

3

Resgatando Kelsen: para uma crítica qualificada

3.1

Kelsen em defesa da juridicidade

A presente análise possui um enfoque na pureza metodológica kelseniana, que pretendia constituir a independência metodológica como a principal tarefa da Teoria Pura do Direito, o que se comprova quando Hans Kelsen designa que a referida teoria seria uma “teoría del método específico del conocimiento jurídico.”¹

Além disso, deve ser considerado que este autor representa a principal “referência do dogmatismo positivista e logicista”², perpetuado no senso comum teórico dos juristas e na importância do projeto da Teoria Pura do Direito³ para a consolidação do campo de conhecimento jurídico como “ciência”.

Como todo discurso, o kelseniano possui diversas denotações, o que nos permite admitir a existência de diversos “*kelsens*”⁴ simultâneos: um Kelsen kantiano, um Kelsen positivista jurídico, um Kelsen normativista, um Kelsen formalista, entre outros.

Neste momento, cabe identificar as características comuns das teorias que estão inseridas no positivismo jurídico⁵ para, posteriormente, entendermos de forma específica a Teoria Pura do Direito desenvolvida por Kelsen.

¹ KELSEN, H., *¿Qué es la teoría Pura del Derecho ?*, p. 9.

² WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 13.

³ Adrian Sgarbi observa que a “Teoria Pura do Direito” não é apenas um nome de um livro, mas um projeto de que visa a elevação do direito à posição de ciência. O esforço para a consolidação deste projeto está presente nas seguintes obras: ‘Problemas Fundamentais de Direito Público’, ‘Teoria Pura do Direito’ e suas edições até a de 1960, “teoria Geral das Normas”, livro editado postumamente. In: SGARBI, A., *Hans Kelsen: ensaios Introdutórios (2001-2005)*, p.1.

⁴ ROCHA, L. S., *Epistemologia Jurídica e Democracia*, p. 65.

⁵ “La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del *positivismo jurídico* (...).” In: KELSEN, H., op. cit., p. 31.

Para tanto, serão apontados a seguir os pontos fundamentais do juspositivismo a partir de Norberto Bobbio, pois permitirá reconhecer que Kelsen se insere nesta perspectiva: abordagem do direito como um fato; o direito é definido em função do elemento da coação; desenvolvimento da teoria da legislação como fonte preeminente do direito; considera a norma jurídica como um comando (teoria imperativista do direito); sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico, a teoria da interpretação mecanicista e a teoria da obediência absoluta da lei.⁶

O enquadramento da teoria kelseniana no positivismo jurídico é essencial para rechaçar a crítica freqüente a este pensamento que interpreta como forma de pensar o direito que exclui os valores morais. Esta interpretação confunde o positivismo jurídico com o que Norberto Bobbio denominou de versão extremista do positivismo ideológico.⁷

Segundo Bobbio, o positivismo ideológico possui duas versões: uma extremista ou forte; e uma versão moderada. A primeira afirma o “dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal”⁸, já a versão moderada estabelece que o direito tem um valor na realização da ordem, mas isto não o torna justo. Na leitura do projeto kelseniano depreende-se que o mesmo se adequa ao positivismo ideológico na sua versão moderada.

Hans Kelsen configura-se como ponto de referência e de contraposição para os autores que se propõem a elaborar um saber crítico como Warat.⁹ Constatase que não são apenas os autores que desenvolvem um saber crítico que partem da análise do positivismo para, posteriormente, apresentarem suas propostas, o que se deve à relevância desta corrente teórica no pensamento jurídico.

Albert Calsamiglia é um representante do pós-positivismo que estrutura o seu trabalho a partir da definição do que é positivismo para depois diferenciá-lo das teorias que denomina de pós-positivistas.

⁶ BOBBIO, N., *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*, p. 131-133.

⁷ SGARBI, A., *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 716,717.

⁸ Id., *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*, p. 225.

⁹ Cf. RUIZ, Alicia E. C. *Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una crítica del derecho)*. In: MARÍ, E. E.; CÁRCOVA, C. M. (org.), *Materiales para una crítica del derecho*, p. 111.

Em seu artigo *En defensa de Kelsen*¹⁰, Calsamiglia descreve as posições positivistas a partir da Teoria Pura do Direito de Kelsen, por considerar que o mesmo ocupou uma posição de destaque na Teoria do Direito européia, principalmente no entre-guerras, e permanece sendo um dos autores mais estudados na Europa e América Latina.¹¹

Neste ponto, vale apontar algumas características gerais do positivismo kelseniano, principalmente a Teoria do Conhecimento em que está fundado, para a melhor compreensão da crítica pontual às conseqüências do predomínio pureza metodológica no imaginário jurídico.

Kelsen adota o monismo metodológico, com o fim de evitar o seu oposto: o sincretismo metodológico¹² que, segundo o autor, obscureceria a essência do direito, influenciado pela Teoria do Conhecimento kantiana em que a ciência cria seu próprio objeto através da inversão da centralidade gnosiológica do objeto para o sujeito cognoscente.

Apesar de muitos teóricos não compreenderem, Kelsen não nega a legitimidade de outros campos de conhecimento como a Sociologia e a Teoria Política, apenas acredita que a Ciência Jurídica deve constituir um objeto de conhecimento próprio.¹³ A seguinte transcrição de um trecho da obra *Teoria Pura do Direito* esclarece a posição de Kelsen em relação à conexão do Direito a ciências como a psicologia, sociologia, ética e política:

“Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar o sincretismo metodológico (...).”¹⁴

Disto decorre que, para o positivismo kelseniano, a Ciência Jurídica produz seu objeto apenas no território gnoseológico¹⁵, com o objetivo de buscar a origem, a natureza, o valor e os limites da faculdade de conhecer dentro de uma Ciência jurídica em sentido estrito.

¹⁰ CALSAMIGLIA, A., *En defensa de Kelsen*. In: *Working Papers- Institut de Ciències Polítiques i Socials*, n. 19, Barcelona:, 1997.

¹¹ *Ibid.*, p. 6 e 7.

¹² Kelsen considera que uma teoria do direito possui o defeito do sincretismo metodológico quando utiliza métodos que não sejam estritamente jurídicos. Cf. *Ibid.*, p. 10 e 11.

¹³ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 30.

¹⁴ KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, p. 1-2.

¹⁵ *Id.*, *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 28.

Para uma melhor compreensão, deve-se expor que Kant em sua *Crítica da Razão Pura* distingue duas modalidades de conhecimento: os conhecimentos empíricos, que são captados a partir da experiência sensível; e os conhecimentos puros ou *a priori*, baseados apenas na estrutura interna da razão, independente da experiência individual.¹⁶

Estes dois tipos de conhecimentos se exprimiriam a partir de juízos analíticos ou explicativos e juízos sintéticos ou ampliativos. Apenas os juízos sintéticos seriam fonte do conhecimento, pois os predicados acrescentariam dados novos ao conceito do sujeito. De fato, a questão fundamental a ser respondida por Kant seria sobre a possibilidade de existência dos juízos sintéticos *a priori*.¹⁷

Kelsen utiliza parcialmente o método transcendental ou crítico de Kant, para desenvolver a Teoria Pura do Direito como epistemologia do saber no campo jurídico, já que prescinde dos juízos sintéticos *a priori* que pressupõem sempre um dado sensível. O autor escapa, assim, da principal problemática do método transcendental, ao reduzir o conhecimento do direito à dimensão deontológica das normas positivas.¹⁸

A Teoria Pura do Direito kelseniana utiliza ainda a estratégia da cisão entre o ser (plano ontológico) e dever-ser (plano deontológico) kantiana.¹⁹ Com isso, a referida teoria se limita à análise do plano deontológico em que se encontram as normas e seu enfoque técnico jurídico, eliminando a facticidade como objeto de análise.²⁰

Distingue-se, portanto, a problemática da validade em dois domínios: o prático ou operativo e o teórico ou epistemológico. O plano prático estaria comprometido com a política jurídica e estaria excluído das preocupações da ciência normativa do direito, que se limitaria à esfera epistemológica.²¹

Na realidade, o princípio metodológico da pureza adotado por Kelsen possui influências diretas do neokantismo de Marburgo, por acreditar que o

¹⁶ “(...) se há um tal conhecimento independente da experiência e mesmo de todas as impressões e sentidos. Tais *conhecimentos* denominam-se *a priori* e distinguem-se dos *empíricos*, que possuem suas fontes *a posteriori*, ou seja na experiência.” In: KANT, I., *Crítica da Razão Pura*, p.53.

¹⁷ CHAUI, M., *Convite à Filosofia*, p. 199.

¹⁸ WARAT, L. A., *Los presupuestos kantianos y neokantinos de la teoria pura del derecho*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 246.

¹⁹ GUIMARAES, Francisco de. *Op. cit.*, p. 113.

²⁰ Id., *Sobre la dogmática jurídica*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 156.

²¹ Id., *La norma fundamental kelseniana como critério de significacion*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou.*, p. 269.

conhecimento científico do direito só se tornaria possível “com base em uma estrutura deontológica precisa e pré-existente”²², o que implica na elaboração de uma teoria dos sentidos deontológicos das normas purificadas da faticidade, de elementos axiológicos, políticos ou ideológicos. Nem todo Kant interessa a Kelsen, mas fundamentalmente a metodologia da *Crítica da Razão Pura* influencia a delimitação do postulado da pureza como método específico do conhecimento jurídico.

O primado do teórico sobre o empírico, na concepção de conhecimento kantiana também influenciou a Teoria Pura, o que explicita a característica principal do racionalismo, desenvolvido pela primeira vez por Platão, que exalta epistemologicamente o papel da razão no conhecimento. Assim, o conhecimento prescindiria da experiência, pois os “conteúdos da experiência não dão qualquer ponto de apoio ao sujeito pensante para a sua atividade conceitual.”²³

A discordância do empirismo afasta Kelsen dos demais positivistas do século XIX, apesar de, como eles, rejeitar o direito natural, o mesmo não aceita a possibilidade de se desenvolver uma ciência real em sentido estrito.²⁴

Neste sentido, Kelsen é influenciado, ainda, pelo aspecto da Teoria do Conhecimento de Kant, que objetiva superar a idéia de que existe uma possibilidade de conhecer a realidade das coisas em si (*noumenon*), pois, para este autor, a apreensão da realidade só seria possível pelo fenômeno, que é subjetivamente produzido.

Tem-se, pois, em um momento pré-científico, os dados — no caso da ciência do direito seriam as normas jurídicas — que carecem de significação, com a tematização, estes dados adquirem sentido como objeto unitário que compõe a ordem jurídica.²⁵

Do que foi dito, pode se sustentar que Kelsen é influenciado, para a produção do método da pureza metodológica, de um lado por Kant e do outro pelo positivismo científico, que foram respectivamente redefinidos pelo neokantismo e

²²WARAT, L. A., *Los presupuestos kantianos y neokantinos de la teoria pura del derecho*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 243.

²³ HESSEN, J., *Teoria do Conhecimento*, p. 67.

²⁴ Id., *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 73.

²⁵ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 28.

o positivismo lógico, assim, a Teoria Pura seria a síntese das duas posturas apresentadas²⁶

A Teoria Pura do Direito desenvolve a função ontológica da Filosofia do Direito.²⁷ Desta forma, ela procura responder sobre a essência do direito, ao se ocupar de uma teoria do conhecimento jurídico. Neste sentido, se torna inafastável uma análise epistemológica para a compreensão dos reflexos da referida teoria.

Warat divide o processo histórico da dogmática²⁸ tradicional, identificada como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito que não envolva juízos de valor²⁹ na aplicação de seu método jurídico-técnico em três etapas. A primeira etapa pode ser denominada como exegética³⁰, na qual ocorre a conceitualização dos textos legais, ou seja, visa o estabelecimento de um conteúdo exato para a lei.³¹

Nesta instância metodológica a dogmática identifica-se com a lógica jurídica, que percebe o conceito da seguinte forma: “El concepto sería entonces, una categoría conceptual estable, indiscutible, con significación cerrada.”³²

A segunda etapa representa a fase dogmatização jurídica propriamente dita, em que são fixados os dogmas jurídicos e os princípios gerais, que semiologicamente falando, podem ser considerados como esteriótipos — fórmulas ocas — que introduzem critérios axiológicos de forma mascarada para que o ordenamento jurídico obtenha a completude tão sonhada.

O positivismo kelseniano está inserido na terceira fase da dogmática jurídica³³, correspondente à sistematização, que culmina com uma Teoria Geral do Direito ou uma dogmática geral.

²⁶ Id., *Los presupuestos kantianos y neokantinos de la teoría pura del derecho*. In: WARAT, L. A., *Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 241.

²⁷ Bobbio fala de três funções para a Filosofia do Direito: deontológica, ontológica e fenomenológica. Cf. WARAT, L. A., *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. In: WARAT, L. A., *Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 66.

²⁸ A palavra dogmática vem de *dokein* que significa doutrinar, ensinar. As questões dogmáticas são regidas pelo “princípio da inegabilidade dos pontos de partida”. In: FERRAZ JÚNIOR, T. S., *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 41-48.

²⁹ WARAT, L. A., *Sobre la dogmática jurídica*. In: WARAT, L. A., *Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 153.

³⁰ A Escola da exegese francesa é uma doutrina subjetivista de interpretação, que se centra na vontade do legislador (*mens legislatoris*), para compreender o sentido da lei bastariam análises lingüísticas e métodos lógicos. Argumentavam que a interpretação não poderia ficar a mercê dos intérpretes. V. FERRAZ JÚNIOR, T. S., *op. cit.*, p. 267-269.

³¹ WARAT, L. A., *Sobre la dogmática jurídica*. In: WARAT, L. A., *Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou*, p.154.

³² *Ibid.*, p. 155.

³³ *Ibid.*, p. 156.

Além da preocupação com a questão epistemológica do discurso jurídico, Kelsen também estruturou o método da dogmática jurídica para elucidá-lo. Como a dogmática jurídica tradicional, a Teoria Pura procura “alcançar seu resultado exclusivamente através da análise das normas jurídico-positivas”.³⁴

Por isso, a Teoria Pura seria um aperfeiçoamento da dogmática jurídica se apresentando como uma dogmática geral por constituir um esquema de conceitos básicos³⁵, ou seja, estabeleceria as categorias gerais deste modelo de conhecimento.

Percebe-se, portanto, que a Teoria Pura pretende ser uma Teoria Geral do Direito Positivo que seja descritiva, ou seja, que descreva o objeto normativo.³⁶ Como Teoria Geral, ela se ocupa da estrutura lógica das normas e não dos conteúdos específicos das mesmas.³⁷

Segundo Kelsen, a tarefa da Teoria Geral do Direito seria investigar a essência do direito, sua estrutura típica, independentemente do conteúdo variante que teve nas diferentes épocas e países. Como epistemologia, a Teoria Pura do Direito fornece as normas metodológicas para a adequada produção do saber jurídico dogmático.³⁸

A Teoria Pura de Kelsen pretende ser uma teoria geral que, para tanto, precisa de um método específico e conceitos fundamentais que sirvam para descrever e conceber qualquer tipo de direito.³⁹

Kelsen tenta criar uma teoria do direito autônoma, sistemática e unitária. Para tornar esta teoria autônoma o autor em questão utiliza como critério metodológico o *princípio da imputação* para selecionar seu objeto⁴⁰, que corresponde ao nexó lógico apreendido.

A diferença entre o princípio da imputação e o da causalidade, utilizado pela “teoría metafísica del derecho”⁴¹, reside na dependência ou não da vontade humana na vinculação entre causa e efeito. No princípio da causalidade esta

³⁴ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 33.

³⁵ *Ibid.*, p. 38.

³⁶ *Ibid.*, p. 15.

³⁷ LARENZ, K., *Metodologia da ciência do direito*, p. 85.

³⁸ *Id.*, *A partir de Kelsen*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 226.

³⁹ KELSEN, H., *¿Qué es la teoría Pura del Derecho ?*, p. 8-9.

⁴⁰ CALSAMIGLIA A., *En defensa de Kelsen*, p. 16.

⁴¹ KELSEN, H., *op. cit.*, p.13.

vinculação independe da vontade humana, enquanto que, na imputação, o ato vincutivo ocorre pela vontade humana com base na norma.⁴²

A imputação surge para atender a necessidade neokantiana de uma “categoria gnósica fundamental do direito”⁴³. Neste aspecto, a teoria kelseniana se aproxima do jusnaturalismo, ao idealizar uma categoria que possui funções mitificadoras: no jusnaturalismo se mitifica o conteúdo do direito e no positivismo a forma.⁴⁴

Porém, este critério não é suficiente para diferenciar o direito e os outros tipos de ordens normativas. Então, o autor recorre ao tipo específico de *sanção* para dar conta deste problema. Já para diferenciar sanções morais das jurídicas, afirma que as últimas são heterônomas. E, finalmente, distingue normas jurídicas das demais normas sociais pelas sanções jurídicas serem organizadas e institucionalizadas⁴⁵.

Sendo assim, o projeto da Teoria Pura fornece uma visão cientificista para o Direito, que considera a ciência como única fonte de conhecimento válido.⁴⁶ Assim, ele visa tornar o estudo do direito uma ciência consolidada através do estabelecimento de um método que permita a delimitação do objeto e mantenha o rigor e objetividade⁴⁷ que toda ciência deve ter⁴⁸. A teoria positivista afirma que o único objeto da ciência do direito é o direito ditado pelos homens que se manifestam em fontes sociais determinadas.

Esta obsessão de Kelsen em tornar o saber jurídico uma Ciência autônoma decorre do mito do cientista, que é um reflexo da idéia de que os cientistas são “uma classe especializada em pensar de maneira correta (...), os outros indivíduos são liberados da obrigação de pensar e podem simplesmente fazer o que os cientistas mandam.”⁴⁹

Daí decorre o perigo do mito como pressuposto inquestionável, que legitima o discurso daquele que fala — o cientista — por serem indivíduos

⁴² KELSEN, H., *¿Qué es la teoría Pura del Derecho ?*, p.12 -13.

⁴³ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.*, p. 13.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁵ CALSAMIGLIA, A., *En defensa de Kelsen.*, p. 18.

⁴⁶ *Id.*, *Filosofia do Direito: uma introdução crítica.* In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 51.

⁴⁷ A noção de objetividade adotada por Kelsen compreende a racionalidade inscrita no próprio real. O real estaria limitado aos enunciados considerados verdadeiros pela comunidade científica jurídica In: WARAT, L. A. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 23.

⁴⁸ CALSAMIGLIA, A., *op. cit.*, p. 14.

⁴⁹ ALVES, R., *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*, p.10.

competentes e especializados em pensar. O cientista deve ser encarado como um indivíduo especializado, que possui um refinamento de potenciais comuns a todos.⁵⁰

Deve-se reconhecer ainda que a proposta de Kelsen visa à superação da dogmática jurídica dominante até aquele momento, que ganhava expressão com a escola da exegese francesa, a jurisprudência analítica nos países da *common law* e a jurisprudência conceitual alemã.⁵¹

A partir da perspectiva kantiana, Kelsen critica os Jusnaturalistas por buscarem a afirmação de valores absolutos, determinados, como se esses existissem metafisicamente, como se fossem uma realidade em si, de alguma forma representável racionalmente e identificável por sujeitos racionais.⁵²

Apesar de Kelsen seguir a direção investigativa da tradição positivista desenvolvida no século XIX, acreditava que esta precisava do rigor metodológico e da neutralidade exigida pelo conhecimento científico⁵³.

O próprio Warat explica em seus *Quadrinhos Puros do Direito* que a pureza em Kelsen é a pureza no olhar e não a pureza do objeto olhado, no caso o direito, o que implicaria na produção de uma teoria pura do saber e não uma teoria do direito puro.⁵⁴

O próprio Kelsen afirma que o erro na compreensão do que se trata de pureza é realizado por alguns dos críticos de sua teoria, como depreende-se do seguinte trecho: “Pero la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces.”⁵⁵

Este olhar puro ordenador do mundo possui uma influência na Teoria do Conhecimento kantiana segundo a qual a racionalidade residiria no modo como se tenta conhecer o objeto e não no objeto em si. Com isso, participamos da construção do conhecimento.⁵⁶ Kelsen olha o direito com os “óculos” de Kant.

⁵⁰ Ibid., p. 11 e 12.

⁵¹ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p.13.

⁵² ROSA e SILVA, Karen Simões. *Das Duas Transformações: Por uma análise metateórica (ou metamorfológica) de Kelsen.*, p. 11.

⁵³ CALSAMIGLIA, A., *En defensa de Kelsen.*, p. 9 e 10.

⁵⁴ Id., *Os Quadrinhos Puros do Direito*. In: WARAT, L. A., *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*, p. 563-583.

⁵⁵ KELSEN, H., *¿Qué es la teoría Pura del Derecho ?*, p. 30.

⁵⁶ SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen (Ensaio Introdutórios)*, p. 17.

A pureza em Kelsen visa a não interferência de outros campos de conhecimento, para que haja uma leitura própria e específica da juridicidade, ou de outra forma que haja uma descrição jurídica das normas.⁵⁷

Algumas conclusões podem ser retiradas da leitura do seguinte trecho retirado do prefácio da primeira edição da *Teoria Pura do direito*, em que Hans Kelsen assume que apesar de, segundo ele, não se poder colocar em questão os objetivos do postulado metodológico, poderia se questionar“(...) até que ponto tal postulado é realizável.”⁵⁸

Entende-se, então, que os objetivos do postulado da pureza metodológica são facilmente legitimados pelo contexto ideológico cientificista em que viveu o autor, mas o próprio parecia prever os equívocos que poderiam surgir na tentativa da sua aplicação.

3.2

Crítica waratiana ao postulado da pureza metodológica

O item anterior, concentrou-se na tarefa de desenvolver um quadro geral sobre a Teoria Pura do Direito, com o foco no postulado da pureza metodológica. Com vistas a uma leitura mais fiel possível desta teoria partimos das suas influências de raízes kantianas para, neste momento, introduzir a análise das críticas de Warat, principalmente sobre o modo como os juristas percebem e utilizam a pureza metodológica.

Com isso, não se pretende realizar uma interpretação autêntica da teoria kelseniana, pois esta tarefa se limita a raríssimos acadêmicos que possuem uma leitura abrangente e contextualizada de sua obra, além de uma formação epistemológica e filosófica que torne possível compreender o alcance e, conseqüentemente, as limitações de suas obras.

Assim, delineou-se previamente uma interpretação sustentável sobre as pretensões de Kelsen na sua abordagem, para que se percebam as distorções de

⁵⁷ SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen (Ensaio Introdutório)*, p. 2.

⁵⁸ KELSEN, H., *Teoria pura do direito*, XIV. Este também é o entendimento de Karl Larenz: “(...) la Teoría Pura del Derecho es como teoría, sugestiva en alto grado, pero escaso su rendimiento para la práctica.” LARENZ, K. *Metodologia de la ciencia de lo derecho*, p. 84.

sua metodologia no imaginário do senso comum teórico, que se deve em grande medida à pretensão de Hans Kelsen de delimitar a Ciência Jurídica em sentido estrito, excluindo do seu campo de análise a *praxis* jurídica.

A presente abordagem parte das críticas elaboradas por Warat às conseqüências da perpetuação da pureza metodológica no senso comum teórico que estão presentes principalmente em sua obra *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, em que o autor aponta “o princípio da pureza metodológica como o núcleo do pensamento kelseniano absorvido pelo senso comum dos juristas”.⁵⁹

Parte-se, assim, da idéia de que um saber institucionalmente conservado que ao ser adaptado e captado se torna um “discurso estereotipado”.⁶⁰ Em nome de um “pudor academicista”, se neutralizam as zonas opacas do discurso criando interpretações institucionalizadas que não seriam as mais adequadas sobre o pensamento kelseniano.

Warat está longe de ser mais um crítico despropositado da Teoria Pura do Direito. Suas principais críticas estão focadas no discurso universitário sobre a obra kelseniana ao apontar para o estudo sobre o saber jurídico perpetuado e não da interpretação autêntica da obra do referido autor.⁶¹

Este ponto é crucial para a real compreensão da observação crítica de Warat. Cabe, assim, a transcrição do seguinte trecho em que o autor justifica sua posição em relação ao método kelseniano:

“ seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma Ciência do Direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da práxis jurídica.”⁶²

A princípio, cabe esclarecer o conteúdo da categoria analítica “senso comum teórico dos juristas”, produzida por Warat como conceito que serve como referência ao conhecimento constituído, designando “a montagem de noções-representações – imagens - saberes, presentes nas práticas jurídicas, funcionando

⁵⁹ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*, p. 13.

⁶⁰ Id., *A partir de Kelsen*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 225

⁶¹ WARAT, L. A., op.cit., p. 26.

⁶² Id., *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. In: *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 30.

como um arsenal de ideologias práticas”.⁶³ Assim, o autor em questão compreende o senso comum teórico dos juristas como “um conjunto heterogêneo de hábitos semiológicos de referência.”⁶⁴

Portanto, o senso comum teórico representa os hábitos teóricos, as constantes em determinado campo intelectual, definindo “o horizonte a partir do qual se articulam as mensagens científicas.”⁶⁵

Para explicitar melhor o sentido da categoria em questão, cabe traçar um paralelo entre o mesmo e o *costume* de uma comunidade científica. Para esclarecer a comparação entre o senso comum teórico e o costume cabe apresentar a definição do mesmo e, para tanto, opta-se pela explicação deste conceito desenvolvida por Hans Kelsen:

“ Quando os indivíduos que vivem juntamente em uma sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira porque os membros de uma comunidade habitualmente se conduzem.”⁶⁶

Desta forma o senso comum teórico opera em uma determinada comunidade científica da mesma forma que o costume age na sociedade. A consequência disto é que os pesquisadores que estudam objetos de conhecimento, temas ou autores que não condizem com o senso comum teórico dos juristas são censurados, pela vontade que o referido senso comum gera nestes pesquisadores para que os demais membros incluídos em sua comunidade científica sigam seus hábitos teóricos.

Outrossim, quando Warat fala do senso comum teórico como um “arsenal de ideologias práticas”, o significado de ideologia⁶⁷ é adotado no mesmo sentido que o infringe Roland Barthes de “*idéia enquanto ela domina*”⁶⁸, por esta interpretação se mostrar a mais coerente com a idéia de senso comum teórico dos

⁶³ WARAT, L. A. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.19.

⁶⁴ Id., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 31.

⁶⁵ Id., *O lugar da fala: digna voz da majestade*. In: (Org) FALCÃO, Joaquim. *Pesquisa científica e direito*. Recife: Ed. Massangana, 1983, p. 83.

⁶⁶ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 10.

⁶⁷ O termo ideologia possui diversas definições desenvolvidas por autores como Althusser, Arendt, Marx e Engels entre outros, daí a importância de delimitar o conteúdo deste termo para desenvolvermos a presente análise.

⁶⁸ BARTHES, R., *O prazer do texto*, p. 41.

juristas como guia para a atividade dos profissionais do direito. Neste sentido, ambos autores apontam para “a subversão de toda ideologia”.⁶⁹

Além da ideologia se caracterizar como um pensamento hegemônico, a mesma tem a função de ocultar obviedades e manter o *status quo*, o que resta claro a partir da definição de ideologia que oferecida por Marilena Chauí, segundo a qual “*ideologia é ideário histórico, social e político que oculta a realidade, e que esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política*”⁷⁰.

Ressalta-se, que desde dos fins dos anos 70 e início dos anos 80, houve um desprestígio desta categoria no mundo acadêmico, principalmente contra as significações de ideologia como um “sistema”, abalada pelas idéias da heterogeneidade e intradiscurso no ordenamento das formações ideológicas e discursivas.⁷¹

O próprio Warat, nos anos 90, desprestigia o uso deste conceito nas análises contemporâneas, pois, segundo o mesmo, este termo somente poderia ser empregado se houvesse paixão, solidariedade e princípios idealizados que não identificamos na sociedade atual.⁷²

Na presente análise, a delimitação do significado da ideologia aos pensamentos hegemônicos que visam ocultar obviedades para manter o *status quo*, servindo aos processos mitológicos, oferece outra conotação a esta categoria de análise.

Assim, a ideologia pode ser percebida como uma instância fálica da linguagem, ou seja, uma organização simbólica que se auto-representa como um fetiche. Isto gera nos receptores dos discursos um furacão de expectativas fálicas como, por exemplo, comportamentos infalíveis⁷³, “o êxito sem dificuldades, o triunfo sem batalhas nem conflitos”⁷⁴.

O próprio Warat, reconhece que vivemos em uma “modernidade simulada”⁷⁵, que instaura a reprodução, a repetição. Nesta linha de pensamento, a

⁶⁹ BARTHES, R., *O prazer do texto*, p. 41.

⁷⁰ CHAUI, M., *O que é ideologia*.

⁷¹ CHARAUDEAU, P.; MANGUENEAU, D. *Dicionário de análise do discurso*, p. 268.

⁷² WARAT, L. A. *A condição transmoderna do desencanto com a cultura jurídica*. WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 43.

⁷³ Id., *Amor tomado pelo amor: crônica de uma paixão desmedida*, p. 38.

⁷⁴ Ibid., p. 39.

⁷⁵ Id., *A condição transmoderna do desencanto com a cultura moderna*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 44.

pureza metodológica e sua repercussão no senso comum teórico dos juristas que serve como um mecanismo de controle da modernidade, e, portanto, representa uma ideologia das formas jurídicas, hoje pode ser analisada como uma repetição de uma crença metodológica que se fixou no imaginário jurídico.

A partir desta perspectiva, Warat desenvolve uma crítica ao princípio metodológico vertebral da Teoria Pura do Direito utilizando uma abordagem semiológica do campo jurídico que se presta a demonstrar que todo signo tem um significado, que só pode ser explicitado a partir de um contexto e de suas interações político-institucionais.

Warat questiona ainda diretamente a crença kelseniana de que se possa reconstruir um sistema de conceitos controlados logicamente, que esteja liberado das articulações ideológicas⁷⁶, pois para ele sobre o pretexto de racionalização dos dados e da cientificidade se confirmam valores⁷⁷, que compõem o conjunto de crenças e representações que configuram o senso comum teórico dos juristas.

Desta forma Warat critica a pretensão de Kelsen em fundar uma teoria jurídica apolítica e descompromissada, além dos resultados da interpretação do saber jurídico kelseniano não atingirem a neutralidade pretendida, mas a legitimação ideológica da ordem social⁷⁸. Warat constata que a Teoria Pura cria uma ilusão da posse de um discurso objetivo, fazendo-se crer no funcionamento anônimo e imparcial do direito⁷⁹.

Neste momento, cabe fazer uma digressão sobre o que Kelsen entendia como interpretação realizada pelos cientistas do direito a partir do postulado da pureza metodológica, para pontuar de forma mais clara as críticas ora formuladas.

Segundo Kelsen o ato interpretativo pode ser desenvolvido por dois grupos de sujeitos: os órgãos de aplicação normativa; e os particulares, este grupo inclui os juristas e os destinatários da norma. O primeiro grupo desenvolve uma interpretação autêntica; o segundo uma interpretação não-autêntica.⁸⁰

Os juristas, para que pratiquem ciência, devem adotar uma postura descritiva frente ao conjunto normativo, revelando o campo de possibilidades semânticas da norma, apresentando, assim, a “moldura interpretativa”. Não

⁷⁶ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.*, p. 20.

⁷⁷ Id., *Mitos e teorias na interpretação da lei*, p. 137.

⁷⁸ Id., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica. op. cit.*, p. 14.

⁷⁹ Ibid., p. 21 e 22.

⁸⁰ SGARBI, A., *Teoria do direito: primeiras lições*, p. 445.

comporta ao cientista jurídico a escolha de um dos sentidos, esta seria uma função de uma interpretação política.⁸¹

As proposições jurídicas descreveriam que, em determinadas condições, um ato é lícito ou ilícito, o que permitiria a antecipação do que é aplicável aos acontecimentos.⁸² Esta idéia de que bastaria estabelecer as possibilidades combinatórias da linguagem técnica, pressupõe um controle da linguagem.

Segundo Kelsen, a linguagem dos cientistas do direito é uma linguagem descritiva, uma atividade de conhecimento que não exclui qualquer possibilidade semântica.⁸³

Adrian Sgarbi, ao explicar o papel da Ciência Jurídica, esclarece que é tarefa desta produzir significação a partir do texto legal:

“... a “ciência jurídica” firma uma relação de “conhecimento” (pretende descrever aquilo que os “legisladores”, como legisladores, produziram validamente, e o que **significa**)”⁸⁴

Assim, apesar de Kelsen reconhecer a “inevitável pluralidade de significações”⁸⁵, não reconhece a dificuldade, poderia até mesmo dizer a impossibilidade, da interpretação jurídico-científica ser uma “interpretação simplesmente cognoscitiva”⁸⁶. Isto se deve a impossibilidade do cientista do direito revelar “todas as significações possíveis”⁸⁷ das normas jurídicas, o que gera uma escolha do campo das interpretações possíveis pelo mesmos. Com esta escolha inevitavelmente, cria-se direito.

Em defesa de Kelsen, deve-se esclarecer que o autor reconhece os espaços de imprecisão da língua ou as chamadas lacunas, mas acredita que o “...preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo...”⁸⁸

A questão da pretensa neutralidade científica é criticada por Warat a partir de duas perspectivas: a do cientista neutro ao analisar um objeto de conhecimento;

⁸¹ Ibid, p. 446.

⁸² SGARBI, A., *Hans Kelsen: Ensaio Introdutório (2001-2005)*, p. 24 e 25.

⁸³ Id., *Teoria do direito: primeiras lições*, p. 448.

⁸⁴ SGARBI, A., *Hans Kelsen: Ensaio Introdutório (2001-2005)*, p. 26.

⁸⁵ KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, p. 397.

⁸⁶ Ibid., p. 395.

⁸⁷ Ibid., p. 396.

⁸⁸ Ibid., p. 395.

e a neutralidade do enunciado científico elaborado com base em pressupostos, como o da pureza metodológica.⁸⁹

A neutralidade científica está intimamente relacionada a uma pretensa objetividade científica que pressupõe que as cadeias explicativas estão imunes a qualquer tipo de valoração, com o fim de procurar a verdade como o principal dever científico.⁹⁰

Portanto, pressupõe-se que a interpretação científica do direito é neutra. O *topoi* da neutralidade é um importante lugar retórico para a atuação do senso comum teórico dos juristas.⁹¹

O *topoi* da neutralidade científica advém da ideologia científicista que não considera que a opção de um cientista por um método e a expectativa pela obtenção de determinado resultado configura uma atividade realizada a partir de escolhas precisas.⁹²

Como visto, Kelsen pretende a despolitização da ciência do direito através da pureza metodológica. O saber científico para o referido autor seria um saber estrito, que tem como objeto específico o Direito positivo, não se trata de uma teoria política, nem de política jurídica. Esta idéia pressupõe uma distinção entre conhecimento jurídico e política.

Kelsen explica a despolitização como pretensão da Teoria Pura do Direito nos seguintes termos: “La *despolitización* que la teoría del derecho exige se refiere a la *ciencia* del derecho no a su objeto, el derecho.”⁹³

A questão central para compreender a crítica waratiana reside na tese, que está na base do pensamento kelseniano, de que o saber científico não condiciona a escolha das significações pelos órgãos do sistema de Direito Positivo. Esta tese “é uma condição de sentido do próprio princípio da pureza metodológica.”⁹⁴

⁸⁹WARAT, L. A., *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou, op.cit.* p. 52.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ressalta-se que quando falamos de *topoi* nos referimos à Tópica-retórica a partir do trabalho de Theodor Viehweg em que os *topois* são “lugares comuns revelados pela experiência, aptos a resolverem problemas vinculados a círculos problemáticos concretos. A objetividade e neutralidade das proposições jurídicas é captada pelo senso comum teórico dos juristas, criando a idéia de que o discurso dos cientistas jurídicos é “puro”, despolitizado. Cf. Id. *Mitos e teoria da interpretação*, p. 86.

⁹² CHAUI, M., *Convite à filosofia*, p. 235.

⁹³ KELSEN, H., *¿Qué es la teoría Pura del Derecho ?*, p. 29.

⁹⁴ WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.*, p.38 ou 29.

Kelsen se silencia, desta feita, sobre a influência e poder que as proposições da Ciência Jurídica possuem na produção e sentido das normas jurídicas, se atendo apenas ao fato destas não serem juridicamente obrigatórias.⁹⁵ Negligencia, desta forma, o saber jurídico como campo privilegiado das evocações significativas.⁹⁶

A pureza metodológica como critério de significação jurídica, ao excluir os elementos extranormativos do campo temático da ciência do direito, estabelece o princípio de imanência significativa que enclausura o sistema, limitando-o às significações derivadas das normas positivas válidas.⁹⁷

Daí se depreende que a principal crítica de Warat dirigida a Kelsen se apresenta em relação às conseqüências de o mesmo ter ignorado o valor político do conhecimento na *práxis*, ao propor um saber puro como teoria.

A partir da pureza metodológica se constitui a “epistemologia dos conceitos”, em que na *práxis* os conceitos são apropriados pelo senso comum teórico dos juristas, que os reintroduz nos hábitos significativos (*dóxa*).⁹⁸ Ocorre assim o que poderíamos denominar de *doxalização* da *episteme*, em que o senso comum teórico se apropria ideologicamente da pureza kelseniana para contaminar a *práxis* de pureza.

A primeira é constituída pelas opiniões comuns representadas por “um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir de representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas”. Através da purificação lógica do conhecimento restaria apenas o conhecimento científico (a *episteme*).

A racionalidade científica procurou opor a *dóxa* (linguagem do senso comum) da *episteme* (linguagem científica), o que se percebe na afirmação de Bachelard de que a ciência se opõe absolutamente à opinião⁹⁹. A ciência seria construída, desta forma, contra o “senso comum”, o “conhecimento vulgar.”¹⁰⁰ A

⁹⁵ Ibid., p.30

⁹⁶ Id., *A partir de Kelsen*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, op.cit. p. 229.

⁹⁷ Id., *Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronomia significativa*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 236.

⁹⁸ Id., *Saber crítico e senso comum*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 29.

⁹⁹ BACHELARD, G., *A epistemologia*, p. 147.

¹⁰⁰ SANTOS, B. S., *Introdução a uma ciência pós-moderna*, p. 31.

construção da ciência dependeria da *ruptura epistemológica* entre ciência e senso comum.

A referida tarefa é mais árdua no campo das ciências sociais do que no das ciências naturais, pois o objeto de estudo da primeira *fala* e se utiliza da mesma linguagem de base da ciência.¹⁰¹

Em verdade, a *episteme* se apresenta como um controle fictício do conhecimento científico do direito, pois ao observamos a *práxis* jurídica percebemos que a *episteme* se converte em *dóxa*.

Percebe-se então que o postulado da pureza, ao fornecer as bases epistemológicas para fundamentar o princípio da “imanência significativa”¹⁰² acarreta um reducionismo semiológico por não reconhecer a pluralidade de centros produtores de significação jurídica, “tais como práticas jurídicas, escolas de Direito, partidos políticos, instituições sindicais, meios de comunicação de massa, etc.”¹⁰³ Este efeito ocorre pois a Teoria Pura fornece bases epistemológicas para fundamentar o princípio da imanência significativa.

A imanência significativa se fundamenta no mito criado pelos juristas que crêem na ilusão de que a ciência do direito tem a posse de uma ferramenta lingüística clara rígida e de limites precisos. Segundo este mito, a linguagem jurídica não possuiria os mesmos problemas de denotação e conotação da linguagem cotidiana.

Warat propõe a *Heteronomia Significativa* em substituição ao princípio da pureza metodológica em diversos textos, principalmente no livro *Mitos e teorias na interpretação da lei*¹⁰⁴, em que formula uma “teoria sobre a produção da significação jurídica”¹⁰⁵, com o fim de revelar os âmbitos ideológicos e políticos das significações jurídicas.

O princípio da *Heteronomia Significativa* é um critério de sentido oposto ao kelseniano que estabelece que o processo de produção significativa no campo jurídico não se limita aos “caracteres lógicos e estruturais extraídos da

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² WARAT, L. A., *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.*, p. 21.

¹⁰³ Ibid., p. 236 e 237.

¹⁰⁴ Podemos citar também o texto “Los presupuestos kantianos e neokantianos de la teoria pura del derecho.” In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 241.

¹⁰⁵ Id., *Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronomia significativa.* WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 235.

interpretação do Direito Positivo”, mas também de sentidos advindos do saber acumulado e de condições da vida social.¹⁰⁶

O significado das normas não pode ter um caráter meramente estrutural fornecido somente pelo sistema de normas válidas, os elementos extranormativos devem integrar a produção de significados para a dinamização da interpretação das leis. As palavras da lei não podem funcionar como fontes exclusivas de produção da significação jurídica.¹⁰⁷

Neste sentido, a presente análise ao se focar no conceito de senso comum teórico dos juristas privilegia a produção de significação jurídica da ciência do direito, para apontar a sua influência na formação dos juristas.¹⁰⁸

Neste contexto, as críticas de Warat permitem identificar que a coerência e a vigilância lógico-conceitual pretendidas pelo ideal de objetivação moderno acarretam uma aparência de rigor e a produção de dogmas, que ao serem colocados fora de suspeita, exorcizam a detecção dos efeitos políticos do discurso jurídico.

¹⁰⁶ Ibid., p. 238.

¹⁰⁷ WARAT, L. A., *Los presupuestos kantianos e neokantianos de la teoria pura del derecho*. In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou, op.cit.*, p. 253 e 254.

¹⁰⁸ Id., *Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronomia significativa..* In: WARAT, L. A., *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, p. 238-239.