode constituir, em si mesma, um ideal absoluto. Quem lê a Teoria Pura de forma rasa e descontextualizada, costuma inferir da resposta negativa que Kelsen dá à segunda questão, necessariamente, uma resposta negativa também para a primeira, o que é um erro. *“Ter em conta a validade relativa de nossas convicções e, ainda assim, defendê-las inflexivelmente é o que distingue o homem civilizado do bárbaro.”*¹⁹

O ideal de liberdade – como qualquer ideal social – só, do ponto de vista da ciência política, é um ideal relativo. Contudo, do ponto de vista de uma avaliação emocional, pode ser o mais alto, o supremo ideal de um indivíduo, um valor que o indivíduo prefere a qualquer outro em conflito com este. Posso lutar e morrer incondicionalmente pela liberdade que a democracia é capaz de concretizar, ainda que possa admitir que, do ponto de vista da ciência racional, meu ideal é apenas relativo.²⁰

A Teoria Pura do Direito pretende ser só ciência e não política, por isso incomoda tanto a direita como a esquerda. Não é a ciência que acusa a Teoria Pura de formalista e sim a política. Pois, apesar de todos os ataques, esta se nega a ser usada como instrumento da luta pelo poder. Para Kelsen, justamente por sua crença no relativismo, não existe mérito em uma ciência que mascara o político, conferindo ares de objetividade a interesses ideológicos.²¹

Neste mesmo sentido, Humberto Mariotti ao discorrer sobre o entendimento de Maturana, nos diz:

*“(...) quando alguém se diz objetivo, na realidade está afirmando que tem acesso a uma forma privilegiada de ver o mundo, e que esse privilégio lhe confere uma autoridade que implica a submissão de quem supostamente não é objetivo”.*²²

¹⁸ GAVAZZI, Giacomo apud KELSEN, Hans. *A Democracia*, pp.15/16.

¹⁹ SCHUMPETER, Joseph A. apud KELSEN, Hans. *A Democracia*, p.145.

²⁰ KELSEN, Hans. *A Democracia*, p.144.

²¹ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoria Pura del Derecho?*, pp.41/42.

²² MARIOTTI, Humberto. *As Paixões do Ego: Complexidade, Política e Solidariedade*, p.75.

Kelsen com sua Teoria Pura abre espaço para a terceira transformação do espírito no Direito, pois é a partir da consciência trazida pelo leão de que a liberdade existe, que se torna possível criar novos valores, que se torna possível ao espírito se transformar em criança e buscar a sua santa afirmação. “*O espírito quer agora a sua vontade, o que perdeu o mundo quer alcançar o seu mundo*”²³, pois agora que ele já conhece os valores maternos e a lei que o iguala a todos os homens, lhe conferindo, assim, a liberdade de fazer escolhas, é chegado o momento de lutar e morrer pelo direito de alteridade.

1.2

Metodologia

Refletir quer dizer, ao mesmo tempo: a) pesar, repesar, deixar descansar, imaginar sob diversos aspectos o problema, a idéia; b) olhar o seu próprio olhar olhando, refletir-se a si mesmo na reflexão. É preciso alimentar o conhecimento com a reflexão; é preciso alimentar a reflexão com o conhecimento

Edgar Morin

Esta dissertação objetiva analisar a obra de Kelsen por um prisma metateórico, o que se dará em duas etapas. A primeira se configura como uma análise no âmbito do discursivo, portanto, do racional. Será uma abordagem inserida no arcabouço epistemológico Moderno, onde pretendo associar a obra de Kelsen a uma perspectiva não representacional de linguagem, localizando-o como o leão que diz “Eu quero!” em oposição ao dragão que diz “Tu deves”. Para tal empreitada, usarei como referencial teórico a visão pragmática do “segundo” Wittgenstein em sua obra “Investigações Filosóficas”.²⁴

²³ NIETZCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*, p.36

²⁴ A leitura mais ordinária de Kelsen, associa sua obra à primeira fase do pensamento de Wittgenstein, representada pelo *Tractatus* e não à segunda, como pretendo fazer. Não é pertinente a interpretação de que a Teoria Pura do Direito seja apenas lógica. Ela é mais que isso, é uma teoria jurídica que se ocupa dos problemas lógicos apenas no que é necessário para o conhecimento do Direito, a determinação de seu objeto e definição de seus conceitos fundamentais. Essas definições não são função de uma lógica e sim de uma Teoria Geral do Direito, para a qual a lógica normativa é apenas o pressuposto necessário. Por isso é equivocada a tradicional associação feita entre a Teoria Pura de Kelsen e o *Tractatus* de Wittgenstein, escrito em sua primeira fase teórica, onde a lógica predomina. Isso se dá em parte, outrossim, pela inflação à que é submetida a Teoria Pura do Direito, em detrimento de todo o resto da obra de Kelsen e dos pressupostos que o próprio autor em muitos textos como “ Absolutismo e relativismo na filosofia e na política”, “ O conceito de Estado

Wittgenstein foi o marco teórico escolhido para o desenvolvimento da primeira parte deste trabalho, pois além de ser um dos maiores teóricos da filosofia contemporânea, sua obra reflete o desenvolvimento dos dois principais eixos da Filosofia da Linguagem, tanto a Filosofia-Analítica, pautada em um paradigma cartesiano representacional, como da Filo-Linguística, que vê a linguagem como uma prática social e não como uma representação do real.

Apesar de seu pensamento não se prestar a ser exposto de forma resumida, por ser de natureza intensa, fragmentária e assistemática, busquei traçar de forma introdutória as questões centrais de suas principais obras, no que estas se fazem relevantes para o entendimento tanto da visão metafísico-substancialista quanto da visão pragmática do Direito.

Já a segunda parte deste trabalho, se mostra como uma aposta no futuro, uma esperança, pois fala da terceira transformação do espírito, quando o leão se torna criança. Essa transformação ainda está a caminho, buscamos ainda a nossa Santa afirmação. Como nos diz Boaventura de Sousa Santos: “*A configuração do paradigma que se anuncia no horizonte só pode obter-se por via especulativa. Uma especulação fundada nos sinais que a crise do paradigma atual emite, mas nunca por eles determinada.*”²⁵

Apesar de se prestar ainda a uma análise metateórica da obra de Kelsen, a segunda parte se dá inserida em um modelo epistemológico complexo, abarcando outras formas de apreensão do real, experiências de conhecimento não necessariamente científicas. Já temos as linhas centrais que atravessaram a dissertação com Kelsen e Wittgenstein. Horizontalmente, fechando assim o tecido, a dissertação será costurada com intervenções de Castoriadis, Foucault, Nietzsche, autores da Psicologia Profunda²⁶ e tudo o mais que se fizer necessário, para tentar tornar o mais claro e simples possível, apesar de complexa, a intuição inicial que não deve ser perdida de vista e que originou essa dissertação²⁷.

e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud”, “O dualismo metafísico”, “A filosofia científico-crítica”, entre outros, explicitamente afirma como seus.

²⁵ *Um Discurso sobre as Ciências*, p. 59.

²⁶ “(...) denominação com a qual Freud se referia à psicanálise, mas que designa igualmente a psicologia analítica de Jung” (PLASTINO, Carlos Alberto *O Quinto Rombo: a psicanálise*, p.3)

²⁷ “(...) Pois é preciso que a complicação da letra não faça perder de vista a simplicidade do espírito. Ao ater-nos às doutrinas uma vez formuladas, a síntese em que parecem abarcar as conclusões das filosofias anteriores e o conjunto dos conhecimentos adquiridos, arriscamo-nos a não mais perceber o que há de essencialmente espontâneo no pensamento filosófico (...) Enfim, tudo se concentra em um ponto único, do qual sentimos que poderíamos nos aproximar pouco a pouco, embora nunca possamos atingi-lo. Neste ponto está algo de simples, de infinitamente

Ao se traçar um paralelo entre a construção teórica de Kelsen, e a Metapsicologia Freudiana, especialmente no que tange ao conceito de Pulsão, é possível se identificar uma ética do sentido, que subjaz à Teoria Pura e que pode ser usada para orientar o paradigma emergente na construção de uma vida decente, parafraseando Boaventura de Sousa Santos.

Morin nos fala que “*é preciso reagrupar os saberes para buscar a compreensão do universo*”. É isso que pretendo na segunda parte desta dissertação, ao reagrupar o Direito, a Filosofia e a Psicologia Profunda, ajudar a construir o futuro, dando um passo em direção à compreensão de nossa necessidade de alteridade.

Kelsen foi definitivamente o cientista jurídico do método. Ao longo de sua vida, se esforçou em concretizar um projeto que foi a elaboração da Teoria Pura do Direito. Só que a ciência avançou, o método mudou e já sabemos que o saber racional não é a única forma de apreensão do real.²⁸

(...)a credibilidade das soluções que são encontradas parece depender das soluções por encontrar. Do mundo natural nada sei, mas sustento que o caráter provisório do conhecimento social é necessário, em qualquer etapa da reflexão, por conta da assimetria que existe entre a natureza fragmentária e finita do conhecimento atualizado e a extensão insondável do que há de ser conhecido.²⁹

Freud no mesmo sentido em “*Além do Princípio de Prazer*” sabiamente nos diz que:

Temos de ser pacientes e aguardar novos métodos e ocasiões de pesquisa. Devemos estar prontos, também, para abandonar um caminho que estivemos seguindo por certo tempo, se parecer que ele não leva a qualquer bom fim. Somente os crentes, que exigem que a ciência seja um substituto para o catecismo que abandonaram, culparão um investigador por desenvolver ou mesmo transformar suas concepções. Podemos confortar-nos, também, pelos lentos avanços de nosso conhecimento científico, com as palavras do poeta:
Was man nicht erfliegen kann, muß man erhinken.

simples, de tão extraordinariamente simples que o filósofo não conseguiu jamais exprimi-lo. Esta é a razão por que falou durante toda a sua vida. Não podia formular o que levava no espírito sem se sentir obrigado a corrigir sua fórmula, depois a corrigir sua correção: assim, de teoria em teoria, retificando-se quando acreditava completar-se, ele só fez, através de uma complicação e desenvolvimentos justapostos a desenvolvimentos, fornecer com aproximação crescente a simplicidade de sua intuição original. Toda a complexidade de sua doutrina, que se estenderia ao infinito, é apenas a incomensurabilidade entre sua intuição simples e os meios de que dispunha para exprimi-la.” (BERGSON, Henry. *A Intuição Filosófica*, p.56.)

²⁸ Os artistas sabiam disso a muito tempo. Os Românticos foram os precursores dessa idéia.

²⁹ SANTOS, Wagner Guilherme, *Paradoxos do Liberalismo*, p. 9.

Die Schrift sagt, es ist Keine Sünde zu hinken.³⁰

Kelsen não era um crente! Era um cientista, mais que isso, era um leão. O tempo passou, duas transformações se deram e é possível agora ao leão, no paradigma que emerge, se tornar uma roda que gira sobre si, um movimento, uma santa afirmação.

No paradigma emergente, o caráter autobiográfico e auto-referenciável da ciência é plenamente assumido. A ciência moderna legou-nos um conhecimento funcional do mundo que alargou extraordinariamente as nossas perspectivas de sobrevivência. Hoje já não se trata tanto de sobreviver como de saber viver. Para isso é necessário uma outra forma de conhecimento, um conhecimento compreensivo e íntimo que não nos separe e antes nos una pessoalmente ao que estudamos.³¹

As ciências e saberes contemporâneos se deparam com uma realidade complexa, heterogênea, onde a apreensão do real é uma construção, um porvir. O sentido mais próximo do termo complexo é “o que é tecido junto”³². E assim deve ser construída a teia do conhecimento: tecida junta, sem nada excluir, buscando tudo abarcar, com o conhecimento em mim, em ti, em nós

Se fizermos uma leitura pragmática da obra de Kelsen, onde não só os valores, como a sociedade e a própria subjetividade são um constructo, fruto da instituição imaginária da sociedade, podemos encontrar as sementes para ir além e ver, à luz do novo paradigma, uma ética do sentido e não do significado³³, em sua

³⁰ “Ao que não podemos chegar voando, temos de chegar manquejando (...). O Livro diz-nos que não é pecado claudicar” Trata-se das últimas linhas de “Die beiden Gulden”, versão feita por Rückert de um dos Maqâmât, de al-Hariri.” (FREUD, Sigmund. *Além do Princípio do Prazer*, pp. 81/82.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*, p. 85

³² MORIN, Edgard apud PLASTINO, Carlos Alberto. *Sentido e Complexidade*, p.6.

³³ Essa diferenciação é fundamental para o desenvolvimento da segunda parte desse trabalho e tem sua raiz no reconhecimento da existência de um inconsciente originário. “Na sua última elaboração teórica, contudo, Freud reconheceu e defendeu a existência de percepção, sentimentos e pensamentos inconscientes, e ainda do psiquismo corporal (unidade corpor/Id). Trata-se de uma questão da maior importância, na medida que muda radicalmente a forma de conceber as questões centrais do sentido e do significado. Com efeito, a ampliação das modalidades de relacionamento com o que está em vias de ser conhecido/construído (que não convém chamar de objeto), desatrela o sentido do significado, permitindo valorizar as ricas experiências intersubjetivas não linguísticas. No contexto do dualismo, o significado é considerado como uma produção exclusiva da consciência e da linguagem, sendo o sentido confundido com ele. A crítica aos dualismos e às suas consequências, vinculando o sentido às experiências não mediadas pela consciência, permite diferencia-lo do significado. Reservando esta última expressão para designar o sentido que emerge pela ação da consciência e da linguagem, atribui ao conceito “sentido” uma abrangência que inclui tanto o significado, quanto o resultado das experiências de apreensão no embate dos corpos e dos afetos. A questão é fundamental e não pode ser eludida. Ela é indissociável tanto da ampliação do

teoria. A primeira parte dessa dissertação nos leva ao ponto de partida para novas investigações, que o paradigma moderno não consegue esgotar e que se darão no desenvolvimento da segunda parte, onde ao associar a noção de liberdade e igualdade defendida por Kelsen à teoria pulsional Freudiana, é possível se chegar a uma ética do sentido, que não é apreensível racionalmente, mas que nem por isso é menos real e que se mostra muito mais adequada à contemporaneidade.

A afirmação da possibilidade de apreensão de formas de ser do real e da natureza –incluindo da nossa- todavia, na medida que permite compreender necessidades fundamentais do nosso ser, fornece orientações éticas para a ação. Assim, compreender, como o faz o saber psicanalítico, a dinâmica erótica como sendo constitutiva do ser do homem, não supõe produzir qualquer modelo normativo a-histórico – por exemplo qualquer modalidade específica de erotismo - mas afirmar uma necessidade humana derivada da forma de ser do homem. Um paradigma que se pense como um instrumento de compreensão e intervenção no real não pode prescindir destas modalidades de saber. A ignorância desta característica central de nosso ser, exacerbando o narcisismo que caracteriza a sociedade contemporânea, constitui um erro grave e questiona as correntes de pensamento que não se dotam dos instrumentos para pensá-la.³⁴

A busca de estilos de vida diversos e o pluralismo encontrado nas sociedades atuais nos leva à necessidade de problematizar a elaboração de uma ética contemporânea que possibilite múltiplas práticas de si ou diversas subjetivações (pluralismo), sem a predominância de um código moral universal, que muitas vezes pode levar a conseqüências bem negativas, como o preconceito e a discriminação.

Com certeza haverá aqueles que ao lerem, acharão isso tudo uma grande ilusão. Mas ilusões não são erros. E aqui cabe conceituar ilusão recorrendo mais uma vez a Freud. O que caracteriza as ilusões é justamente o fato de elas derivarem de desejos humanos. Há quem as considere como delírios, mas o que as diferencia é que os delírios necessariamente estão em contradição com a realidade. As ilusões, ao contrário, não precisam ser falsas, irrealizáveis ou estar em contradição com a realidade. Podemos chamar uma crença em algo de ilusão

escopo da reflexão epistemológica quanto da concepção das relações homem/natureza. A experiência psicanalítica sustentou a construção de teorias que permitem pensar essas formas de apreensão e produção de sentido bem como a sua decisiva participação na constituição das subjetividades. Os sentidos a que se aludem são o de ser, o de não ter realidade, o de possuí-la, o de tê-la conquistado ou perdido, o de ser amado ou rejeitado. Estes sentidos emergem no bojo de experiências arcaicas, nas quais não é possível postular nenhuma intervenção da consciência, sendo, portanto, necessário postular outra forma de produção/apreensão. (PLASTINO, Carlos Alberto. *O Quinto Rombo: a psicanálise*, p.4)

³⁴ PLASTINO, Carlos Alberto. *O Déficit Erótico na contemporaneidade*, s/n.

quando uma realização de desejo se torna fator fundamental em sua motivação, não dando tanto valor a verificação.³⁵

Sim, essa dissertação é uma ilusão porque ela é fruto de um desejo e de uma crença. Crença no ser humano e em sua alteridade. Na medida em que se recria um futuro, até que esse futuro se torne presente, ele é insuscetível de prova. Ninguém pode ser obrigado a acreditar nele, mas assim como ele não pode ser provado, também não pode ser refutado. É obrigação de todos aqueles que caminham juntos nessa estrada que é a vida, tentar dar-lhe a melhor direção possível, a de horizonte mais belo.³⁶ E é isso que eu busco com a segunda metade dessa dissertação, ajudar a sedimentar as bases de um horizonte mais belo.

Entre o sábio e estéril emudecimento e a irresponsabilidade opiniática, opto pelo primado da ação sobre o cogito e da plausibilidade sobre a certeza do ergo. No princípio é a ação, o resto são expectativas.³⁷

³⁵ FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão*, p. 49.

³⁶ FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão*, p. 51.

³⁷ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Paradoxos do Liberalismo*, p. 9.