

4

Relativismo axiológico, positivismo e democracia.

4.1

O significado do relativismo axiológico.

Além dos problemas epistemológicos apontados, há relevantes efeitos políticos na rejeição ao postulado da neutralidade.

Vimos que ao substituir um ato científico-cognitivo por um ato político-institutivo, a doutrina do Direito Natural estabelece uma natureza axiologicamente comprometida cuja existência, crê, independe de qualquer aspecto subjetivo. E vimos também que, de modo oposto ao objeto criado em plano gnosiológico pelo conhecimento tal como o entende Hans Kelsen, esta natureza metafísica é desprovida de objetividade.

Ora, enquanto o cientista submete seus resultados à prova, o que significa que suas conclusões podem ser confirmadas por todos os que se utilizarem dos mesmos métodos, o investigador jusnaturalista não pode fazê-lo. As normas “naturais” em última análise por ele criadas - e que supostamente seriam a conclusão de uma atividade científica - apenas são conhecidas como existentes, e assim válidas, se, e na medida em que, recebem adesões ideológicas. Com efeito, não nos parece plausível que um jusnaturalista republicano encontre na natureza humana racional prescrições que consagrem a monarquia. Do mesmo modo, um jusnaturalista comunista certamente não verá como imperativo natural a propriedade privada. Vimos que, em Kelsen, o procedimento da doutrina em tela institui consciente ou inconscientemente uma natureza metafísica em função de seus interesses políticos.

Nada obstante, o investigador jusnaturalista defende a objetividade do que relata, e com isto afirma a validade das normas naturais para todos, generalizando o que é, a rigor, repercussão de sua intimidade. Ele torna absoluto o que lhe é relativo. Assim, se constatar que a razão prática prescreve, *v.g.*, que se deva privatizar, ou coletivizar, os meios de produção, todos devem atendê-la. O jusnaturalista fantasia a existência objetiva de um mundo natural-normativo e pretende que ele tenha vigência indiscriminada. Sem embargo, e na esteira do que

firmamos anteriormente, o conteúdo da justiça absoluta que ele reclama para tal mundo é, em Kelsen, uma fórmula irracional.¹

E o é no seguinte sentido: o significado do “absolutamente justo” provém da disposição ideológica de cada indivíduo, decorrendo de escolhas baseadas nas convicções políticas ou na fé religiosa de quem as realiza, surgindo como um pronunciamento afetivo, não como um produto da razão. A fórmula da justiça absoluta seria, portanto, uma expressão emocional, e não uma conquista intelectual, ela pertence «a uma esfera transcendental que está além da experiência científica [pertence] ao campo da teologia e de outras especulações metafísicas».²

Kelsen afirma que uma investigação dotada dos rigores científicos não pode fazer senão recusar a existência de valores absolutos, uma vez que – a rigor – estão estes fundamentados em uma crença de natureza mística, «na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade».³ O que pode ser percebido na experiência - e portanto acedido pela razão teórica - é a variação substantiva apresentada pelas concepções acerca do justo, concepções que restam permanentemente na dependência das circunstâncias políticas em que são formuladas.

A diversidade de conteúdo dos sistemas morais seria, neste passo, um dado flagrante. E o seria não apenas em sociedades distintas entre si, pois mesmo um único indivíduo, considerado em sua singularidade, não raro torna-se defensor de posições ideológicas que no passado refutou. Certamente, em Kelsen não parece haver óbice racional que afaste a possibilidade de um indivíduo rever suas crenças religiosas ou alterar suas convicções políticas. A eleição referente ao valor último – “valor fim”, por assim dizer - a ser pelo indivíduo acolhido escapa a toda e qualquer determinação de feições racionais.

Se, no problema da justiça, partirmos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a

¹Para referências expressas à justiça absoluta como ideal irracional, consultar *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 16 e 17; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 06, 07 e 13; *The idea of justice in the Holy Scriptures*. op. cit. p. 25; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 53, 54 e 55; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 31 e 50; *What is justice?*. op. cit. pp. 10 e 21; *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 211; *Pure theory of law*. op. cit. p. 67, e *A ilusão da justiça*. op. cit. p. 500.

²«a una esfera transcendental que está más allá de la experiencia científica (...) al campo de la teología y de otras especulaciones metafísicas». *Una nueva ciencia de la política?* op. cit. p. 16.

³ «in the absolute and transcendent authority of a deity». *Pure theory of law*. op. cit. p. 63.

possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais.⁴

Vejam, em nossas palavras, o exemplo que Kelsen nos traz em *Was ist Gerechtigkeit?* (O que é a justiça?). Depois de reiterados exames, um médico constata em seu paciente a presença de uma doença incurável que inevitavelmente o levará à morte em curto espaço de tempo. Qual atitude deve o médico adotar? Deverá dizer com sinceridade ao paciente seu real estado de saúde ou deverá dele esconder o resultado do exame, afirmando em seguida que não há motivo para maiores preocupações? Relatar a verdade pode significar submeter o paciente ao martírio do medo da morte iminente; optar pela mentira pode representar poupá-lo de um drama profundo.⁵

A decisão entre comunicar o resultado preciso do diagnóstico ou ocultá-lo por meio de uma confortante mentira, depende da hierarquia de valores que o sujeito da decisão admite como guia ético de seu proceder. Confrontam-se, aqui, dois valores de grande prestígio na maioria dos padrões morais vigentes: verdade e compaixão. Se o apreço pela verdade superar o espírito de compaixão, deve o médico expor ao seu paciente terminal o frágil estado de saúde que o acomete irreversivelmente. Se, por outro lado, for a compaixão o maior valor estimado pelo sujeito da decisão, deve o médico lançar mão da piedosa mentira.⁶

Se a escolha entre valores deve-se ao pronunciamento afetivo de quem a realiza, a razão dela não participa. Kelsen é insistente neste ponto. O ato de eleger, de optar entre dois ou mais valores, não procede da atividade cognitiva, é tão-somente expressão da vontade, faculdade diversa, e que se inspira em propósitos constantemente suscetíveis a eventuais alterações. Deste modo, quanto à decisão entre dois ou mais valores “decidem” os sentimentos, os medos, os desejos, a insegurança, a busca pela liberdade, etc. São impulsos irracionais os que conferem movimento e direção à vontade.

Entre a verdade e a compaixão, a resposta à pergunta sobre qual destes dois valores é o maior e por isto deve ser adotado «não é possível com base em

⁴O problema da justiça. op. cit. pp. 17 e 18. Acerca da justiça como padrão relativo, consultar ainda, entre inúmeras obras, *Value judgments in the science of law*. op. cit. pp. 227, 228 e 229; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 06, 07, 08, 47, 48 e 49; *Absolutism and relativism in philosophy and politics* e *What is justice?*, ambos integralmente; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 63-69, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 130, 131 e 132.

⁵ *What is justice?* op. cit. p. 06.

⁶ *Ibidem*.

uma consideração científico-racional»,⁷ ela não é uma espécie de segredo imanente na circunstância do enfermo, um segredo suscetível de ser revelado, descrito, por um talento capaz de capturá-lo.

Mas da concepção de que os valores são relativos ao sujeito que os enuncia não decorre que a cada indivíduo corresponda, necessariamente, um exclusivo sistema de valores, assinala Kelsen. Um padrão axiológico de orientação de condutas é o resultado do influxo de múltiplos fatores, salienta, desde considerações estimativas de certos grupos - como a família, o clã, a tribo, a categoria profissional - até limitações próprias das condições econômicas vigentes, por exemplo. É dizer, em muitas oportunidades a pauta valorativa acolhida por certo sujeito é compartilhada pelos membros dos grupos dos quais ele faz parte. Tal característica não se opõe, contudo, ao sentido eminentemente relativo das preferências axiológicas. Supondo-se que se verifique a remota possibilidade de que todos os membros de certa sociedade compartilhem os mesmos valores, este fato não constitui prova de que tenham eles finalmente alcançado o sentido objetivo, correto, do que postulam.

o fato da maioria das pessoas acreditar, ou ter acreditado, que o Sol gira em torno da Terra não é, ou não foi, prova da verdade desta idéia. O critério de justiça, assim como o de verdade, não é dependente da frequência com que juízos de realidade ou juízos de valor são feitos. Na história da civilização humana, juízos de valor geralmente aceitos foram frequentemente substituídos por outros juízos de valor bem diferentes e do mesmo modo geralmente aceitos.⁸

E por não ser dado à razão estipular verdades axiológicas incontrastáveis, a questão da justiça é hoje tão discutida como sempre o foi, conta-nos Kelsen. Apesar do predomínio que a doutrina do Direito Natural exerce há séculos - segue - sobre seu sentido último ainda não se pôde dar a palavra final.⁹

Isto significa uma espécie de vale-tudo moral? Uma posição de indiferença quanto ao conteúdo que possa vir a ser positivado nas normas jurídicas?

⁷ «is not possible on the basis of a rational scientific consideration». Ibidem.

⁸ «the fact that most people believe or used to believe that the sun turns around the earth, is, or was, no proof of the truth of this idea. The criterion of justice, like the criterion of truth, is not dependent on the frequency with which judgments about reality or judgments of value are made. In the history of human civilization quite generally accepted value judgments have often been replaced by quite different value judgments no less generally accepted». Ibidem. p. 08. No mesmo sentido, *General theory of law and State*. op. cit. pp. 07 e 08.

⁹ ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?. op. cit. p. 33.

Com veemência ele afirma que não. Kelsen sublinha que, de modo contrário ao que muita vezes se diz, sua teoria pura de nenhum modo opõe-se à tentativa de se fazer do direito em vigor um direito mais justo.¹⁰ O que ela abertamente exige é que tal tentativa assuma a relatividade da justiça que propõe e que renuncie à ambição de sustentar-se na autoridade da ciência para deste modo livrar-se da esfera de discutibilidade. Quem defende serem justas suas pretensões não pode recorrer ao falso argumento de tê-las alcançado pelo uso correto da razão, mas apenas manifestar-se como quem sugere uma proposta que lhe parece mais conveniente. Como para Kelsen a ciência é incapaz de fornecer uma solução definitiva ao problema da justiça, o sentido do relativismo que ele advoga representa, em última análise, a renúncia a justificar cientificamente alternativas morais dotando-lhes da aura de verdade.¹¹

Indiferentes aos limites da razão, acrescenta, muitas pessoas demonstram não suportar a responsabilidade de escolher qual o valor a ser socialmente instituído e tendem a transferir a uma autoridade exterior – a ciência e a religião – a função de lhes apresentar o caminho supostamente seguro acerca do certo e do errado.¹² Uma teoria relativista, como o é a teoria pura do direito, afirma que há muitas ordens morais – padrões de justiça - suscetíveis de adesão, e que assim é preciso optar *politicamente* por uma delas. Kelsen destaca que o relativismo recusa-se a poupar o indivíduo da difícil tarefa de decidir por si mesmo o caminho a seguir, e que tal decisão é a mais séria responsabilidade que pode o homem assumir. Nesta linha de raciocínio, o relativismo implica - defende - autonomia moral.¹³

A circunstância de que este relativismo [axiológico] nos “deixa em apuros” significa que ele nos obriga a tomar consciência de que a decisão da questão nos pertence, porque a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base do nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas; significa que esta opção apenas pode ser feita por nós próprios, por cada um

¹⁰ Ver *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 15; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 266; *General theory of law and State*. op. cit. p. 06; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 49; *Pure theory of law*. op. cit. p. 67; *O problema da justiça*. op. cit. p. 70 e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. pp. 131 e 132.

¹¹ Acerca do tema, sugerimos a leitura integral de *Staatsform und Weltanschauung, Absolutism and relativism in philosophy and politics, Science and politics, Was ist Gerechtigkeit?* e *Das Problem der Gerechtigkeit*.

¹² Cf. *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 206 e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 114 e 115.

¹³ Ver *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 206 e 382; ¿*Una nueva ciencia de la politica?*. op. cit. pp. 48 e 49, e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 114 e 115.

de nós, que nenhum outro – nem Deus, nem a natureza nem ainda a razão como autoridade subjetiva – pode fazê-la por nós. É este o verdadeiro sentido da autonomia da moral.

Deixados em apuros pelo relativismo sentem-se todos aqueles que não querem tomar para si esta responsabilidade, que desejam alijar-se da escolha pondo-a a cargo de Deus, da natureza ou da razão. Em vão se voltam para o direito natural. Na verdade, quando se trata de efetuar essa escolha ou opção, as diferentes doutrinas do direito natural dão respostas tão variadas e divergentes quanto o positivismo relativista. Elas não poupam o indivíduo, não o libertam da responsabilidade da escolha. Porém, cada uma destas doutrinas jusnaturalistas dá ao indivíduo a ilusão de que a norma de justiça que ele escolhe ou pela qual opta provém de Deus, da natureza ou da razão, pelo que é dotada de validade absoluta, excluindo a possível validade de uma outra norma de justiça que a ela se oponha ou contradiga – e, por esta ilusão, muitos fazem um total *sacrificium intellectus*.¹⁴

A tentativa de livrar-se das incertezas e ansiedades que cercam a escolha do caminho político a seguir se expressa na busca de muitos pela justificação à qual nos referimos acima, «uma justificação incondicional em cujos termos anseiam por apaziguar sua consciência».¹⁵ Aos que recorrem a tal procedimento, o relativismo defendido por perspectivas como a kelseniana desponta como uma ameaça, como uma retórica que fragiliza - que torna instáveis - decisões políticas para as quais se almeja os atributos da certeza, da correção, da verdade final. A reação a esta ameaça traduz-se em ataques contínuos a tais perspectivas, sobretudo quando, em momentos de forte comoção social, a necessidade de uma urgente resposta política conclusiva - uma resposta aparentemente apta a contornar em definitivo as graves questões então vigentes - submete os indivíduos à intensa pressão emocional.

Consciente desta tendência, Kelsen escreve:

Quando as guerras e os movimentos revolucionários sacodem os cimentos da ordem social estabelecida e torna-se imperiosa a necessidade de uma justificação absoluta - e não meramente relativa - desta ordem, a religião - e com ela a teologia e outras especulações metafísicas - coloca-se à frente da vida intelectual e transforma-se em instrumento ideológico da política. Em vista da grande importância que apresenta a ciência na sociedade moderna, aumenta a tendência – sempre existente, mas reprimida em períodos de equilíbrio social – a empregar a ciência social com o mesmo propósito. E esta tendência manifesta-se em uma oposição apaixonada ao positivismo relativista e em uma tentativa de que a ciência volte a estar dominada pela teologia e por outras especulações metafísicas.¹⁶

¹⁴ *O problema da justiça*. op. cit. pp. 114 e 115.

¹⁵ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 206.

¹⁶ «Cuando las guerras y los movimientos revolucionarios sacodem los cimientos del orden social establecido y se vuelve imperiosa la necesidad de una justificación absoluta y no meramente relativa de ese orden, la religión, y con ella la teología y otras especulaciones metafísicas, se ubica al frente de la vida intelectual y se transforma en instrumento ideológico de la política. En

Sem o auxílio de uma definitiva verdade moral, os opositores do relativismo vêem-se constrangidos a sustentar politicamente suas posições ideológicas.

Uma interpretação que nesta circunstância insinua-se pontua que, ao negar acessibilidade racional à justiça absoluta, a teoria pura debilita a defesa de determinadas bandeiras. Com efeito, parece razoável que a proposta despida do atributo da correção ética e entregue às incertezas da esfera política veja a si mesma como mais vulnerável a ataques e oposições.

Kelsen, porém, discorda deste entendimento. Em *Foundations of democracy* ele nos diz: «posso lutar e morrer incondicionalmente pela liberdade que a democracia é capaz de concretizar, ainda que possa admitir que, do ponto de vista da ciência racional, meu ideal é apenas relativo».¹⁷

Ele não compartilha a crença de que o defensor da perspectiva relativista deva enxergar a si mesmo como alguém fragilizado para o embate político. E pode-se supor que esta discordância deva-se a pelo menos duas razões: **a.** considerado o ponto de vista de quem realiza uma sugestão política, nada impede que o relativista possa sentir-se tão seguro da superior conveniência do que propõe quanto o pode o absolutista, e **b.** considerado o ponto de vista de quem é persuadido, a proposta do relativista certamente terá pouca repercussão desde que ela seja feita a quem espera encontrar em seu interlocutor o porta-voz da plena justiça, mas, do mesmo modo, será mínimo o poder persuasivo conferido por um relativista a quem se lhe surgir como portador do bem absoluto. A Kelsen não parece haver motivo, portanto, para que prospere a tese da fragilidade política do relativista.

vista de la gran importancia que reviste la ciencia en la sociedad moderna, aumenta la tendencia – siempre existente pero reprimida en períodos de equilibrio social – a emplear la ciencia social con el mismo propósito. Y esta tendencia se manifiesta como una oposición apasionada al positivismo relativista y como un intento de que la ciencia vuelva a estar dominada por la teología y otras especulaciones metafísicas.». ¿Una nueva ciencia de la política?. op. cit. pp. 16 e 17. No mesmo sentido, v.g., *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 02 e 03; *General theory of law and State*. op. cit. p. XVII; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 07 e 08, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 206.

¹⁷ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 144.

4.2

Relativismo e democracia.

Em diversas e importantes obras Kelsen afirma haver certa conexão entre a preferência por um regime autocrático e a postura metafísico-absolutista, agregando, por outro lado, que a democracia pode ser associada a um entendimento crítico-relativista.¹⁸

Tais relações decorreriam da estrutura psíquica do indivíduo, cuja repercussão seria sua disposição íntima perante o transcendente.¹⁹ Como já mencionamos, a admissão da metafísica é para o normativismo kelseniano um produto da vontade, e não do conhecimento, e deste modo especulações acerca do transcendente não provêm da razão, mas sim de impulsos afetivos. Daí a importância que Hans Kelsen atribui aos aspectos emocionais na busca pelos motivos que expliquem o comportamento humano.

A parte de seu articulado dedicada ao tema indica-nos, considerada em seu conjunto, um interessante percurso realizado para demonstrar haver algo como um temperamento tendente à democracia, ou, em suas próprias palavras: «o tipo democrático de personalidade».²⁰

Kelsen põe-se a refletir acerca da relação psiquismo-inclinação política e confere-lhe elevado significado. Ele destaca a influência da compleição psíquica no exercício de duas faculdades humanas por ele consideradas radicalmente distintas entre si: conhecimento e vontade.

Neste passo, assinala, haveria um paralelismo entre a concepção epistemológica e a posição ética apresentadas por determinado indivíduo, pois seria baseado em sua disposição emocional que este acolheria ou recusaria o meta-empírico e então não só conceberia o alcance de sua faculdade cognitiva como também fixaria o sentido de suas estimativas axiológicas. «A questão

¹⁸Cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 111; *Socialismo y estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Trad. Rolf Behrman. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1985. pp. 254-257; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 603; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 131-136; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. pp. 198, 199 e 207 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161-167, 180, 181, 182, 194-203.

¹⁹ Referências expressas sobre a relevância da estrutura psíquica para a definição de posições políticas podem ser encontradas em *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 106, 109, 111 e 114, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 162, 180 e 192.

²⁰ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 180.

decisiva é esta: há ou não um conhecimento da verdade absoluta, uma visão dos valores absolutos?»²¹

Tal disposição emocional repercutiria, portanto, e inicialmente, em duas relações:

- a. a que o sujeito cognoscente apresenta com o objeto de conhecimento, e
- b. a que o sujeito valorante apresenta com o objeto valorado.

Em *Staatsform und Weltanschauung* (Forma de Estado e visão de mundo) e em *Foundations of democracy*, Kelsen pontua que, assim como o espírito científico busca o domínio conceitual, o espírito ético visa o controle moral do seu objeto. Tanto a postura cognitiva, própria da ciência, quanto o ímpeto volitivo, índice axiológico, submetem seus objetos a exame e sobre eles debruçam-se, respectivamente, em uma tentativa de apreensão epistemológica e instituição ética.²²

Nosso autor entende que ambos procedimentos são suscetíveis de serem considerados como análogos, uma vez que, afirma:

O processo de dominação não é tão diferente do processo de conhecimento, através do qual o sujeito, ao instaurar alguma ordem no caos das percepções sensoriais, tenta dominar seu objeto; e não está muito longe do processo de avaliação, através do qual o sujeito declara que um objeto é bom ou mau, colocando, assim, o mesmo em julgamento.²³

O perfil emocional do sujeito seria a «raiz comum»²⁴ em função da qual ele formaria a crença a respeito da extensão de suas próprias possibilidades. Em Hans Kelsen, a estrutura psíquica do ser humano sugere, assim, tanto concepções teóricas quanto convicções axiológicas.²⁵

Mas isto não é tudo. Além dos pontos **a.** e **b.** mencionados, ele agrega um terceiro, **c.**, que indica a relação entre o sujeito atuante na esfera política e o regime por ele acolhido como de sua preferência.

²¹ «La cuestión decisiva es ésta: hay o no un conocimiento de la verdad absoluta, una visión de los valores absolutos?» *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 602. No mesmo sentido, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 110.

²² *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 105 - a tradução do título para o idioma castelhano, presente na obra que consultamos, parece-nos inexata - e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161 e 162.

²³ *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161 e 162.

²⁴ Em *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 106 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 162.

²⁵ Sobre a relação entre perspectivas epistemológicas e estimativas éticas, cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 108-115; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 603; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 105, 106 e 131; *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, na íntegra, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161, 162, 164 e 165.

Sobretudo em *Absolutism and relativism in philosophy and politics*, Kelsen chama nossa atenção para este outro domínio, sublinhando que também lá, e não apenas no âmbito epistemológico e ético, tende a repercutir a constituição individual.²⁶

A disposição íntima do sujeito perante o transcendente seria, como como indicativo de sua estrutura psíquica, a chave de inteligibilidade de suas inclinações particulares em epistemologia, ética e política. Conforme seja admitido ou recusado, o absoluto tende a desempenhar um papel axial nestes três setores.²⁷

Embora tenha buscado na história pistas que o permitam cogitar neste sentido, como em breve destacaremos, Kelsen parece estar aqui motivado por sua intuição. Ele não afirma a correspondência inequívoca entre um específico temperamento, uma específica personalidade, e a alternativa política acolhida. Não se trata, assim, de um enunciado científico-descritivo por ele realizado. «Tampouco sustento a existência de uma ligação “necessariamente lógica” entre democracia e relativismo empírico, por um lado, e autocracia e absolutismo metafísico, por outro».²⁸

Com efeito, «para evitar os mal entendidos com relação a esta analogia»,²⁹ ele sublinha:

nem todo ideal político está necessariamente unido à correspondente e adequada postura filosófica, pois esta vinculação entre a vontade de modelar na prática a vida e uma determinada imagem do mundo não se dá em um livro logicamente pensado, e sim no homem, com todas as contradições que lhe são próprias. Não se acredite, pois, que quem se sente inclinado a uma determinada posição filosófica, especialmente em teoria do conhecimento, há de participar fatalmente da convicção política que dela parece se deduzir.³⁰

²⁶ Consultar, além de *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics, La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 108-115; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 600-604; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 105-111, 131-136; *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161-167, 180, 181 e 182.

²⁷ Expressamente em *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 131.

²⁸ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 384.

²⁹ *Ibidem*. p. 162.

³⁰ «no todo ideal político va necesariamente unido con la correspondiente y adecuada postura filosófica; pues esa vinculación entre la voluntad de modelar prácticamente la vida y una determinada imagen del mundo, no se da en un libro lógicamente pensado sino en el hombre, con todas las contradicciones que le son propias. No se crea, pues, que quien se sienta inclinado a una determinada posición filosófica, especialmente en teoría del conocimiento, ha de participar fatalmente en la convicción política que de ella parece deduzirse». *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 106. Para menções expressas à inexistência de relação lógica entre concepções filosóficas e posturas políticas, ver, além do trecho citado, *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 162, 163 e 384.

Sem dúvida, pode-se imaginar um sujeito que, tomado por uma pela fé religiosa, pela adesão incondicional a valores que supõe absolutos, crê conhecer a essência da verdade e a justiça, e que, nada obstante, assume uma postura democrática admitindo pronunciamentos que se lhe sejam contrários até mesmo como exercício, por exemplo, da compaixão. Tampouco há dificuldades em vislumbrar-se o relativista que, desenvolvendo uma pragmática estratégia política, entroniza os valores que prefere e que sabe relativos com o propósito de facilitar sua implementação em uma sociedade de modestos recursos tecnológicos, o mesmo procedimento que tenderia a fazer aquele que, de “boa-fé”, de fato acolhe a metafísica.

A relação que Hans Kelsen estabelece, portanto, apenas reflete uma forte tendência, vez que «não devemos esperar que uma visão política esteja sempre e em toda parte associada ao sistema filosófico que por lógica lhe corresponde».³¹

Feita esta importante ressalva, vejamos como Kelsen entende as relações **a.**, **b.**, e **c.** em uma circunstância de simpatia à metafísica.

No que se refere ao âmbito epistemológico, **a.**, o objeto do conhecimento é indiferente ao sujeito cognoscente, tal como o dogmatismo o concebe. O meta-empírico pode ser conhecido, uma vez que a razão não está limitada à experiência. A instituição deste objeto transcendente, porém, é determinada por leis alheias ao funcionamento da capacidade apreensora do indivíduo. Daí a noção de que - ao contrário do que defende o pronunciamento criticista que orienta o normativismo kelseniano - o pronunciamento do sujeito cognoscente é uma reprodução fiel e integral de algo que existe incondicionalmente, do absoluto. É um mero reflexo isento de qualquer restrição categorial limitativa atuante no processo cognitivo. Sendo assim, a existência do objeto é determinada por leis estranhas ao sujeito, é dizer, por leis heterônomas. Kelsen entende que este contexto «pode muito bem ser caracterizado como totalitarismo epistemológico».³²

A relação **b.**, referente à ética, apresenta, *mutatis mutandis*, o mesmo quadro. Há um conteúdo axiológico próprio ao objeto, um padrão de justiça que lhe é imanente. Ao sujeito cabe apenas e tão-somente descobri-lo e obedecê-lo. Consoante as diversas linhas que postulam pertinência a este cenário – de que são

³¹ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 163.

³² «may very well be characterized as epistemological totalitarianism». *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 202. Em idêntico sentido, *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 181.

exemplos na esfera da jusfilosofia todas as expressões da doutrina do Direito Natural, como já referido -, os valores não são emprestados aos objetos por quem avalia. O sujeito que realiza suas considerações morais pode pretender que elas sejam entendidas como manifestações da verdade. Estimativas axiológicas passam a ser vistas como enunciados apofânticos. Juízos de valor são confundidos com juízos de realidade.

O animismo, que segundo Kelsen caracteriza esta postura, deforma o objeto percebido na experiência ao acrescentar-lhe um valor “objetivo”, e se o valor é aqui visto como uma propriedade do objeto, sua instituição não é um efeito da intervenção humana. É um dado. Um produto definitivo - em última instância, vimos – de uma manifestação divina absolutamente justa, e não de uma precária especulação humana.

Em favor de vontade de deus, o indivíduo está excluído da posituação dos valores e conseqüentemente das normas pelas quais estes se manifestam, mas não do dever de conduzir-se em sua atenção. Não lhe pertence a responsabilidade de fixar uma pauta moral normativa capaz de orientar convenientemente condutas, cabendo-lhe, porém, obedecê-las após seu conhecimento.

O articulado kelseniano assegura-nos, porém, de que este “conhecimento” não é senão um pronunciamento volitivo, e, portanto, uma confusão entre razão e vontade, a razão prática, de que já tratamos alhures. Seria assim uma expressão falaciosa que supõe estar descrevendo aquilo que *é* – ou seja, um dado positivo, um valor imanente na experiência – enquanto, a rigor, termina por instituir aquilo que *deve-ser*. De qualquer modo, e no que aqui cumpre sublinhar, trata-se de uma perspectiva teológica cuja retórica postula a existência de valores instituídos sem a participação daqueles que, por outro lado, insista-se, têm o dever de acatá-los.³³

³³Esta circunstância traz uma característica que, lida às pressas, pode ser alegada como favorável ao Direito Natural. Ora, se, como entende Hans Kelsen, o pronunciamento em questão é volitivo, e não cognitivo, ele é, apesar do que pretendem os jusnaturalistas, idêntico ao realizado pelo indivíduo em um contexto relativista. Este raciocínio - elaborado por nós como um mero exercício intelectual que tenta fortalecer a posição por Kelsen criticada - é correto, embora omita a questão verdadeiramente importante: o que pensam os jusnaturalistas. O fato deles estarem equivocados quanto a sua própria atividade, e a rigor procederem como os relativistas, é irrelevante neste momento. Contudo, não o é a suposição que acerca dela fazem. Pois é pelo motivo de acreditarem estar em contato direto com a verdade axiológica que os move no sentido de excluir aqueles que não desfrutam desta condição da possibilidade de pronunciarem-se politicamente, como em seguida veremos.

«Essa metafísica»,³⁴ conta-nos o autor em tela, «tende a identificar a verdade, isto é, a conformidade com a realidade, com a justiça, no sentido da conformidade com um valor».³⁵ E então, uma vez sendo ela admitida, «um juízo sobre o que é justo ou injusto pode ser tão absoluto quanto um juízo sobre o que é verdadeiro ou falso».³⁶

Para o autor da teoria pura, a admissão de valores absolutos significa uma espécie de predomínio das considerações éticas em detrimento das possibilidades racionais tal como as compreende o criticismo. Ou seja, uma prevalência da vontade sobre o conhecimento. O que em última análise é apenas subjetivamente justo, passa a ser considerado como objetivamente real. A justiça confunde-se com a verdade, o que «tem como consequência que só pode passar por verdadeiro o que é bom».³⁷

Em *Die platonische Gerechtigkeit* ele insere um trecho que retrata de modo exemplar sua compreensão:

Por definição, apenas o bem deve ser; o mal não deve ser; e, por este motivo, o mal é não-ser, e somente o bem é ser. Para o pensamento ético, *dever-ser* implica *ser*; porque o moralista pretende que o mal não deva ser, este se torna para ele não-ser. Dessa maneira, ele satisfaz a vontade pela cognição; e esta primazia da vontade sobre a cognição - que é decisiva para o caráter moral - aparece como a primazia do *dever-ser* sobre o *ser*, do valor sobre a realidade. No sistema puro do bem não há lugar para o mal. [Nega-se] a qualidade de ser ao mal ou ao seu representante ontológico. O *dever-ser* ser *é*, possui existência real (...) A perspectiva estabelecida pela cognição científica, voltada para a realidade da experiência sensória, isto é, para uma explicação do mundo, é radicalmente invertida pela perspectiva ética, voltada para o valor e a justificação do mundo.³⁸

Os valores são, então, traços constitutivos da realidade. Mas uma realidade criada somente por quem é capaz de nela inscrever o sentido absoluto da justiça, isto é, por um ente sobre-humano senhor do bem e do mal. A ética aqui

³⁴ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 165.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ «tiene como consecuencia la de que sólo puede pasar por verdadero lo que es bueno». *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 116.

³⁸ «By definition, only the good ought to be; evil ought not to be; and for this reason, evil is not-being, and only the good is being. For ethical thought, the ought implies the is; because the moralist intends that evil ought not be, it becomes for him not-being. In this manner he satisfies will by cognition; and this primacy of the will over cognition, which is decisive for moral character, appears as the primacy of the ought over the is, of value over reality.

In the pure system of the good there is no place for evil. (...) the quality of being to evil or its ontological representative. What ought to be, is; it has "real" existence (...) The view established by scientific cognition directed at the reality of sensuous experience, that is, at an explanation of the world, is radically turned upside down by the ethical view directed at value and justification of the world.». *Platonic justice*. op. cit. p. 84.

prevalece sobre a ciência precisamente em função da crença na origem de seu conteúdo: trata-se da palavra de uma autoridade transcendente, de um definitivo pronunciamento divino.

Enfim, nos dois tipos de relação acima referidas - **a.** e **b.** - o objeto é concebido como existente muito embora não resulte da intervenção teórico-constitutiva e nem das considerações morais do sujeito.

Kelsen nos lembra que em uma autocracia, no mesmo sentido, as normas jurídicas que disciplinam a vida social são estabelecidas – e portanto existem, são válidas - sem que do seu processo de criação tomem parte aqueles que a elas estão submetidos.³⁹ É dizer, também na relação **c.**, verificada entre o indivíduo e a vigência do regime político em que ele está inserido, a admissão do absolutismo metafísico realizada por certo tipo de personalidade pode apresentar seus efeitos. E tais efeitos tendem a repercutir em um esquema específico, um modelo político excludente cujos traços característicos definem circunstâncias de índole autocrática.⁴⁰

Pode-se negar que aqueles que crêem existir verdades e valores absolutos tendem a apresentar hostilidade à tolerância política e à defesa das liberdades implicadas na idéia de democracia? Kelsen entende ser provável a vigência que um regime baseado no arbítrio quando se admite a formulação de enunciados em todos os casos verdadeiros e quando se supõe serem cognoscíveis disposições prescritivas invariavelmente justas. A possibilidade de que alguém esteja de posse da verdade e da justiça absolutas - reveladas, herdadas ou acedidas pela “correta” consulta à razão – não lhe parece encorajar o respeito à participação política dos desafortunados que não as detêm. Admitida esta hipótese, quem deve governar? A quem se deve conferir a palavra, a voz de comando?

Conforme sua leitura, as convicções políticas – assim como as epistemológicas e as éticas, vimos há pouco - sofrem o influxo da estrutura

³⁹Sobre a autocracia como regime político definido pela exclusão dos indivíduos da criação da ordem jurídica à qual se submetem, consultar, *v.g.*, *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 529; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 111; *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. pp. 201 e 202; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 88 e 284, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 181.

⁴⁰Acerca de proximidade entre absolutismo axiológico e autocracia, cf., sobretudo, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 110; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 600-604; *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 134; *Staatsform und Weltanschauung e Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, ambos na íntegra, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161-167, 180, 181, 182 e 195-201.

psíquica, ou seja, podemos agora com ele acrescentar, da maneira como o “eu” experimenta a si mesmo e como reage diante da pretensão dos demais a serem, também, um “eu” autônomo. Enquanto o “eu” relativista os reconhece e lhes confere legitimidade, o “eu” absolutista recusa-se a fazê-lo, compreendendo a si mesmo – primeiramente consideraremos o “eu” autocrático que exerce o governo - como “eu” único e soberano, cuja vontade envolve todo o universo.⁴¹

Conta-nos Hans Kelsen que no momento em que «a consciência do próprio “eu” encontra-se de tal modo exacerbada, o sujeito acaba inevitavelmente por se identificar com um “super-eu”, com seu “eu” ideal, que para ele é representado por um ditador onipotente».⁴² E neste quadro a ordem jurídica é estabelecida por quem, pensando possuir «dotes personalíssimos e natureza diferente da dos demais, encontra-se sobre todos e frente a todos».⁴³ Alguém que reivindica ou vê reivindicada para si a «comunicação pessoal com o absoluto, com a divindade, como seu mensageiro, seu instrumento ou seu descendente».⁴⁴

Este seria o contexto particular em que estão inseridos os que supostamente encontraram o segredo da verdade e da justiça absolutas, os que, na hipótese do jusnaturalismo racionalista, possuem a bem-aventurança de ler corretamente as normas inscritas na razão prática pela muitas vezes dissimulada autoridade de deus. Ora, quem puder reclamar como fundamento de seus atos políticos «a inspiração divina, o apoio sobrenatural, pode ter o direito de fechar seus ouvidos à voz dos homens e de impor sua vontade – que é a do Sumo Bem – a um mundo de descrentes e de cegos que querem de outro modo».⁴⁵

Aquele que «sabe com certeza absoluta»⁴⁶ qual a ordem social verdadeira, justa, «rejeitará energeticamente a exigência insuportável»⁴⁷ de fazer

⁴¹ Ver *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 106, 109, 111 e 114, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 162 e 192.

⁴² «la conciencia del propio yo se halla de tal modo exacerbada, el sujeto acaba inevitablemente por identificarse con un super-yo, con su yo ideal, que para él está representado por el dictador onnipotente». *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 111.

⁴³ «dotes personalísimas y naturaleza diferente a la dos demás, se encuentra sobre todos y frente a todos.» Ibidem.

⁴⁴ «comunicación personal con el absoluto, con la divinidad, como su mensajero, su instrumento o su descendiente». *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 121.

⁴⁵ «la inspiración divina, el apoyo sobrenatural, puede tener el derecho de cerrar su oído a la voz de los hombres y de imponer su voluntad – que es la del Sumo Bien – a un mundo de descreídos y de cegos – porque quieren de otro modo» *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 604. Consultar também *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 113 e 114, e *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 134.

⁴⁶ «con certeza absoluta» *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 603.

⁴⁷ «rechazará enérgicamente la exigencia insoportable». Ibidem.

com que a realização desta ordem dependa da opinião dos que a ela estarão submetidos, pois «pode haver algo mais absurdo do que provocar uma votação para que a maioria social decida sobre o absoluto em que acredita?»⁴⁸

Kelsen afirma que este “eu” exacerbado tende a dirigir-se aos demais com a prepotência dos que se crêem senhores da verdade, da definitiva correção axiológica. Os que dele divergem, os que a seu ver não estão nem com a verdade nem com a justiça, e sim contra ambas, despontam como um pronunciamento socialmente nefasto que precisa ser combatido. Os insurgentes devem ser marginalizados, vencidos. O “eu” autocrático sente-se autorizado «a impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estão incorrendo em erro se com ele não concordarem»⁴⁹ e «o inconformismo frente a esta autoridade não constitui apenas um erro, mas, ao mesmo tempo, um crime passível de punição».⁵⁰

Para o nosso autor, «tolerância, direitos das minorias, liberdade de expressão e liberdade de pensamento, tão característicos da democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos».⁵¹

E neste panorama, como tende a proceder aquele que apenas o relativismo reconhece como “eu”, o “eu” governado pelo autocrata e que, a rigor, é reduzido quase à irrelevância jurídico-política por este modelo autoritário?

Por pertencer à circunstância que admite acessibilidade ao absoluto e impressionado por artifícios ideológicos destinados a fazer «de um monarca, de uma casta sacerdotal, aristocrática ou guerreira, de uma classe ou de um grupo privilegiado qualquer»⁵² o possuidor da fórmula exata da verdade e da justiça, ele tende a resignar-se, a abandonar, intimidado, qualquer ambição de poder. Kelsen acrescenta que a autocracia somente pode ser desejada a sério pelo governado se este possuir «a fé metafísico-religiosa de que seu ditador conseguiu se apossar, por um caminho misterioso, da verdade absoluta, reconhecível por algum sinal, e

⁴⁸ «¿puede haber nada más absurdo que provocar una votación para que decida la mayoría social ese absoluto en que se cree?» *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 133.

⁴⁹ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 202. No mesmo sentido, *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 206.

⁵⁰ *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 184 e 185.

⁵¹ «Tolerance, minority rights, freedom of speache and freedom of thought, so characteristic of democracy, have no place within a political system based on the belief in absolut values». *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 206.

⁵² «de un monarca, de una casta sacerdotal, aristocrática o guerrera, de una clase o de un grupo privilegiado cualquiera». *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 604.

do valor absoluto, tangível de algum modo»,⁵³ pois nenhuma autocracia parece-lhe capaz de resistir por muito tempo «sem a fé das massas no poder e na missão divina do ditador».⁵⁴

Deste modo, o subordinado ao poder autocrático inclina-se a obedecer incondicionalmente, e grato, à autoridade suprema, mística, «cuja representação ou encarnação visível é o governante, seja ele chamado monarca, Führer ou Generalíssimo».⁵⁵

Para Hans Kelsen, nada mais previsível, afinal, se alguém se encontra de posse «do sumo bem, o que se pode pedir, senão a obediência cega, rendida, desinteressada e agradecida daqueles para os quais a imposição do afortunado que alcançou “a verdade” há de ser a salvação?»⁵⁶

Em caráter conclusivo do exame das relações **a.**, **b.**, e **c.** sob o influxo da admissão da metafísica, podemos afirmar que para o autor da teoria pura o absolutismo epistemológico, o absolutismo axiológico e o absolutismo político em que elas se traduzem tendem a excluir de suas respectivas dinâmicas o cientista, o moralista e o governado. Nenhum deles participa constitutivamente da realidade, do valor e do direito. Aqui, o conhecimento é considerado um mero reflexo do mundo exterior, como na metafísica dogmática; o objeto contemplado pelo indivíduo apresenta conteúdo valorativo imanente, como quer o animismo jusnaturalista; e o ordenamento jurídico é composto por normas estabelecidas de modo heterônomo, como impõe o regime autocrático.

Mudando de perspectiva, é chegada a hora de explicitar como se dá a relação do sujeito com o objeto do conhecimento, com o valor positivado e com o regime político em que está inserido na hipótese de relativista. É dizer, como as relações **a.**, **b.**, e **c.** se dão quando rejeitada é a metafísica.

No que concerne ao aspecto epistemológico – **a.** -, há algumas páginas apresentamos a posição kelseniana e sua sintonia com o relativismo referido ao método, de inspiração neokantiana. Podemos recordar resumidamente que para

⁵³ *O problema do parlamentarismo*. Trad. Vera Barkow. In: A democracia. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 134

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ «whose visible representative or incarnation is the ruler, whether he be called monarch, Führer, or Generalissimo.» *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. pp. 202 e 203.

⁵⁶ «del Bien sumo, ¿qué puede pedirse sino la obediencia ciega, rendida, desinteresada y agradecida de aquellos para quienes la imposición del afortunado que alcanzó “la Verdad” ha de ser la salvación?». *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 603. Em idêntico sentido, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 110 e *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 133.

Kelsen ser relativista significa, neste âmbito, recusar a possibilidade conhecer o que transcende a experiência sensível. De modo que o ímpeto cognitivo precisa dirigir-se apenas à realidade empírica, de onde extrai os elementos que são oferecidos às categorias do entendimento e em seguida apresentados à articulação constitutiva da razão. O objeto propriamente dito é o momento último de um processo iniciado na experiência e concluído na razão. Ele situa-se em plano lógico, e, portanto, existe apenas e tão-somente na medida das possibilidades cognoscitivas do investigador.

A única realidade sobre a qual se pode discorrer racionalmente é a instituída pelo conhecimento. Salvo se se pretender abandonar a esfera da razão, não há sentido falar-se em outra. Para Kelsen, «esta visão implica que o sujeito cognoscente é – epistemologicamente – o criador de seu mundo, um mundo que é constituído na e pela sua cognição».⁵⁷

Mas não se trata de um mundo para cada observador, vimos, e Kelsen assinala com frequência este ponto. Afinal, a atividade cognitiva não se verifica sem o uso de procedimentos suscetíveis de serem adotados por mais de um sujeito. Sendo a objetividade seu valor maior, ela implica indiferença aos temperamentos individuais e adesão à neutralidade valorativa. A metodologia empregada desponta como uma espécie de categoria condicionante das feições do objeto, e assim habilita todos os que dela se servem ao alcance de um mesmo resultado. Em outras palavras, ela confere a todos os que a utilizam a mesma acessibilidade epistemológica à experiência, e, com isto, idêntica aptidão para constituir um mesmo mundo. Um mundo gnosiológico cuja existência estabelecem e que por eles é compartilhado em função do método que possuem em comum.⁵⁸

Quanto ao aspecto ético – **b.** -, muito já foi dito sobre o relativismo axiológico conforme o entende Kelsen, sobretudo na oportunidade em que nos ocupamos da oposição normativista à existência de valores absolutos, imanentes ao objeto ao qual o indivíduo se dirige, e também há pouco, no início deste ponto,

⁵⁷ «This view implies that the human subject of cognition is – epistemologically – the creator of his world, a world which is constituted in and by his cognition». *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 200. Cf. também a respeito *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 165.

⁵⁸ A criação do objeto epistemológico não é uma atividade arbitrariamente realizada. Há parâmetros que fazem dos que deles se utilizam sujeitos iguais. Ver *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 200 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 165.

quando nos referimos ao seu significado. Vimos, em síntese, que o valor não está no objeto, não é uma propriedade objetiva sua, como, por exemplo, o peso ou extensão. A bondade e a justiça são, portanto, um parecer do sujeito que se pronuncia em estimativas valorativas. Assim, o objeto surge como bom ou como justo somente e enquanto for por seu observador considerado como tal. É o sujeito, apenas ele, quem o institui como possuidor de vícios ou virtudes morais.

Ao contrário do “eu” autoritário – governante ou governado - que reverencia a metafísica, o “eu” relativista não só sustenta o relevo de sua posição mas também fortalece a perspectiva axiológica divergente mantendo-a dentro do leque de opções políticas plausíveis: ele a preserva como alternativa eventualmente útil, pois não a considera uma expressão incontornável da injustiça, do erro, da mentira moral. Em consequência, e ao contrário do “eu” absolutista, ele retira o fundamento que sustenta a pretensão de que alguma proposta axiológica – inclusive a dele próprio - possa reivindicar para si tratar-se do único caminho do *Bem*.

Disto não decorre, sem embargo, e como muitas vezes se diz, que neste quadro todas as posições tenham a todo instante a mesma dignidade moral, e que então o debate sobre valores torna-se um procedimento sem sentido, uma vez que o indivíduo poderia subtrair sua perspectiva da crítica alegando ser ela simplesmente “sua perspectiva”, um perspectiva que atenderia a impulsos íntimos e contra a qual não se poderia dirigir oposição contundente, apenas o respeitoso silêncio.

Importa frisar que o fato de o relativismo conferir igualdade moral a todos os indivíduos enquanto detentores de específicas estimativas axiológicas não significa que o *relativista* não possa distribuir valores em uma escala hierárquica que atenda a suas preferências particulares. Para Kelsen, o relativista pode não só defender apaixonadamente certa postura axiológica como também, e com igual ênfase, abjetar outras tantas, sem que, ao assim proceder, renuncie ao postulado de que os valores que no momento abjeta possam ser, em outra circunstância, por ele acolhidos, pois não correspondem, em sua essência, à expressão de um insuperável equívoco moral.

O relativismo axiológico kelseniano exclui a pertinência de um *dever-ser* categórico, de uma norma – ou seja, um valor - válida incondicionalmente.⁵⁹ O homem passível de conhecimento racional é o homem empírico, situado no tempo e no espaço, cuja vida se dá em circunstâncias suscetíveis de variação. A estimativa política que ele apresenta varia em função do confronto entre sua estrutura psíquica e a dinâmica social com a qual se depara, ambas também variáveis. O relativista admite esta informação fornecida pela razão teórica e defende circunstancialmente – jamais absolutamente - suas paixões políticas.

Isto significa que embora o relativismo em princípio seja incapaz de conferir primazia a específico valor, *o relativista* ao atuar em situações determinadas não tem diante de si qualquer óbice que o impeça de fazê-lo. É dizer, para este, por estar sempre situado na experiência, os valores não apresentam idêntico prestígio. E feita a ressalva de que disposição hierárquica que ele realiza é circunstancial, pode-se dizer haver para o relativista posições políticas melhores e piores, justas e injustas, boas e más; ou, melhor dizendo, circunstancialmente melhores e piores, justas e injustas, boas e más.

Entre os relativistas, destarte, não prevalece o silêncio, mas o contrário, a grande intensidade das disputas, pois o contexto político encontra-se enriquecido por um conjunto de alternativas disponíveis muito mais amplo e diversificado do que aquele que a intransigência axiológica tende a permitir. Conjunturas empíricas variáveis reclamam, para sua satisfação, novos arranjos, novas compreensões valorativas, o que implica um sempre renovado impulso à dinâmica política, uma dinâmica característica do panorama democrático e refratária ao imobilismo sugerido pelo pretense alcance dos termos absolutos da justiça.⁶⁰

Temos então o relevantíssimo aspecto democrático – estamos já tratando, portanto, da relação *c.*, verificada entre o indivíduo e a instituição do regime político - que segundo Kelsen tende a surgir uma vez admitida a perspectiva relativista.⁶¹ Se a busca pelos valores a serem implementados em sociedade se dá pela positivação de normas – sobretudo, e no que aqui nos interessa, as jurídicas -,

⁵⁹ Cf., por exemplo, *Pure theory of law*. op. cit. pp. 100 e 101.

⁶⁰ *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 188 e 189.

⁶¹ Sobre a proximidade que entre a postura relativista axiológico e o regime democrático, cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 108-115; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 600-604; *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 134; *Staatsform und Weltanschauung e Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, ambos na íntegra, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 161-167, 180, 181, 182 e 195-203.

e se o conteúdo destas normas são sempre discutíveis – visto não haver resposta final sobre o valor a acolher -, há que se chegar a uma solução consensual. Se por não estarem excluídas *a priori* as mais diversas sugestões axiológicas têm oportunidade de manifestar-se e de pretender conquistar adeptos, a conclusão atinente a qual valor emprestar às normas que regulam a sociedade somente poderá advir de um ajuste político. Um ajuste que se nega a fornecer à posição mais prestigiada a vitória definitiva e que tampouco destina à posição derrotada o ostracismo permanente.

Trata-se de uma conclusão que estabelece normas diretivas cuja validade – existência - dependerá de modo direto do suporte político que receber. É uma solução provisória e que apenas vigorará enquanto seus defensores forem capazes de persuadir os demais de que ela apresenta, em confronto com outras e eventualmente antagônicas opções valorativas, superior conveniência política.

«Democracia é discussão»,⁶² assinala Kelsen, para em seguida acrescentar ser o debate uma sugestão plausível somente se for acolhida a premissa de que não se pode responder em definitivo sobre o bem e o mal, de que não se pode decidir de modo absoluto sobre o justo e o injusto.⁶³

O regime democrático sustenta-se na tolerância, e os conflitos de interesses que em seu contexto emergem como algo legítimo são administrados por mecanismos instituídos para o alcance de um compromisso político. A coexistência de perspectivas divergentes - e existir aqui significa poder pronunciar-se e suscitar adesão - é seu requisito primeiro, é seu traço fundamental.⁶⁴

Kelsen certamente defende a perspectiva relativista como a mais apta a construir este cenário, e em *Das Problem der Parlamentarismus*, de 1925, escreve que:

⁶² Cf. *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 183. No mesmo sentido, *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 113 e 134; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 287 e 288, e *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 103.

⁶³ *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. pp. 206 e 207, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 203.

⁶⁴ Sobre a tolerância como elemento próprio à circunstância democrática, conferir *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 129 e 135; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 123; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 206 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 182-185 e 202. No que se refere ao compromisso, ver *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 129 e 134; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 432, 527, e 592; *A jurisdição constitucional*. In: *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 182; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 113 e *General theory of law and State*. op. cit. p. 288.

[A atitude relativista] é mais simples e mais sadia do que o *pathos* heróico da ditadura que agita sua bandeira vermelha ou preta acima da oposição, reduzida ao silêncio e privada de todo e qualquer direito. Mas, do mesmo modo que o espírito humano sempre se vê obrigado a renunciar às audaciosas e falazes esperanças da especulação metafísica toda vez que vai se chocar em vão contra os limites inexoráveis traçados pelo conhecimento, assim também a humanidade seduzida a uma sangrenta servidão pelas promessas messiânicas dos seus vários ditadores sempre torna a procurar o caminho da paz e da conciliação social. Pois, definitivamente, a nós, homens, só resta isto: diante dos limites colocados ao nosso conhecimento, a *resignação*, e na nossa atividade social, a *tolerância*.⁶⁵

É clara sua preocupação com a busca por um contexto ideológico que não obstrua, antes privilegie, a manifestação das divergências políticas. É quando recorre mais uma vez à estrutura psíquica dos indivíduos em busca do perfil correspondente à alternativa democrática:

O sentido mais profundo do princípio democrático radica em que o sujeito não reclama liberdade somente para si, e sim também para os demais; o “eu” quer que também o “tu” seja livre, porque nele vê seu igual.⁶⁶

Trata-se de uma igualdade baseada na impossibilidade sublinhada pelo relativismo de que o “eu” ou o “tu” tenha acesso a uma resposta que possa pretender encerrar a verdade e a justiça definitivas. Uma circunstância em que nenhum deles possui qualquer contato privilegiado com o absoluto, que então permanece a ambos inacessível. Neste contexto, não parece a Kelsen haver espaço para que eleve a voz um “eu” exacerbado, detentor do bem e do justo, e tampouco para que se omita, mesmo voluntariamente, um “eu” intimidado pelo sentimento da própria ignorância acerca dos valores “corretos” que devem ser socialmente impostos por meio das normas jurídicas.⁶⁷ Um panorama que resultaria, de novo, da rejeição íntima à metafísica.

Quem considera que o conhecimento humano não pode alcançar verdades nem valores absolutos, não só há de considerar possível, no mínimo, a própria opinião, mas também a alheia e ainda a oposta. Por isto o relativismo é a concepção do mundo que pressupõe a idéia democrática. A democracia concede igual valor à vontade política de cada um, respeitando por igual toda crença, toda opinião em que aquela se manifesta. Por isto toda convicção política tem a mesma possibilidade de manifestar-se e de lutar na livre concorrência pela conquista das inteligências e dos corações. Por isto também tem sido considerado - com razão - como democrático o

⁶⁵ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 134 e 135.

⁶⁶ «El sentido más profundo del principio democrático radica en que el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el “yo” quiere que también el “tú” sea libre, porque ve en el su igual». *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 109.

⁶⁷ Sobre o “eu” democrático, ver, por exemplo, *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 109 e 110, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 180.

procedimento dialético das assembléias populares e parlamentares, nas quais a livre discussão precede e prepara a criação normativa.⁶⁸

Como teremos oportunidade de ver em item futuro, quando Kelsen fala em democracia fala em um aparato formal destinado a permitir que os indivíduos tenham relevo político-jurídico. Trata-se de um procedimento, um método através do qual o conteúdo do direito é fornecido não por entidades sobre-humanas, transcendentais, mas pelos mesmos indivíduos que a ele estarão submetidos.⁶⁹ É um regime aberto à participação daqueles que o jusnaturalismo racionalista – utilizado por nós como exemplo – exclui em favor de prescrições divinas que supõe presentes na razão prática.

Enquanto na autocracia criadores e destinatários de normas jurídicas permanecem desempenhando rigidamente seus respectivos papéis, os primeiros ordenando o que os segundos devem rigorosamente cumprir, na democracia esta separação é resolvida na identidade entre governantes e governados, quando o indivíduo submete-se apenas à ordem jurídica de cuja criação participou.⁷⁰

O regime democrático prestigia a noção de liberdade,⁷¹ não a de liberdade natural – que, a rigor, inexiste para Kelsen⁷² – e sim a de liberdade política diretamente vinculada à idéia de autonomia, de autodeterminação.⁷³

⁶⁸«*Quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades ni valores absolutos, no sólo ha de estimar posible, cuando menos, la propia opinión, sino la ajena y aun la opuesta. Por eso el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática. La democracia concede igual valor a la voluntad política de cada cual, respetando por igual toda creencia, toda opinión en que aquélla se manifiesta. Por eso toda convicción política tiene la misma posibilidad de manifestarse y de luchar en la libre concurrencia por la conquista de las inteligencias y los corazones. Por eso también ha sido considerado, con razón, como democrático el procedimiento dialéctico de las asambleas populares y parlamentarias, en las que la libre discusión precede y prepara la creación normativa*». *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 603.

⁶⁹ Para referências à democracia como método ou processo, ver *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 99, 105 e 108; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 600 e 601; *General theory of law and State*. op. cit. p. 284; *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 142 e 145, e *Pure theory of law*. op. cit. p. 279.

⁷⁰ Para referências diretas à democracia como participação dos indivíduos na criação da ordem jurídica à qual se submetem, cf., por exemplo, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 13 e 18; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 253, 254 e 529; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 109; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 88, 282 e 284, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 140, 142, 144 e 279. Evidentemente, quando Kelsen fala em democracia e autocracia nestes termos ele manuseia tipos ideais que na esfera sócio-política não encontram repercussão exata (ver *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 532 e 533; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 108 e *General theory of law and State*. op. cit. p. 284.). Seu interesse reside no valor heurístico que tais tipos apresentam.

⁷¹ Para menções expressas associando democracia à noção de liberdade, cf., por exemplo, *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 524 e 528; *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 02, 31, 102 e 104; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 109 e 113; *La paz por medio del derecho*. Trad. Luís Echavarrí. Madrid : Trotta, 2003. p. 41; *General theory of law and State*. op. cit. p. 285;

Em síntese do exposto, podemos então dizer que para o autor da teoria pura a participação do indivíduo no regime político em vigor é o traço distintivo da democracia, assim como a presença criativa do sujeito cognoscente é decisiva para a existência do objeto do conhecimento, na hipótese do relativismo epistemológico, e como a intervenção do moralista é necessária à atribuição de valor ao objeto, como defende o relativismo ético.

Além da disso, nestes três âmbitos a igualdade entre os indivíduos é uma nota marcante. Perante o sentido do absoluto, que ignoram, os investigadores somente podem aceder ao objeto por meio de um método compartilhado. Nenhum dos moralistas, por sua vez, tem qualquer possibilidade de comunicação com uma expressão última da justiça negada aos demais. Uma justiça que, sendo assim, apenas pode ser alcançada relativa e provisoriamente por meio do consenso entre iguais, um consenso gestado nas instâncias políticas caras ao regime democrático.⁷⁴

Enfim, este nos parece ser o esquema delineado no articulado kelseniano para sustentar a significativa afinidade – e não implicação lógica, nunca é demais lembrar – entre, por um lado, a admissão do absoluto e os regimes autocráticos e, por outro, o relativismo crítico e a democracia.

Mas Kelsen suspeita que esta aproximação talvez não seja capaz de persuadir alguns, e lança mão de exemplos recolhidos da história que a confirmem a sintonia cuja existência defende.

Se o resultado da análise precedente sobre a relação entre democracia e relativismo, por um lado, e autocracia e absolutismo, por outro, não for ainda considerada convincente o bastante, me reporto ao fato histórico de que quase todos os representantes mais destacados de uma filosofia relativista eram politicamente favoráveis à democracia, ao passo que os seguidores do absolutismo filosófico, os grandes metafísicos, eram favoráveis ao absolutismo político e contrários à democracia.⁷⁵

Absolutism and relativism in philosophy and politics. op. cit. pp. 202 e 204 e *Fundamentos da democracia.* op. cit. pp. 178, 179, 180, 202 e 205.

⁷² Sobre a compreensão kelseniana de liberdade, ver *La démocratie. Sa nature, sa valeur.* op. cit. pp. 01-12; *Teoría general del Estado.* op. cit. pp. 523 e 524; *General theory of law and State.* op. cit. pp. 284 e 285; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science.* op. cit. p. 165; *Causality and imputation.* op. cit. pp. 333-347; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.* op. cit. pp. 28-31; *Fundamentos da democracia.* op. cit. pp. 168-171, e *Pure theory of law.* op. cit. pp. 91-99.

⁷³ *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 109.

⁷⁴ Kelsen refere-se à igualdade como indicador democrático em diversas passagens, que serão mencionadas oportunamente na medida da conveniência expositiva. No sentido exato do mencionado no texto, contudo, pode-se consultar *Absolutism and relativism in philosophy and politics.* op. cit. p. 204.

⁷⁵ *Fundamentos da democracia.* op. cit. p. 195.

Os sofistas da Antiguidade eram relativistas - conta-nos - entre os quais estavam Protágoras, «seu mais importante filósofo»,⁷⁶ que apresentou o homem como medida de todas as coisas, e Eurípedes, «seu mais representativo poeta, [que] glorificou a democracia».⁷⁷

Já Platão, por sua vez, «o maior metafísico de todos os tempos»,⁷⁸ opôs a Protágoras o princípio de que Deus, e não o homem, é a medida de todas as coisas, o mesmo Deus que representa o bem absoluto e que ocupa posição central em sua doutrina das idéias. Platão - acusa - «rejeitava a democracia como uma forma desprezível de governo. Seu Estado ideal é uma autocracia perfeita».⁷⁹

Para Aristóteles, em *Metafísica* - cita Kelsen -, «o absoluto aparece como o primeiro motor que não é movido por nenhum outro».⁸⁰ Um motor que é, «ao mesmo tempo, a razão pura e absoluta. É o supremo bem, a divindade».⁸¹ Uma compreensão expressa em *Política* - também citada por Kelsen - na defesa da monarquia hereditária como um regime superior à democracia.⁸²

A Idade Média teria visto a metafísica cristã caminhar «de mãos dadas com a convicção de que a monarquia, a imagem da divina ordem do universo, é a melhor forma de governo».⁸³ Kelsen sublinha que «o poderoso edifício da doutrina metafísica da escolástica medieval não pode ser logicamente isolado de sua política autocrática».⁸⁴

Tomás de Aquino seria um nome bastante significativo neste sentido. Tanto em *De Regimine Principum* quanto em *Summa Theologica* ele expressa sua perspectiva, uma perspectiva que, ao lado da de Dante Alighieri, cuja obra *De Monarchia* teria influenciado, constitui exemplo clássico da coincidência entre

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ «rejected democracy as a contemptible form of government. His ideal state is a perfect autocracy». *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 204. Acerca da posição antidemocrática de Platão, ver também *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 132; *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 186, 195-199 e *A ilusão da justiça*. op. cit. pp. 498 e 534.

⁸⁰ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 199.

⁸¹ Ibidem.

⁸² *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. pp. 204 e 205. Cf., ainda, *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 199 e 200.

⁸³ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 200. Em idêntico sentido, *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 132 e *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 205.

⁸⁴ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 373.

absolutismo filosófico e absolutismo político.⁸⁵ «Nicolau de Cusa, por outro lado, que em sua filosofia declarou incognoscível o absoluto, defendeu, em sua teoria política, a liberdade e a igualdade dos homens».⁸⁶

Entre os modernos, Spinoza combinava seu panteísmo antimetafísico com uma clara preferência pelos postulados democráticos, enquanto Leibniz, metafísico, defendia a monarquia. Os criadores do empirismo inglês teriam sido dedicados adversários do absolutismo político. Locke seria um exemplo, assim como Hume, que em *Of the Original Contract* e em *Idea of a Perfect Commonwealth* defendeu respectivamente a participação popular no governo e delineou a constituição de uma república democrática.⁸⁷

Kant, que, como vimos, recusa a metafísica em sua epistemologia e a acolhe em sua ética, teria apresentado uma atitude inconsistente, hesitante. Foi um notório simpatizante das pretensões democráticas consubstanciadas na Revolução Francesa, um admirador de Rousseau, mas - agrega o autor da teoria pura - vivia sob os rigores da monarquia absoluta do Estado policial prussiano e formulou um sistema moral e político de orientação metafísica, com uma jusnaturalista teoria monárquica e conservadora do Estado e do direito inteiramente orientada para a fixação de valores absolutos.⁸⁸

Hegel, «o filósofo do espírito absoluto e objetivo, foi também um defensor da monarquia absoluta».⁸⁹ Kelsen afirma ter sido sob a influência de seu pensamento que na Alemanha do século XIX travou-se a luta contra o movimento democrático, uma luta que fazia do lema “Autoridade, e não maioria!” suas palavras de ordem.⁹⁰

Portanto, e segundo nosso autor, a história pode fornecer-nos inúmeros exemplos que testemunham em favor da coincidência entre concepções

⁸⁵ Cf. *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 132 e *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 205.

⁸⁶ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 201. Ver também *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 132 e *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 205.

⁸⁷ Cf. *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 133; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 205 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 201.

⁸⁸ Sobre a perspectiva kantiana, *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 133; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 205 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 201 e 373.

⁸⁹ «the philosopher of the absolute and objective spirit, was also a protagonist of the absolute monarchy». *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 205. Cf., ainda, *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 133 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 201.

⁹⁰ Cf. *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 133; *Absolutism and relativism in philosophy and politics*. op. cit. p. 206 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 201 e 202.

epistemológico-éticas e bandeiras políticas. Kelsen certamente poderia ter elaborado um o rol de pensadores ainda mais extenso em benefício de sua tese. Mas o que nos importa reter neste momento é seu interesse em delinear o contexto favorável ao estabelecimento da democracia e sublinhar que nenhuma perspectiva filosófica parece-lhe tão propícia à formação de tal contexto quanto o relativismo antimetafísico. Um relativismo que na filosofia jurídica manifestar-se-ia na fórmula antidogmática de sua teoria pura, uma expressão do seu positivismo crítico.⁹¹

4.3

Positivismo e Democracia

4.3.1

Qual positivismo?

Referimo-nos aqui ao *seu* positivismo e mantivemos o adjetivo *crítico* pelo próprio Kelsen utilizado por motivos bem relevantes. O positivismo pretendido pela teoria pura do direito difere em aspectos essenciais de outras correntes intituladas de positivistas, de modo que não seria um exagero afirmar que ele insurge-se não somente contra as perspectivas jusnaturalistas propriamente ditas, mas também contra aquelas correntes que, anunciando oposição ao Direito Natural, repetiram muitos dos seus vícios essenciais.

Kelsen refere-se a estas últimas como positivistas em inúmeras passagens, é verdade. Porém, quando a circunstância expositiva permite, ou seja, quando tais perspectivas não são meramente citadas, e sim consideradas em função de seus méritos ou deméritos teóricos, ele não deixa de assinalar as divergências que reputa existentes.

Sem falsa modéstia, a teoria pura parece-lhe a única voz autorizada a falar em nome de uma jusfilosofia positivista conseqüente, pois teria sido ela, e somente ela, a que levou a efeito com o rigor necessário a pureza do método e a oposição relativista à metafísica, requisitos sem os quais não haveria propriamente conhecimento científico.

⁹¹Para a teoria pura como positivismo crítico, *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. pp. 438 e 445.

Investigar em que medida esta pretensão kelseniana é pertinente não corresponde às nossas preocupações atuais. Entretanto, não podemos deixar de acompanhar o que ele nos diz acerca das diferenças entre sua teoria pura e outros “positivismos”, digamos assim. Principalmente porque tais diferenças, que não são fictícias, podem fazer de generalizações imprudentes a fonte de grandes erros de avaliação.

Kelsen distancia seu articulado do positivismo de Auguste Comte e Herbert Spencer em aspectos significativos. Ele afirma que embora a sociologia desenvolvida no século XIX tenha vindo em nome de uma rigorosa mudança epistemológica, ela defende que a vida social dos indivíduos é determinada por leis causais, tal e qual vinha admitindo persistentemente há séculos a doutrina do Direito Natural.

Impactados pelas conquistas que a biologia havia experimentado pelas mãos de Lamarck e Darwin, tanto Comte como Spencer concebem uma lei social da evolução. *Cours de philosophie positive* (Curso de filosofia positiva) e *Principles of Sociology* (Princípios de Sociologia) seriam duas obras caracterizadas pela confusão entre a explicação da vida social e a proclamação de postulados normativos, ou seja, entre enunciados acerca da realidade social e expressões relativas a preferências axiológicas.

A lei da evolução seria capaz de explicar o passado, o presente e também o futuro. Em Comte, haveria um progresso permanente da humanidade, um progresso que naturalmente sairia de um estágio inferior até um estágio superior, passando por um momento intermediário. Kelsen sustenta que na teoria de ambos o estágio mais elevado coincidiria com o ideal político de cada um deles. Trata-se de um ideal político alcançado do mesmo modo como é supostamente conhecida pela doutrina do Direito Natural a fórmula definitiva da justiça: pelo uso da razão.

Em Spencer, a evolução progressiva também é admitida. O pensador inglês acredita que a tendência que envolve tal progresso da vida social baseia-se na autopreservação, de modo que a evolução está sempre “correta”. Spencer prestigia a vida humana e a liberdade individual como valores maiores, de modo que a evolução do estágio inferior para o estágio superior é, em seu pensamento, uma progressão rumo ao liberalismo. O comunismo seria, para Spencer, a “violação da justiça”, uma justiça que ele supõe imanente a uma espécie de

dinâmica interna natural à evolução social. A lei natural que rege a sociedade equivaleria aos postulados políticos liberais defendidos pelo inglês.⁹²

No que concerne mais propriamente ao positivismo jurídico, Kelsen em diversas passagens afirma que no século XIX e mesmo no século XX as anunciadas tentativas de superar a perspectiva jusnaturalista nunca concluíram seu projeto.⁹³ Sempre teriam restado pendentes sobretudo a tarefa de afastar por completo a confusão entre direito e justiça e de, algumas vezes, abandonar a passagem logicamente vedada entre *ser* e *dever-ser*.

A Escola de Exegese, por exemplo, não chegou exatamente a negar o Direito Natural. Antes o confirmava. O jurista deveria ater-se ao texto legal codificado, é certo, porém, esta restrição devia-se à disseminada compreensão de que o Código de Napoleão era a formulação lapidar do Direito Natural acedida pela excelência do legislador. Ao contrário do que postula a teoria pura, os operadores do direito deveriam consultar o referido código como quem consulta a manifestação do justo, do correto, e aos magistrados não cabia senão pronunciar-se de modo meramente declaratório, como a célebre expressão “boca da lei” pode atestar.⁹⁴

O positivismo legalista dos exegetas franceses ocultava, deste modo, uma visão mistificadora marcadamente jusnaturalista, reputando os artigos inseridos em seu código civil como instâncias normativas que encerram valores absolutos alcançados mediante o uso escorreito que o legislador fez da razão, uma razão que, assim, é capaz de, como a razão prática, não somente conhecer, mas também fornecer prescrições conducentes ao *Bem*. O Código de Napoleão - supunham seus defensores - merecia a reverência própria dos textos que contém não apenas a lei, mas sim a expressão última da justiça.

A Alemanha também viu surgir no começo do século XIX um movimento que, segundo Kelsen, alegava fazer oposição à doutrina do Direito

⁹² Sobre Comte e Spencer, cf. *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. pp. 159-166.

⁹³ 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, e *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 57 e 58.

⁹⁴ Em Kelsen o pronunciamento da autoridade competente para positivizar direito e constitutiva, nunca meramente declaratória. Consultar *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.

Natural nada obstante repetisse claramente as falácias que esta apresentava. Trata-se da chamada Escola Histórica, um movimento conservador que pretendia resistir à tendência codificante que ganhava força com o crescente domínio francês. Era uma reação anti-revolucionária, antiliberal. Como sabemos, seu maior nome, Friedrich Carl von Savigny, defendia que o direito - assim como a língua e a religião - é essencialmente vinculado ao caráter do povo cuja conduta pretende regular.

Kelsen não deixa de observar quão paradoxal pode ser esta afirmação, tendo-se em vista que o povo alemão ao qual se referia Savigny havia sido obrigado por circunstâncias históricas a adotar o Direito Romano e a religião cristã, originados em povos diferentes e assentados em documentos escritos em línguas estrangeiras. Mas o fato é a Escola Histórica sustenta que o direito provém do “espírito do povo” (*Volksgeist*) e que, portanto, as pretensões que privilegiam um direito legislado não seriam recomendáveis.

O costume, e não um código estipulado racionalmente, seria a realidade à qual se deveriam dirigir os que realmente querem conhecer o direito “verdadeiro” de um povo. Um direito construído espontaneamente por aquele misterioso *Volksgeist*. O costume não é, assim, o criador, a fonte, do direito, mas o momento de sua revelação. A autoridade reside no conjunto do povo alemão, que se pronunciaria misticamente por meio de uma entidade espiritual única. A Escola Histórica deduz do plano metafísico em que se situa o *Volksgeist* o verdadeiro – justo - direito.

Kelsen ainda acusa Savigny de tentar provar que o direito romano, que na época era o direito positivo na Alemanha, era um produto consuetudinário e que, destarte, deveria ter reconhecida sua autoridade como expressão do *Volksgeist*. «A doutrina da escola histórica do direito é uma doutrina jusnaturalista conservadora e anti-revolucionária».⁹⁵

Deixando para trás a Escola Histórica, podemos, ainda no contexto alemão, referir-nos à linhagem positivista de Paul Laband e George Jellinek. O próprio Kelsen chama a atenção de seus leitores no prefácio de *Allgemeine der Staatslehre* para o fato de que sua teoria representa, de certa forma, a continuidade

⁹⁵«La doctrina de la escuela histórica del derecho es una doctrina jusnaturalista conservadora y antirrevolucionaria». *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 136. Sobre a Escola Histórica, ver também *General theory of law and State*. op. cit. pp. 127 e 128, e *Law, state and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 299.

da perspectiva desenvolvida por aqueles pensadores. Mas tal continuidade refere-se simplesmente à pretensão de considerar o Estado em sua positividade, desprezando, por impertinência epistemológica, qualquer ambição metafísica.⁹⁶

A existência desta relação fez com que Hermann Heller acusasse a teoria pura de ser uma mera repercussão do pensamento de Laband, uma espécie de “labandismo”.⁹⁷ Kelsen responde-lhe dizendo que desde *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* vem desenvolvendo um pensamento nascido para opor-se ao labandismo no que se refere aos vínculos, dos quais este não teria conseguido desvencilhar-se, entre teoria e política. A teoria do Estado de Laband era uma expressão da ideologia monarquista por ele defendida, sustenta Kelsen,⁹⁸ que o considera «o jurista mais conservador da coroa prussiana».⁹⁹ Ironizando a suspeita de Heller, completa dizendo que Laband «daria voltas em seu túmulo ao saber que a teoria pura do direito lhe foi atribuída».¹⁰⁰

Quanto a Jellinek, seu professor em um curto período de investigação em Heidelberg, sensíveis são as diferenças. Cabe aqui apenas salientar que a noção defendida por Jellinek de que o direito corresponde ao mínimo ético socialmente exigido - uma espécie de núcleo irrenunciável e por isto mesmo garantido pela força - recebe de Kelsen a previsível rejeição. O direito em vigor seria em Jellinek algo como uma esfera dentro da qual estaria protegida a última reserva moral, com o que se estaria legitimando sua vigência como significado da justiça, do mesmo modo como o faz a doutrina do Direito Natural.¹⁰¹

O mundo anglo-saxão, por sua vez, ofereceu à jusfilosofia analítica ainda no século XIX a clássica perspectiva positivista de John Austin. Kelsen admira a tarefa realizada por Austin, sobretudo por ter de certa forma antecipado preocupações que a teoria pura viria a retomar, como o cuidado exclusivo com o direito positivo ou a busca da definição de dever, por exemplo. Contudo, a noção de norma, nuclear para uma teoria jurídica, teria recebido um tratamento especialmente problemático, entende Kelsen. Austin veria a norma como um

⁹⁶ *Teoría general del Estado*. op. cit. p. CLXXXVIII.

⁹⁷ Cf. HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. Paris : Kimé, 1997. p. 71.

⁹⁸ Carta enviada a Renato Treves, escrita em 03 de agosto de 1933 e constante em *Kelsen et le kantisme*. In: *Droit et société*. op. cit. p. 326.

⁹⁹ «Le juriste le plus conservateur de la couronne prussienne». Ibidem. p. 327.

¹⁰⁰ «se retournerait dans sa tombe en apprenant que la théorie pure du droit lui a été attribuée». Ibidem.

¹⁰¹ *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 21 e 22.

comando, ou melhor, como uma espécie de comando. Mas uma espécie vinculada ao desejo de seu emissor e qualificada pela efetiva posição de superioridade que este apresenta, no sentido de capacidade fática de infligir ao comandado consequências específicas em caso de desobediência.

Ocorre que, para o autor da teoria pura, norma não pode ser compreendida como um comando deste tipo. Simplesmente porque se assim o fosse ela deixaria de existir – perderia sua validade – se a vontade que inicialmente expressa não mais se verificasse. E isto não se dá, pois Kelsen destaca que a norma mantém-se válida mesmo que, por exemplo, seu emissor tenha falecido. Norma não pode ser confundida com um desejo no sentido psicológico do termo. Por outro lado, quando Austin concebe o comando como uma simples relação de poder efetivo, sem mais, ele assume uma posição que o impedirá de distinguir entre duas ordens, entre dois comandos, qual o que provém de um assaltante e qual o que provém da autoridade tributária.

Neste passo, a juridicidade do comando não decorre nem da persistência da vontade que o instituiu nem do poder efetivo que seu enunciador possui de fazê-lo valer. Em Kelsen, a vontade apenas é imprescindível para momento da positivação, e o que distingue o comando como norma jurídica de qualquer outro é a preexistência de normas que qualificam a circunstância de seu estabelecimento como necessária e suficiente para criar direito válido, como alhures tivemos oportunidade de ver. Quem emite o comando-norma jurídica é a autoridade instituída pelo direito em vigor para tanto, e não uma força constatável na experiência e descritível mediante enunciados causais. A realidade psicológica do desejo existente – *ser* - e o poder efetivo do assaltante – *ser* - não são capazes de emprestar juridicidade à ordem que este último emite. Para Kelsen, Austin «não presta atenção à distinção entre *ser* e *dever-ser*, que é a base do conceito de norma».¹⁰²

No começo do século XX surge a Escola Sociológica francesa, tendo em Léon Duguit seu jurista mais proeminente. Segundo esta doutrina, que também se

¹⁰² «pays no attention to the distinction between “is” and “ought” that is the basis of the concept of the norms». *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. pp. 271 e 272. Para outras considerações kelsenianas sobre a teoria analítica de Austin, cf. o artigo citado na íntegra, e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 30, 31, 62, 63, 64, 71, 72,, 73, 94, 171 e 172. Acerca do pensamento de John Austin, sugerimos a leitura de SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. pp. 01-29.

anuncia positivista, nem os órgãos legislativos nem as instâncias do poder judicial criam o direito, mas apenas constatam e aplicam um direito preexistente que estaria presente na *solidarité sociale* (solidariedade social).

Citando *L'État, le droit objectif et a loi positive* (O Estado, o direito objetivo e a lei positiva), de Duguit, Kelsen nos diz que a *solidarité sociale* pretendida é tão misteriosa quanto o *Volksgeist* criador de direito postulado pela Escola Histórica. Defendem seus seguidores que ela, a *solidarité sociale*, seria uma espécie de sentimento comum ao homem social e que corresponderia ao direito objetivo, verdadeiro e justo. O direito positivo, proveniente da autoridade, seria válido sempre e quando reafirmasse o sentido presente neste verdadeiro e justo direito objetivo. Em sua obra, Duguit nos conta – citado por Kelsen – que o direito objetivo seria aquele que o homem como ser social sente, concebe, e que em seguida é formulado teoricamente pelo acadêmico para depois ser positivado pelo legislador com a finalidade de assegurar seu cumprimento.

É o velho e conhecido jusnaturalismo. Deduz normas, *dever-ser*, de sentimentos, *ser*. E vimos que a existência – validade – de uma norma jurídica decorre da qualificação que o direito já em vigor atribue-lhe; é dizer, trata-se de um *dever-ser* instituído por outros *dever-ser*.

A Escola Sociológica em tela assume ainda uma perspectiva dualista igualmente típica da doutrina do Direito Natural. Ela dispõe, de um lado, o direito verdadeiro, justo – o direito objetivo –, e de outro, o precário direito positivo. Em Kelsen, já sabemos, o direito positivo é realmente precário, falho, mas também é o único ao qual se pode racionalmente fazer referência, o que implica ser o único a que se pode propriamente conhecer. A pretensão de que o sentimento social - a *solidarité sociale* - que cria o direito objetivo seja verificado empiricamente necessitaria, para realmente livrá-lo da esfera metafísica, que fosse existente uma metodologia objetiva que permitisse a todo e qualquer interessado que dela fizesse uso constatar qual seu significado, ou melhor, qual o sentido da vontade – na medida em que se trata de um sentido normativo – que nele se manifesta.

E esta não é a hipótese da Escola Sociológica francesa, que entrega à “sensibilidade” do examinador o poder de extrair o justo direito objetivo. Este direito, assim, terá o sentido que tal examinador for capaz de nele perceber; ou, o que dá no mesmo, será aquilo que o examinador, empregando sua subjetividade, for capaz de nele supor existente. O direito objetivo será, a rigor e em última

análise, um produto da vontade – ainda que acionada de modo inconsciente – do examinador, que então procede como se fosse ele, e não a *solidarité sociale*, a autoridade competente para criar direito.¹⁰³

O século XX também viu surgir em Viena o positivismo lógico, movimento não referido ao direito mas que, dirigindo-se à ética, aporta considerações concernentes à normatividade, pelo que atraiu a atenção de Hans Kelsen.

Como é sabido, o positivismo lógico causou grande repercussão sobretudo nos anos 30 com a projeção de pensadores que, reunidos, compunham o chamado “Círculo de Viena”. Com eles, Kelsen compartilhou não somente a cidade que testemunhou os primeiros anos de sua teoria pura, mas também a rejeição à metafísica enquanto procedimento que ambiciona firmar verdades racionalmente demonstráveis.

Mas do “Círculo de Viena” ele não fez parte. Moritz Schlick, principal nome do positivismo lógico e citado por Kelsen, considerava uma norma como uma reprodução de um fato da realidade, já que os juízos de valor seriam «na realidade da consciência humana, fatos existentes»,¹⁰⁴ no sentido de fatos reais. Por isto ele diz que a Ética é uma ciência de fatos. Kelsen concorda que os juízos de valor - que a rigor descrevem preferências axiológicas, com elas não se confundindo¹⁰⁵ - sejam fatos da ordem do *ser*, «tanto quanto o são os atos através dos quais são estabelecidas as normas constitutivas dos valores».¹⁰⁶

Contudo, uma norma não é um juízo de valor, uma norma contém – prescreve - um valor. Para a teoria pura, um juízo é instituído por meio de um ato de conhecimento, é uma expressão do racional, enquanto uma norma é instituída por meio de um ato de vontade - vimos - e como tal decorre de manifestação

¹⁰³ Sobre a *solidarité sociale*, *General theory of law and State*. op. cit. pp. 126 e 127, e *Law, state and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 299, 300 e 301.

¹⁰⁴ Citado por Kelsen em *Teoria pura do direito*. op. cit. pp. 404 e 405.

¹⁰⁵ «A valuation is somebody's emotional reaction to an object, an act of desiring or an act of will. The value judgment asserts that somebody values an object. It refers to an act of valuation but it is not itself such an act. The valuation is a motor-affective act whereas the value judgment is a cognitive act». *Value judgments in the science of law*. op. cit. p. 211. Juízo de valor é uma descrição de uma preferência axiológica. Com ela não se confunde. Ele é um pronunciamento da razão que pretende dar-nos conta, por meio de um enunciado descritivo, de um evento situado em plano emocional. De modo que se digo: “Sou favorável a que todos os homens devam ter direito à educação pública e gratuita” estou descrevendo minha opção axiológica, que prestigia a “educação pública e gratuita” como um *bem* a ser generalizado. Trata-se de um juízo de valor elaborado pela razão que pretende conhecer minha posição axiológica formulando como conclusão tal enunciado.

¹⁰⁶ *Teoria pura do direito*. op. cit. p. 405.

volitiva. Mas assim como o juízo não se confunde com o ato cognitivo que o enuncia, do qual apenas é expressão, a norma tampouco se confunde com o ato volitivo que a institui, do qual apenas é sentido. Tanto os atos de conhecimento - resultem eles em juízos de valor ou de realidade - quanto os atos de vontade estão inscritos na ordem do *ser*. Entretanto, as normas – e os valores que elas veiculam – não são fatos, mas tão-somente “sentido”, isto é, *dever-ser*.

E esta circunstância não as desloca da experiência para um âmbito transcendente, entende Kelsen, pois se as prescrições da moral ou do direito «são o sentido de fatos empíricos, tanto a Ética como a ciência jurídica podem ser designadas como ciências empíricas – em contraposição à especulação metafísica -, *mesmo que não tenham por objeto fatos mas sim normas*». ¹⁰⁷ (grifo nosso) Enxergar a ética como uma ciência de fatos seria o mesmo que negar ao valor expressão normativa, o mesmo que supor a presença de valor no *ser* em que o fato se verifica no domínio da realidade. E já sublinhamos o ônus epistemológico que para Kelsen os que acolhem tal leitura têm de suportar. ¹⁰⁸

A rigor, esta foi a mesma objeção que dirigiu ao jusfilósofo dinamarquês Alf Ross, um dos principais nomes do “Realismo Escandinavo”, movimento oposto à doutrina do Direito Natural e que também se distancia de outras linhas positivistas, como a teoria pura. ¹⁰⁹

Em 1959, Kelsen faz publicar o artigo intitulado *Eine ‘Realistische’ und die Reine Rechtslehre* (Uma teoria ‘Realista’ e a Teoria Pura do Direito) em que responde ao que Ross escreve em *Om ret og retfaerdighed* (Sobre direito e justiça). O autor escandinavo defende nesta obra de grande repercussão que a ciência em geral ocupa-se de *fatos*, e deste modo, ao contrário do que afirma a teoria pura, cabe à ciência jurídica em particular debruçar-se sobre o comportamento efetivo do homem em sociedade. O direito seria uma realidade fática, e a ciência jurídica poderia reclamar para si a qualidade de ‘ciência empírica’ na medida em que se dedicasse a fatos da ordem do *ser*. ¹¹⁰

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Sobre Moritz Schlick, ver *Teoria pura do direito*. op. cit. pp. 404 e 405; *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 92, 93, 94 e 373, e *A ilusão da justiça*. op. cit. p. 526.

¹⁰⁹ Cf., na íntegra, *Eine ‘Realistische’ und die Reine Rechtslehre*. *Bermerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice*.

¹¹⁰ *Una teoria “realista” y la teoria pura del derecho*. *Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. pp. 11, 14 e 15.

Em sua crítica, Kelsen aponta inúmeras contradições nas quais incorreria Ross, que não apenas na obra mencionada, mas também em *Towards a Realistic Jurisprudence* (Para uma ciência do direito realista) e em *Imperatives and Logic* (Imperativos e lógica), terminaria por demonstrar que nada obstante sua declarada recusa ao direito enquanto expressão de *dever-ser*, sua teoria realista parece acolher a teoria pura em certos momentos. Kelsen destaca alguns deles, como, por exemplo: «O direito dinamarquês é um conjunto individual de normas»¹¹¹ e «Uma ordem jurídica nacional é um corpo integrado de regras que determinam as condições em que a força física deve ser exercida contra uma pessoa».¹¹²

Contradições a parte, o que nos importa sublinhar é que o autor da teoria pura rejeita o realismo jurídico tal como o entende Ross porque este negligenciaria - ao menos expressamente, mas ainda assim comprometendo todo o articulado erguido a partir desta negligência - o *dever-ser* normativo em favor de um *ser* sociológico, o que se pronunciaria sobretudo na substituição da validade pela eficácia como nota distintiva do fenômeno jurídico. Afirmar que a existência do direito - sua validade - pode ser percebida no fato de que os homens realmente se comportam segundo o que está prescrito nas normas seria substituir - agregamos nós em notação lógica, como já o fizemos em item anterior - “dado *A* *deve-ser* *B*” por “*B* *é*” como enunciado descritivo proveniente da ciência jurídica.¹¹³

Aos olhos de Kelsen, a preocupação que Alf Ross apresenta em fazer da ciência jurídica uma ciência empírica faz com que ele assuma erroneamente a suposição de que apenas e tão-somente fatos da ordem do *ser* sejam considerados como presentes na experiência. O caráter empírico, contudo, dispensaria esta exigência, entende o autor da teoria pura, que repete a Ross o mesmo argumento que havia dirigido ao positivismo lógico: “sentidos” de atos verificados na experiência também podem ser considerados como estando na experiência

¹¹¹ «*El derecho dinamarqués es un conjunto individual de normas*». Ibidem. p. 13.

¹¹² «*Un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones en las que la fuerza física debe ser ejercida contra una persona*». Ibidem.

¹¹³ Ibidem. pp. 22, 23 e 24. Nestas páginas podem ser encontradas referências expressas à confusão entre validade e eficácia em Alf Ross. Sobre o pensamento de Ross, recomendamos a leitura de SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. op. cit. p. cit. pp. 65-102.

presentes. «Para ser empírica a ciência do direito não deve tentar o impossível, descrever normas de *dever-ser* com proposições de *ser*». ¹¹⁴

Este passeio por algumas das principais linhas teóricas anunciadamente contrárias à doutrina do Direito Natural mostra-nos que nem todas satisfazem os critérios kelsenianos para a construção de uma teoria positivista: postura antimetafísica e atenção à diferença entre *ser* e *dever-ser*, fato e valor.

Destacar alguns dos caracteres que marcam tais perspectivas e que as diferenciam da teoria pura do direito torna-se um procedimento importante na medida em que algumas das censuras feitas ao positivismo sustentam-se em generalizações. Não raro supõe-se que concepções sob vários aspectos opostas entre si possuem um mesmo sentido. E a partir deste erro inicial constroem toda uma linha argumentativa com a qual pretendem contrariar indistintamente todas as leituras que se apresentam como positivistas.

4.3.2

Positivismo kelseniano e democracia

Estas críticas, em regra, contestam a exequibilidade do postulado epistemológico da neutralidade – defendido pela teoria pura e na prática ignorado, por exemplo, pela Escola de Exegese e pela Escola Histórica – e sublinham o comprometimento político que acompanharia a generalidade das correntes juspositivistas e que as aproximaria de concepções autocráticas.

Acerca da possibilidade de realização da neutralidade axiológica, já nos referimos em ponto anterior. O que nesta altura cumpre-nos realizar é por em descoberto o argumento que ampara a compreensão kelseniana de ser o positivismo formulado por sua teoria pura intimamente relacionado com a circunstância democrática.

Em seguida, também analisaremos brevemente os dois principais pontos ordinariamente levantados por aqueles que recusam esta relação e que, ao contrário do que pretende Kelsen, vêm no positivismo – do qual não excluem a teoria pura – uma franca inclinação à autocracia, ou, na melhor das hipóteses, uma leitura que torna seu adepto incapaz de opor-se a um regime autoritário. Na

¹¹⁴«Para ser empírica la ciencia del derecho no debe tentar lo imposibl, describir normas del deber ser con proposiciones del ser». Ibidem. p. 15.

medida em que tais pontos forem sendo apresentados pronunciaremos nossa posição a respeito.

Bem, vimos que para Hans Kelsen o positivismo jurídico propriamente dito é aquele defendido por sua teoria pura como expressão crítica antimetafísica. É uma perspectiva que contempla o direito como conjunto de normas obrigatórias dotadas de efetiva operacionalidade social e cujo conteúdo axiológico é provisório, posto ser instituído na experiência por uma autoridade sempre desempenhada por seres humanos sob influxo dos mais variados interesses.

Trata-se de uma compreensão que se nega a dirigir-se ao transcendente, âmbito que entende ser inescrutável à razão. Nela, o direito é percebido como uma técnica social vigente na experiência e pela qual se estimula indivíduos à adoção de específica conduta.¹¹⁵ É, também já anotamos, um mecanismo mediante o qual propósitos políticos podem ser atingidos: um instrumento da política.

Sua instituição, assim, deve-se ao atendimento de finalidades que se pretende ver cumpridas. É uma ordem que expressa a vontade - de que é sentido - de que verificadas certas condições determinado comportamento deva ser observado. Há, portanto, circunstâncias em função das quais o direito é estabelecido, circunstâncias estas que podem permanecer ou serem substituídas por outras, tornando oportuno o questionamento da conveniência acerca da manutenção dos preceitos até então firmados.

E é exatamente por reconhecer que os conteúdos axiológicos que integram o direito possam de fato variar para atender às variáveis circunstâncias políticas que motivam sua instituição – ao invés de supor que tais conteúdos tenham sentido absoluto, como o teriam se fossem concebidos como “essencialmente jurídicos” - que Hans Kelsen vincula seu positivismo jurídico à perspectiva relativista de mundo.¹¹⁶

¹¹⁵Cf., na íntegra, *The law as a specific social technique*. Ver também *General theory of law and State*. op. cit. pp. 15-29.

¹¹⁶A convergência entre posturas positivista e relativista podem ser encontradas, quanto ao aspecto epistemológico, em *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 110 e 111; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. cit. pp. 602 e 603; *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 396 e *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 131. Quanto à proximidade entre positivismo e relativismo axiológico, ver *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 110 e 111; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. cit. pp. 602 e 603; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 131; *What is justice?* op. cit. pp. 376 e 377; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. op. cit. pp. 31 e 32; *¿Una nueva ciencia de la política?* op. cit. p. 16; *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 208, 209, 211 e 382, e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 69, 70, 113 e 114.

Não poderia ser diferente. O jurista, tal como o concebe a teoria pura, está epistemologicamente impossibilitado de afirmar que o resultado de sua investigação - ou seja, que o enunciado pelo qual descreve o direito em vigor - refere-se a um conteúdo que representa verdades ou valores metafísicos, imunes às injunções espaço-temporais. O jurista não pode debruçar-se sobre aquilo que não está positivado.

Assim, desautorizado por esta linha positivista a conhecer o transcendente, ele não pode senão ocupar-se com a descrição tão exata quanto possível da experiência jurídica, uma descrição que precisa deixar-nos a par de algo que é axiologicamente variável, uma descrição que precisa nos dar conta das oscilações contenedoras apresentadas no plano empírico qualquer que seja o sentido a que tais oscilações venham a apontar.

No presente marco teórico, a razão - que enquanto o investigador estiver na condição de cientista é todo seu apoio - não nos pode afirmar a existência de valores imanentes ao direito. Se o pudesse estaria excluindo a possibilidade lógica de que valores outros, inclusive e principalmente os que lhe são opostos, pudessem vir a ser positivados. E a enorme diversidade de valores encontrados nos ordenamentos jurídicos - um dado facilmente constatável na experiência, único plano sobre o qual pode a razão pronunciar-se - restaria omitida.

Deste modo, o jurista kelseniano considera que embora o direito contenha sempre e necessariamente valores ele não está comprometido *a priori* com nenhum valor específico, sendo integrado por aqueles que por força da conjuntura sócio-política tiverem sido estabelecidos pela autoridade competente. Para Kelsen, «o direito pode ter não importa qual conteúdo»,¹¹⁷ uma assertiva que significa inexistir, desde uma observação empírico-racional, qualquer comportamento humano que, considerado em si mesmo, seja insuscetível de integrar uma ordem jurídica como conteúdo de disposições normativas.

Na esteira deste raciocínio, não há óbice que impeça uma sociedade de, autocrática ou democraticamente, emprestar ao direito qualquer sentido axiológico. Evidentemente, isto não quer dizer que inexistam resistências políticas

¹¹⁷ «Le droit peut avoir n'importe quel contenu». *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.* op. cit. p. 114. Cf. também em *Introduction to the problems of legal theory.* op. cit. p. 56; *General theory of law and State.* op. cit. p. 113 e *Pure theory of law.* op. cit. p. 198.

– sempre variáveis - em um ou em outro sentido, mas apenas que não há valor logicamente excluído do leque de opções juridicizáveis.

No contexto antimetafísico em que se desenvolve a teoria pura, esta informação corresponderia ao que se pode recolher da experiência, sendo então o que pode a razão nos fornecer como expressão resultante de um procedimento cognitivo. Aqui, pretensões que afirmam o oposto estariam aparadas em especulações metafísicas inspiradas – ainda que inconscientemente - em propósitos políticos destinados a defender a necessária moralidade ou imoralidade de um dado ordenamento, para, a partir desta apreciação ética, impor ou recusar sua vigência.

Assim, munido da neutralidade a que alhures fizemos menção, o jurista kelseniano vê-se epistemologicamente compelido pelo positivismo a descrever mesmo o direito do qual discorda e cuja validade - e não legitimidade ética - reconhece. Ele não considera sua posição a única juridicamente admissível. Ao contrário, como positivista, ele necessita considerar válidas mesmo as normas que prescrevem valores que repudia, ele não pode rejeitar a existência jurídica mesmo de posições que no âmbito político recebem seu combate.¹¹⁸

Isto porque tanto a moralidade que reivindica para sua perspectiva quanto a imoralidade que enxerga em seu opositor são, desde sua leitura positivista, circunstanciais, relativas. E, com isto, os valores por ele abraçados em âmbito político não podem, se contrastados com os estabelecidos no direito em vigor, prevalecer em detrimento destes, como se tais valores fossem por ele considerados como a absoluta verdade moral e então necessariamente destinados a ser garantidos em todo e qualquer ordenamento jurídico: seu sentido apresentaria moralidade e juridicidade imanentes, absolutas. Mas ao jurista kelseniano cumpre comprometer-se com o relato de expressões normativas admitindo a possibilidade sempre presente de sua variação empírica.¹¹⁹

¹¹⁸ O jurista descreve como válido mesmo o ordenamento jurídico que politicamente desaprova. Cf., por exemplo, *Science and politics*. op. cit. p. 366 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 79.

¹¹⁹ Mas, pode-se perguntar, se o jurista que a teoria pura concebe necessita descrever o ordenamento jurídico válido nada importando o conteúdo que este venha a apresentar, como dizer que ele não contempla a participação do absoluto, já que pode ver-se diante de uma disciplina jurídica autocrática que não admite a alteração dos seus termos sem que seja sacrificada sua própria existência?

A resposta é simples. Para o jurista kelseniano, a correspondência ao absoluto é nesta hipótese apenas uma pretensão daqueles que defendem o regime autocrático de que se trata, e nada mais. O cientista que a teoria pura concebe entende esta pretensão como um erro epistemológico e/ou como uma retórica política falaciosa decorrente da confusão entre *ser* e *dever-ser*, uma confusão

Sua postura é, destarte, oposta àquela que o articulado kelseniano atribui ao investigador jusnaturalista. Este, absorvido por suas convicções ideológicas no momento em que deveria realizar uma função descritiva, termina por submeter ao seu critério de admissibilidade a validade do direito do qual politicamente discorda. Para ele, direito válido – existente - é somente o que corresponder ao sentido do *dever-ser* absoluto situado na esfera transcendente à qual acredita ter acedido. Agindo deste modo, acusa Kelsen, o jusnaturalista termina por assumir o posto de autoridade jurídica competente para determinar, enfim, o direito a que se deve obedecer: o *dever-ser* absoluto que a doutrina do Direito Natural crê existir funciona como critério de validade do direito positivo.¹²⁰

Com efeito, é por possuir estreita conexão com o relativismo crítico e antimetafísico que a perspectiva positivista da teoria pura é apresentada por Hans Kelsen como implicada na dinâmica democrática.¹²¹

O conhecimento humano não pode alcançar mais do que verdades e valores relativos; a convicção de que cada verdade e de que cada valor – tal como o homem os encontra – tem que estar dispostos em todo momento a retirar-se e dar passagem a outros, conduz à ideologia do criticismo e do positivismo, entendendo-se como tais aquela direção da filosofia e da ciência que parte do positivo, é dizer, do dado, da sempre mutável experiência, rechaçando a hipótese de um “absoluto” a esta transcendente.¹²²

que supõe ser possível extrair racionalmente de uma existência específica um postulado moral e à qual já fizemos referência algumas páginas atrás.

Certamente, o direito estabelecido por um regime autocrático que alega tê-lo positivado porque correspondia à fórmula definitiva da justiça será pelo jurista kelseniano descrito sempre e quando se tratar do direito que está operando socialmente, ocasião em que poderá ser considerado como o ordenamento positivado na experiência. O jurista, porém, e deve-se enfatizar este ponto, não o descreve como válido por acolher a pretensão que politicamente inspira seus defensores. Para o jurista kelseniano, o pronunciamento da autoridade que estabelece o direito em vigor é, sempre - e qualquer que seja o argumento que possa tal autoridade vir a apresentar em seu favor -, a expressão de uma alternativa política meramente relativa. Descrever a ordem jurídica de um regime autocrático não significa ter sido persuadido pelos argumentos que politicamente o sustentam.

¹²⁰ Para menções expressas acerca do direito natural como critério de validade do direito positivo, consultar *General theory of law and State*. op. cit. p. 12; *The Natural-Law Doctrine before the tribunal of science*. op. cit. p. 142; *Why should law be obeyed?* op. cit. pp. 257 e 258; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 89 e 90; *La autodeterminación del derecho*. op. cit. pp. 413 e 414; *Acerca de la norma básica*. op. cit. p. 422, e *O problema da justiça*. op. cit. pp. 115 e 116.

¹²¹ Cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. p. cit. pp. 602 e 603; *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 110 e 111, e *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 131.

¹²² «el conocimiento humano no puede alcanzar más que verdades y valores relativos; la convicción de que cada verdad y cada valor – tal como el hombre los encuentra – tienen que estar dispuestos en todo momento a retirarse y dejar paso a otros, conduce a la ideología del criticismo y del positivismo, entiendo por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, es decir, de lo dado, de la mudable y siempre cambiante experiencia, rechazando la hipótesis de un absoluto trascendente a aquélla». *Teoría general del Estado*. op. cit. p. cit. p. 602.

Neste passo, a democracia parece dizer em política o mesmo que o neokantismo que sustenta a compreensão kelseniana de ciência – da qual o positivismo da teoria pura é expressão - diz acerca das possibilidades da razão: somente há espaço para o relativo. Consoante a perspectiva axiológica e o recorte metodológico adotados - dir-nos-iam respectivamente - tem-se distintas normas (valores) e verdades. Tanto a dinâmica democrática quanto o procedimento científico que o positivista necessita cumprir recusam a participação do absoluto.

4.3.3

Algumas objeções freqüentes.

Dito isto, cumpre agregar que, indiferentes ao que afirma o autor da teoria pura, muitos têm feito oposição à proximidade positivismo-democracia. O positivismo jurídico é muitas vezes considerado cúmplice de regimes autocráticos. Há inúmeros pronunciamentos que o acusam de, pelos mais diversos motivos, repercutir em favor do implemento ou da manutenção de autocracias.

Eros Roberto Grau, por exemplo, em um livro intitulado *O direito posto e o direito pressuposto*, escreve:

a teoria kelseniana se presta a justificar qualquer tipo de autoritarismo, na medida em que esvazia o direito de qualquer sentido axiológico. Daí o ciclo verdadeiramente trágico experimentado pelos que, vinculados ao ideário do liberalismo econômico e político, são guardiões de uma construção teórica sempre disponível aos autocratas.¹²³

Que a teoria kelseniana não esvazia o direito de qualquer sentido axiológico é algo que já expressamos com ênfase neste trabalho. Trata-se de um erro do autor mencionado. Normas, e o direito para Hans Kelsen é um composto normativo, expressam *sempre e necessariamente* valores, vimos.

Por outro lado, ainda que Eros Grau tivesse realizado uma constatação pertinente e assim a teoria pura defendesse o “vazio axiológico” do direito, qual o motivo para se considerar que isto milita em favor de uma autocracia? Seria apenas um erro, ou será que um regime autocrático não implica, tanto quanto o democrático, presença de valores? Pode ser que este autor confirme o sublinhado por Kelsen no trecho de *Die platonische Gerechtigkeit* que citamos alhures a respeito do moralista: para este apenas o que *deve-ser* existe, *é*, e conseqüentemente, se se tratar de um democrata, os valores inseridos em uma

¹²³ *O direito posto e o direito pressuposto*. op. cit. p. 33.

autocracia – que então não *devem-ser* – não existem como tais, ou seja, não *são*?¹²⁴

Talvez o mal compreendido formalismo da teoria pura conduza leitores menos atentos a supor a existência da pretensão de se conceber um direito axiologicamente vazio. Já em 1929, com a publicação de *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Kelsen demonstrava inquietação com as confusões que eram feitas a respeito do formalismo jurídico defendido por seu articulado.¹²⁵

Em 1953, *Was ist die reine Rechtslehre?* expressaria uma vez mais seu desconforto com aquilo que ele parecia julgar ser uma distorção proposital.¹²⁶ A intervenção que citamos de Eros Grau nos faz suspeitar de que tais escritos – de ampla circulação - não foram suficientes para desfazer tais mal entendidos.

Quando a teoria pura afirma que o direito consiste em uma estrutura formal ela de modo algum exclui a presença – que considera necessária, repita-se exaustivamente – do aspecto substantivo, material. Ela apenas e tão-somente diz que o direito é *definível* por sua forma, e não pelo seu conteúdo.

O significado deste entendimento parece-nos claro: qualquer que seja o valor a ser emprestado pela dinâmica política ao ordenamento jurídico, ele terá que de modo inevitável dispersar-se na fórmula “*dado A deve ser B*”, sendo *B* uma conduta suscetível de ser imposta forçosamente se inobservada.

O que a teoria pura recusa-se a fazer é *apontar previamente quais conteúdos* ocuparão as variáveis *A* e *B*. Ora, enquanto teoria fundada nos pressupostos filosóficos mencionados no começo deste trabalho, ela simplesmente não poderia fazê-lo. Se o fizesse estaria acreditando descobrir em tais conteúdos uma juridicidade imanente – conferindo-lhes sentido absoluto: somente existiria direito em sua presença -, quando em realidade os estaria escolhendo arbitrariamente entre outros tantos disponíveis à positivação.

Desde a perspectiva que inspira o normativismo, porém, o juscientista não faria nesta hipótese senão pronunciar-se volitivamente e assumir a posição de autoridade competente para instituir normas jurídicas. Se deixar-mos de lado os entraves epistemológicos que poderiam ser levantados contra esta postura e nos

¹²⁴ Cf. *Platonic justice*. op. cit. p. 84.

¹²⁵ Ver *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 392.

¹²⁶ ¿*Qué es la Teoría Pura del Derecho?* op. cit. pp. 42 a 47.

ocuparmos apenas de sua repercussão política, cabe perguntar: o “cientista” que determina previamente quais serão os conteúdos das normas jurídicas protagoniza uma circunstância democrática?

Ademais, também é um erro associar a teoria pura ao liberalismo econômico. Desconhecemos qualquer linha em toda obra kelseniana que autorize, mesmo que remotamente, esta conclusão. Eros Grau não apresenta qualquer argumento para sustentar o que afirma, tampouco cita qualquer obra para apoiar seu comentário.

Por outro lado, pode-se agregar que Friedrich Hayek, uma das vozes mais autorizadas do século XX em defesa do modelo econômico-liberal, sustenta o contrário do que pretende enxergar o autor brasileiro. Hayek acusa – em se tratando deste teórico o tom é mesmo o de acusação – a teoria kelseniana de «socialista».¹²⁷

Isto se deve ao fato de Kelsen negar-se a confirmar o que ele, Hayek, insiste em defender. Em inúmeras passagens de *Foundations of democracy*, que é parte integrante da teoria pura, Kelsen opõe-se radicalmente à pretensão do economista austríaco – e nela percebe a mesma pretensão que em regra animava os demais entusiastas do liberalismo econômico – de vincular democracia ao capitalismo liberal e de assim tentar fazer com que o sistema de economia planificada, o socialismo, pareça incompatível com os postulados democráticos.¹²⁸

Quanto ao liberalismo político, a teoria pura pode ser a ele associada se - e somente se - for este regime compreendido como uma proposta decorrente da convicção de ser impossível o conhecimento da fórmula definitiva da justiça, como uma tentativa de preservar as condições imprescindíveis à discussão acerca de qual o sentido – relativo – do justo que certa sociedade pode aspirar implementar.

Deste modo, se ele defender o estabelecimento dos direitos de opinião, de organização partidária, de liberdade de imprensa, etc., como garantias de que não haverá óbice ao pronunciamento político dos governados, e se ele defender que a existência de tais direitos representa um requisito para que a escolha das normas jurídicas a serem positivadas seja realizada mediante um procedimento do qual podem participar todas as perspectivas – recusando pertinência, assim, a uma

¹²⁷ Cf. HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. op. cit. p. 218.

¹²⁸ *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 265-268 e 274-279.

absoluta verdade ética a ser imposta, eis o ponto crucial – em nada a teoria pura tem a opor-se. Aqui, o liberalismo político apresenta-se como corrente que oferece a mesma rejeição ao absoluto que a teoria pura acolhe em epistemologia e em ética.¹²⁹

Somente neste ponto acertaria Eros Grau. Mas agora ele precisa explicar – pois não o faz no livro citado – como a defesa de direitos destinados a garantir a participação dos governados na elaboração das normas jurídicas pode caracterizar um regime «sempre disponível aos autocratas».

Será que preservar direitos de manifestação política aos governados – que a rigor é o que o liberalismo político propõe – é algo contrário à democracia? Será que um autocrata sente-se à vontade ao encontrar restrições juridicamente insuperáveis à tentativa de silenciar opositores?

Sem cometer os mesmos erros de Eros Grau quanto à suposta pretensão da teoria pura de que exista um direito “vazio de qualquer sentido axiológico” ou quanto ao surpreendente vínculo liberalismo político-autocracia, Michel Villey também associa positivismo jurídico ao totalitarismo, ainda que ressalte ser Kelsen um indivíduo de convicções democráticas.¹³⁰ Em sua obra *Philosophie du droit* (Filosofia do direito), Villey assinala que a teoria pura «punha os juristas alemães a serviço da ordem hitleriana».¹³¹

Afirmando que Hans Kelsen e que também que os seguidores de Norberto Bobbio e Herbert Hart enquadram-se entre os defensores do “positivismo legal” por possuírem em comum uma espécie de fetiche pelas disposições normativas escritas, Villey os enxerga como seguidores do que chama de «Religião da Lei», título com que nomeia um importante item da obra citada.¹³²

Adeptos então da fé legalista, os três compreenderiam o jurista como um sujeito encarregado de duas funções essenciais:

¹²⁹ A teoria pura reconhece no liberalismo político uma expressão da democracia. Cf., por exemplo, *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 529; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 287 e 288, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 143, 183 e 184.

¹³⁰ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. op. cit. p. 331.

¹³¹ Idem, *ibidem*.

¹³² Idem, *ibidem*. p. 380.

- a. realizar a «coleta dos preceitos do direito positivo»,¹³³ a lei, que para eles, defende Villey, seriam as disposições elaboradas pelo parlamento, os decretos, as portarias e as circulares;¹³⁴ e
- b. aplicar tais preceitos de modo silogístico, sendo a premissa maior ocupada pela lei e a premissa menor pela hipótese fática nela abstratamente prevista; a sentença encerra a operação.¹³⁵

Bem, deixemos de lado a defesa dos seguidores de Bobbio e de Hart – que certamente não podem ser chamados de “legalistas” – e cuidemos apenas das impertinências referentes à teoria pura.

Sim, quanto a a., Michel Villey está correto quando aponta como função do jurista – ao menos do jurista kelseniano, o único de que tratamos – “coletar” os preceitos do direito positivo. Mas erra quando afirma que para este jurista tais preceitos limitam-se aos textos escritos e genericamente denominados de “lei”. Vimos há pouco o quanto a teoria pura opõe-se ao positivismo legal defendido pela Escola de Exegese. O culto à lei como única manifestação do jurídico é expressamente rechaçado por Kelsen, senão vejamos a título de exemplo alguns trechos de seus escritos.

Em *Allgemeine der Staatslehre* ele afirma que também «o direito consuetudinário é direito estatuído, positivo»,¹³⁶ agregando ser errônea a confusão entre «o conceito de direito e o de lei»,¹³⁷ sublinhando em *Der Staat als Integration* (O Estado como integração) ser comum tal identidade na doutrina tradicional.¹³⁸ Em *General theory of law and State* ele nos diz que a norma «pode ser criada pelo costume»,¹³⁹ e na segunda edição de *Reine Rechtslehre* segue neste sentido afirmando que o direito consuetudinário «assim como o direito estatutário, é direito positivo».¹⁴⁰ Em *Allgemeine Theorie der Normen*, Kelsen completa salientando que «fazem igualmente parte do direito positivo as normas criadas pelo costume».¹⁴¹

¹³³ Idem, ibidem. p. 383.

¹³⁴ Idem, ibidem.

¹³⁵ Idem, ibidem.

¹³⁶ «el derecho consuetudinário es derecho estatuido, positivo» *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 386.

¹³⁷ «el concepto de derecho com el de ley». Ibidem. p. 385.

¹³⁸ *O Estado como integração. Um confronto de princípios*. op. cit. p. 94.

¹³⁹ «may be created by custom». *General theory of law and State*. op. cit. p. 119.

¹⁴⁰ «like statutory law, is positive law». *Pure theory of law*. op. cit. p. 226.

¹⁴¹ «Font également partie du droit positif les normes créés par la coutume». *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 370.

No articulado da teoria pura, portanto, não há falar em direito como algo restrito às disposições normativas escritas consideradas em seu conjunto como “lei”.¹⁴²

“Coletar” pura e simplesmente as prescrições que compõem o direito em vigor parece-nos ter sido o motivo que fez Michel Villey acusar o positivismo de fazer dos «professores cientistas neutros, cérebros sem alma, seres irresponsáveis, prodigando seus serviços *a qualquer um*». ¹⁴³ Afinal, eles, os cientistas que a teoria pura apresenta, afirmam a validade de normas jurídicas ainda que estas visem «a dominação da raça germânica sobre o mundo, a eliminação dos burgueses»¹⁴⁴ ou qualquer outro projeto político deste tipo. «Jamais levou-se tão longe a indiferença pelos fins do direito»,¹⁴⁵ conclui.

Não há dúvida de que para o positivismo kelseniano a norma jurídica é pelo jurista descrita qualquer que seja seu sentido político. Assinalamos em diversas ocasiões ao longo do que até aqui foi escrito que, segundo o aparato filosófico que sustenta a teoria pura, existem impedimentos epistemológicos insuperáveis à manifestação valorativa do cientista. Este, se submeter a validade do direito empiricamente vigente ao seu ideário político abandonará o procedimento cognitivo que a rigor cabe-lhe realizar. Também já consideramos alhures que ao se limitar a descrever o direito positivo o jurista em nenhuma hipótese pode ser confundido com quem o apóia.

Tudo aquilo que o cientista do direito tal como o concebe a teoria pura diz é que existe a norma *X* e que, segundo esta norma *X*, a conduta *Y* precisa ser observada, caso contrário poderá ser mobilizado contra aquele que não a observar um mecanismo constritor destinado a impor os termos ignorados forçosamente. A afirmação de que a conduta *Y* é obrigatória relata-nos tão-somente a existência de uma obrigação jurídica, jamais moral, de modo que o jurista, ao descrevê-la, não pode ser confundido com alguém que lhe empresta adesão política.

No articulado kelseniano, constatar a validade – existência – da norma *X* não significa, em absoluto, defender sua justiça. A teoria pura recusa-se a identificar direito válido com direito justo. O positivismo em que ela consiste,

¹⁴² Acerca do direito costumeiro, consultar especialmente: *Théorie du droit international coutumier*. In: LEBEN, Charles. Hans Kelsen. *Écrits Français de droit international*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001. pp. 68-84.

¹⁴³ *Filosofia do direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. op. cit. p. 186.

¹⁴⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*.

ênfatisa Kelsen, «se mostra ansioso por manter a diferença, e mesmo o contraste, entre “justo” e “jurídico”», ele «insiste expressamente na necessidade de separar o direito positivo da justiça». ¹⁴⁶

De modo que o *dever-ser* pelo qual o cientista do direito nos conta acerca da validade de normas jurídicas é meramente declaratório – descritivo - de um *dever-ser* prescritivo instituído pela autoridade; este sim imperativo, este sim significado de uma vontade politicamente interessada na implementação da conduta *Y* como preferível – supostamente mais justa – em confronto com as demais. ¹⁴⁷

Neste passo, a função do jurista é simplesmente a de nos dar notícia de que está em vigor a norma *X* e que, portanto, a conduta *Y* que ela prescreve – qualquer que seja seu sentido - é um dever jurídico. Ser epistemologicamente constringido a descrever o direito positivo – pois é o direito presente na experiência, único âmbito ao qual pode dirigir-se a razão teórica, cumpre recordar – é algo bem diverso de sustentá-lo politicamente.

Situação idêntica pode ser percebida em outras esferas do saber. No entanto, ninguém argúi que o historiador ou o que sociólogo dedicado ao estudo de regimes considerados a partir de determinada perspectiva política moralmente abjetos seja seu defensor. O historiador empenhado em nos relatar com fidelidade o que se passou na Alemanha dos anos 30 não é confundido com um simpatizante do nazismo. O sociólogo que nos diz como funciona a dinâmica social da China dos nossos dias não é acusado de, tão-só por este motivo, aderir aos princípios comunistas.

¹⁴⁶ «is anxious to maintain the difference, even the contrast, between “just” and “legal”» e «insiste expressément sur la nécessité de séparer le droit positif de la justice». Respectivamente, *Natural law doctrine and legal positivism*. op. cit. p. 391 e *Théorie générale des normes*. op. cit. p. 370. A propósito da separação entre o conceito de direito e o conceito de justiça, consultar ainda, v.g., *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 14-19; *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. pp. 266 e 267; *General theory of law and State*. op. cit. pp. XV, 05 e 06; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 49-56; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 66, 67, 68 e 69; *O problema da justiça*. op. cit. pp. 07-12, 67 e 68, e *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. op. cit. p. 131.

¹⁴⁷ Para afirmações expressas quanto ao aspecto meramente descritivo do *dever-ser* presente no discurso do cientista em oposição ao sentido prescritivo do *dever-ser* emitido pela autoridade, ver *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 268; *General theory of law and State*. op. cit. p. 45; *Science and politics*. op. cit. p. 363; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 49, 59 e 74; *Una teoria “realista” y la teoria pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia*. op. cit. p. 20; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 75, 78 e 79, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 200 e 203.

Será que os regimes totalitários cujo ordenamento jurídico o cientista do direito descreve ganham impulso político por terem sua existência meramente constatada? Vista a questão de outro ângulo, será que se o jurista se recusasse a descrever a vigência da norma *X* esta mesma norma *X* deixaria de ser obrigatória? Omitindo de seu discurso descritivo a validade do direito nazista ou comunista, por exemplo, estariam banidos tanto um quanto outro regime?

Ademais, e agora referimo-nos ao ponto **b.** aduzido por Michel Villey, a suposição de que incumbe ao jurista *aplicar* o ordenamento jurídico positivo representa, pelo menos quanto à construção teórica kelseniana, um erro. Já ressaltamos neste trabalho as repercussões advindas do desconhecimento relativo à atividade do cientista do direito: o jurista não desempenha em nenhuma hipótese uma tarefa institutiva. Ele não tem condições epistemológicas e tampouco possui autoridade jurídico-política para positivizar normas, de que é exemplo a sentença por Villey mencionada.

Por outro lado, ainda que o professor francês tenha querido se referir à autoridade juridicamente competente para positivizar normas de direito, e assim tenha estendido de modo impróprio o sentido atribuído por Kelsen ao vocábulo *jurista*, que suspeitamos seja o caso, permanece incorrendo em erro. O procedimento de subsunção que ele aponta para o alcance da sentença, e que em última análise torna o juiz um autômato a realizar uma operação lógica, também é de todo estanho ao que defende a teoria pura. Esta afirma o oposto do que Villey nela diz encontrar.

Cumpramos lembrar que em Hans Kelsen a criação de normas jurídicas é resultante de uma atividade volitiva, é o momento que representa a escolha de valores específicos em detrimento de outros tantos igualmente juridicizáveis. Trata-se, destarte, de uma expressão política que envolve necessariamente opções axiológicas feitas pela autoridade, que, neste passo, não se vê constrangida a seguir as conclusões que as regras da lógica impõem à razão em um silogismo. O juiz não deduz, mas escolhe – vimos -, a norma em que consiste sua sentença.

A existência da prescrição “Todos os homicidas devem ser condenados à pena privativa de liberdade variável de 06 a 21 anos” não faz com que João, ainda que homicida confesso, seja condenado nestes termos. Pode o juiz, por um motivo qualquer – como corrupção ou compaixão, *v.g.* -, absolvê-lo. E até que sua decisão seja juridicamente contestada – o que pode jamais vir a ocorrer - João

estará em liberdade. Fosse a sentença necessariamente uma conclusão lógica e a liberdade de João seria um evento impossível. A norma individual que determina a absolvição de João não é inválida por deixar de representar a correta conclusão de um silogismo.

Mas podemos prestigiar um autor como Villey auxiliando-lhe com a hipótese de que, em realidade, o que ele pretende afirmar é que o positivismo preconiza não que a sentença seja necessariamente uma conclusão lógica, mas que, digamos, deva a ela corresponder, visto que o juiz estaria comprometido com a aplicação da norma geral. É dizer, o pronunciamento normativo do juiz, mesmo não sendo o resultado necessário de um silogismo, deve ser positivado como se o fosse, pois assim se estaria garantindo a compatibilidade entre a norma individual – a sentença – e a norma geral a aplicar. A crítica então se basearia na suposição de que o positivismo defenderia a subserviência do juiz à norma geral qualquer que seja o conteúdo desta, ou melhor, qualquer que seja o resultado de sua aplicação.

Deste modo, e em síntese, a perspectiva positivista militar em favor da ordem jurídica estabelecida não importa quais sejam as consequências do funcionamento desta: o juiz, indiferente aos efeitos do exercício de sua atividade, deveria simplesmente aplicar a norma geral, nada mais restando-lhe fazer.

Esta parece ser a mesma compreensão que Chaïm Perelman oferece na obra intitulada *Logique juridique* (Lógica jurídica), de sua autoria. Segundo ele, após o advento do nacional-socialismo «pareceu impossível, mesmo para os positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que a “Lei é lei”, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela».¹⁴⁸

Nas páginas que antecedem o trecho colacionado, Perelman refere-se à teoria kelseniana como versão exemplar do positivismo jurídico,¹⁴⁹ autorizando-nos então a - salvo exceção expressa, que ele não faz - entender que as críticas a esta corrente também podem ser compreendidas como críticas à teoria pura. E neste caso poderíamos repetir aqui tudo o que há pouco dissemos a respeito da identidade entre direito e lei como traço característico do positivismo.

¹⁴⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 95.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*. pp. 91-94.

Há, portanto, dois pontos que, segundo Villey e Perelman, vinculam a defesa de regimes autocráticos à perspectiva juspositivista: a identidade entre direito e lei, erro de compreensão sobre a qual já nos pronunciamos, e a suposição de que o juiz deve aplicar a lei (ou, após interpretação correta, a norma geral) com indiferença quanto aos efeitos desta aplicação, o que o tornaria um mero servente do poder estabelecido.

Ora, tanto Villey quanto Perelman parecem desprezar o fato de que o juiz é, realmente, um funcionário do Estado, e como tal no exercício de sua atividade dificilmente desvencilha-se do sentido político juridicamente firmado. Esta dificuldade pode se dar, *v.g.*, quando o juiz adere intimamente aos valores instituídos no direito positivo ou quando há uma sanção prevista para a hipótese de que, insurgente, ele resolva atuar segundo suas próprias convicções.

Em regimes autocráticos tais hipóteses são uma constante. Como é sabido, autocracias como o nazismo, o fascismo e o comunismo não são estabelecidas e mantidas em funcionamento sem a adesão de grande parcela da população, da qual os juízes fazem parte. Não são fórmulas políticas criadas e alimentadas apenas dentro da fortaleza em que se transforma o poder executivo, que, agigantado, sói fixar um espaço bastante reduzido para a atuação dos magistrados, submetidos, como tudo o mais, a rígido controle e à severa punição em caso de desobediência. De modo que nos parece haver motivos muito mais significativos para que um juiz atue em conformidade com a vontade de um tirano do que as sugestões – que a rigor não lhe dizem respeito – de uma teoria jusfilosófica. Seduzido ou intimidado pela autocracia, o juiz tende a comportar-se em estrita atenção aos preceitos gerais emitidos pelos ocupantes do poder.

E isto dizemos como mero exercício argumentativo, visto ser facilmente demonstrável que a teoria pura, considerada por ambos - Michel Villey e Chaïm Perelman - a expressão juspositivista por excelência, repetimos, não fornece qualquer amparo à idéia de que o juiz deva simplesmente aplicar a norma geral com indiferença aos resultados desta atividade.

Primeiramente porque enquanto teoria ela não é prescritiva, mas descritiva, e portanto não diz o que o juiz deve ou não fazer, e sim o que está implicado na essência do exercício de sua função. E a teoria pura nos conta que o juiz pode deixar de aplicar a norma geral e proceder em atenção à sua vontade discricionária. Senão vejamos.

Há pouco, quando cuidávamos de demonstrar o sentido preciso da neutralidade axiológica defendida pelo modelo kelseniano, afirmamos que ela refere-se apenas e tão-somente ao jurista, e jamais ao operador, jamais àquele a quem cumpre participar da criação de normas, para o qual a pretensão de isenção política seria antes vedada. Se o juiz, espécie de operador que é, necessita posicionar-se perante o direito a aplicar e em função deste posicionamento escolher o sentido que emprestará à norma que vai instituir, a neutralidade axiológica imprescindível ao jurista torna-se, para ele, algo irrealizável.

Se a instituição de normas implica o estabelecimento de valores a serem atualizados em sociedade – norma é valor -, não há falar em isenção subjetiva. Trata-se de um ato volitivo-institutivo. O juiz escolhe o sentido axiológico que dará à sentença estribado nas normas jurídicas superiores que lhe atribuem competência e nas que fixam o âmbito material de sua decisão, é certo, mas também em suas convicções político-ideológicas, em suas pautas morais, cumpre sempre lembrar. A estas ele terá que necessariamente recorrer para pronunciar sua decisão, e as normas pelas quais elas se manifestam podem conduzi-lo a decidir de modo contrário ao que a norma geral prescreve.

Um exemplo simples: o aborto é prática proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvo quando a gestação resulta de estupro ou quando oferece risco de vida para a mãe do nascituro. A gestante que o praticar e que for levada a juízo poderá ser condenada à pena máxima – detenção de 3 anos - por um juiz católico seguidor de determinada corrente dentro de sua Igreja, ou à pena mínima – detenção de 1 ano - se julgada for por um magistrado mais flexível, ainda que também católico.

Um terceiro juiz, porém, influenciado por suas convicções liberais e sensibilizado pela opção da gestante, já mãe de 5 filhos e sem grandes perspectivas econômicas de criar e educar com qualidade o inesperado sexto, pode simplesmente decidir-se pela absolvição.

No cenário acima, o último magistrado instituiu uma norma individual que não estava dentro da moldura prevista pela norma superior. Esta previa expressamente que, com exceção daquelas duas hipóteses, a pena seria de detenção e com duração variável entre 1 e 3 anos. Levado por suas posições político-ideológicas, contudo, ele escolheu absolver a gestante que realizou o aborto. E suponhamos que nos argumentos que apresentou para justificar sua

decisão, o juiz tenha dado destaque ao desejo da gestante de interromper a gravidez diante da má condição econômica em que se encontrava, pois se via impedida de proporcionar ao seu filho aquilo que ela entendia serem as condições materiais imprescindíveis a uma vida digna. Alegando que o direito em vigor não prevê a hipótese em que a gestante escolhe impedir o nascimento de seu filho por estar certa de que não poderá criá-lo adequadamente, o juiz a mantém em liberdade.

Seu principal argumento: o legislador não previu em 1940 - ano em que foi positivado o atual Código Penal brasileiro - que em 2009 viveríamos um outro tempo, tempo em que a vontade individual da mulher passaria a desfrutar de grande prestígio, inclusive e principalmente no que se refere ao controle sobre o próprio corpo e à administração de sua vida econômica. O juiz conclui dizendo que o legislador não poderia antever o futuro, e que neste caso haveria uma lacuna no direito em vigor que o impediria de encontrar uma resposta para a questão.

É dizer, o silêncio do Código Penal quanto a um elemento que o juiz considerava essencial para a resolução do caso – a autonomia da vontade feminina – fez com que este diploma legal parecesse-lhe obsoleto, incapaz de fornecer-lhe qualquer resposta. Neste código, supunha o magistrado, nenhuma sentença plausível poderia ser fundamentada para o exemplo em tela.

Esta circunstância - aliada ao dever jurídico de decidir quanto a uma controvérsia que lhe é submetida - terminaria por reclamar-lhe o preenchimento da suposta lacuna por meio de uma nova disposição normativa, uma disposição que agora contemple aquela questão fundamental presente na vida contemporânea.

Hans Kelsen diria ser absolutamente falsa a compreensão acima delineada de que no Código Penal não há resposta para o exemplo aduzido. Tanto o é que os dois primeiros juízes pronunciaram suas respectivas sentenças sem qualquer inconveniente técnico. Tampouco é verdadeira – agora dizemos nós - a tese de que por ter sido instituído em 1940 este mesmo código teria ficado necessariamente indiferente às transformações culturais que de fato passaram a prestigiar a autonomia da mulher como jamais havia sido visto.

Ora, o Código Penal em tela não integra a parcela juridicamente inalcançável do direito brasileiro em vigor. A norma que proíbe o aborto não figura entre as cláusulas pétreas de nossa Constituição, ela permanece acessível a

qualquer tempo ao legislador atual que a mantém em vigor porque assim o deseja ou porque não vislumbra condições políticas adequadas para sua alteração. Deste modo, não é demasiado afirmar que em certa medida o Código Penal apresenta os termos que os dias atuais desejam, ou admitem, ver nele estabelecidos. E o legislador contemporâneo certamente está a par das mudanças culturais que ao longo dos anos repercutiram na condição feminina.

Mas o que importa aqui ressaltar? O que verdadeiramente interessa é que, enquanto as doutrinas anteriores à teoria pura recorriam ao argumento da existência de lacunas como uma tentativa de afastar a possibilidade de uma decisão contrária à norma geral – afinal, não haveria norma geral a contrariar –, Kelsen recusa esta hipótese. Para ele, o direito sempre oferece uma possibilidade para a resolução de qualquer controvérsia levada aos tribunais. Com isto ele não quer dizer que o legislador possa tudo prever,¹⁵⁰ e sim que necessariamente alguma alternativa há de ser encontrada no direito em vigor como resposta para qualquer caso apresentado. É simples, não estando proibida determinada conduta, ela está permitida.¹⁵¹

Com efeito, e ao contrário da doutrina tradicional, a teoria pura rejeita a noção de lacuna, mas o faz não com o propósito de negar ao juiz o poder de decidir em oposição ao que prevê a norma geral a aplicar, e sim para situar conceitualmente esta decisão de modo apropriado.

No exemplo dado, destacamos que há apenas duas hipóteses que autorizam o juiz a pronunciar-se pela absolvição: quando a gravidez *i.* tiver sido provocada por estupro e quando *ii.* ela oferecer risco de vida à gestante. E só. Eis a resposta do direito vigente. Esta circunstância normativa pode provocar repulsa em alguns magistrados liberais que ambicionam a vigência de um direito positivo mais atento às conquistas femininas? Sem dúvida que sim. E eles podem proceder como procedeu aquele que manteve a gestante em liberdade? Evidentemente. Mas, segundo Kelsen, este comportamento não pode ter como justificativa a *inexistência* de norma geral a disciplinar o caso. A possibilidade de que o juiz

¹⁵⁰ Cf. *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.* op. cit. p. 146 e *Pure Theory of Law.* op. cit. p. 243.

¹⁵¹ Sobre este ponto, consultar *Introduction to the problems of legal theory.* op. cit. p. 85; *General theory of law and State.* op. cit. p. 271; *Derecho y paz en las relaciones internacionales.* op. cit. p. 197; *La paz por medio del derecho.* op. cit. pp. 57 e 109; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.* op. cit. pp. 142 e 143; *Pure Theory of Law.* op. cit. p. 246 e *Théorie générale des normes.* op. cit. p. 171.

decida em sentido oposto ao da norma a aplicar precisa ser entendida como resultante da insatisfação que a decisão em conformidade com esta mesma norma a aplicar pode promover.

Em outras palavras, há uma *rejeição política* ante os efeitos da sentença obediente à norma geral. Quanto ao exemplo em tela, a teoria pura considera que de acordo com a perspectiva ideológica que inspira o juiz liberal o direito positivo não realiza a justiça se aplicado, e que então este mesmo juiz liberal prefere deixá-lo de lado – no que se refere ao aspecto material – e inovar juridicamente no momento de sua decisão.

Se se quiser falar em lacunas, destarte, elas não podem significar senão a insatisfação axiológica percebida por quem a alega quando confrontado com a aplicação do direito em vigor. É dizer, a solução amparada no direito positivo – embora logicamente possível – é politicamente indesejada.¹⁵²

Em oposição à doutrina tradicional, portanto, a teoria pura não se refugia na noção fictícia de “lacuna normativa” – ausência de norma geral a aplicar – para tentar dissimular o pronunciamento do juiz que rejeita o direito em vigor optando por decidir em conformidade com suas convicções: ela não só constata a possibilidade de tal pronunciamento como também o submete a um tratamento teórico capaz de torná-lo tecnicamente inteligível.

Sua resposta é a Cláusula Alternativa Tácita,¹⁵³ uma tese aplicável à compreensão de todas as hipóteses em que a autoridade competente para positivar normas jurídicas – inclusive o juiz – decide de modo contrário ao que vem expressamente previsto na norma superior. Qualquer que seja o motivo para tal insubordinação – como, *v.g.*, a oposição política –, a Cláusula Alternativa Tácita é a resposta que a teoria pura oferece para sua compreensão.

Em apertada síntese, dela podemos dizer o seguinte: desde que a generalidade dos ordenamentos jurídicos fixa limites à discussão em juízo, ou

¹⁵² Para considerações sobre as “lacunas” no direito, ver sobretudo *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 84-89; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 196 e 197; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 146-149; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 142-147; *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 245-250, e *Théorie générale des normes*. op. cit. pp. 171-173. Conferir também AMSELEK, Paul. *A propos de la théorie kelsenienne de l'absence de lacunes dans le droit*. In: *La pensée politique de Hans Kelsen*. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. n° 17, 1990.

¹⁵³ Acerca da Cláusula Alternativa Tácita, consultar *A jurisdição constitucional*. op. cit. p. 180; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 72, 73 e 74; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 155-162; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 129-134; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 103 e *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 267-276.

melhor, desde que nas ordens jurídicas há um ponto em que as partes litigantes devem resignar-se diante da decisão judicial por simplesmente inexistir possibilidade processual de sua revisão – coisa julgada, ou *res judicata* -, nada impede que sentenças sejam estabelecidas em sentido diverso do que estava prescrito na norma geral que lhes cumpria aplicar.

E este ponto não está limitado à última instância, é dizer, ao tribunal a quem necessariamente cabe a última palavra a respeito de determinado tema. A *res judicata* pode decorrer de uma decisão judicial que conclui uma sucessão de pedidos de revisão ou mesmo de uma sentença que não foi contestada dentro do prazo estabelecido. Assim, ela pode resultar da atividade de um órgão colegiado que revê decisões anteriores e após o pronunciamento do qual o interessado não pode se dirigir a ninguém mais, ou também da atividade do juiz singular, aquele que, tendo sido o único a examinar a controvérsia que lhe foi submetida, não teve sua decisão impugnada judicialmente no prazo previsto.

Se nos mantivermos no exemplo relativo ao aborto, a sentença que preservou a liberdade da gestante pode alcançar o status de *res judicata* se por algum motivo não for questionada judicialmente em certo lapso temporal ou se, o tendo sido, a última autoridade revisora prevista pelo direito decidir que ela deve permanecer válida.

Em ambas as hipóteses teremos no ordenamento jurídico a presença agora inevitável de uma norma em franca oposição aos termos expressos na norma geral, pelos quais - lembre-se - apenas se a gravidez tiver sido provocada por estupro ou se houver risco de vida para a gestante é o aborto admitido, devendo a autoridade judicial sancionar com detenção de 1 a 3 anos a gestante que o realizar servindo-se de qualquer outro pretexto.

Qual o motivo para que esta situação seja sempre uma possibilidade em quase todos – senão em todos – os ordenamentos em vigor? A resposta está na busca pela segurança jurídica. A convicção de que é preferível sujeitar-se ao inconveniente de se ter uma decisão contrária à norma superior a permitir que as controvérsias possam ser estendidas sem nenhuma limitação temporal. Argumenta-se que os litígios não podem se dar indefinidamente, e que a partir de determinado momento precisa-se ter certeza quanto à posição final das autoridades judiciais.

Ora, diz-nos Kelsen, *i.* se as normas inferiores apenas são válidas – existentes – por estarem em conformidade com as normas superiores, e *ii.* se decisões como as que mantêm a gestante em liberdade podem vir a ter validade inquestionável – quando são *res judicata* -, *iii.* a norma superior precisa, a rigor, oferecer mais do que aquela disposição expressa que no exemplo trabalhado tolera apenas duas hipóteses para a prática do aborto.

Kelsen defende que, além da cláusula expressa - que salvo nos casos mencionados determina à autoridade o dever de sancionar com pena de detenção a gestante que praticar aborto em si mesma -, a norma superior contém uma outra cláusula – desta vez não expressa, escrita, mas tácita – pela qual confere à autoridade a alternativa de instituir uma decisão com qualquer outro conteúdo.

Sendo assim, quando o juiz prolatou sua sentença no sentido de manter a gestante em liberdade teria se servido desta cláusula alternativa tácita, pois somente por força dela pode sua decisão estar em conformidade com a norma superior – e então ser válida - nada obstante contrarie frontalmente a disposição expressa relativa ao aborto.

Não é esta a oportunidade adequada para que sejam estendidas considerações a respeito das inúmeras questões envolvidas na tese da Cláusula Alternativa Tácita, apenas pretendemos por em relevo mais uma vez que, ao contrário do que supõem Michel Villey e Chaïm Perelman, é justamente no articulado proposto pelo positivismo kelseniano que a insubordinação do juiz à norma superior – ou, para ser mais exato, insubordinação à cláusula expressa, que por ser manifestação do poder político é o ponto central nas colocações de Villey e Perelman - encontra uma explicação teórica que a contempla.

Parece-nos que, em última análise, o que ambos autores pretendem é que as prescrições que eles gostariam que estivessem positivadas prevaleçam sobre aquelas que efetivamente o estão.

As normas que recebem sua adesão política devem ser consideradas vigentes ainda que outras tenham sido estabelecidas por um poder autocrático ou escolhidas pelo povo ou pelos representantes deste em uma democracia. Os juízes precisam ser estimulados a contrariar a norma geral politicamente indesejada. Por tal motivo o positivismo há de ser combatido: ele não recusa a existência jurídica das prescrições que no âmbito político podem receber oposição e tampouco

estimula o juiz a insurgir-se contra normas de nível superior, mas simplesmente *constata* que o juiz pode fazê-lo e oferece uma resposta teórica para tal.

Por outro lado, este não é o momento de questionar Villey e Perelman quanto à manutenção de suas pretensões se a norma geral a ser descumprida pelo juiz consagrar exatamente os valores que eles acolheram e que estão satisfeitos de ver protegidos pelo coercitivo aparato estatal. Talvez ambos reclamassem com veemência respeito à legalidade se, por exemplo, um juiz conservador condenasse uma gestante que realizou aborto em uma sociedade que o admite sem restrições, ou, ainda, se um juiz na intimidade simpatizante do regime nazista se recusasse a condenar quem realizou manifestações proibidas de repúdio aos judeus.

Enfim, o que nos surge com clareza no quadro delineado é a típica pretensão jusnaturalista de submeter a validade – existência - das normas jurídicas ao critério de moralidade de quem as avalia. Tal pretensão é confirmada por Perelman em *Logique juridique*, quando afirma que sua posição representa uma espécie de renascimento da doutrina do Direito Natural pelo menos no que se refere à oposição ao positivismo, pois este nega-se a ver juridicidade em princípios que não estão estabelecidos no direito positivo.¹⁵⁴

Para o professor da Universidade Livre de Bruxelas, o direito positivo deve submeter sua validade a algum valor, ao valor do *justo*.¹⁵⁵ E esta validade, pelo visto, deve ser definida pela autoridade judicial no momento da decisão que institui a norma individual, não pela autoridade parlamentar. Esta, se desatender à sua «missão de promover (...) em primeiro plano a justiça»,¹⁵⁶ deve ser preterida pela intervenção do juiz.

Resulta-nos curioso que, neste passo, a perspectiva defendida por Chaïm Perelman – e Michel Villey - reivindique para si a defesa da democracia.

Ora, se se tratar de um regime autocrático, e assim o estabelecimento da norma geral a aplicar tiver sido realizado por um tirano, a oposição da autoridade judicial manifesta na sentença não devolve ao povo ou aos seus representantes o poder normativo. Aqui, substitui-se o arbítrio do tirano executivo pelo arbítrio da autoridade judicial. Certamente, autores como Perelman e Villey entendem que no curso de um processo as partes podem persuadir o juiz da injustiça do regime que

¹⁵⁴ *Lógica jurídica*. op. cit. pp. 95 e 96.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 95.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

o remunera e que este magistrado, sensibilizado, poderá optar por insurgir-se contra a ordem estabelecida.

Talvez ambos autores acreditem que em uma ditadura o processo judicial desfruta da liberdade decisória que inexistente aos parlamentares – quando estes também existem - no processo legislativo. Mas o juiz não é também uma voz do Estado, não é expressão do poder autocrático tanto quanto aquele parlamentar que fixa disposições gerais? Os juízes contrários ao regime não são destituídos do exercício de suas funções assim como os parlamentares de oposição?

De outra parte, se se tratar de uma democracia, resta saber o porquê de se atribuir à autoridade judicial um prestígio que se parece negar à parlamentar. Deixar de lado as escolhas que o parlamento realiza em favor das opções feitas pelos juízes não parece significar propriamente fidelidade ao regime democrático, sobretudo a alguém como Kelsen, para quem as esperanças referentes à democracia dependem diretamente do bom funcionamento do parlamento, como veremos em breve.

Ao contrário da autoridade parlamentar, o juiz não é eleito pelos destinatários das normas jurídicas, e tampouco o desenrolar do processo que culmina em sua decisão é permeado pela transparência e pela supervisão externa que em regra caracterizam o procedimento verificado no parlamento.

Deste modo, e em conclusão, não há dúvida de que tanto em uma democracia quanto em um regime autocrático ele pode questionar a pertinência da aplicação da norma geral, em princípio estabelecida pelo legislador ou pelo tirano para ser “concretizada” por intermédio de sua decisão. Ocorre que, se a opção for pela insurgência, ou seja, se o juiz preferir ignorar os termos expressos na norma geral, é justamente no articulado apresentado pelo positivismo jurídico que ele poderá sustentar teoricamente sua atitude, é lá que ele poderá encontrar o aparato técnico capaz de fornecer explicação conceitual à sua escolha.

Se o vínculo com os regimes totalitários se dever à defesa das teses de que “o direito resume-se à lei” e de que por isso “o juiz deve em qualquer caso aplicá-la”, o positivismo crítico kelseniano em nenhuma hipótese poderá ser considerado cúmplice de qualquer autocracia, pois diz exatamente o oposto do que necessitaria dizer para desempenhar tal função:

- a. as normas costumeiras são, assim como as escritas – as leis -, integrantes do direito positivo;

- b.** inexistente qualquer dever moral do juiz em aplicar a norma geral, e
- c.** decisões contrárias à norma geral não são apenas reconhecidas como possíveis, mas também recebem tratamento teórico destinado a fornecer-lhes enquadramento conceitual.