

2

Parte I: O Leão diz eu quero!

2.1

Uma questão de ponto de vista

Kelsen ao propor seu método de conhecimento do Direito, o fez em oposição a uma tradição de conhecimento metafísico/religiosa baseada na dicotomia “aqui agora” e “além”. Esse dualismo entre experiência e transcendência é decorrência da crença em que a cognição humana está apta a captar apenas um reflexo distorcido do que seriam as “coisas-em-si”. Essas por sua vez, constituintes do mundo verdadeiro e real, seriam inalcançáveis ao homem. O mundo experimentado por nossos sentidos e nossa razão, não passaria de aparência, de uma cópia efêmera do mundo transcendente.

O dualismo metafísico é algo bastante arraigado em nosso pensamento comum, parecendo muitas vezes até auto-evidente. Tal fenômeno duplicativo não só se manifesta em relação à cognição de realidade, que se ocupa de explicar os objetos do conhecimento, como também na esfera da cognição de valores, responsável pela justificação. É como se para que um valor empiricamente verificado pudesse ser legitimado, ele precisasse emanar de um valor transcendente. No Direito essa duplicidade se manifesta na Teoria do Direito Natural, que entende ser o Direito Positivo, não livre criação de um legislador ou juiz, mas a cópia mal feita do que seria o “Direito-em-si”.

Kelsen entende ser a duplicação metafísica contraditória e incompreensível, pois a mesma mente que só é capaz de reprodução inadequada, é a que constrói com seus próprios sentidos e sua razão, todo um mundo transcendente¹ Tanto no caso da oposição Direito Natural e Direito Positivo, quanto na dicotomia imanência e transcendência, o arquétipo é inacessível, o que leva “a uma contradição insolúvel entre um ideal, de certa forma, aceito e uma realidade que não se conforma ao ideal(...)”².

¹ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp. 599/663.

² Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 602.

Essa forma dual de pensar tem sua semente no conhecimento primitivo. O homem primitivo vê o mundo de forma anímica. Por se sentir impotente diante das poderosas manifestações da natureza, tudo lhe parece como um Deus. Mesmo as coisas criadas por suas mãos, são por ele reverenciadas como produto de forças sobrenaturais.

O animismo, em seu sentido mais estrito, é a doutrina de almas e, no mais amplo, a doutrina de seres espirituais em real. O termo “animismo” também foi usado para indicar a teoria do caráter vivo daquelas coisas que nos parecem ser objetos inanimados e as expressões “animalismo” e “hominismo” também são empregadas em relação a isto. A palavra “animismo”, originalmente utilizada para descrever um sistema filosófico específico, parece ter recebido de Tylor o seu atual significado. O que conduziu à introdução desses termos foi uma compreensão da visão da natureza e do universo altamente notável adotada pelos povos primitivos de que temos conhecimento, seja na história passada, seja na época atual. Eles povoam o mundo com inumeráveis seres espirituais, benevolentes e malignos: e consideram esses espíritos e demônios como as causas dos fenômenos naturais acreditando que não apenas os animais e os vegetais, mas todos os objetos inanimados do mundo são animados por eles(...).³

Essa atitude anímica, entre os primitivos, é adotada não só em relação à ordem natural como também em relação à ordem positiva que vige socialmente, seja ela uma emanção do curandeiro, do chefe, do sacerdote, do juiz ou de qualquer outra autoridade. Essa não é vista como uma emanção de vontade humana e sim como uma expressão da vontade divina.

Aqui não se chega ainda a ter uma Teoria Jurídica propriamente dualista, pois os primitivos não experimentavam o Direito Positivo como algo em si diferente do Direito Natural. Para eles, o Direito Positivo era diretamente divino ou natural, assim como o “além” divino não estava acima da esfera natural mas, ao contrário, permeava todas as coisas. Era apenas o germe do dualismo metafísico que se manifestava. Uma outra variante dessa idéia, é quando o governante com poder para fazer direito positivo é reverenciado como uma entidade divina ou como descendente de uma. Tudo isso, para Kelsen, tem um significado político óbvio⁴:

Como uma filosofia natural, ela tem de explicar a natureza, como uma ideologia do Direito e do Estado, ela tem de justificar a ordem positiva e elevar, tanto quanto possível, a sua eficiência, criando uma obediência incondicional fundada

³ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*, p. 82.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp. 603/605.

sobre o medo da divindade misteriosa e onipotente. Originado a partir de um sentimento de inferioridade, o mito tem a função de reforçá-lo, pelo menos na esfera social⁵.

Com a evolução humana e uma maior percepção da imanência, o homem deixou de duplicar cada coisa, como acontecia entre os primitivos e passou a duplicar a natureza como um todo. Ao perceber a efemeridade do mundo que está sempre em mudança e ao mesmo tempo, a eterna conexão entre as coisas, o homem remove a divindade do mundo tangível dos primitivos e a coloca em um mundo supra-natural afastado dos seus sentidos, dando assim início efetivamente ao dualismo metafísico, *“um dualismo que consiste num além, que abrange a verdade absoluta, e no mundo empírico que é o único ao alcance do homem que erra, um dualismo de transcendência e experiência, de idéia e realidade.”*⁶

Não foi diferente a transformação que se deu em relação à ordem social. O Direito Positivo ao ser percebido como mutável no tempo e no espaço passou a ser visto como obra humana, e no lugar da divindade de onde emanava esse Direito, se colocou o Direito Natural - concepção imutável e permanente de justiça natural - que reina sobre qualquer ordenamento jurídico positivo.

O dualismo metafísico-religioso, se comparado à filosofia social e mítica dos primitivos, já foi um passo no desenvolvimento crítico do pensamento humano, que não tinha como conviver com esse contraste irreconciliável entre mundo sensível e mundo supra-sensível. Quanto mais se desenvolveu o conflito dualista, mais tentativas existiram de tentar superá-lo. Essencialmente podemos distinguir três possibilidades de superação: uma com ênfase no além, outra com ênfase no mundo empírico e uma terceira que busca equilibrar os dois pólos⁷.

O dualismo pessimista foi a primeira tentativa de superação e estava mais voltado para a esfera transcendente. Para essa corrente, é na transcendência que se

⁵ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 605.

⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 606.

⁷ Os tipos filosóficos de dualismo em questão são tipos ideais. “Eles foram elaborados a partir de um ponto de vista particular, a saber, o da correspondência de uma visão do universo e de uma filosofia de vida, da filosofia natural e da social. Isso contribui, desde o início, para certa unilateralidade do esquema. Não é de surpreender que nenhum dos sistemas filosóficos concretos da história intelectual se ajuste completamente ao nosso esquema. Assim como não existe nenhum homem vivo que seja a personificação de um tipo de personalidade, não importa como elaborado, nenhum pensador conhecido na história criou um sistema de filosofia natural ou social que correspondesse, em todos os pontos, aos nossos tipos idéias. Esses sistemas históricos apenas exibem uma tendência maior ou menor para um tipo ideal (...)” (Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 631.)

encontra tudo aquilo que é original, verdadeiro, real. O mundo imanente não passaria de aparência e ilusão experimentada por nossos sentidos. Na antiguidade clássica essa forma de pensar foi introduzida por Platão⁸

No campo da filosofia política e jurídica, essa forma de dualismo, se manifestou como um completo desprezo ao Direito Positivo e ao Estado vigente. Aqui a ordem natural tinha unicamente a função de nulificar a ordem terrena. É considerado “Direito” apenas a ordem natural que existe no “além”.

O dualismo otimista⁹, por sua vez, foi sintoma do fortalecimento na confiança do homem em si. O mundo do “além” com seus arquétipos da verdade, nesse momento, ao invés de negar a experiência humana, passou a explicá-la. A realidade deixa de ser negada ao mundo da experiência que, ao contrário, passa a ser o meio através do qual é possível se alcançar a verdade. Na Antiguidade clássica isso se manifesta com o surgimento de uma orientação epistemológica chamada Intelectualismo, que teve como seu representante maior Aristóteles¹⁰

⁸ Foi em Platão que se desenvolveu a mais antiga forma de racionalismo. Racionalismo é o ponto de vista epistemológico que coloca no pensamento racional a principal fonte do conhecimento humano. Para que um conhecimento seja tido como autêntico, ele tem que ser julgado pela razão como tendo necessidade lógica e validade universal. São juízos que prescindem da experiência. A interpretação racionalista do conhecimento teve como modelo o conhecimento matemático, que é predominantemente dedutivo e conceitual. A geometria é um exemplo de como o pensamento opera com completa independência da experiência. Platão, como primeiro representante do racionalismo, estava convencido de que todo o saber autêntico, correspondente ao mundo das idéias, se encaixava nas premissas de universalidade e necessidade lógica. Para ele, a experiência era efêmera, e estava em constante mudança. Por isso mesmo, ela seria incapaz de nos transmitir o verdadeiro saber – *epistême*. O que os sentidos são capazes de nos dar não iria além de mera opinião – *dóxa*. Se para Platão não podemos ter a esperança de alcançar conhecimento no mundo sensível, esse tem que derivar de um mundo supra-sensível no qual a consciência cognoscente retira seus conhecimentos. Ele chamava a esse mundo supra-sensível de mundo das idéias. Para essa concepção o mundo não é apenas uma ordem lógica, mas também uma ordem metafísica e tanto a experiência quanto a consciência cognoscente se relacionam com o mundo supra-sensível. Para Platão o conhecimento se daria por rememoração. A alma teria tido acesso a tais entes ideais de forma pré-terrena e agora, se recordaria deles estimulada pela experiência sensível. O racionalismo por ele inaugurado na Antiguidade é chamado de Racionalismo Transcendente. (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*, pp. 48/50).

⁹ O contraste entre otimismo e pessimismo é usado por Kelsen para caracterizar ânimos espirituais básicos em uma explicação de abordagem psicológica para os dois tipos diferentes de dualismo metafísico. Não obstante, ele ressalva que: “Ainda assim, este contraste, especialmente caso ele deva servir a uma qualificação psicológica e de caracteres, não deve ser tomado como absoluto. O homem nunca pode ser perfeita e inteiramente otimista ou pessimista. Qualquer uma das atitudes acabaria por levá-lo para além das fronteiras psicológicas dentro das quais os tipos psicológicos tem qualquer significado; porque, além delas, podemos falar apenas em fenômenos patológicos. Mesmo os tipos básicos que foram aqui usados apenas demonstram uma preponderância de um dos elementos contrastantes sobre o outro, e nenhum está inteiramente excluído (...)” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. pp. 608/609).

¹⁰ Essa corrente se propôs a ser uma mediação entre o Racionalismo e o Empirismo, ao considerar que tanto a experiência quanto o pensamento tem participação na formação do conhecimento. A partir de um pressuposto metafísico, Aristóteles procurou dar solução ao conhecimento, dizendo que na imagem sensível estava contida a idéia ou essência universal das coisas. Foi um

Na luta pelo saber, o homem não se concebe como uma criança eternamente cega, tateando no escuro. Este otimismo é particularmente pronunciado na epistemologia, na medida em que desenvolve a possibilidade, senão de alcançá-la, então, pelo menos, de chegar perto da verdade com o auxílio da ciência humana. O dualismo otimista não apenas considera este mundo “real” como também valioso; inclina-se mesmo a ver nele o melhor, ou, de qualquer modo, o melhor possível de todos os mundos empíricos.¹¹

No âmbito filosófico-político e jurídico, esse dualismo otimista trouxe prestígio ao Direito Positivo. Ao contrário da primeira hipótese, onde a ordem natural nulificava a ordem positiva, aqui a ordem positiva é considerada como um sistema de normas de “dever ser” válidas, reconhecidas como um artifício humano assim como o Estado, cabendo à ordem natural não validar, mas justificar a existência.

O Direito Positivo passou a ser considerado, senão perfeito, ao menos como a maior aproximação possível do Direito Natural. Essa perspectiva otimista, tende a legitimar como justo todo o Direito Positivo, por ser aquilo que é humanamente possível, e a tornar absoluta sua pretensão de validade, considerando-o como uma emanção do Direito Divino-Natural. O caráter político desta filosofia jurídica é claramente conservador e corresponde à mesma tendência da filosofia da natureza que fundamenta a realidade empírica sobre idéias transcendentais, de modo a alcançar a confirmação de sua verdadeira condição de realidade, e não a sua negação¹²

Kelsen diz que não devemos subestimar a motivação política por trás desse princípio conservador que defende o Direito Positivo e o Estado, pois mesmo com o progresso das ciências naturais, as idéias transcendentais da filosofia natural insistem em se manter persistentemente.

Esse princípio conservador, que defende o Direito positivo e o Estado tal como são, e que até mesmo fortalece a sua validade e eficácia, é compreensível, portanto, mesmo sem uma motivação política. Não devemos, porém subestimar a significação dessa motivação, isto é, do interesse enfático dos que, direta ou indiretamente, governam o Estado, pela existência e pela aceitação mais ampla possível de tal filosofia jurídica e política. A ligação entre tal filosofia jurídica de

deslocamento do mundo platônico das idéias para a realidade empírica, o que deu novo valor à experiência. (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*, pp. 59/61)

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 611.

¹² Essa perspectiva corresponde ao que Bobbio chama de Positivismo Jurídico enquanto ideologia do Direito. Para maior aprofundamento do tema veja: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, p.223/233.

Direito natural e a filosofia natural idealista, isto é, religioso-metafísica com tendências otimistas, faz com que compreendamos por que os grupos governamentais invariavelmente favorecem uma concepção “idealista” do mundo. É um estranho fato a filosofia natural metafísico-dualista poder se manter com persistência impressionante a despeito de seu crescente choque com o rápido progresso das ciências naturais¹³. Este fenômeno só pode ser adequadamente explicado se forem levados em conta o interesse político característico dos grupos governantes por uma filosofia “idealista”.¹⁴

O terceiro tipo de dualismo metafísico possível é o que se caracteriza por tentar ser um meio termo entre o pessimismo e o otimismo. Embora se aproxime mais do otimismo dualista, esse terceiro tipo tem menos confiança na capacidade humana de captar a verdade na experiência, sendo impregnado, portanto, de um certo ceticismo.¹⁵ Para essa corrente, o Direito Positivo e o Estado têm grandes deficiências, mas é preciso suportá-los, agindo de acordo com os comandos e normas válidas, mesmo que essas pareçam injustas. Surge a idéia de um Direito Natural relativo, ajustável às circunstâncias particulares, abaixo do Direito Natural primário. Essa doutrina, ao invés de se preocupar com uma solução inviável para um problema impossível, procura uma forma decente de evitá-lo¹⁶.

A filosofia científico-crítica, por sua vez, é o retrato de uma filosofia que rejeita o dualismo metafísico ou qualquer objeto que se coloque além da experiência. Ela tem seu paralelo em uma doutrina jurídico-política emancipada de toda a Teoria do Direito Natural, sendo essa a perspectiva epistemológica adotada por Kelsen.

¹³ Esse comentário de Kelsen à respeito do rápido progresso das ciências naturais, como poderemos ver no trecho que se segue da fala de Boaventura de Sousa Santos, é um comentário tipicamente Moderno. “O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constitui-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global de racionalidade científica que admite variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivamente policiadas, de duas formas de conhecimento não científico (e, portanto, irracional) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (...) Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas regras metodológicas. É esta a sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem” (*Um Discurso sobre as Ciências*, pp. 20/21)

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 613.

¹⁵ Essa corrente se aproxima mais do sistema de conhecimento estóico. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 634.)

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp. 614/619.

O dualismo metafísico-religioso de céu e terra, Deus e mundo, é superado quando o homem, especialmente através do avanço da ciência empírica, encontra a coragem para rejeitar o domínio do transcendente, que está além da sua experiência, por ser uma hipótese incognoscível, incontável e, portanto, cientificamente inútil. A confiança no vigor dos seus próprios sentidos e da sua razão tornou-se agora forte o suficiente para restringir a sua visão científica do mundo à realidade empírica.¹⁷

Tal perspectiva não ignora a possibilidade de que exista fundamento na tendência metafísica, apenas não especula sobre essas coisas por considerar essa uma atitude vã. Não há como se negar o enigma que é o universo, nem como se achar que isso será solucionável cientificamente. Porém o que diferencia uma atitude científica de uma atitude metafísica é justamente a consciência que a primeira tem de sua capacidade e de suas limitações.

(...) adepto desta perspectiva filosófica não sabe se as coisas deste mundo e as suas relações são “realmente” como os seus sentidos e a sua razão os representam, e, no entanto, ele recusa qualquer especulação sobre as idéias ou arquétipos dessas coisas, das “coisas em si”, como sendo infrutíferas e vãs. Não obstante, ele mantém este conceito da “coisa em si” como um símbolo, por assim dizer, dos limites da experiência. Ele se considera incapaz de perder-se no além, e portanto, sem o direito de fazê-lo. A “coisa em si” é, para ele, não a expressão de uma realidade transcendente, mas o impasse no processo infinito da experiência. (...) ¹⁸

O mais importante aqui não é só a constatação da importância da experiência como única fonte possível de conhecimento, mas a constatação de que o real apreensível pela cognição racional não é da ordem do absoluto. Isso torna Kelsen um autor apto a ser lido como um pragmático e não como um positivista racionalista, inserido dentro do dualismo cartesiano sujeito/objeto.¹⁹

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.619.

¹⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.620.

¹⁹ Sobre o dualismo sujeito/objeto, Humberto Mariotti nos diz: “Como nos julgamos capazes de ser objetivos, o mundo é para nós um objeto. Imaginamos que estamos separados dele e o observamos como críticos e avaliadores. E vamos mais longe: por meio do ego, achamos que somos observadores afastados até de nós mesmos. Nosso ego nos observa, avalia as nossas outras dimensões. Nessa ordem de idéias, para que possamos exercer essa suposta objetividade é necessário que haja uma fronteira, uma divisão entre o ego e o mundo, e também entre o ego e o restante de nossa totalidade. Tornamo-nos então divididos. E se assim ficarmos, o mesmo acontecerá ao nosso conhecimento, que por isso resultará limitado. Eis o que conseguimos, com nossa pretensa objetividade: uma visão de mundo dividida e limitada. É a partir dela que nos imaginamos autorizados a julgar e condenar a “não-objetividade” e a “intuitividade” de quem não concorda conosco. A partir de uma visão dividida e limitada, pretendemos chegar à verdade e mostrá-la aos outros – uma verdade que julgamos ser a mesma para todos.” (*As Paixões do Ego*, p. 75.)

Kelsen rejeita qualquer especulação Jusnaturalista, no sentido de se encontrar um “Direito-em-si”, seja ele proveniente de alguma divindade ou de uma hipotética razão pura, pois entende o Direito como um constructo humano, não havendo necessidade nenhuma de uma ordem transcendente que o justifique ou lhe reconheça valor absoluto²⁰. O que também é diferente de considerar o Direito como um complexo de fatos empíricos e o Estado como um agregado de relações concretas de poder. Pois quando se entende que o real é determinado pela nossa experiência e quando se avança no estudo da cognição, se percebe que não existem fatos concretos, objetivos ou determinados.

Kelsen não tem nenhuma pretensão de validade absoluta para o Direito, seja ela racional ou metafísica, só sendo possível para ele se assegurar uma verdade formal dentro de parâmetros instituídos de forma hipotético-relativa.

O sistema do positivismo jurídico rejeita a tentativa de deduzir, a partir da natureza ou da razão, normas substanciais que, estando além do Direito positivo, podem lhe servir de modelo, uma tentativa eternamente bem-sucedida apenas de modo aparente e que termina em fórmulas que apenas aparentam ter um conteúdo. Ao contrário, ele examina deliberadamente os pressupostos hipotéticos de todo o Direito que é positivo e, em substância, infinitamente variável, isto é, as suas condições meramente “formais”.²¹

Na ciência moderna o homem havia sido consagrado como sujeito epistêmico, mas assim como Deus, foi expulso por esse mesmo modelo científico, enquanto sujeito empírico. A construção sujeito/objeto tão cara à epistemologia moderna foi construída visando a não interferência dos valores humanos e religiosos no conhecimento, até então tido como objetivo, factual e rigoroso.²²

Contudo, a física quântica ao mostrar que o observador participa ativamente na constituição do objeto observado, tornou evidente que o conhecimento não se assenta sobre a pseudo-neutralidade do observador, garantida até então pelo abismo que se mantinha entre objeto e sujeito do conhecimento na Modernidade.

²⁰ Norberto Bobbio nos diz que no pensamento clássico “a contraposição entre ‘positivismo’ e ‘natural’ é feita relativamente à natureza não do direito, mas da linguagem: esta traz a si o problema (que já encontramos nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (physis) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (thésis). O problema que se põe pela linguagem, isto é, se algo é “natural” ou “convencional”, põe-se analogamente também para o direito. (*O Positivismo Jurídico*, p. 15)

²¹ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.623.

²² Santos, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*, p. 80.

Mas mesmo antes das descobertas da física quântica, Kant já nos falava da participação subjetiva na construção do conhecimento. E foi com base em Kant que Kelsen desenvolveu sua Teoria.²³

A própria cognição cria os seus objetos a partir de materiais fornecidos pelos sentidos de acordo com as suas leis imanentes. É esta conformidade às leis que garante a validade objetiva dos resultados do processo de cognição. É fato que os julgamentos ontológicos não se pretendem ser verdade absoluta: porque eles não mais se sustentam sobre a sua relação com o absoluto transcendente. A verdade afirmada dentro do sistema nunca é mais que verdade relativa, e ela surge, portanto, em comparação com a verdade metafísico-absoluta, como uma verdade meramente formal. Pode parecer que uma cognição que produz os seus próprios objetos só pode reivindicar validade subjetiva para os seus julgamentos, de fato, se deixarmos de fundamentar a verdade num domínio transcendente, acima de toda cognição humana, corremos o risco de cair no poço sem fundo do subjetivismo, num solipsismo sem limites. O nosso tipo evita este perigo pela ênfase constante sobre um saber **que cria os seus objetos (grifo meu)** em conformidade com leis e que considera a demonstração desta conformidade como uma das suas principais tarefas. Em lugar de especulação metafísica, temos uma determinação das leis, isto é, das condições objetivas sob as quais ocorre o processo de cognição. O homem pode penetrar até este ponto e não mais na sua luta para além da esfera da ciência empírica material.²⁴

Se por um lado Kant nos fez cientes dos limites intransponíveis do conhecimento racional, ao deixar claro que não é possível se acessar a coisa-em-si, mas apenas o fenômeno, que é subjetivamente produzido. Por outro lado, isso nos abriu um leque imenso de possibilidades. Pois, as nossas estruturas mentais que limitam o conhecimento, nos permitindo apenas conhecer os fenômenos,

²³ Na primeira fase da produção teórica de Kelsen, a principal fonte filosófica usada foi a Teoria do Conhecimento de Immanuel Kant, notabilizada pela inversão da centralidade gnosiológica do objeto para o sujeito cognoscente. Porém, não é todo Kant que interessa a Kelsen. Ele se utiliza apenas da metodologia da Crítica da Razão Pura. “Trocando a causalidade pela imputabilidade, como critério metodológico delimitador, define uma Ciência do Direito que repousa sobre uma categoria lógico-transcendental: a norma fundamental hipotética (...)”. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *K de Kant ou de Kelsen?*). O sistema filosófico de Kant difere do sistema crítico de Kelsen, pois aquele apesar de ter se insurgido contra a metafísica não o fez até a conclusão. “O papel que a ‘coisa em si’ desempenha no seu sistema revela muito de transcendência metafísica. Por esse motivo, não encontramos nele uma confissão franca e intransigente de relativismo, a consequência inevitável de qualquer eliminação real da metafísica. Uma emanção completa da metafísica era provavelmente impossível para uma personalidade ainda profundamente enraizada no cristianismo como a de Kant. Isso se torna mais evidente na sua filosofia prática. É exatamente aqui, onde repousa a ênfase da doutrina cristã, que o dualismo metafísico desta invadiu completamente o seu sistema, o mesmo dualismo que Kant combateu com tanta persistência na sua filosofia teórica. Neste ponto, Kant abandonou o seu método de lógica transcendental. Esta contradição dentro do sistema do idealismo crítico já foi observada com frequência suficiente. Assim acontece que Kant, cuja filosofia de lógica transcendental estava proeminentemente destinada a fornecer o fundamento para uma doutrina jurídica e política positivista, permaneceu, como filósofo jurídico, na rotina da doutrina do Direito Natural(...)” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pp.635/636.)

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 621.

também nos levam ao saber que tantas são as possibilidades de conhecimento quantos sujeitos existem para conhecer. Por isso não há que se falar em um conteúdo material imutável para o Direito positivo.

O método racional e científico da Modernidade nos conduziu à percepção de que uma fundamentação absoluta do conhecimento seria impossível. Isso nos obriga a colocar de novo o homem-medida na base do saber. Só que agora, não mais o homem-métron dos gregos, mas sim um homem fragmentado, com seu narcisismo limitado e temporalmente inserido. A verdade, deixa de ser absoluta, para se tornar construção do tempo e dos homens.²⁵

Kelsen teve como grande objetivo propor um método para a Teoria Jurídica. Isso o inseriu no contexto específico dos debates metodológicos oriundos do final do séc. XIX e que repercutiram no início do séc. XX. Na Modernidade apenas o apreensível pela razão era conhecimento, por isso os limites do que podia ser conhecido eram tão estreitos e Kelsen, como um Moderno que era, tinha na consciência²⁶ e na razão os seus limites.

²⁵ DOMINGUES, Ivan. *O Grau Zero do Conhecimento: O problema da fundamentação das ciências humanas*, p.51.

²⁶ A tese de Kant a respeito da inacessibilidade da “coisa-em-si”, que serviu de referencial a Kelsen, se restringe à perspectiva da percepção consciente. Na segunda parte da dissertação, associei a teoria Kelseniana ao arcabouço psicanalítico e é importante desde já esclarecer, que Freud não discorda de Kant, apenas se situa além dele, pois considera não apenas a consciência, mas também o inconsciente, como uma modalidade psíquica de apreensão do real. (PLASTINO, Carlos Alberto. *Sentido e Complexidade*, p;23) Sobre o tema, Freud em “*O Inconsciente*” nos diz que é necessária e legítima a suposição a respeito do inconsciente e que dispomos de várias provas de sua existência, além de tal hipótese ser como uma extensão do que foi teorizado por Kant a respeito da cognição. “Ela é necessária porque os dados da consciência apresentam um número muito grande de lacunas (...) Todos esses atos conscientes permanecerão desligados e ininteligíveis, se insistirmos em sustentar que todo ato mental que ocorre conosco, necessariamente deve também ser experimentado por nós através da consciência; por outro lado, esses atos se enquadrarão numa ligação demonstrável, se interpolarmos entre eles os atos inconscientes sobre os quais estamos conjeturando. Uma apreensão maior do significado das coisas constitui motivo perfeitamente justificável para ir além dos limites da experiência direta. Quando, ademais, disso resultar que a suposição da existência de um inconsciente nos possibilita a construção de uma norma bem-sucedida, através da qual podemos exercer uma influência efetiva sobre o curso dos processos conscientes, esse sucesso nos terá fornecido uma prova indiscutível da existência daquilo que havíamos suposto.(...) a equivalência convencional entre o psíquico e o consciente é totalmente inadequada. Ela rompe as continuidades psíquicas, mergulha-nos nas dificuldades insolúveis do paralelismo psicofísico, está sujeita à censura de, sem um motivo óbvio, superestimar o papel desempenhado pela consciência, forçando-nos prematuramente a abandonar o campo da pesquisa psicológica sem ser capaz de nos oferecer qualquer compensação de outros campos.” Freud diz ainda que: “ Na psicanálise, não temos outra opção senão afirmar que os processos mentais são inconscientes em si mesmos, e assemelhar a percepção deles por meio da consciência à percepção do mundo externo por meio dos órgãos sensoriais. Podemos mesmo esperar que novos conhecimentos sejam adquiridos a partir dessa comparação. A suposição psicanalítica a respeito da atividade mental inconsciente nos aparece, por um lado, como uma nova expansão do animismo primitivo, que nos fez ver cópias de nossa própria consciência em tudo o que nos cerca e, por outro, como uma extensão das correções efetuadas por Kant em nossos

Como já dito, o que diferencia uma atitude científico-crítica de uma atitude metafísica é a consciência que a primeira tem de seus limites. O positivismo crítico Kelseniano tem consciência dos seus pressupostos e limitações e por isso muitas vezes foi criticado. Se sua obra serviu tanto ao nazismo, quanto ao fascismo, ao franquismo, à social-democracia ou ainda à democracia liberal, foi por se tratar de uma Teoria aberta e receptiva a qualquer conteúdo suscetível de ancoragem estatal.

A Teoria Pura do Direito é frequentemente julgada pejorativamente por buscar a despolitização, mas isso se dá por um erro de compreensão, pois a despolitização na Teoria Pura do Direito se refere à ciência do Direito e não a seu objeto como já destacado. Um Direito Puro só poderia ser pensado em termos de justiça e essa não é objeto da ciência do Direito.

A pureza do seu conhecimento, no sentido de indiferença política, é o seu objetivo característico. Isso significa que ele aceita a ordem jurídica conhecida sem avaliá-la como tal, e que se esforça para ser o menos tendencioso na apresentação e na interpretação do material jurídico. Ele, sobretudo, se recusa a apoiar quaisquer interesses políticos sobre o pretexto de interpretar o Direito positivo ou de fornecer a sua necessária correção através de uma norma de Direito natural, fingindo que tal norma é Direito positivo, quando, na realidade, ela está em conflito com ele.²⁷

A ciência do Direito descreve o Direito real, não o valor ou justifica emocionalmente. Todo direito positivo pode ser tido como justo de um ponto de vista político e injusto de outro ponto de vista também político. A justiça, se é que existe enquanto valor absoluto, está além do conhecimento científico racional.

A Teoria Pura do Direito se opõe às Teorias do Direito Natural, pois estas são essencialmente político-ideológicas e não científicas, não buscam conhecer o direito válido e sim justificá-lo. O problema para Kelsen não está em elas terem um caráter político, até porque Kelsen também foi um autor político, mas sim em tais teorias não se assumirem como políticas e buscarem fundamentos científicos

conceitos sobre percepção externa. Assim como Kant nos advertiu para não desprezarmos o fato de que as nossas percepções estão subjetivamente condicionadas, não devendo ser consideradas como idênticas ao que, embora incognoscível, é percebido, assim também a psicanálise nos adverte para não estabelecermos uma equivalência entre as percepções adquiridas por meio da consciência e os processos mentais inconscientes que constituem seu objeto. Assim como o físico, o psíquico, na realidade, não é necessariamente o que nos parece ser. Teremos satisfação em saber, contudo, que a correção da percepção interna não oferecerá dificuldades tão grandes como a correção da percepção externa – que os objetos internos são menos incognoscíveis do que o mundo externo. (pp. 172/176).

²⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p.626.

para suas asserções de cunho ideológico. Para Kelsen, o Direito Natural, com seu sincretismo metodológico, só pode responder a interesses subjetivos, sejam eles de grandes ou pequenos grupos, que buscam se disfarçar com a autoridade da ciência, ou seja, do conhecimento objetivo.²⁸

A pureza de seu conhecimento, no sentido de indiferença política, nada mais é do que uma tentativa honesta de produzir epistemologia jurídica e de investigar analiticamente a juridicidade, independente de suas crenças pessoais. A Teoria Pura do Direito é um marco científico importantíssimo para a doutrina jurídica, pois até então esta vinha atrelada a algemas morais, que são importantes para entender as causas que levam a escolha do conteúdo material das normas e sua origem, mas fogem do âmbito da cognição jurídica, na sua qualidade de dever-ser.²⁹ Além do que, tais algemas morais, que hoje sabemos são uma construção social, eram encaradas como o grande dragão que diz “Tu deves” e assim aprisiona o espírito em sua forma de camelo, única capaz de carregar o peso de todos os valores antes construídos.

O mundo do ser está necessariamente vinculado a uma luta por poder. Se por vezes a ordem jurídica foi usada como instrumento de dominação, não foi por uma invalidez jurídica, mas porque por trás de qualquer ordem jurídica com grau necessário de efetividade para se tornar positiva, existe uma solução política entre grupos de interesses conflitantes que determina o seu conteúdo social.³⁰

Kelsen também foi um autor político, e sua teoria política, assim como sua teoria jurídica, foi muito influenciada por suas crenças epistemológicas. Aqui justamente é onde reside o ponto central para entendermos como é leviano o julgamento pejorativo a que muitas vezes é submetida a obra jurídica de Kelsen por buscar a despolitização. Para o autor em tela, a epistemologia apresenta uma

²⁸ Kelsen, Hans. *Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, pp.32/35.

²⁹ 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.

³⁰ “Esta luta por poder apresenta-se invariavelmente como uma luta por ‘justiça’; todos os grupos em luta usam a ideologia do ‘Direito Natural’. Eles nunca apresentam os interesses que procuram concretizar como sendo meros interesses de grupos, mas como sendo o interesse ‘verdadeiro’, ‘comum’, ‘geral’. O resultado dessa luta determina o conteúdo temporário da ordem jurídica. Esta é, tão pouco quanto as suas partes componentes, a expressão do interesse geral, de um ‘interesse’ superior do ‘Estado’, acima dos interesses de grupo e além dos partidos políticos. Ademais, este conceito do ‘interesse do estado’ dissimula a idéia de um direito natural como justificativa absoluta da ordem jurídica positiva personificada como Estado”. (Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 627).

perfeita correspondência com a teoria política.³¹ A oposição entre Absolutismo e Relativismo filosófico que se apresenta na primeira, levaria a uma correspondente oposição entre autocracia e democracia, os representantes respectivamente do absolutismo e do relativismo no âmbito político.

Quem considera inacessíveis ao conhecimento humano a verdade absoluta e os valores absolutos não deve considerar possível apenas a própria opinião, mas também a opinião alheia. Por isso, o relativismo é a concepção do mundo suposta pela idéia democrática. A democracia julga da mesma maneira a vontade política de cada um, assim como respeita igualmente cada credo político, cada opinião política cuja expressão, alias, é a vontade política. Por isso a democracia dá a cada convicção política a mesma possibilidade de exprimir-se e de buscar conquistar o animo dos homens através da livre concorrência. (....)³²

Não é difícil perceber esse paralelo estabelecido por Kelsen quando nos damos conta que o problema central na Teoria do Conhecimento é a relação entre sujeito e objeto de conhecimento e não muito diferentemente, a discussão política por sua vez, se desenvolve em torno da relação sujeito e objeto de dominação.³³ Tanto em uma como em outra, a problemática essencial reside em saber qual o fator determinante nessa relação, se é o primeiro ou o segundo³⁴

³¹ “Desde que existe a filosofia, existe também a tentativa de relacioná-la com a política; podemos dizer que essa tentativa logrou êxito na medida em que, hoje, a ligação entre a teoria política e aquela parte da filosofia que chamamos ética é reconhecida como um truismo. Contudo, parece estranho supor - e este ensaio busca exatamente verificar esta suposição- que haja um paralelismo externo, e talvez até uma relação interna, entre a política e outros ramos da filosofia, como a epistemologia, isto é, a teoria do conhecimento, e a teoria dos valores. É justamente no âmbito dessas duas teorias que reside o antagonismo entre o absolutismo e o relativismo filosófico; e esse antagonismo parece ser em muitos aspectos análogo a oposição fundamental entre autocracia e a democracia, que representam respectivamente o absolutismo e o relativismo no domínio da política”. (KELSEN, Hans. *A Democracia*, p. 347.)

³² KELSEN, Hans. *A Democracia*, p. 105.

³³ KELSEN, Hans. *A Democracia*, p. 162.

³⁴ São seis as possibilidades que se estabelecem, dependendo de onde se direciona o foco da atenção: duas pré-metafísicas, duas ontológicas e duas teológicas. A solução pré-metafísica, quando favorável ao objeto é chamada de Objetivismo e quando favorável ao sujeito, Subjetivismo. Para o Objetivismo, o objeto, que é algo pronto, em si mesmo determinado, é o que determina o sujeito cognoscente. Esse de certa forma incorpora as determinações do objeto. Platão foi o primeiro a representar essa corrente, que posteriormente veio a ser seguida por Husserl. É importante ressaltar, que as semelhanças entre as doutrinas de Platão e Husserl se referem apenas ao seu pensamento fundamental, qual seja, que o reino objetivo das idéias ou essencialidades é a base sobre a qual se assenta todo o conhecimento. Porém, em seu desenvolvimento, a doutrina de Husserl permanece no reino das essencialidades ideais, enquanto Platão avança no sentido de atribuir-lhes realidades metafísicas. O Subjetivismo, ao contrário, transfere o conhecimento do objeto para o sujeito, mas não um sujeito qualquer, e sim um sujeito transcendente. Agostinho foi quem introduziu essa mudança ao transferir o mundo das idéias de Platão para o espírito divino. As essencialidades existentes por si, passaram a ser conteúdos da razão divina. É desse ser supremo que a consciência cognoscente recebe seus conteúdos e não mais dos objetos. Na filosofia moderna, o subjetivismo é resgatado pelos Neokantistas. Se o caráter ontológico for incluído na questão, a discussão se instala entre Idealistas, que são aqueles

Uma vez que, como aqui apontado, o centro da política e das teorias do conhecimento e do valor é a relação entre sujeito e objeto, a natureza do sujeito politizante e filosofante, a disposição original deste deve exercer uma influência decisiva sobre a formação das concepções a respeito de sua relação com o objeto de dominação, bem como com o de conhecimento e avaliação.³⁵

Como já mencionado, a cognição tem papel ativo na perspectiva kelseniana e é nela que Kelsen acredita estar a raiz comum entre convicção filosófica e crença política. É através da mentalidade do sujeito, de sua forma de experimentar a si e ao outro enquanto objeto, que provém tais posições ideológicas. Kelsen remete em última instância às peculiaridades da mente humana a resposta para o intransponível abismo criado pelo antagonismo entre esses dois sistemas políticos e filosóficos.

Somente reconhecendo que a formação dos sistemas políticos e filosóficos é determinada, em última instância, por peculiaridades da mente humana podemos explicar por que o antagonismo entre esses sistemas é de tal modo intransponível, por que a compreensão mútua é tão difícil, quando não impossível, e por que existem paixões tão inflamadas envolvidas no conflito, mesmo que este se dê apenas na esfera intelectual, enquanto mera divergência de opiniões, não se configurando ainda como um confronto na luta pelo poder.³⁶

Ele não está sozinho em sua opinião. Jung, na primeira parte de seu livro *Tipos Psicológicos*, despende bastante tempo em tentar mostrar que a maior parte dos conflitos e controvérsias religiosas, científicas, culturais, epistemológicas e ontológicas nada mais são que reflexos do antagonismo existente entre os tipos psicológicos³⁷. Entender, portanto, a descrição de certas estruturas e funções da psique, é básico para poder compreender o homem como indivíduo e como

que admitem que todos os objetos possuem um ser ideal, em forma de pensamento, e os Realistas, que por sua vez, afirmam existir além dos objetos ideais, os objetos reais, independentes do pensamento. No Realismo são muitas as variantes possíveis, mas elas todas tem como origem tanto histórica quanto psicológica o Realismo ingênuo. Esse é anterior a qualquer reflexão epistemológica, pois não distingue a percepção, que é um conteúdo da consciência, do objeto. Para os Realistas, as coisas são exatamente como as percebemos. Por fim, existe a possibilidade de se solucionar teologicamente o problema da relação sujeito-objeto, retrocedendo ao absoluto para determinar as relações entre ser e pensamento. As perspectivas aqui possíveis são a monista-panteísta ou a dualista-teísta. (HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*, pp.3/16)

³⁵ KELSEN, Hans. *A Democracia*, p. 162.

³⁶ KELSEN, Hans. *A Democracia*, p. 162.

³⁷ Jung delinea várias oposições (História Antiga e Medieval, Platão e Aristóteles, Nominalismo e o Realismo, Apolíneo e Dionisíaco, dentre outras), para demonstrar que esses pontos de vista nada mais são do que reflexo de uma atitude extrovertida ou introvertida diante da vida. (JUNG, Carl Gustav. *Tipos Psicológicos*, p.23).

membro de uma sociedade, já que tais funções têm papel decisivo nas relações entre homens e entre estes e o mundo.³⁸

Mas o ideal e o propósito da ciência não consistem numa descrição dos fatos, o mais exatamente possível – a ciência não pode concorrer com os registros cinematográficos e fonográficos – e só cumprirá seu fim e seu intento estabelecendo a lei, que não é outra coisa senão a expressão abreviada de múltiplos processos apreendidos, não obstante, num certo sentido de unidade. Esse intuito é alcançado através de uma concepção sobre o puro e simplesmente experimentável e, não obstante, sua validade universal e comprovada será sempre um produto do signo psicológico subjetivo do investigador. No estabelecimento de teorias e conceitos científicos há muito de continuidade pessoal. Há também uma equação psicológica pessoal, não só uma equação psicofísica.³⁹

Nada mais razoável, portanto, do que o credo político de um sujeito estar coordenado com sua visão de mundo, sua forma de se relacionar com o próximo e a ordem dessas relações, assim como sua relação com o mundo. Contudo, tal associação evidentemente só se dá na esfera da experiência e não da razão pura, o que nos leva à conclusão de que não se pode esperar uma subsunção exata entre visão política e sistema filosófico, pois a mente humana não é completamente dominada pela razão, não é sempre lógica.⁴⁰

Mas, exatamente pelo fato de ser na alma do ser humano empírico e não em uma esfera de razão pura que se originam a política e a filosofia, não devemos esperar que uma visão política definida esteja sempre, e em toda a parte, associada ao sistema filosófico que por lógica lhe corresponde. Ao longo da história das teorias políticas e filosóficas, a ligação entre ambas pode ser demonstrada por uma análise das obras dos pensadores mais representativos. Mas seria um grande erro ignorar a grande eficácia das forças da mente humana, capazes de destruir essa ligação e impedir que as atitudes políticas se associem às correspondentes concepções filosóficas e vice-versa. A mente humana não é tão completamente dominada pela razão e, portanto, nem sempre é lógica. As forças emocionais podem desviar o pensamento humano de seus rumos originais. É preciso levar em consideração as circunstâncias externas através das quais – ainda que a especulação filosófica não possa ser restrita – a liberdade da opinião política é abolida. Deve-se ainda notar que os juízos políticos, e sobretudo a decisão a favor da democracia ou da autocracia, em geral não se baseiam nem em uma investigação cabal dos fatos nem em um consciencioso autoquestionamento, mas são o resultado de uma situação momentânea ou de uma disposição de ânimo passageira.(...) ⁴¹

³⁸ JUNG, Carl Gustav. *Tipos Psicológicos*, p.23.

³⁹ JUNG, Carl Gustav. *Tipos Psicológicos*, p.34.

⁴⁰ Kelsen, Hans. *A Democracia*, p.163.

⁴¹ Kelsen, Hans. *A Democracia*, p.163. Kelsen, não só neste trecho como em outros, demonstra não negar a existência do inconsciente. E mais, percebe a importância deste na formação ideológica do sujeito. Contudo, não o reconhece o inconsciente como uma forma válida de apreensão do real, posicionamento característico da Modernidade.

Diante de tais assertivas, fica claro o quão relevante é o desenvolvimento de áreas como a psicologia para pensarmos a formação do conhecimento neste momento. Não para desvelar o conhecimento exterior em si, mas para entender uma realidade interior que é a da organização do nosso conhecimento ⁴².

Cabe agora perguntar o que diferencia esses sistemas político-filosóficos. No âmbito da filosofia, o absolutismo é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, isto é, independentemente do conhecimento humano. Como o conhecimento humano é restrito pela dimensão espaço-temporal, tal realidade absoluta estaria além dessas dimensões. Haveria juízos objetivos que se pretenderiam verdadeiros não só para o sujeito julgante, mas para todos, sempre e em todo lugar. E o que significa assumir a existência de uma verdade absoluta? Implica em admitir uma fonte perfeita, que só poderia ser uma autoridade absoluta. Mas não param aqui as conclusões nefastas, pois se a autoridade é absoluta, tanto a verdade por ela instituída como a noção de justiça são também absolutas.

O relativismo filosófico, por sua vez, é a crença da doutrina empírica que, enquanto objeto do conhecimento, entende a realidade como relativa ao sujeito cognoscitivo, não existindo, portanto, conhecimento da realidade além da esfera do conhecimento empírico humano ⁴³. Assumir como pressuposto a existência de um absoluto, além da experiência humana e, portanto, impossível de ser conhecido é assumir a possibilidade de uma verdade absoluta e valores absolutos, o que vai contra o credo relativista que só admite verdades e valores relativos.

Para um relativista, e Kelsen se considerava um, é clara a separação entre proposições sobre a realidade e juízos de valor, que, em última instância, não são baseados apenas em um conhecimento racional da realidade, mas especialmente nos fatores emocionais do sujeito cognoscente, que podem ser tanto conscientes quanto inconscientes. Como a fonte dos valores e dos juízos de verdade não é uma autoridade absoluta, mas o próprio sujeito, não há que se falar em valores, nem verdades absolutas, mas apenas relativos. ⁴⁴

⁴² MORIN, Edgar. *O Método 3: O conhecimento do conhecimento*, p.27.

⁴³ Conhecimento aqui entendido como consciente.

⁴⁴ Kelsen em sua caracterologia dizia ter a corrente relativista uma franca inclinação ao ceticismo, ao passo que o absolutismo filosófico revelaria uma irresistível tendência à religião monoteísta, pois a personificação do absoluto nada mais seria do que a sua representação como o onipotente,

Estamos aqui em torno de uma questão central para a Epistemologia e que deve ser esmiuçada, pois a todos que fazem uma leitura rasa de Kelsen parece que sua obra se associa a uma visão representacional de mundo, o que é um equívoco. Assumir a hipótese do absolutismo filosófico que crê na existência absoluta, independente do conhecimento humano, é pressupor a função do conhecimento como simples refletir. Isso sim é adotar como perspectiva uma visão representacional de mundo, como o fazem os Jusnaturalistas. Ao passo que quando se busca olhar o mundo por um viés epistêmico relativista, isso se dá pautado em uma perspectiva não representacional, como é o caso de Kelsen.

Qual a importância desta distinção? É imensa, pois o homem enquanto sujeito do processo cognitivo é epistemologicamente o criador de seu mundo, um mundo constituído em e por seu conhecimento, e eu diria mais, em e por sua vontade. O relativismo filosófico encara o sujeito como um sujeito de alteridade, pois sabe não haver uma realidade normatizante fora da produção humana.

A hipótese do absolutismo filosófico de que haja uma existência absoluta independente do conhecimento humano conduz à suposição de que a função do conhecimento é meramente a de refletir, como um espelho, os objetos existentes em si mesmos, ao passo que a epistemologia relativista, em sua mais clássica exposição, por Kant, interpreta o processo cognitivo como o processo de criação do seu objeto. Esta visão implica que o sujeito humano cognoscente é - epistemologicamente - o criador de seu próprio mundo, um mundo constituído exclusivamente no e pelo seu conhecimento.⁴⁵

2.2

Kelsen no país das maravilhas

Para entender melhor esta distinção entre uma visão representacional e uma visão não representacional de mundo, que é basilar para todo e qualquer desenvolvimento teórico, pois implica em perspectivas absolutamente opostas e que precisam ser pressupostas, usarei como marco teórico Wittgenstein, pois este perpassa as duas posições. Sua obra se divide em duas fases bem distintas: a

onisciente e onipresente criador do universo. Entidade absolutamente justa, cuja vontade é a lei da natureza e do homem e que não pode ser questionada pelos homens. (KELSEN, Hans. *A Democracia*, pp.164/165.)

⁴⁵ KELSEN, Hans. *A Democracia*, pp. 348/349.

primeira representada pelo *Tractatus*⁴⁶, concluído em 1918 e publicado em 1921, tendo sido esse seu único livro publicado em vida; a segunda, por sua vez, representada pelas *Investigações Filosóficas*, iniciadas em 1936-37, concluídas em 1945 e publicadas póstumamente.⁴⁷

O *Tractatus*, ao contrário das *Investigações Filosóficas*, é um marco no que se entende por uma visão representacional de conhecimento e linguagem, logo, deve ser entendido a partir do contexto filosófico que compreende a relação entre linguagem e realidade pela lógica. O objetivo de Wittgenstein, ao escrever o *Tractatus*, foi mostrar que os problemas de filosofia podem ser todos solucionados quando se chega a uma correta compreensão da linguagem e sua lógica.

Para o *Tractatus* a linguagem tem uma estrutura lógica subjacente, cujo entendimento mostra os limites do que pode se dizer clara e significativamente. Isso é sustentado dentro de uma perspectiva onde o que pode ser dito é o mesmo que pode ser pensado e o que pode ser pensado é espelho de uma realidade-em-si.⁴⁸

Partindo desse pressuposto, Wittgenstein busca então examinar como se dá a relação entre o discurso e o real, através da determinação de categorias (lógicas) gerais da linguagem e seu correspondente em categorias (ontológicas) gerais do real, visto que, identificar os limites da linguagem é o mesmo que identificar os limites do pensamento.

⁴⁶ “O único livro de filosofia que publicou em vida, o *Tractatus lógico-philosophicus* (edição alemã, 1921; edição inglesa, 1922) é uma das obras mais originais no campo da filosofia analítica, consistindo em uma discussão de problemas filosóficos centrais de ontologia, teoria do conhecimento, teoria do significado, através da análise lógica da natureza das proposições da linguagem”. (MARCONDES, Danilo. *Textos Básicos de Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*, p. 165)

⁴⁷ A divisão do pensamento de Wittgenstein em duas fases distintas é uma divisão tradicional feita por seus principais críticos e intérpretes. Entre o *Tractatus* e as *Investigações Filosóficas*, existiram textos escritos nos primeiros anos da década de 30, que retomavam algumas idéias do *Tractatus*, as re-elaborando em outra direção, que foram caracterizados como uma fase de transição. Esta, porém, não é uma questão pacífica, há aqueles que entendem ter havido uma ruptura radical entre a filosofia do *Tractatus* e a das *Investigações filosóficas* e há quem considere a existência de importantes pontos em comum nas duas obras, o que denotaria uma certa continuidade em seu desenvolvimento. (MARCONDES, Danilo. *Wittgenstein: Linguagem e Realidade*, p. 5.)

⁴⁸ Esse entendimento de que existe uma realidade-em-si, independente de nós sujeitos, a qual precisamos representar objetivamente, por meio de uma linguagem ideal surge com Descartes. Descartes acreditava que pelo pensamento seria possível dar conta do conhecimento objetivo. Porém, o pensamento não pode ser compartilhado, mas a linguagem sim, daí a necessidade de se criar uma linguagem ideal (lógica formal), livre das distorções advindas da linguagem cotidiana, que pudesse levar ao conhecimento objetivo. Wittgenstein em sua primeira fase buscou desenvolver essa linguagem ideal, de caráter universal, ahistórico e descontextualizado que descrevesse a “realidade”.

O *Tractatus* teve grande influência das obras de Frege e Russel e uma de suas idéias principais, também encontrada nestes autores, é a de que a forma gramatical e a forma lógica da linguagem não coincidem, o que levaria a muitos dos problemas metafísicos tradicionais. A filosofia para Wittgenstein seria uma atividade e não uma doutrina, que diante dessa confusão entre linguagem cotidiana e linguagem lógica, teria como objetivo, a elucidação lógica dos pensamentos. Pensamentos que na linguagem cotidiana seriam nebulosos e indivisos, pelo emprego da filosofia, se tornariam claros e precisos.

Como dito, essa concepção do *Tractatus* de filosofia como aquilo que elucida os pensamentos através da análise da linguagem, pressupõe, uma concepção isomórfica entre a linguagem e o real, ou seja, de que a forma lógica da linguagem é a forma lógica do mundo.

Para Wittgenstein, em sua primeira fase, tanto a linguagem quanto o mundo teriam uma estrutura, que seria a grosso modo a seguinte: combinações de nomes formariam as proposições elementares, que por sua vez, constituiriam as proposições, que então formariam a linguagem. Os nomes seriam os constituintes últimos da linguagem. O mundo, por sua vez, teria seu constituinte último nos objetos, que organizados formariam “estados de coisas”, que por sua vez, formariam fatos. O mundo seria uma totalidade de fatos. Cada nível de estrutura na linguagem corresponderia a um nível de estrutura no mundo e a noção de verdadeiro ou falso adviria justamente dessa relação de correspondência.

Wittgenstein, no próprio *Tractatus*, já reconhece algumas das dificuldades dessa posição, pois se o que dá significado às proposições são os fatos, não há sentido em se buscar uma metalinguagem, já que as proposições da metalinguagem não seriam imagens de fatos, mas pretenderiam falar da própria linguagem.⁴⁹

Outro problema que torna inadequada essa solução é o caráter epistemológico e ontológico da questão. Como já dito, nada mais natural do que a elaboração de um conceito acompanhar a *Epistème* de sua época. A Filosofia-Analítica, corrente da Filosofia da Linguagem, da qual o *Tractatus* foi representante, se insere nesta perspectiva, no arcabouço do paradigma Moderno.

⁴⁹ MARCONDES, Danilo. *Wittgenstein: Linguagem e Realidade*, pp. 1/10.

A modernidade europeia do séc. XIII emergiu da desintegração da ordem medieval. Com o deslocamento do plano transcendente do imaginário medieval, para o imanente, se criaram novas formas de pensar o que é o ser (ontologia), o conhecimento (epistemologia) e o homem (antropologia). A Modernidade foi justamente o produto de uma revolução no bojo da qual foram questionados todos esses padrões

Mundo novo, homem novo, ciência nova, os tempos modernos são o ponto de não-retorno do problema do homem e da reflexão antropológica. O objeto não é mais o mesmo: fala-se da alma, mas esta como que se dilata, após a cisão cartesiana, para abarcar o corpo e as pulsões da carne (as paixões, os instintos, os apetites etc.) que passam a prevalecer sobre sua parte puramente racional, até então tida como diretora (sem a roda das paixões, não haveria progresso, sequer refinamento do gosto, dizia Voltaire). E também não é a mesma forma de reflexão: no lugar das antropologias do homem interior e do homem pecaminoso, as antropologias do homem-máquina e do homem histórico – e para sua constituição bastam a observação empírica e a análise lógica, à diferença dos antigos e dos medievais.⁵⁰

O modelo de racionalidade que preside a Modernidade constituiu-se a partir da revolução científica do séc. XVI, se estendendo não só às ciências naturais, mas também às sociais. Por se achar que o conhecimento era homogêneo, a racionalidade científica se tornou um modelo totalitário, impregnando todas as ciências a época. Para um Moderno, todo o ser é determinado, o homem é um ser racional, todo o real é organizado de forma racional e existe uma dicotomia profunda entre cultura e natureza.⁵¹ Sobre essa dicotomia, nos fala Boaventura de Sousa Santos:

(...) é total a separação entre a natureza e o ser humano. A natureza é tão-só extensão e movimento; é passiva, eterna e reversível, mecanismo cujos elementos se podem desmontar e depois relacionar sob a forma direitos e leis; não tem qualquer outra qualidade ou dignidade que nos impeça de desvendar os seus mistérios, desvendamento que não é contemplativo, mas antes activo, já que visa conhecer a natureza para dominar e controlar. Como diz Bacon, a ciência fará da pessoa humana “o senhor e o possuidor da natureza”⁵²

⁵⁰ DOMINGUES, Ivan. *O Grau Zero do Conhecimento*, p. 32.

⁵¹ PLASTINO, Carlos Alberto, *Sentido e Complexidade*, pp 1/6.

⁵² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as Ciências*, p. 25.

A Modernidade tem uma visão determinista de um universo pronto e racionalmente constituído. A natureza é vista como um mecanismo sem alma, separado do homem e desprovido de qualquer finalidade. O objetivo do método imposto por esse novo padrão de racionalidade é justamente descobrir as leis que regem o mundo, para assim poder dominá-lo. A ciência passa, neste momento, a ser instrumento de dominação da natureza pelo homem.

Nesse novo modelo de concepção de mundo, o homem deixou de ser o centro do universo. De um mundo fechado, passamos para um universo infinito pronto a ser desvendado pelo poder sem limites do intelecto humano. Por fim, houve a derradeira separação entre ciência e moral e a eliminação da ordem das essências, tão cara à Metafísica, sendo essa substituída pelo puro fenômeno. As ciências passaram a ser empíricas por excelência.⁵³

Sem dúvidas, o problema da fundamentação do conhecimento é tão antigo como a humanidade. Porém, foi na Modernidade, herdeira da Antiguidade clássica, mas também lugar de ruptura e ponto de inflexão, que este problema adquiriu nova formulação. Não só a pergunta não foi mais a mesma, pois deixou de referir-se à fundamentação do conhecimento, para se dirigir a uma fundamentação absoluta, como a resposta também não foi mais a mesma.

A preocupação aqui passou a ser quanto à certeza do conhecimento e seu método de justificação, o que não ocorria, por exemplo, entre os gregos, já que estes não eram dados à busca de um conhecimento absoluto. Para eles, o conhecimento absoluto (que é fundado na intuição) seria próprio dos Deuses, não dos homens, que só tinham acesso ao conhecimento das coisas justas e úteis, ou seja, a um conhecimento por aproximação, onde o próprio homem era a medida. O seu métron era a alma. Já os Modernos, por sua vez, buscaram seu fundamento absoluto através da razão.

Como nada nos assegura, quando resolvemos conhecer algo, que não estamos nos enganando e sim efetivamente conhecendo o ser verdadeiro, os Modernos buscaram fundamentar o conhecimento. Para isso procuraram entre as idéias através das quais conhecemos as coisas, as que são mais firmes e sólidas a ponto de serem tomadas como verdadeiras. E então nelas, fundaram seu ponto de

⁵³ DOMINGUES, Ivan. *O Grau Zero do Conhecimento: O problema da fundamentação das ciências humanas*, pp. 32/39.

partida, para dali poder deduzir todo o resto. Fundamental confere certeza ao conhecimento.

Para tanto eles recorreram essencialmente a três estratégias discursivas: uma que toma a verdade como essência a ser desvelada; uma que toma a verdade como fatos a descrever e por fim, uma terceira de cunho historicista, que faz do conhecimento práxis e da verdade um devir, fruto do tempo e das ações humanas.

Quanto à terceira, mais contemporânea, além de abolir os modelos de cientificidade tanto do Essencialismo, quanto do Fenomenismo, levou a ruína a tentativa de fundamentação do conhecimento ⁵⁴.

Sem um ponto de apoio firme a remontar, o espírito assiste perplexo ao surgimento de uma empresa cada vez mais dependente do sujeito, sujeito que, não obstante, não se revela mais capaz de nos dar o ponto arquimediano do conhecimento, qualquer que seja ele. De um lado a determinação da coisa nunca é completa: os radicais e as regras de derivação não são as mesmas no grupo das línguas indo-européias e das línguas americanas; os elementos últimos dos modos de produção capitalista e asiático não são os mesmos: este, assentado num elemento natural: a terra; aquele, num elemento historicamente constituído: o capital – então, o fundamento não é unívoco, do mesmo modo que não é fixa a determinação. De outro, a formalização do conhecimento nunca é plena ou exaustiva: “Paralela” pode dar nascimento às geometrias não euclidianas, “massa” pode tornar-se o equivalente de “energia” (Einstein); “tempo” pode designar a eternidade do inconsciente (Freud), a “ausência” da história nas sociedades primitivas (Lévi-Strauss) e o movimento de rotação do capital nas sociedades históricas do capitalismo (Marx) – portanto, dependendo sempre de um sistema exterior de referência, é impossível o círculo axiomático formalizar sua própria formalização.⁵⁵

O avanço da física foi o golpe final para detonar a crise do paradigma Moderno, levando a uma transformação profunda na concepção do ato de conhecer. Não há mais, diante dos avanços científicos, como se sustentar epistemologicamente a neutralidade do sujeito, nem ontologicamente a determinidade do ser, o que coloca em maus lençóis uma visão representacional de mundo, tendo em vista que é sobre esses dois pilares que tal perspectiva se sustenta e também o Jusnaturalismo.⁵⁶

⁵⁴ DOMINGUES, Ivan. *O Grau Zero do Conhecimento: O problema da fundamentação das ciências humanas*, pp 44/51.

⁵⁵ DOMINGUES, Ivan. *O Grau Zero do Conhecimento: O problema da fundamentação das ciências humanas*, p. 51.

⁵⁶ “A diferenciação entre o sujeito e o objeto de conhecimento – tributária da perspectiva cartesiana – é elevada neste modelo, a forma exclusiva de conhecimento, alijando desse modo as múltiplas experiências de apreensão direta do real. A crítica desse pressuposto racionalista e da teoria representacional da linguagem que dela deriva, constitui sem dúvida um importante

Nossa ciência avançou de tal maneira, que aproximou-nos de desconhecidos que desafiam nossos conceitos, e nos coloca diante da inacessibilidade do conhecimento. A razão, que até então parecia ser a forma mais segura de conhecimento, descobriu em si uma sombra cega.

Estamos vivendo uma mudança paradigmática, onde no paradigma que emerge é preciso associar a busca de novas estratégias e o processo de criação do futuro, com o processo de pensar e perceber esse grande contexto em que a vida acontece que é o mundo em que vivemos.

A busca da verdade agora necessariamente tem que estar ligada à investigação sobre a possibilidade da verdade. A noção de conhecimento se amplia quando percebemos que ele comporta legitimamente essa diversidade e multiplicidade. Talvez a verdade não seja uma, mas sejam várias.

Se no paradigma da complexidade as ciências e saberes contemporâneos se deparam com uma realidade complexa e heterogênea, não é nos dado mais a possibilidade de atrelar o conhecimento a uma só teoria, uma única noção ou percepção. Ele deve, sim, ser concebido com vários modos ou níveis, ao qual corresponde cada uma dessas perspectivas.

O ato de conhecimento, ao mesmo tempo biológico, cerebral, espiritual, lógico, lingüístico, cultural, social, histórico, faz com que o conhecimento não possa ser dissociado da vida humana e da relação social. Os fenômenos cognitivos dependem de processos infracognitivos e exercem efeitos e influências metacognitivos. Também o espírito deve tomar consciência das condições não espirituais da sua atividade. Vemos com dificuldade a possibilidade de isolar o campo do conhecimento se temos necessidade de conceber as condições bio-antropo-sócio-culturais de formação e de emergência do conhecimento assim como os domínios de intervenção e de influência do conhecimento. Finalmente, é toda a relação entre o homem, a sociedade, a vida, o mundo que se acha atingida e problematizada de novo e através do conhecimento do conhecimento⁵⁷

É dentro dessa nova perspectiva paradigmática contemporânea que podemos situar a obra *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, que melhor representa a fase final de seu pensamento. Wittgenstein desenvolveu de modo

movimento teórico em direção à ultrapassagem do paradigma moderno e de seus impasses. Continua, contudo, prisioneira dos limites desse paradigma, na medida em que continua sustentando o monopólio da consciência, ignorando, assim não apenas outras ricas e antigas experiências de conhecimento, mas também as descobertas da psicanálise sobre a participação do inconsciente na apreensão do real. (PLASTINO, Carlos Alberto. *O Quinto Rombo: a psicanálise*, p18)

⁵⁷ MORIN, Edgar. *O Método 3: O conhecimento do conhecimento*, p.26.

particularmente original, ao escrever as *Investigações Filosóficas*, uma nova dimensão para o uso dos signos, em oposição a uma concepção tradicional dos sinais.⁵⁸

Essa nova dimensão de uso dos signos em um contexto de interação, de comunicação, de natureza social, pressupõe uma re-definição dos processos de significação, que rompe com a concepção apresentada em sua obra anterior, do signo como um representante da realidade externa, por meio de sua vinculação a um elemento interno (conceito, idéia, signo mental), ou seja, rompe com uma visão representacional de mundo, no sentido de “espelho da mente”. Kelsen com a Teoria Pura do Direito fez o mesmo, ao se opor às idéias Jusnaturalistas, que defendiam a existência de um Direito Natural como espelho da Justiça.

A alternativa que Wittgenstein propõe a esta concepção representacional de significados são os “jogos de linguagem”. Com a noção de “jogos de linguagem” Wittgenstein se esquivava do solipsismo Moderno ao estabelecer uma visão não representacional de conhecimento, uma visão construtivista. Wittgenstein passa a se preocupar aqui, não mais com a análise lógica das proposições, e sim com seu uso por falantes e ouvintes em contextos específicos. A linguagem adquire um caráter de prática social concreta, sendo o significado dos signos, dado por essa prática.⁵⁹

A dicotomia entre linguagem e realidade, em que o signo representa um determinado objeto do real, leva à necessidade lógica de ter que explicar como essa relação se dá. O solipsismo Moderno consiste justamente em não se ter como garantir que esta relação privada ou subjetiva entre a mente do sujeito e o objeto real estabeleça de fato uma subsunção exata da natureza do objeto externo. E mais, também não há garantias de que a nossa forma de utilizar os signos

⁵⁸ Santo Agostinho em seu texto “Sobre a Doutrina Cristã” representa bem o que seria uma concepção tradicional dos sinais. “Entre os signos (*de signis*), alguns são naturais e outros convencionais. Os naturais são os que, sem intenção nem desejo de significação, dão a conhecer, por si próprios alguma outra coisa além do que são em si. Assim, a fumaça é signo do fogo (...) Sinais convencionais (*data signa*) são os que todos os seres vivos mutuamente se trocam para manifestar – na medida do possível – os movimentos de sua alma, tais sejam as sensações e os pensamentos. Não há outra razão para significar, isto é, para imitar um signo, a não ser expor e comunicar ao espírito dos outros o que se tinha em si próprio ao emitir o signo. (Santo Agostinho apud MARCONDES, Danilo. *Da fronteira entre o Semântico e o Simbólico: Por uma concepção performativa de linguagem*, p.2)

⁵⁹ MARCONDES, Danilo, *Textos Básicos de Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*, p. 167.

lingüísticos para expressar tal relação seja idêntica a dos outros falantes da mesma língua⁶⁰

Danilo Marcondes define “jogos de linguagem” como: “*uma ‘totalidade’ consistindo da linguagem, isto é, das palavras ou signos lingüísticos e das ações com que estão entrelaçadas.*”⁶¹ (...) Ele ainda nos diz mais, informa que os jogos de linguagem são “*mútiplos, multifacetados e irredutíveis uns aos outros*”⁶²

Quando se pensa em “jogos de linguagem”, o significado não é mais dado pela forma da sentença, pelo sentido de seus componentes ou por uma referência externa, mas sim, pelo uso que é feito desses signos nos diferentes contextos em que são empregados. A referência pode até ter um papel na determinação do significado, mas não é ela que o determina. Uma mesma expressão lingüística pode ter significados diversos, dependendo dos efeitos e conseqüências que gera em seus usos específicos, o que quer dizer que o significado é assim indeterminado, só podendo ser entendido dentro do “jogo de linguagem” em que é usado.⁶³

O que pode haver, quando há ‘representação’, é um número, em certo sentido, ilimitado de representações possíveis com relação à realidade. Nada obriga, nenhuma necessidade natural nos obriga a fazer as representações que fazemos; quando fazemos. Quem determina nossas representações não é nenhum aspecto da natureza – nem a nossa natureza biológica, nem a natureza do ‘mundo externo’-mas as regras normativas de nossa linguagem que são arbitrárias com relação à realidade. **Nossa natureza biológica e o ‘mundo externo’ podem ser pré-requisitos para nossos conceitos mas não são determinantes. (grifo meu)** O que determina o significado de nossos conceitos é o uso que fazemos deles, e pode haver mais de um uso para uma expressão verbal ou uma palavra. Logo, pode haver mais de um significado. O uso se dá dentro de um contexto, de um

⁶⁰MARCONDES, Danilo. *Da Fronteira entre o Semântico e o Simbólico: Por uma concepção performativa de linguagem*, p.7.

⁶¹MARCONDES, Danilo. *Da Fronteira entre o Semântico e o Simbólico: Por uma concepção performativa de linguagem*, p.8.

⁶²MARCONDES, Danilo, *Wittgeinstein: Linguagem e Realidade*, p.11.

⁶³ Humberto Mariotti, com base em Maturana, nos traz uma explicação neurológica para o fenômeno acima descrito: “Nossa linguagem falada e escrita consiste em abstrações e símbolos. É preciso entender essa condição em relação à estrutura do sistema nervoso. Segundo Maturana, esse sistema ao funcionar não faz diferença entre classes de estímulos, isto é, não distingue de onde vêm as suas mudanças de estado. Ele não opera por meio de símbolos, e sim mediante relações concretas de atividade. Os símbolos são criações do observador. O que um observador percebe como equivalências simbólicas na verdade constitui um modo seu de explicação. O sistema nervoso produz comportamentos que fazem sentido em contextos de relações. Estas, por sua vez, são expressas pelo observador como equivalências simbólicas. (...) O psiquiatra Ronald Laing observa que é pela experiência (isto é, a interação) que surgimos no mundo uns para os outros, e não por meio da linguagem falada ou escrita. (*As Paixões do Ego*, p.78)

contexto lingüístico e não apenas material, embora o material possa fazer parte do contexto lingüístico.⁶⁴

No mesmo sentido, Kelsen nos diz:

Com respecto a la interpretación de normas concretas por la ciencia del derecho, la teoría pura del derecho destaca la casi siempre existente y más o menos amplia, pluralidad de significaciones del material a interpretarse. Ella reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que solo una de estas interpretaciones se ala “correcta”.⁶⁵

O que Wittgenstein pretende enfatizar com o termo “jogos de linguagem” é justamente o fato de que falar a linguagem é parte de uma atividade, de uma forma de vida.⁶⁶ Os jogos se constituem a partir de regras de uso, convencionadas socialmente, que dão o contexto a partir do qual os significados vão ser extraídos.⁶⁷ As crianças aprendem diversos “jogos de linguagem” cujo significado é dado por sua forma de vida. Não é diferente com o Direito positivo, que tem um caráter de prática social e que assim como as nossas representações, não é determinado por um aspecto da natureza – mas por regras normativas que são arbitrárias com relação à realidade.

Aristóteles ao distinguir o Direito Natural do Direito Positivo já o fazia dizendo:

a) o direito natural é aquele que tem em toda a parte (pantacho) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.⁶⁸

⁶⁴ Lampreia, C. *As Propostas Antimentalistas no desenvolvimento Cognitivo: Uma Discussão de seus Limites*. Tese de Doutorado. Depto de Psicologia, Puc-Rio.

⁶⁵ Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* pp. 27/28.

⁶⁶ Marcondes, Danilo *Wittgenstein: Linguagem e Realidade*, p.13.

⁶⁷ Marcondes, Danilo *Wittgenstein: Linguagem e Realidade*, pp. 11/15.

⁶⁸ Bobbio, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, p. 17

O uso dos signos não se presta mais a descrever a realidade ou se referir a ela, ao contrário, é utilizado para fazer algo, para interferir no real, para criar o real. Em uma visão não representacional de mundo, o uso da linguagem e a realização de atos são inseparáveis. Nem a linguagem se define mais por sua relação com o real, nem a verdade é mais compreendida como a correspondência entre ambas.⁶⁹ Wittgenstein retira a palavra de seu uso metafísico, abstrato, fora de contexto e o traz para o uso cotidiano, onde a palavra é analisada em seu contexto de uso.⁷⁰ Onde é o social que convenciona o que é aceitável ou não, o que é correto ou não.

Em Kelsen também encontramos o social como agente convencionante do certo e do errado, através da noção de imputação. Para a Teoria Pura do Direito a sanção não é derivada do delito, como as consequências naturais o são de suas causas, mas sim é imputada a este.⁷¹

A distinção essencial entre a imputação normativa e a causalidade está em que nesta, a vinculação dos elementos se dá independente de qualquer vontade humana ou sobre-humana (mundo do ser), já naquela a vinculação é criada por um ato de vontade cujo sentido é a norma (mundo do dever ser).⁷²

⁶⁹ MARCONDES, Danilo. *Da Fronteira entre o Semântico e o Simbólico: Por uma concepção performativa de linguagem*, p.8.

⁷⁰ MARCONDES, Danilo. *Da Fronteira entre o Semântico e o Simbólico: Por uma concepção performativa de linguagem*, p.8.

⁷¹ Luiz Fernando Schuartz em seu livro *Norma, Contingência e Racionalidade*, com o objetivo de construir uma teoria pragmática da norma jurídica, se propõe também a resgatar certos pressupostos e afirmações da obra de Kelsen, especialmente no que diz respeito à existência/validade da norma jurídica. Sua hipótese central, que inclusive dá nome a um capítulo do livro, é a existência de uma práxis recalcada na Teoria da Norma de Kelsen. O autor entende a “*intencionalidade* como aspecto ontologicamente distintivo da região na qual Kelsen localiza o objeto específico (Gegenstand) do conhecimento do direito, qual seja, as normas jurídicas (...)” (pp. 2/3) Sua fonte de inspiração para essa releitura filosófica de Kelsen foi o livro “*Making it Explicit. Reasoning, representing and Discursive Commitment*” de Robert Brandom.

⁷² “É usual distinguir ciências naturais e sociais como ciências que tratam de dois objetos diferentes: natureza e sociedade. Mas natureza e sociedade são realmente dois objetos diferentes? A natureza, segundo uma dentre muitas definições, é uma ordem particular de coisas, ou um sistema de elementos ligados um ao outro como causa e efeito, isto é, segundo o princípio específico denominado “causalidade”. As chamadas leis da natureza, pelas quais a ciência da natureza descreve seu objeto (por exemplo, a afirmação: um corpo metálico expande-se quando aquecido), são aplicações desse princípio. A ligação entre calor e expansão em nosso exemplo é a de causa e efeito. Se existe uma ciência social diferente da ciência natural, ela deve descrever seu objeto segundo um princípio diferente do princípio da causalidade. A sociedade é uma ordem da conduta humana. Mas não há razão suficiente para considerar a conduta humana como um elemento da natureza, isto é, como determinada pela lei da causalidade; e, na medida em que a conduta humana é concebida como determinada por leis causais, uma ciência que lida com a conduta mútua dos homens e que, por esse motivo, é classificada como um ciência social, não difere essencialmente da física ou da biologia. Contudo, se analisarmos nossas proposições quanto à conduta humana, descobriremos que ligamos atos de seres humanos entre si e com outros fatos não apenas única e exclusivamente segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito,

Esse tipo de distinção não ocorre dentro de um paradigma metafísico-religioso, pois nele as leis naturais são interpretadas como normas que procedem de uma vontade divina, como para a corrente metafísica do Direito. Sobre esse sofisma, que crê poder deduzir de um ser um dever ser, está fundada a Teoria do Direito Natural, que a Teoria Pura do Direito, enquanto ciência racional do Direito, rechaça como metafísica, irracional e não submetida a Lógica.

Essa nova perspectiva introduzida por Wittgenstein é revolucionária, pois explode a lógica e a ontologia herdadas, ao nos fazer reconhecer os limites estreitos da validade das categorias tradicionais. Ela muda radicalmente, talvez a mais fundamental de todas as categorias, o “ser” que passa a ser visto como “sendo”.

Outro conceito importante trazido por Wittgenstein em sua segunda fase são as “semelhanças de família”. Aqui os signos não têm uma essência definidora, então o que une todos os entes que são categorizados por um determinado signo são alguns traços em comum, mais fortes entre tipos mais próximos, mais fracos entre os mais distantes.⁷³ Não há um único traço sequer que seja comum a todas as manifestações e, portanto, essencial à significação, mas todas são aparentadas entre si de maneiras diferentes. Uma família é formada por uma rede complexa de semelhanças que se sobrepõem e entrecruzam.⁷⁴

Kelsen em seu texto *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*⁷⁵ nos explica que o Direito, enquanto objeto de conhecimento, pode ser abordado pelos mais diversos enfoques e que o enfoque escolhido por ele para empreender tal tarefa é aquele que, apoiado na comparação de todos os fenômenos qualificados como “Direito”, busca extrair o método específico e os conceitos fundamentais com os quais é possível descrever qualquer tipo de Direito. Ou seja, Kelsen buscou encontrar aquilo que Wittgenstein classificou como semelhança de família, dentro dos fenômenos chamados de Direito e isso é uma opção de recorte, assim como a

mas segundo outro princípio, inteiramente diverso da causalidade, um princípio para o qual a ciência ainda não estabeleceu um termo geralmente reconhecido. Apenas se for possível provar a existência desse princípio em nosso pensamento e sua aplicação nas ciências que lidam com a conduta humana, estaremos autorizados a considerar a sociedade como uma ordem ou um sistema diferente do da natureza, e as ciências que se ocupam da sociedade como diferentes das ciências naturais.” (KELSEN, Hans. *O que é a Justiça?*, pp. 323/324)

⁷³ MARCONDES, Danilo. *Wittgenstein: Linguagem e Realidade* pp.11/15.

⁷⁴ MARCONDES, Danilo. *Textos Básicos de Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*, p.169.

⁷⁵ Trata-se de uma pequena, mas muito elucidativa, obra de Hans Kelsen escrita em 1953, com o fim de explicitar e fundamentar o recorte metodológico feito pelo autor em seu projeto teórico para o Direito.

sociologia em um paralelo busca entender os “jogos de linguagem” jogados em determinados contextos.

El derecho puede ser objeto del conocimiento de muy diversas maneras. Se puede considerar sistemáticamente un determinado orden jurídico por ejemplo, el derecho de Francia o el derecho internacional; o un determinado grupo de normas de un orden jurídico tales como el derecho penal de Suécia o el derecho de obligaciones de Suiza; o una disposición jurídica singular, como la regularización de los intereses moratarios según el Código Civil Austriaco. Se puede luego pretender aclarar la norma o normas de que se trate, dilucidar su sentido tal como surge inmediatamente de la auténtica formulación que há recibido el derecho en tanto ley, disposición, contrato, etc. En este caso, el estudio del derecho positivo se vincula con su interpretación. Pero también se puede investigar como se há originado históricamente el contenido de un determinado orden jurídico, o cuales son las causas económicas y políticas que han determinado este contenido. Se puede también comparar el contenido de un orden jurídico con el de outro a los fines de obtener ciertos tipos jurídicos. Y por último, apoyándose en la comparación de todos los fenómenos calificados como “derecho”, se puede investigar la esencia⁷⁶ del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que há tenido en las diferentes épocas y países. Esta es la tarea de una teoría general del derecho, es decir, de una teoría que no se limita a un determinado orden jurídico o a determinadas normas jurídicas. Esta teoría tiene que precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho; de esta manera, proporciona la fundamentación teórica de toda consideración que tenga por objeto un derecho o institución jurídica especial. La teoría pura del derecho quiere ser una teoría general del derecho de este tipo.⁷⁷

O sistema elaborado por Wittgenstein, em sua segunda fase, se mostra totalmente adequado ao novo paradigma, enquanto perspectiva construtivista e pragmática de sujeito e de mundo. Em uma visão não-representacional de conhecimento e linguagem, o homem passa a ser entendido muito mais dentro de uma concepção social do que biológica.

Aqui estamos diante do homem dialógico, socialmente constituído, integrado com o todo e não mais do indivíduo atomizado da Modernidade. A criança assim que nasce já está imersa em uma rede de significações de sua cultura, que envolve crenças, mitologia, formas de vida e não há como se escapar dessa rede, sem se cair em outra rede de significações. E mais, quando partimos de uma perspectiva não-representacional de linguagem, percebemos que o real

⁷⁶ Essência aqui não deve ser entendida como algo metafísico, imutável e sim como traços recorrentes encontrados nos fenômenos até então classificados como Direito. Se, futuramente, o que hoje entendemos como Direito vier a se modificar, passando a ter outras características, diversas das atuais, a essência do que será classificado como Direito serão outras “semelhanças de família” que não as atuais.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, pp.7/9.

também é constituído pelo social. A realidade compartilhada, assim como este homem dialógico, são produtos da linguagem.

(...) Só existe plena e puramente identidade como instituída, na e pela instituição social-histórica da identidade e do idêntico. A enigmaticidade da identidade natural dos homens, por exemplo, só é, e só é enigmaticidade, mediante a identidade indubitável da palavra “homem” qualquer que seja quem a enuncia ou o momento em que é enunciada. A identidade é instituída como esquema nuclear do *legein* social. Se dissessem que aqui também ela não é jamais “efetiva” ou “real”, isso só faria confirmar o que eu digo: a identidade é instituída como regra e norma de identidade, como primeira norma e forma sem o que nada pode ser da sociedade, na sociedade, para a sociedade. A instituição é sempre instituição, também da norma. (...) só posso falar-pensar estabelecendo esta condição (...) Não é apenas pelo fato de que só a instituição social-histórica possa “enunciar”, “formular”, “explicitar” a idéia, o esquema, a efetividade da identidade: somente a instituição social-histórica faz ser, e isso pela primeira vez na história do mundo, a identidade como tal fazendo ser o idêntico como rigorosamente idêntico. Nesse sentido a identidade “plena” é, e só é, como instituída. A identidade que faz ser a sociedade é outra que não a “identidade” que podemos (devemos) postular na natureza: a sociedade faz ser a identidade com um modo de ser impossível e inconcebível em outro lugar. Não é somente – isso é secundário – que a identidade seja “estabelecida” pela instituição como um decreto sustentando que deve haver o idêntico. É que a própria instituição só pode ser como norma de identidade, de identidade da instituição consigo mesma, ela só pode ser sendo ela própria o que ela decreta como devendo ser: identidade da norma a si mesma estabelecida pela norma para que possa haver norma de identidade a si mesmo. Assim também, “existem leis” é lei pressuposta por todo o conjunto de leis, e que só pode ser lei se, e somente se, existem leis. Ou ainda: “é preciso obedecer à lei” – é a primeira lei sem o que não há lei – e que não é lei, porque ela é vazia se não existem leis.⁷⁸

Kelsen ao desenvolver sua Teoria Pura tinha a exata noção de o fazer dentro de um *legein*⁷⁹ social, onde a norma fundamental é a hipótese que cumpre o papel dessa primeira lei. A norma fundamental de Kelsen é o que no positivismo jurídico corresponde ao princípio lógico transcendental da cognição Kantiana. Ela que é o pressuposto final e a base hipotética de qualquer ordem jurídica. A norma fundamental não é uma norma positiva, mas sim pressuposto de condição de todas

⁷⁸ CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. pp. 242 / 243.

⁷⁹ “*Legein*: distinguir-escolher-estabelecer-juntar-contar-dizer: condição e ao mesmo tempo criação da sociedade, condição criada por aquilo que ela mesma condiciona. Para que a sociedade possa existir, para que uma linguagem possa ser instaurada e funcionar, para que uma prática refletida possa desenvolver-se, para que os homens possam relacionar-se uns com os outros de outra maneira que não no fantasma, é preciso que de uma forma ou de outra, em determinado nível, em determinada camada ou estrato do fazer e do representar social, tudo possa tornar-se congruente com o que a definição de Cantor implica. Para vê-lo basta considerar o que está em jogo nesta definição, sua consubstancialidade com a lógica identitária, como também com o que está sempre estabelecido na e pela linguagem. (CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. p. 262.)

as normas jurídicas positivas. As normas positivas não derivam da norma fundamental, mas podem ser compreendidas apenas por meio dela, assim como o mundo empírico não deriva dos pressupostos lógicos transcendentais, mas são essas condições necessárias de toda experiência.

A norma fundamental além de servir como fonte de reconhecimento do que é o Direito material e historicamente estabelecido, serve como postulado de uma ordem significativa⁸⁰, isto é, não contraditória. Essa necessária coerência é um requisito que não é possível de ser assegurado unicamente pelo princípio dinâmico de delegação, o que faz com que a ciência jurídica acabe indo além do positivismo puro, pois se não o fizesse, estaria sendo decretado o auto-abandono da própria ciência jurídica.

A norma fundamental foi aqui descrita como a pressuposição essencial de qualquer cognição jurídica positivista. Caso se deseje considerá-la como elemento de uma doutrina de Direito natural, a despeito de sua renúncia a qualquer elemento de justiça material, pouca objeção se pode fazer; na verdade, tão pouca objeção quanto se pode opor caso se queira chamar metafísicas as categorias da filosofia transcendental de Kant por não serem elas dados da experiência, mas condições da experiência. O que está envolvido, simplesmente, é, lá, um mínimo de metafísica, e aqui, de Direito Natural, sem as quais não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito. A norma fundamental hipotética responde à questão: como é possível o Direito positivo como objeto de cognição; como é possível o Direito positivo como objeto de ciência jurídica; e, conseqüentemente, como é possível uma ciência jurídica? A teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina de Direito natural, em conformidade com a lógica transcendental de Kant.⁸¹

Como dito anteriormente, o que diferencia para Kelsen uma atitude científico-crítica de uma atitude metafísica é a consciência que a primeira tem de seus limites. Eu diria que é a consciência de estar inserida em um *legein* e essa não é tida por qualquer ciência, mas apenas por aquelas que partem de uma perspectiva não-representacional de mundo.

O direito positivo kelseniano tem a consciência de seus limites, atrelados a uma forma de vida específica, a uma ordem significativa ou um contexto de

⁸⁰ Significativa quer dizer que para ser positiva, qualquer ordem jurídica tem que coincidir até certo ponto com as condutas humanas. Evidente que sempre existirão atos que violam a ordem jurídica, senão a ordem jurídica seria inclusive destituída de sentido, pois não há senso em se prescrever apenas o que já acontece espontaneamente. Mas as condutas também não podem contradizer completamente a ordem jurídica que a elas regula. As normas postas, portanto, tem que ser de maneira geral cumpridas, de forma que haja uma eficácia global da norma. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 624)

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p 625.

linguagem como diria Wittgenstein. Kelsen percebe que o valor justiça deve ser buscado, mas isso não faz com que ele deixe de ser uma configuração voluntária da ordem social. Já a doutrina de Direito natural, por sua vez, se pretende justa independente do contexto.

Por isso que, ao analisar a interpretação das normas positivas, Kelsen discrimina duas formas de interpretação: a da autoridade judiciária e da ciência jurídica, sendo que o que as distingue é a efetividade jurídica.

A Teoria Pura reconhece como única tarefa da interpretação científica o assinalar das possíveis significações do material a ser interpretado (e são sempre plurais as possibilidades de significação), ficando, porém, a cargo da política a eleição definitiva de uma das igualmente possíveis interpretações científico-jurídicas da autoridade judiciária.

Nesse sentido, o que determina o conteúdo semântico associado à expressão de um dado estado intencional é a práxis social e comunicativa na qual os termos por meio dos quais se dá essa expressão são usados.⁸²

Do ponto de vista jurídico não é possível se afirmar que apenas uma interpretação seja a correta, o que também não invalida que os juristas recomendem uma determinada interpretação como a melhor, mas neste caso estão exercendo uma função política e não ciência jurídica.

A interpretação científica é conhecimento puro, pois parte explicitamente de convenções instituídas para poder avaliar em termos de veracidade ou falsidade.⁸³ Mas não veracidade absoluta e sim veracidade em relação ao que foi instituído socialmente como norma.⁸⁴ A interpretação da autoridade judiciária, por

⁸² SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*, p.10.

⁸³ “Em outras palavras e em última instância, sistemas intencionais, bem como os correspondentes estados intencionais, surgem originariamente como produtos de uma práxis social cujos participantes se tratam reciprocamente como sistemas intencionais, isto é, interpretam reciprocamente seus comportamentos como governados por regras em face das quais é coerente a avaliação destes comportamentos como corretos ou incorretos. O *status* de sistema intencional conferido a um sistema é assim *instituído* pela atitude de outros, que consiste no tratamento desse sistema como um sistema intencional e na atribuição ao mesmo de estados intencionais.” (SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*, p.9.)

⁸⁴ “A qualificação de algo como norma jurídica é um processo que incide sobre uma base semanticamente pré-estruturada, ou seja, uma performance ou um estado de coisas aos quais reputa-se adequada a atribuição, pelos participantes de uma práxis social de interpretação, de sentido. Assim sendo, o observador externo que identifica, no tempo e no espaço, um estado de coisas como empiricamente perceptível, está identificando a expressão de um estado qualificado como intencional por ser tratado como intencional pelos participantes de um *Sprachspiel*, i.e. de uma práxis social e discursiva governada por regras referentes ao uso de expressões linguísticas e

sua vez, é sempre autêntica, ou seja, é obrigatória juridicamente e, portanto, não pode ser avaliada em termos de verdadeiro ou falso, mas apenas de validade ou invalidade, em relação a um paradigma que também foi instituído, e que Kelsen chama de norma fundamental.

A Teoria Pura, apesar de buscar cientificidade, tem a exata noção de que a objetividade científica não é absoluta, e que o objeto científico, antes de mais nada, é determinado por seu método de observação. Sendo assim, a ciência do Direito à qual Kelsen tanto se esforçou por criar, não pretende descrever entidades como elas são em si, o que seria inviável quando se parte de pressupostos relativistas, mas sim determinar um objeto a partir do método que o autor elegeu para si e ao longo de toda sua obra se esforçou por deixar claro. O elemento central da ciência para Kelsen é o método e não o objeto, por isso sua busca por uma teoria formal e não substancial.

Além da rejeição dos juízos de valor, a concepção geral que Hans Kelsen tem da ciência e a sua delimitação da ciência jurídica são responsáveis pela idéia de que cada ciência deve constituir um todo metodologicamente unitário e, portanto - segundo sua terminologia neokantiana -, de que o objeto da ciência é determinado antes de mais nada por seu método, ou seja, por seu modo de observar e compreender as coisas. Esta asserção é entendida no sentido de que a ciência não descreve entidades como elas são por si, mas de que o objeto do sistema científico é constituído pelo ângulo de visão, que por sua vez, é definido pelo modo como o problema é formulado e tratado. A ciência, portanto, é um todo ordenado, um sistema de cognição correspondente à formulação do problema.⁸⁵

Como já explicado, esta dissertação se divide em duas etapas, sendo que a primeira teve como meta desenvolver uma construção teórica inserida no que Castoriadis chama de *legein*. O significado, qualquer que seja, é sempre uma

performances de atos simbolicamente estruturados. Da perspectiva deste observador externo, o que ele de fato observa é algo cuja constituição depende essencialmente de um conjunto de práticas sociais em que participantes capazes de falar e de agir tratam-se reciprocamente como responsáveis pelo que dizem e fazem (tendo em vista os conteúdos semânticos que articulam os seus juízos e as suas ações, vale dizer , as normas conceituais que governam essas práticas sociais)". (SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*, p.17). "Seria a meu ver um característico exemplo de reducionismo pensar genericamente no "cientista do direito" que conhece normas como o sujeito exclusivo dos "juízos jurídicos" cuja análise Kelsen nos conclama nesta passagem a reconstituir. É importante ter presente, ao contrário, que, metodologicamente falando, o cientista kelseniano somente pode entrar em cena após a contribuição do "terceiro" responsável pela interpretação do ato como um ato instituidor de norma ("die Deutung der Akte als Rechtsakte"), uma vez que essa aparece como um fator de *instituição* da norma que o primeiro se ocupa de conhecer. (SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*, pp.38/39).

⁸⁵ LOSANO, Mário G. apud. KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. p. XIII

construção social, é sempre fruto da linguagem. O *legein*, portanto, enquanto organização de significado é sempre instituído. Não há como se falar em uma realidade-em-si lógico-identitária, pois como Wittgeinstein sabiamente percebeu a linguagem não espelha uma referência.

Tentei demonstrar que Kelsen não imiscui qualquer referência a valores determinados na Teoria Pura do Direito, por entender que o significado de qualquer valor é sempre uma criação da linguagem, um construto social, o que em nada desmere-se sua função política, mas impede sua defesa enquanto verdade absoluta.

Contudo, Kelsen e Wittgeinstein só chegaram em seu desenvolvimento teórico ao *legein*. Já Castoriadis vai além e quando digo que o real também é constituído pelo social, é porque entendo, com base em Castoriadis, que ele não é unicamente constituído pela linguagem.

A ordem do real não esgota o real. Se o significado é sempre criação, o sentido por sua vez é potência e é ele que impulsiona a produção de significado, por isso que, agora, após o leão cumprir sua tarefa de nos libertar da moral do significado, falarei sobre a possibilidade de pensarmos para a contemporaneidade uma ética do sentido, uma Santa Afirmação.