

3

A neutralidade axiológica.

3.1

Sentido e importância.

Mas se Hans Kelsen nega possibilidade lógica à razão prática, como ele enxerga a atividade que o jusnaturalismo nela amparado realiza? Ou seja, em sua opinião, como se opera a mencionada substituição do conhecimento pela vontade quando a doutrina jusnaturalista supõe extrair disposições prescritivas da natureza?

Ora, «nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica»,¹ e, deste modo, se os valores estão ausentes do âmbito sobre o qual se pode debruçar a razão teórica, «a suposição metafísica da imanência do valor na realidade natural não é aceitável do ponto de vista da ciência».²

Nesta linha de raciocínio, apenas uma primitiva mistificação animista os concebe. Uma vez que normas são o sentido de atos de vontade - e nunca o de atos de conhecimento, cumpre lembrar -, aquele que se apresenta como capaz de enxergá-las no mundo natural a rigor não as descreve, mas as institui, agindo como se fosse uma autoridade competente para tanto. Segundo Kelsen, quando o jusnaturalismo acredita “descobrir” normas a partir da análise cuidadosa da natureza ele não faz senão positivá-las. Isto significa que, pensando realizar uma atividade científico-descritiva, seus adeptos desempenham, de fato, uma função volitivo-institutiva. Ainda que agindo de modo inconsciente, eles estabelecem as prescrições que supõem encontrar, e o fazem projetando na natureza aquilo que está presente em sua subjetividade.³

Seus desejos, seus medos, suas paixões; os vetores afetivos que compõem sua estrutura psíquica moldam seu perfil político e repercutem, constitutivamente,

¹ *O problema da justiça*. op. cit. p. 72.

² «the metaphysical assumption of the immanence of value in natural reality is not acceptable from the point of view of science». *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 141. Acerca na inexistência de valores imanentes à realidade natural, conferir também, nesta mesma obra, p. 140, e ainda *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 88; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 72, 99 e 100, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 125 e 126.

³ Ver A “dynamic” theory of natural law. op. cit. p. 178; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 72, 99 e 100; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 125 e 126, e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 369.

no objeto que deveria ser racionalmente descrito. Os jusnaturalistas acrescentam propriedades axiológicas à natureza, desfigurando-a. Em consequência, ao relatarem o que vêem falam-nos de um objeto “animado” pelo acréscimo de sua perspectiva política. Se sua posição for simpática à fórmula socialista, a natureza humana prescreverá como absolutamente justas a propriedade coletiva e algumas restrições ao ímpeto individual; se, ao contrário, a proposta capitalista lhe parecer mais atraente, a natureza humana dirá serem absolutamente justas a propriedade particular e a ampla proteção a ambições privadas.⁴

Os seguidores da doutrina em tela não deduzem postulados ideais a partir do exame qualificado de uma natureza real, como acreditam. O que eles fazem, sublinha Kelsen, é exatamente o contrário. Eles deduzem normas ideais de uma natureza idealizada cuja existência são levados a fantasiar a partir das premissas políticas que eles próprios acolhem, premissas políticas que consideram a expressão de postulados igualmente ideais: «É uma natureza transcendente que funciona como fonte do direito natural».⁵

Os jusnaturalistas fazem como alguns mágicos, acusa: retiram de sua cartola os coelhos e as pombas que foram por eles mesmos lá colocados.⁶

Neste passo, considerando que valorar é projetar-se subjetivamente e que projetar-se subjetivamente é agregar algo que, objetivamente, não está, Kelsen entende ser indispensável ao êxito de toda e qualquer pesquisa científica a observância da neutralidade axiológica.⁷

⁴ A relevância dos aspectos emocionais (medos, desejos, etc.) em considerações axiológicas é citada, por exemplo, em *General theory of law and State*. op. cit. pp. 06-08 e 13; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 295-297; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 140 e 141; *Science and politics*. op. cit. pp. 350-352; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 88; *A dynamic theory of natural law*. op. cit. p. 173 e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 72, 99 e 100.

⁵ «Es una naturaleza transcendente que funciona como fuente del derecho natural.» *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 122. No mesmo sentido, pp. 128 e 129, e, ainda, *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 144; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 89; *A “dynamic” theory of natural law*. op. cit. p. 178 e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 72, 81 e 82.

⁶ *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 126. Cf. também *O problema da justiça*. op. cit. p. 72.

⁷ Kelsen sublinha a necessidade da separação entre ciência e política durante todo o período de desenvolvimento de sua teoria pura. A neutralidade axiológica é especialmente reclamada em *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 438; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 01-05, 18 e 19; *Platonic justice*. op. cit. p. 94; *General theory of law and State*. op. cit. pp. XIII- XVIII; *Science and politics*. op. cit. pp. 350, 356, 357, 365, 366 e 368; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 55, 56, 162 e 163; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 29 e 30; *¿Una nueva ciencia de la política?*. op. cit. pp. 36 e 37; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 21, 68, 79, 106 e 107; *O problema da justiça*. op. cit. p. 70; *La*

Cumpra adicionar que ao firmar esta condição ele não imagina estar inaugurando uma nova etapa na da teoria do conhecimento, certamente. Seu objetivo é apenas estender ao saber que do direito se ocupa a mesma exigência que saberes outros haviam previamente vivenciado, com o quê atribui maior amplitude à esfera de influência desta perspectiva. Com efeito, há notórios precedentes, mesmo entre as chamadas ciências sociais, supostamente insuscetíveis, para muitos, de apresentar a abstenção valorativa reclamada.

Max Weber, por exemplo, cuja posição teórica Hans Kelsen admirava, foi um entusiasta da neutralidade. Há relatos que nos dão notícia de ter sido Weber um combativo defensor desta postura, a ponto de ter dispensado tratamento um tanto ríspido, por assim dizer, a quem neste ponto dele divergia.⁸

Sua convicção era de que todos os esforços mobilizados para o aprimoramento da teoria sociológica poderiam ser desperdiçados caso fosse dado ao pesquisador a faculdade de expressar suas preferências e antipatias políticas no momento em que lhe cumpre o exercício da atividade científica. Célebre foi sua polêmica com Gustav Schmoller em 1909, quando deixou a *Verein für Sozialpolitik* (União para a política social) para fundar a *Deutsch Gesellschaft für Soziologie* (Sociedade alemã para a sociologia), ambiente em que assuntos sociopolíticos eram analisados sem que, durante tal análise, houvesse espaço para a emissão de juízos de valor.⁹

A ênfase que os neokantianos de Heidelberg – onde Weber lecionava – destinavam à diferença entre *ser* e *dever-ser* também o caracterizava. A premissa epistemológica que define como planos incomunicáveis fato e valor, razão e vontade, voltava-se ao “desencantamento” de um âmbito teórico repleto de aspirações axiológico-metafísicas.

A posição de Max Weber pode ser percebida, v.g., em *Die Objektivität Sozialwissenschaftlicher und Sozialpolitischer Erkenntnis* (A objetividade do conhecimento nas ciências sociais), artigo de 1904, onde afirma, logo nas primeiras páginas, que «uma ciência experimental nunca poderá ter como tarefa a descoberta de normas e ideais de caráter imperativo, dos quais pudessem deduzir-

doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. op. cit. pp. 136 e 137, e *A ilusão da justiça*. op. cit. pp. 197 e 198.

⁸ Cf. LOSANO, Mario. *Introdução*. In: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. op. cit. pp. X-XII.

⁹ Idem, *ibidem*. p. XI.

se receitas para a práxis». ¹⁰ Pouco depois acrescenta, no mesmo sentido, que uma «ciência empírica não está apta a ensinar a ninguém aquilo que ‘deve ser’». ¹¹

No que se refere à ciência do direito, retornando agora ao nosso autor, isto significa que o jurista - se quiser alcançar um resultado objetivo em sua atividade - precisa impedir que as considerações políticas que certamente possui o influenciem. A polêmica que se seguiu à proposta kelseniana era previsível, a julgar pela que envolveu a adotada por Weber.

3.2

Neutralidade para quem? Quando?

“Não há homens neutros ante o direito”, pode-se tentar abreviar nesta oração singela o teor das colocações feitas por alguns opositores da abstenção valorativa. Aliás, para estes a falta de posicionamento crítico seria indesejável, caso irrealizável não o fosse. “Afim - perguntam em linhas gerais -, como pode ser atribuído ao jurista o silêncio axiológico se este lida diária e imediatamente com algo tão repleto de valores quanto o direito?” Se implementado fosse o projeto epistemológico kelseniano – arguem - restaria o jurista desamparado na complexa tarefa de resolver os conflitos de interesses oferecidos pelo cotidiano da atividade judicial.

Entendemos ser correto dizer que o inconformismo que contagia quem formula tal questão repousa no desconhecimento acerca de um ponto decisivo da teoria pura: o significado do conceito de *jurista*. Em regra, a maioria dos autores costuma empregar esta palavra para designar todo aquele que direta e profissionalmente está envolvido com o chamado “fenômeno jurídico”, seja com seu ensino - professores - seja com sua aplicação - juízes e procuradores das partes.

Entre tais autores não parece haver uma nítida preocupação em distinguir com rigor os que podem ter sua atividade compreendida nesta ampla noção. Professores, juízes e procuradores: seriam todos juristas. Aparentemente, esta imprecisão não tem causado maiores transtornos técnicos, por assim dizer. Se for

¹⁰ WEBER, Max. *A objetividade do conhecimento nas ciências e na política sociais*. In: *Ensaio sobre a teoria das ciências sociais*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo : Centauro, 2003. p. 05.

¹¹ Idem, *ibidem*. p. 07.

estendida ao articulado kelseniano, porém, esta fórmula surge como demasiado genérica e dá lugar a freqüentes confusões.

Para o autor da teoria pura, *jurista* é tão-somente o cientista do direito. Aquele a quem cabe a tarefa única de descrever seu objeto de estudo mediante um necessário e singular - porque exclui qualquer outro - ato de conhecimento. É aquele que se pronuncia descritivamente após ter mobilizado os recursos cognitivos da razão, da razão teórica. Trata-se, portanto, e exatamente, de uma atividade.¹²

Neste passo, e feita esta ressalva fundamental, pode-se afirmar que não pertencem à categoria dos juristas aqueles indivíduos dedicados precipuamente à instituição – e não à cognição – de normas jurídicas. Por exemplo, os que intervêm nas decisões judiciais: os magistrados e os procuradores das partes em juízo. Quando Kelsen diz que o jurista deve abster-se de sobre seu objeto projetar temores, paixões e ambições políticas, em nenhum momento está se referindo aos que se convencionou chamar de *operadores do direito*.¹³

¹² *Jurista* é unicamente aquele que realiza atividade teórico-cognitiva. Cf. *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 410, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. pp. 268 e 270; *Science and politics*. op. cit. p. 350; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 25 e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 355 e 356.

Em sua *Philosophie du Droit*, Michel Villey denomina um de seus itens finais de “Religião da Lei” atribuindo-lhe dois subitens, o primeiro chama de “Raízes do Legalismo” e o segundo de “Esquema do positivismo legalista”. Em ambos comete pelo menos dois erros elementares: a) referir-se a Kelsen - e a Hart e a Bobbio - como se se tratasse de positivista legalista e b) afirmar que o jurista tal como entendido por este positivismo legalista – ao qual supõe pertencer Hans Kelsen – deve aplicar os textos, a lei. (*Filosofia do direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. op. cit. p. cit. pp. 380-384).

Acerca do erro a), entre os inúmeros trechos que poderíamos colacionar para demonstrar o que realmente escreve Kelsen, sublinhamos algumas passagens, como a que afirma ser uma confusão impertinente identificar «*el concepto de derecho con el de ley*» (*Teoría general del Estado*. op. cit. p. 385), o que considera «*usual, mas também errôneo, identificar o direito com a lei*» (*O Estado como integração. Um confronto de princípios*. Trad. Plínio Fernandes. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 94), o que diretamente afirma que a norma «*may be created by custom*» (*General theory of law and State*. op. cit. p. 119), o que declara que o direito consuetudinário «*like statutory law, is positive law*» (*Pure theory of law*. op. cit. p. 226) e a afirmação pela qual «*Font également partie du droit positif les normes créés par la coutume*» (*Théorie générale des normes*. op. cit. p. 370). Podemos, ainda com respeito ao erro a), sugerir a consulta de páginas em que Hans Kelsen pronuncia-se expressamente contra o positivismo legalista, uma corrente que, para ele, não é senão uma expressão pseudopositivista da doutrina do Direito Natural. Cf. *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 445; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 21, 22, 37 e 38; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 159 e *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 57 e 58. Sobre o erro b), as indicações que fazem referência ao conceito de *jurista* presentes no começo desta nota apontam algumas obras em que Hans Kelsen afirma exatamente algo muito distinto do que aquilo que nele pretende denunciar Villey.

¹³ Ele não se serve desta expressão. Dela fazemos uso baseando-nos no sentido que apresenta no debate atual. Pela pertinência de seu emprego respondemos.

A depender da função que desempenham – v.g. a de juiz ou a de procurador –, estes têm maior ou menor relevância na escolha do conteúdo valorativo que a positivação da norma jurídica há de encerrar. A atividade que exercitam é fundamentalmente inovadora, no sentido de que estabelece prescrições jurídicas, institui novo direito positivo.¹⁴ E vimos que, segundo a perspectiva kelseniana, não é por meio da razão que normas são criadas, e sim por intermédio da vontade.

Não resta dúvida de que nas sociedades dotadas de certo grau de complexidade – como em regra o são as atuais – e comprometidas com a adoção de um procedimento racional para a instituição de prescrições jurídicas, os operadores do direito realizam a atividade cognoscitiva antes de levarem a efeito a atividade volitiva que fixa direito novo. Eles conhecem antes de, com as informações obtidas em função deste conhecimento, estipular o que querem. Mas ainda que tal característica seja uma nota hoje generalizada, ela não pode ser compreendida como mais do que um postulado político, e assim não pode ser considerada como necessariamente implicada no movimento de criação de normas jurídicas. Trata-se apenas de uma eventualidade,¹⁵ uma eventualidade que, mesmo quando se verifica, não tem a força de tornar passíveis de confusão o prévio ato cognitivo que dá notícia do direito em vigor e o ato volitivo que mais direito cria. Ambos são perfeitamente distinguíveis, e apenas o segundo é imprescindível ao exercício da autoridade jurídica.¹⁶

Acompanhemos o que nos diz o próprio Kelsen:

[Os juristas] desejos de compreender e de descrever o direito (...) não atuam em sua atividade científica na qualidade de órgãos ou de membros da comunidade jurídica que estão estudando.

¹⁴ Sobre o caráter constitutivo da decisão judicial, *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 389; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 67 e 68; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 134, 135 e 136; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 126 e 127, e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 236-242.

¹⁵ *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger*. In: Kelsen, Hans; Fuller, Leon; Ross, Alf. *Ficciones jurídicas*. Fontamara : Mexico D.F., 2006. p. 33; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 43 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 72.

¹⁶ Para a função eminentemente político-institutiva – pois amparada na volição - da autoridade, cf. *Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger*. op. cit. p. 33; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 13; *Science and politics*. op. cit. pp. 363, 365, 366 e 368; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 25, 43, 56, 138, 140, 141, 126 e 127; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 24-27, 29, 44, 45, 48 e 49; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 71-74, 79, 86, 89, 246, 236-238; *O problema da justiça*. op. cit. p. 85; *Validez y eficacia del derecho*. op. cit. p. 57, e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 155.

O papel dos órgãos e dos membros da uma comunidade jurídica consiste em criar ou em aplicar as normas jurídicas que regem a conduta dos indivíduos que fazem parte desta comunidade. Ele não é o de descrever estas normas nem de buscar a aquisição de um conhecimento científico. Sem dúvida, para criar uma norma jurídica é necessário dispor de certo número de conhecimentos: o legislador deve conhecer a matéria que quer regular, o juiz deve constatar os fatos a respeito dos quais pronunciará seu julgamento. Contudo, do ponto de vista do direito, estes conhecimentos prévios não desempenham um papel essencial.¹⁷

É dizer, enquanto a atividade cognitiva é a única a ser realizada pelo jurista kelseniano, a atividade volitiva é a principal a ser desempenhada pelos chamados operadores. Aquele nada pode fazer além de descrever com os recursos metodológicos de que dispõe as normas jurídicas positivas; estes, por outro lado, têm por função instituir direito novo. O jurista conta-nos acerca de algo que *é*, ou seja, fala-nos das normas – *dever-ser* – que se encontram em vigor, positivadas, e que, neste sentido, estão já presentes na experiência. A autoridade jurídica, por seu turno, institui tal experiência, uma vez que seu pronunciamento estabelece, atribui positividade, às normas a que os juristas se referem.

Ora, vimos que, em Kelsen, instituir normas é estipular valores a serem realizados, e é por isto que ele não espera dos operadores do direito qualquer isenção subjetiva. Ele sequer cogita a possibilidade de tal hipótese, pois, partícipes que são da escolha do sentido axiológico a ser contido na norma, eles não atuam apenas orientados pelas disposições do direito já em vigor - como as que atribuem competência, fixam procedimentos e estipulam limites materiais de ação -, mas também se conduzem sob o impulso afetivo decorrente de suas convicções político-ideológicas, pautas morais ou inclinações religiosas.

Para o autor de que tratamos, aliás, são precisamente estas normas de procedência metajurídica que os influenciam na escolha entre os inúmeros valores que se lhes apresentam como suscetíveis de juridicização. O processo de positivação do direito é uma atividade «determinada não apenas por normas

¹⁷ «*désireux de comprendre et de décrire le droit (...) n'agissant pas dans leur activité scientifique en qualité d'organes ou des membres de la communauté juridique qu'ils étudient.*

*Le rôle des organes et des membres d'une communauté juridique est de créer ou d'appliquer des normes juridique réglant la conduite des individus qui font partie de cette communauté. Ils n'est pas de décrire ces normes, ni de chercher à acquérir une connaissance scientifique. Sans doute est-il nécessaire, pour créer une norme juridique, de disposer d'un certain nombre de connaissances : le législateur doit connaître la matière qu'il veut régler, le juge doit constater le fait à propos desquels il rendra son jugement. Mais au point de vue du droit ces connaissances préalable ne jouent pas un rôle essentiel.». *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.* op. cit. p. 43. No mesmo sentido, *Pure theory of law.* op. cit. p. 72.*

jurídicas mas também por normas de outro sistema normativo que, para distingui-las do direito, são chamadas (...) ‘políticas’»¹⁸ Aos referidos operadores, portanto, Kelsen reivindica o oposto do que reclama para os cientistas: a participação valorativa. A influência de estimativas axiológicas é um fator indispensável à instituição de normas.¹⁹

Com efeito, o contexto em que estes atuam possui caráter político-jurídico, não técnico-científico. A função de autoridade - diretamente desempenhada pelos magistrados e acessoriamente pelos procuradores - regula a conduta social dos indivíduos, determina o que estes devem fazer, e, como tal, dirige, governa. A arte do governo é a arte da política,²⁰ que, em Kelsen, não pode ser desvincilhada do direito, pois o tem como meio pelo qual pode fazer valer coercitivamente seus propósitos. «A despolitização que a teoria pura exige refere-se à ciência e não ao seu objeto, o direito. O direito não pode ser separado da política, pois é, essencialmente, um instrumento da política»,²¹ afinal, trata-se de uma «teoria pura do direito, e não uma teoria do direito puro, como erroneamente seus críticos às vezes afirmam».²²

Em artigo de grande valor didático publicado em 1965 e intitulado *Professor Stone and the Pure Theory of Law* (O professor Stone e a teoria pura do direito), Kelsen oferece um exemplo da má compreensão acerca da pureza que reivindica para a ciência trazendo-nos uma situação por ele mesmo vivenciada. Respondendo a Julius Stone, professor que havia criticado sua teoria em um artigo, Kelsen escreve:

¹⁸ «determined not only by legal norms but also by norms of another normative system which, in order to distinguish them from law, are, (...) called ‘political’». *Science and politics*. op. cit. p. 365.

¹⁹ Sobre a participação de normas não jurídicas na positivação do direito, sugerimos a consulta de, v.g., *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 83; *General theory of law and State*. op. cit. p. 132; *Science and politics*. op. cit. pp. 350, 365, 366, 368 e 374; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 141; *Pure theory of law*. op. cit. p. 353; *O problema da justiça*. op. cit. p. 70; *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 132 e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 153.

²⁰ Governar - prescrever o que deve ser - é um procedimento político. Cf. *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 07; *Platonic justice*. op. cit. p. 94; *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. p. 266; *General theory of law and State*. op. cit. p. XIV; *Causality and imputation*. op. cit. p. 331; *Science and politics*. op. cit. p. cit. p. 350; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 17, e *Pure theory of law*. op. cit. p. 01.

²¹ «La despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia y no a su objeto, el derecho.» *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 29. No mesmo sentido, *Science and politics*. op. cit. p. 365.

²² «teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro, como sus críticos han afirmado erróneamente a veces». *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. p. 30.

[Segundo o professor Stone, conta-nos Kelsen] “Após algumas publicações recentes como *What is Justice?* (1957) torna-se agora claro para todo mundo, como provavelmente sempre o foi para seus íntimos, que ele (Kelsen) é um democrata liberal convicto e que a ‘pureza’ de seu pensamento neste aspecto caminha lado a lado com sua posição a favor da liberdade como jurista-cidadão.” [Kelsen retorna] Está claro para todos aqueles que leram minhas obras – e não só para meus “íntimos” – que desde o começo – e não somente “agora”, depois de ter publicado *What is Justice?* – minha teoria do direito nada tem a ver com minha atitude política como democrata liberal. O termo ‘pureza’, tal como o utilizo, refere-se a minha teoria do direito, não ao meu pensamento político. Se as palavras “‘pureza’ neste aspecto de seu pensamento” se referem – como devemos supor a partir do contexto – às palavras imediatamente anteriores, “que ele é um democrata liberal convicto”, o professor Stone entende mal o termo ‘pureza’.²³

²³ «“A raíz de algunas publicaciones recientes como *What is Justice?* (1957) resulta hora claro para todo el mundo, como probablemente siempre lo fue para sus íntimos, que él (Kelsen) es un demócrata liberal convencido y que la ‘pureza’ de su pensamiento en este aspecto marcha pareja con su toma de posición a favor de la libertad como jurista-ciudadano.” Resulta claro para todos aquellos que han leído mis obras – y no solo para mis “íntimos” – que desde el comienzo, y no solamente “ahora”, después de haber publicado *What is Justice?*, mi teoría del derecho no tiene nada que ver con mi actitud política como demócrata liberal. La “pureza”, tal como uso este término, se refiere a mi teoría del derecho, no a mi pensamiento político. Si las palabras “‘pureza’ en este aspecto de su pensamiento” se refieren – como debemos suponer por el contexto – a las palabras inmediatamente anteriores, “que él es un demócrata liberal convencido”, el professor Stone entiende mal el término ‘pureza’». El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho. op. cit. pp. 56 e 57.

A necessidade da pureza do método a ser manuseado pelo cientista do direito – a que já fizemos referência –, e não da pureza da política ou do direito, é reiteradas vezes mencionada por Hans Kelsen ao longo das seis décadas em que desenvolveu sua jusfilosofia. Já em *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911, obra inaugural de sua teoria, ele menciona a importância da pureza metodológica («la pureza de la teoría»). *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*. op. cit. p. XXXIX.). Em 1925, na primeira de suas obras-síntese, *Allgemeine Staatslehre*, lê-se: «Mediante la purificación del método» (*Teoría general del Estado*. op. cit. p. 74.). Na referida carta ao professor Julius Moór, datada de 1927, tem-se: «La pureté de la méthode, indispensable à la science juridique» (Carta enviada a Julius Moór, escrita 20 de fevereiro de 1927 e constante em *Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Moór*. op. cit. p. 337). No prefácio à *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, escrito em 1934, Hans Kelsen fez constar, logo no primeiro parágrafo da primeira página, a importância de ser constituída uma «*legal theory purified*», e em seguida que a pureza é, para sua teoria, «*its basic methodological principle*» (*Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 01 e 07.). Também no prefácio à *General theory of law and State*, de 1945, o jusfilósofo em tela sublinhou, uma vez mais, a necessidade da ciência do direito alcançar, para obter sua singularidade entre as demais ciências, «*the purity of its method*» (*General theory of law and State*. op. cit. p. XV.). Em idêntico sentido, ele ressalta «*The purity of a theory of law*», em *Law, State and justice in the pure theory of law*, publicado em 1948 (*Law, state and justice in the pure theory of law*. op. cit. p. 294.). Em 1960, na célebre edição de *Reine Rechtslehre*, Hans Kelsen novamente menciona, em novo prefácio, ser uma de suas principais preocupações desenvolver uma teoria do direito que estivesse de acordo com «*the principles of methodological purity of jurisprudential cognition*», para, no segundo capítulo da obra, alertar para a necessidade de ser preservada «*the methodological purity of the science*» (*Pure theory of law*. op. cit. pp. V e 59, respectivamente). Em 1965, e no citado *Professor Stone and the Pure Theory of Law*, ele também nos fala que «*el adjetivo “puro” se refiere a la teoría del derecho, no al derecho; el derecho no es “puro”, solo la teoría del derecho puede ser “pura”*» (*El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho*. op. cit. p. 79).

Neste trabalho tivemos a oportunidade de ver que para Kelsen direito é valor, isto é, toda norma jurídica implica assunção de valores que a autoridade pretende ver realizado em momento futuro. Deste modo, inexistente direito puro, neutro, como inexistente autoridade que, ao positivá-lo, tenha deixado de por seu intermédio pronunciar-se axiologicamente. Daí entendermos ser

Portanto, não há isenção axiológica na dinâmica política da qual o direito participa como instrumento. Se ao reclamar pureza Kelsen quer garantir a existência de um processo que se desenvolva imune a considerações políticas, postular pureza para a política seria equivalente a pedir que a política fosse despolitizada. Definitivamente não é esta sua pretensão.

A neutralidade é por ele reivindicada para o momento em que o cientista do direito desempenha sua atividade cognitiva - «é evidente a qualquer jurista que, como jurista, isto é, quando a cognição de normas jurídicas está envolvida, ele deve desconsiderar o aspecto moral»²⁴ - e mais a nenhum outro. Como é evidente, o cientista do direito não pode ser confundido com um indivíduo que desenvolve sua função descritiva de modo contínuo e ininterrupto. O exercício da atividade científica não esgota sua individualidade. Quer-se com isto dizer que o sujeito que mobiliza sua atenção para a descrição do ordenamento jurídico positivo não o faz em tempo integral, e que então nele permanecem vivas as convicções morais e religiosas de que é possuidor, bem como suas simpatias políticas, suas inclinações ideológicas.

A teoria pura não concebe a existência de um ser humano neutro, e sim o exercício de uma específica função com neutralidade. Ela simplesmente aponta como imprescindível ao êxito da atividade científica, e a nenhum outro instante – sublinhe-se -, a abstenção da tentativa de manter ou de defender o direito existente, se se tratar de um indivíduo politicamente conservador, ou de alterá-lo,

descabida a afirmação de Eros Roberto Grau, que, em *O direito posto e o direito pressuposto*, diz que «a teoria kelseniana (...) esvazia o direito de qualquer sentido axiológico.» (*O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2002. p. 33). No mesmo sentido parece caminhar Susanna Pozzolo, para quem a postura positivista – ela não exclui Hans Kelsen em seu comentário e seguramente o tem como positivista -, «se revelaría indecuada, dado que mostraría un sistema carente de tales contenidos morales» e para quem «la expulsión de los valores del campo de investigación del juspositivismo lo volvería obsoleto» (*Un constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madri : Editorial Trotta, 2003. p. 191). Parece-nos ainda mais equivocada a visão de Chantal Millon-Delsol, para quem «Kelsen se propose de fonder un droit pur, débarrassé des aléas du composite et du relative» (MILLON-DELSOL, Chantal. *A propos de Kelsen, critique du pur*. In: Cahiers de philosophie politique et juridique. La philosophie du droit de Hans Kelsen. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen, 1986. p. 118). Afirmar que Hans Kelsen pretende algo como um direito “puro” e desligado do relativo é negligenciar as noções basilares de seu normativismo, como os itens que em breve serão expostos no corpo deste trabalho também irão demonstrar. Com efeito, pode-se questionar a exequibilidade do projeto kelseniano, não convém, por outro lado, distorcê-lo, sobretudo quando por seu próprio autor foi demonstrado à exaustão, ao longo de décadas, como citado, seu exato sentido.

²⁴ «It is evident to any jurist that, as a jurista – that is, when the cognition of legal norms is involved – he must disregard the moral aspect». *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 410.

se com tal direito o indivíduo estiver insatisfeito. Kelsen não propõe a quem em certo momento atua como jurista a adoção de uma conduta social que signifique apatia moral ou omissão política. Assim o seria se fosse por ele concebida como verossímil a hipótese de alguém que em tempo integral exerce a atividade científico-descritiva, e certamente não é este o caso.²⁵

A neutralidade surge a Hans Kelsen, destarte, como postulado epistemológico que é requisito para o alcance do conhecimento objetivo: inconcebível na esfera política e necessário no âmbito científico, estranho ao direito e constitutivo da ciência. Seu abandono, entende, significa render-se à falaciosa retórica jusnaturalista como a que se apóia na existência da razão prática.

A doutrina do Direito Natural, aliás, é para ele exemplo das incertezas e debilidades promovidas pelo desprezo à neutralidade axiológica. As investigações que seus seguidores realizam não fazem senão encontrar essências contraditórias na natureza. Seu repertório de conclusões aponta para os mais diversos sentidos. Leituras supostamente corretas do mundo natural já foram capazes de fornecer com grande convicção que os homens são bons, enquanto outras, com a mesma certeza, os descreveram como maus. Neles já se viu tanto a inclinação à pacífica vida social quanto à beligerante hostilidade recíproca. E com base no que se constatou foram deduzidas como naturalmente justas noções opostas entre si, como autocracia e democracia, propriedade individual e propriedade coletiva, monarquia e república.²⁶ Kelsen afirma que o uso do método jusnaturalista

²⁵ Mario Losano escreveu o prefácio à edição brasileira de *Das Problem der Gerechtigkeit* e nele fez constar: «não é de surpreender que outros estudiosos também sintam a exigência de esquivar-se ao frustrante preceito da não-valorização: a pureza realmente é uma virtude recomendável e o asceta que a pratica é digno de todo nosso respeito; mas uma sociedade de ascetas estaria condenada à extinção» (*O problema da justiça*. op. cit. p. XXXI).

Kelsen certamente concordaria com a conclusão do professor italiano, pois em nenhum momento de sua obra sugere haver pertinência a algo como uma “sociedade de ascetas”. Ao contrário, diz que o conceito de sociedade é definível por seu caráter normativo, e que a instituição de normas - e portanto da própria sociedade - é uma atitude político-jurídica, e como tal exige, vimos, assunção de valores, comprometimento axiológico. Sobre a sociedade como ordem normativa, cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 26; *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 231; *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 281; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 27; *General theory of law and State*. op. cit. p. 15; *Law, state and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 292 e 293; *Causality and imputation*. op. cit. p. 324; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 18, e *Pure theory of law*. op. cit. p. 86.

²⁶ Sobre o Direito Natural e suas conclusões contraditórias, ver sobretudo, e na íntegra, *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. Cf. também *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 91-94; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 33 e 41; *What is justice?*. op. cit. p. 21; *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 383; *Acerca*

permite que tudo seja demonstrado, e que, em ciência, porém, poder demonstrar tudo significa, em verdade, nada poder demonstrar.²⁷

Mas qual o motivo capaz de fazer com que a doutrina do Direito Natural tenha tanto êxito entre posturas eventualmente tão divergentes? Como pode ela pode parecer atrativa se encerra tão óbvias falácias?

Kelsen responde afirmando que a razão pela qual o jusnaturalismo «tem tido, e provavelmente sempre terá, grande influência»²⁸ é o fato de que ele «satisfaz uma necessidade profundamente enraizada na mente humana, a necessidade de justificação».²⁹ E completa:

Para justificar os juízos de valor subjetivos que emergem do elemento emocional de sua consciência, o homem tenta apresentá-los como princípios objetivos transferindo-lhes a dignidade de verdade, tornando-os proposições da mesma ordem que os enunciados sobre a realidade.³⁰

Esta necessidade, contudo, não pode ser atendida pelo conhecimento racional, como pretende o jusnaturalismo. A busca pela justificação das opções valorativas «não pode ser lograda pelo caminho do conhecimento científico, e sim pela via da especulação teológico-metafísica».³¹ E tal limite precisa ser respeitado para que simples projeções axiológicas não assumam o status de verdades apreensíveis da realidade objetiva. «A tarefa do conhecimento científico não consiste apenas em responder às perguntas que lhe dirigimos», faz questão de agregar, «mas também em ensinar-nos as perguntas que lhe podemos dirigir com sentido».³²

Por corresponderem a um impulso político, e não a um procedimento amparado pela ciência, as conclusões jusnaturalistas não se vêem afetadas pelas contradições que encerram. O propósito consciente ou inconsciente que estimula

de la norma básica. op. cit. p. 422; *O problema da justiça.* op. cit. p. 100 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico.* op. cit. pp. 133 e 134.

²⁷ Cf. *O problema da justiça.* op. cit. p. 100.

²⁸ «has had, and probably always will have, great influence». *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science.* op. cit. p. 159.

²⁹ «satisfies a deeply rooted need of the human mind, the need of justification». Ibidem. No mesmo sentido, *What is justice?* op. cit. pp. 10 e 11; *Una nueva ciencia de la política?* op. cit. p. 16, e *O problema da justiça.* op. cit. pp. 113 e 114.

³⁰ «To justify the subjective value judgments which emerge from the emotional element of his consciousness, man tries to present them as objective principles by transferring to them the dignity of truth, to make them propositions of the same order as statements about reality». *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science.* op. cit. p. 159.

³¹ «no puede ser lograda por el camino del conocimiento científico, sino por la vía de la especulación teológico-metafísica». *La autodeterminación del derecho.* op. cit. p. 417. Ver também, *O problema da justiça.* op. cit. pp. 113 e 114.

³² *O problema da justiça.* op. cit. p. 114.

sua instituição é o domínio moral, instrumento de governo, e não o alcance da verdade objetiva, maior valor científico.

«Perante o tribunal da ciência», conclui o autor da teoria pura, «a doutrina do Direito Natural não tem nenhuma chance».³³

³³«Before the tribunal of science, the natural-law doctrine has no chance». *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 159.