

UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU

JARBAS LUIZ DOS SANTOS

(mestrando)

**“O DIREITO E A JUSTIÇA -
A DUPLA FACE DO PENSAMENTO KELSENIANO -
UMA ABERTURA PARA DISCUSSÃO ACERCA DO PAPEL DO
CONHECIMENTO E DA CIÊNCIA”**

SÃO PAULO

2010

Santos, Jarbas Luiz dos

O Direito e a Justiça : a dupla face do pensamento Kelseniano: uma abertura para discussão acerca do papel do conhecimento e da ciência / Jarbas Luiz dos Santos. - São Paulo, 2010.

105 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof^o Dr. Maurício Keinert

Dissertação (mestrado) – Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, 2009.

I. 1. Kelsen, Hans (1881-1973) 2. Platão 3. Filosofia do Direito. 4. Epistemologia Jurídica 5. Papel da Ciência. II. Universidade São Judas Tadeu, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia.

JARBAS LUIZ DOS SANTOS

**“O DIREITO E A JUSTIÇA -
A DUPLA FACE DO PENSAMENTO KELSENIANO-
UMA ABERTURA PARA DISCUSSÃO ACERCA DO PAPEL DO
CONHECIMENTO E DA CIÊNCIA”**

**Dissertação de Mestrado em Filosofia - Área de
Concentração: Epistemologia da Política e do Direito,
apresentada à coordenação do Curso de Pós-Graduação
Stricto Sensu da Universidade São Judas Tadeu, sob
orientação do professor Dr. Maurício Keinert.**

São Paulo

2010

Dedicatória

Dedico este singelo trabalho a DEUS - personificação da Justiça, Verdade, Amor e Sabedoria – que me preservou em meio aos momentos mais difíceis e turbulentos de minha vida.

Agradecimentos

Agradeço aos ensinamentos recebidos dos mestres em Filosofia (na Universidade de São Paulo e na Universidade São Judas Tadeu), dos quais tive o prazer e honra de receber ensinamentos que levarei até o final de meus dias – professores Lygia Araújo Watanabe, João Vergílio Cuter, Márcio Suzuki, Roberto Bolzani Filho, Franklin Leopoldo e Silva, José Raymundo Novaes Chiappin, Pedro de Moraes Rego e Freitas Santos, Plínio Junqueira Smith. Agradeço, ainda, aos mestres que possibilitaram a qualificação e aprimoramento deste trabalho, professores Paulo Jonas de Lima Piva e Hélio Salles Gentil.

Agradeço, de forma especial, os brilhantes professores REGINA ANDRÉ REBOLLO – mestra na arte de ensinar filosofia filosoficamente e DENILSON LUIS WERLE e MAURÍCIO CARDOSO KEINERT – orientadores que souberam apoiar-me e direcionar-me na confecção deste escrito. Certamente sem eles o presente resultado não se faria possível.

“Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. (...) A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta”. (Kelsen, *A Teoria Pura do Direito*).

“Somente os diálogos de Platão revelam-se tão completamente impregnados do pensamento na justiça quanto o está a pregação de Jesus. (...) E isso porque inexistente, e decerto nem pode existir, pensamento mais profundo e querer mais sagrado voltados para a solução do enigma da justiça” (Kelsen, *A Ilusão da Justiça*).

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade primeira expor a Epistemologia na obra de Hans Kelsen (1881-1973), considerado o mais relevante e influente jusfilósofo do século XX. Tal exposição, contudo, longe de limitar-se à análise da *Teoria Pura do Direito* (obra maior que conferiu ao autor notoriedade mundial, publicada em 1934), trabalhará também com a discussão kelseniana acerca do conceito de Justiça extraído de três dos diálogos platônicos (*Górgias*, *A República* e *As Leis*). Esta última discussão encontra-se inserta nos capítulos 45 a 48 da obra *A Ilusão da Justiça*, obra esta publicada somente em 1985, após a morte de seu autor, e na qual se discutem aspectos relevantes da filosofia de Platão – o dualismo platônico, o amor platônico, a verdade platônica e a justiça platônica. Após, por meio do cotejo entre essas duas facetas do pensamento kelseniano, facetas estas caracterizadas por metodologias e pressupostos diversos, e da análise da crítica contundente dirigida ao pensamento de tal autor, poder-se-á concluir que o pensamento kelseniano não se reduz à sua *Teoria Pura*, e, após, discutir o papel do conhecimento e da ciência. Esta última discussão, na medida em que gerada pelo pensamento de Kelsen, nos permitirá afirmar a importância de tal pensamento, ainda que possamos apontar nossas críticas e discordância com relação a ele.

Palavras-chave: 1. Filosofia do Direito. 2. Hans Kelsen. 3. Positivismo jurídico. 4. Direito e Justiça. 5. Platão. 6. Conhecimento e Ciência.

Abstract

This present paper focuses mainly on the Epistemology in Hans Kelsen's work (1881-1973), who is considered the most relevant and influential jusphilosopher of the XX century. It analyses the book *Pure Theory of Law*, published in 1934. It is the jurist's most important book, which made him renowned world wide. Besides the analysis of the above mentioned book, this work will also deal with the kelsenian issue on the concept of justice extracted from three of the Platonic dialogues (*Georgia*, *The Republic* and *The Laws*). This last issue is inserted in the chapters 45 and 48 of the book *The Illusion of Justice*, which was published only in 1985, after its author's death. The book examines relevant aspects of Plato's philosophy – Platonic dualism, Platonic love, Platonic truth and Platonic justice. In the sequence, through the comparison between these two facets of the kelsenian thinking, which are characterized by various methodologies and presuppositions, and through the analysis of the cutting criticism on Kelsen's thinking, we will arrive to the conclusion that the kelsenian thinking does not only deal with the *Pure Theory of Law*, but also takes us to discuss the role of knowledge and science. Although this last issue is really a crucial one, as analised by Kelsen, we could still point out some criticism and disagreement in relation to it.

Key words: 1. Jusphilosophy. 2. Hans Kelsen. 3. Juspositivism 4. Law and Justice. 5. Plato. 6. Knowledge and Science.

Índice

I. Introdução	
I. a. Reflexões Gerais Acerca da Justiça.....	p.05
II. Bases Para o Positivismo Normativista de Hans Kelsen	
II.a. Contextualização Histórica	p.16
II.b. Delimitação do Termo “Positivismo”.....	p.24
II.c. Pressupostos Teóricos do Pensamento Kelseniano.....	p.28
II.c.1. O Positivismo Comteano.....	p.28
II.c.2. Teses Epistemológicas Kantianas.....	p.31
II.c.3. Separação Weberiana entre Ciência e Política.....	p.39
III. A Teoria Pura do Direito – o Positivismo Normativista de Kelsen.....	p.42
III.a. Pontos Fundamentais da Teoria Juspositivista	p.44
III.a.1. Modo de Abordagem do Direito.....	p.44
III.a.2. A Definição do Direito a Partir da Coação.....	p.46
III.a.3. A Prevalência da Lei como Fonte do Direito.....	p.48
III.a.4. A Teoria do Ordenamento Jurídico.....	p.50
III.a.5. A Função Meramente Interpretativa da Ciência do Direito.....	p.53
III.b. Conclusão da Primeira Parte e Prólogo da Segunda.....	p.55
IV. Kelsen e a Questão da Justiça – A Invocação à Platão.....	p.57
IV.a. Platão – Breves Notas Biográficas	p.61
IV.b. Questões preliminares necessárias para interpretação da obra platônica..	p.63
IV.b.1. A Questão da Unidade do Pensamento Platônico.....	p.65
IV.b.2. A Questão da Ironia e sua Função nos Diálogos Platônicos.....	p.67
IV.b.3. A Evolução do Pensamento Platônico.....	p.68
IV.b.4. A Utilização do Mito no Pensamento de Platão.....	p.70
IV.c. Os Diálogos Platônicos que Versam sobre a Justiça – exposição kelseniana.....	p.73
IV.c.1. A Doutrina da Justiça no <i>Górgias</i>	p.74
IV.c.2. A Doutrina da Justiça na <i>República</i>	p.77
IV.c.3. A Doutrina da Justiça nas <i>Leis</i>	p.80
IV.d. Conclusão da Segunda Parte.....	p.86
V. Conclusão	
V.a. A Dupla Face do Pensamento Kelseniano.....	p.89
V.b. O Papel do Conhecimento e da Ciência a Partir do Anteriormente Exposto..	p.96
VI. Bibliografia.....	p.107

I. Introdução

O presente trabalho visa à demonstração da existência de duas faces (ou momentos) bem distintas do pensamento de Hans Kelsen (1881-1973)¹, considerado o maior filósofo do Direito do século XX, na medida em que sua obra, em especial *A Teoria Pura do Direito* (1934), constitui-se verdadeiro divisor de águas nos estudos e concepções jurídico-filosóficas.

O ponto essencial que permite a demonstração da existência dessas duas faces é a análise em torno do conceito de Justiça, conceito este excluído em uma dessas faces e, contrariamente, ponto fulcral na outra. Na primeira face tratada neste trabalho, aquela amplamente conhecida e que imortalizou o autor, as concepções positivistas que moldaram a confecção de sua obra considerada de maior vulto, *A Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, culminam na exclusão do conceito de Justiça dos estudos jurídicos, exclusão esta que se revela não a causa de sua teoria, mas consequência dos postulados epistemológicos previamente adotados, alguns expressamente e outros de modo implícito. Na outra face aqui retratada, em contrapartida, a análise do conceito de Justiça extraído de alguns diálogos de Platão constituir-se-á preocupação essencial do autor. Nela, a exposição e análise do conceito de Justiça são possíveis porque não são adotados os mesmos postulados epistemológicos da primeira face e, em consequência, mesmo os preceitos metafísicos que se fazem presentes na teoria platônica não precisam ser afastados, antes, necessariamente integram de forma necessária a exposição e análise subsequente.

¹ Hans Kelsen nasceu em 1881, em Praga, filho de uma família judia de classe média que se mudou para Viena pouco após de seu nascimento. Considerado o mais importante teórico do Direito do século XX, foi professor de Direito Constitucional na Universidade de Viena, de 1911 a 1930. Atuou na preparação do projeto do Tribunal Constitucional da Áustria, no qual foi juiz de 1921 a 1930, e foi o principal autor da Constituição da República Austríaca de 1919. Teve vida atribulada, pois vivenciou o colapso do império austro-húngaro e o surgimento de novos estados como decorrência da Primeira Guerra Mundial. Do ponto de vista político, defendeu os ideais democráticos e pluralistas em face do totalitarismo, mas acabou tendo que fugir para os Estados Unidos por conta da perseguição nazista. Na América tornou-se professor de Ciências Políticas na Universidade da Califórnia, em Berkeley, onde faleceu em 1973. Sua principal obra é *A Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, sendo sua segunda edição de 1960.

No que concerne à primeira dessas facetas, a exposição será feita a partir da contextualização histórica do Positivismo Normativista de Kelsen, passando pela delimitação do termo “Positivismo” – delimitação necessária por conta do aspecto polissêmico do termo - e pela indicação dos pressupostos teóricos do pensamento kelseniano, sem os quais a compreensão acerca das concepções de Kelsen não se faz plenamente possível, como ocorre com qualquer outro autor, chegando-se então aos pontos essenciais da *Teoria Pura do Direito*. Já a segunda faceta será exposta a partir da verificação segundo a qual o conceito de Justiça, excluído anteriormente, constituiu-se fator de preocupação de Kelsen, em contrariedade ao que se afirma costumeiramente. Neste passo, dentre tantas concepções de Justiça analisadas por nosso autor, em especial em sua obra *O que é Justiça?* (1957), optou-se em expor e analisar a concepção platônica, tal qual exposição contida nos capítulos 45 a 48 da obra *A Ilusão da Justiça* (1985), sendo tal opção decorrente da opinião do próprio Kelsen, que via em Platão o maior expoente do pensamento ocidental, sobretudo em se tratando do tema “Justiça”. A concepção platônica a ser trabalhada, por sua vez, é aquela circunscrita aos diálogos *Górgias*, *A República* e *As Leis*, os quais, também segundo Kelsen, tratam do tema da Justiça de forma direta, contrariamente aos outros diálogos que o fazem indiretamente (Kelsen, 1998, p. 273-274).

Deve ser ressaltado, no que tange à metodologia a ser utilizada, que alguns importantes autores serão citados sem o aprofundamento de suas concepções, fato este que decorre do respeito ao trabalho desenvolvido pelo autor cuja parte da obra procuraremos expor no presente escrito. Por esta razão, Aristóteles, Kant, Weber e Comte, dentre outros, serão citados na mesma medida em que o foram por Kelsen. Uma vez que é o pensamento kelseniano que se procura expor e analisar, ir além dele infringe as balizas e limites por ele mesmo impostos, ou seja, extrapola-se o “tempo estritamente metodológico” ou simplesmente “tempo lógico”, conforme termos utilizados pelo mestre Goldschmidt (1963, p. 143). Ainda no que concerne ao aspecto metodológico, deve ser ressaltado que a introdução ao presente trabalho apresenta o tema da Justiça em suas linhas gerais, longe de qualquer especificidade. Necessário justificar que tal forma de abordagem do tema introdutório também é decorrente do pensamento kelseniano que, a partir da concepção geral segundo a qual a Justiça constitui-se um valor, os estudos que acerca dela se desenvolvam não terão a característica de “ciência” e, portanto, serão caracterizados por uma margem necessária

de subjetividade e imprecisão, sem que com isso se queira proclamar sua irrelevância. Daí a necessidade de se discorrer sobre o tema de forma similar a Kelsen, procurando traçar os contornos sobre os quais o tema pode ser desenvolvido, seguindo-se, pois, a mesma perspectiva adotada por nosso autor. Justificamos, outrossim, as constantes citações e referências a Norberto Bobbio e Andityas Soares de M. Costa Matos; o primeiro, consagrado autor da Ciência Política e Jurídica, debruçou-se sobre a obra de Kelsen, notadamente a *Teoria Pura do Direito* que, como já afirmado, é o ponto alto dos estudos kelsenianos sobre o Direito; o segundo, por sua vez, autor de uma obra – *Filosofia do Direito e da Justiça na obra de Hans Kelsen* (2006) – na qual as duas facetas de Kelsen que serão aqui retratadas são apontadas com bastante acuidade, embora a questão da Justiça não tenha se restringido a um ou outro relevante autor referido por Kelsen, mas tratado de forma geral e abrangente.

Por fim, a conclusão do presente trabalho consistirá na explanação sobre a relação ou não relação entre as duas faces do pensamento kelseniano e, partir de tal explanação, corroborar ou fazer ajustes às críticas dirigidas ao pensamento de Kelsen, ainda que tais críticas tenham sido elaboradas tão-somente considerando-se a primeira face de seu pensamento, em detrimento de uma visão mais abrangente sobre as concepções de um autor que, independentemente de com ele concordarmos ou não, criou uma teoria em bases sólidas e moldou a visão de toda uma época acerca do Direito, da função deste e da sua relação não necessária para com a Justiça. É neste contexto que, a título conclusivo para este trabalho, situamos as críticas dirigidas a Kelsen no contexto mais amplo da discussão acerca do papel da ciência (em sua acepção mais abrangente) na construção da realidade social, lembrando-se que para Kelsen o estudo do Direito é de natureza científica, discussão esta que pode reconduzir-nos a novas reflexões sobre seu pensamento, desta vez em sua integralidade (considerando-se as duas faces) e não mais a partir da análise parcial como se habituou fazer até então. Necessário frisar que, se é ponto pacífico que a *Teoria Pura do Direito* certamente foi a contribuição mais original e profícua de Kelsen para a Filosofia do Direito do século XX, não constitui ela a integralidade de seu pensamento, eis que Kelsen, além de jurista da maior relevância, também atuou nas áreas da história do pensamento político-jurídico, antropológico-sociológico e, especialmente, filosófico-político. Por certo que a análise de tal integralidade das concepções kelsenianas nos permitirá situar com maior precisão o lugar do pensamento do autor para, somente

então, eventualmente criticá-lo e, eventualmente, aventarmos a possibilidade de reconstruí-lo.

I.a. Reflexões Gerais acerca da Justiça

Conforme afirmado há pouco, é o conceito de Justiça que melhor serve para dividirmos o pensamento de Kelsen em duas partes bem distintas – a primeira na qual o conceito de Justiça é excluído como decorrência da adoção de certos postulados epistemológicos, os quais identificaremos oportunamente, e a segunda na qual a análise do conceito de Justiça de um modo geral, e de uma forma mais específica aquele extraído de alguns diálogos platônicos, revela-se o ponto essencial. Por tal razão que passamos à exposição geral de tal conceito, observando-se as diretrizes encontradas na própria obra de Kelsen.

Constitui-se a Justiça, “a primeira das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (Rawls, 2002, p. 3). Tal tese – a da vinculação entre o conceito de Justiça e as instituições sociais – constitui-se síntese do pensamento das Filosofias Política e Jurídica contemporâneas e, concomitantemente, traz em seu bojo o desenvolvimento de concepções diversas acerca da Justiça desenvolvidas desde a Antigüidade. Nas palavras de Kelsen (1997, p.1), “nenhuma outra questão foi tão apaixonadamente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente”.

Apontam muitos autores, de forma bastante sintética e reducionista, que podemos indicar dois principais sentidos da palavra “Justiça”, quais sejam, “como conformidade da conduta a uma norma” e “como eficiência de uma norma (ou sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens” (Abbagnano, 2007, p. 682). No primeiro sentido, o que está sob julgamento é o próprio comportamento do homem, ou, nas palavras de Kelsen (1997, p. 8), pensa-se “a Justiça como um problema de justificação do comportamento humano”, enquanto no segundo sentido é a própria norma (ou sistema normativo) pelo prisma de sua legitimidade que é avaliada. Com

base nesta forma dicotômica de se trabalhar o conceito de justiça, há autores que fazem uso do termo “justiça” em sua acepção subjetiva, enquanto outros o fazem em sua significação objetiva. Explicitando a diversidade de tal utilização, Miguel Reale (1989, p. 212) afirma que “lendo obras clássicas, como as de Aristóteles ou Tomás de Aquino, encontramos comumente a palavra *justiça* entendida no seu sentido subjetivo, o que ocorre também entre os juristas romanos. Justiça indica, então, uma *vontade* ou *virtude* do homem”. Em contrapartida, “em nossos dias, usa-se de preferência o termo *justiça* no sentido objetivo, ou seja, para indicar a *ordem social* que os atos de justiça projetam ou constituem, motivo pelo qual temos defendido a tese de que, objetivamente, *a justiça se reduz à realização do bem comum, ou, mais precisamente, é o bem comum “in fieri”, como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo valores da liberdade e da igualdade*” (op.cit., p. 212-213). Outros autores, de sua vez, em perspectiva diversa, apontam os possíveis sentidos do termo Justiça a partir de correlações que se estabelecem de forma inexorável com conceitos paralelos ou análogos, tais como lei, igualdade e ordem. Dentre esses últimos encontra-se Norberto Bobbio, cujo texto “Em torno da Noção de Justiça” (Bobbio, 2003, p. 207-219) preconiza a imposição de uma análise conceitual que pressupõe uma referência, ainda que mínima, à literatura clássica sobre o tema, a iniciar-se pelos gregos. Esta segunda perspectiva, mais consentânea com o pensamento contemporâneo, será adotada na presente introdução, eis que, além de se tratar da perspectiva adotada por Kelsen, possibilita incursões relevantes acerca do tema e permite explicar, mesmo que de forma não aprofundada, o desenvolvimento de concepções aludido no primeiro parágrafo. Merece ser ressaltado que a análise dos referidos conceitos paralelos ou aproximados possibilita que sejam traçados contornos ou moldes, no âmbito dos quais o conceito de Justiça é desenvolvido – tal qual uma moldura com relação à tela. Esta delimitação revela-se essencial ante a impossibilidade de se apontar um conceito absoluto de Justiça, pois certamente se trata de um conceito aberto que forma um campo contínuo, no qual apenas se podem definir pontos de condensação e referência. O próprio Bobbio (2003, p. 208) reconhece que a noção de Justiça pertence “a uma família de outros conceitos que se referem continuamente uns aos outros (...). Trata-se de noções normalmente definidas de forma interdependente, a justiça em função de todas, ou, pelo menos, sempre de uma das outras”. No mesmo diapasão, nas palavras do nosso autor, a questão da Justiça “continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões

para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará resposta definitiva, deverá apenas tentar perguntar melhor” (Kelsen, 1997, p.1).

Sob a perspectiva de análise mínima da literatura clássica, o que implica a necessidade de realização de algumas pontuações históricas, as reflexões iniciais sobre o tema central do presente trabalho foram objeto de duas grandes construções teóricas da Antigüidade, a saber, de Platão e Aristóteles, verdadeiros fundadores da tradição filosófica. Platão, cuja parcela do pensamento será analisada no decorrer da segunda parte deste trabalho, realizou reflexões que, sobretudo em virtude do caráter dialético², fazem-se sempre presentes e atuais. Aristóteles, por sua vez, legou-nos um texto, a saber, o Livro V da obra *Ética a Nicômaco*, que se tornou canônico, sendo transmitido ao longo dos séculos como síntese acabada da análise do que se pode conceituar como Justiça. Bobbio, entretanto, em sua obra anteriormente referida, adverte que tal transmissão se dera sem grandes avanços analíticos, pois o estudo analítico

“foi assumido como se contivesse de uma vez para sempre tudo o que se poderia dizer sobre o assunto, como patrimônio inesgotável que poderia receber contribuições, mas cujo núcleo essencial permaneceria imutável. Disso decorreu uma desanimadora monotonia das análises sobre a justiça nos clássicos da filosofia

² O termo “Dialética” deriva da mesma palavra que deu origem ao termo diálogo. Foi, contudo, empregado na história da Filosofia com significados diversos, não sendo redutíveis uns aos outros ou a um significado comum. Necessário se faz, contudo, explicar o sentido utilizado no presente trabalho, pois, conforme preleciona Lalande (1999, p. 256), “esta palavra recebeu acepções tão diversas que apenas pode ser utilmente utilizada indicado com precisão em que sentido é entendida”. Explica-nos Abbagnano que “é possível distinguir quatro significados fundamentais: 1º. Dialética como método da divisão; 2º. Dialética como lógica do provável; 3º. Dialética como lógica; 4º. Dialética como síntese dos opostos. Esses quatro conceitos têm origem nas quatro doutrinas que influenciaram a história desse termo, mais precisamente a doutrina platônica, a aristotélica, a estoica e a hegeliana”, respectivamente. No que concerne ao primeiro significado, utilizado por Platão, “Dialética é a técnica da investigação conjunta, feita através da colaboração de duas ou mais pessoas, segundo procedimento socrático de perguntar e responder. De fato, para Platão a filosofia era tarefa individual e privada, mas obras de homem que “vivem juntamente” e “discutem com benevolência” (*Leis*, VII, 344, b). A Dialética é o ponto mais alto a que pode chegar a investigação conjunta e compõe-se de dois momentos: a) O primeiro consiste em remeter as coisas dispersas para uma idéia única e em definir essa idéia de tal modo que possa ser comunicada a todos (Fed., 265 c). (...). b) O procedimento da divisão consiste em poder dividir de novo a idéia em suas espécies, seguindo suas interações naturais e evitando fragmentar suas partes como faria um trinchador canhestro (Fed., 265 d)”. (In.: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 315-316). O que ainda pode ser afirmado é que a dialética é herdada por Platão de seu mestre Sócrates, apresentando-se na forma de diálogo e fundando-se na dissimetria do saber e no procedimento de perguntas e respostas, procedimento este que inicia-se com o exame de uma tese proposta numa ordem precisa: refutação, aporia e pesquisa. Como ciência suprema, a dialética permitirá o acesso à contemplação do Bem.

medieval e, em parte, moderna, que dão a impressão de ser uma série de variações sobre um tema ou sobre uns quantos temas fixos, de valor analítico limitado. Na época moderna, a maioria dos clássicos em filosofia política e jurídica, cuja referência é obrigatória no debate atual, não dedicou grande atenção ao estudo do conceito de justiça, com exceção de Hobbes. Refiro-me a Locke, Kant, Hegel e Marx”. (p. 207)

Ocorre, todavia, que as noções e conceitos de lei, igualdade e ordem, enquanto noções que possibilitam análise do conceito de Justiça, já se encontram inseridos na Ética aristotélica.

A correlação entre Justiça e lei é utilizada por Aristóteles para indicar o “homem justo”, isto é, para indicar a conformidade de um comportamento a uma norma. Por certo tal correlação se faz possível tendo-se por pressuposto a legitimidade da legislação e sua teleologia, a saber, o bem comum, o que não passara despercebido pelo estagirita que, com bastante clareza, na passagem 1129b10 de sua Ética, afirmou que

“o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo. Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm ou poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem”.

Deve ser ressaltado, a partir da análise do excerto transcrito, que a correlação estabelecida não reduz o justo ao legal, uma vez pressupostas a legitimidade e a teleologia da lei.³ Deste modo, encontram-se cindidos os processos de

³ A redução da justiça à legalidade é uma das formas de se interpretar a teoria hobbesiana acerca do Estado, conforme assinala Norberto Bobbio no texto referido nesta introdução. Bobbio nos alerta que tal se

justificação e de legitimação da lei enquanto parâmetro para o justo. Não fora outra a conclusão que Kelsen (1997, p. 125) chegou sobre o tema:

“Por legitimidade Aristóteles sem dúvida compreende a conformidade com o Direito Positivo. (...) Mas Aristóteles não é um positivista. Ele não restringe sua investigação a uma análise do Direito positivo, ele não renuncia ao uso dos dois conceitos de justiça e Direito, o *dikaion* e o *nóminon*; ele sustenta o dualismo, mas apenas para identificar o Direito positivo com a justiça, para justificar o *nóminon* como *dikaion*”.

Também em Aristóteles podemos observar as referências feitas ao conceito de igualdade. Por meio de seu raciocínio lógico e, em muitas ocasiões, desenvolvido mediante utilização de uma linguagem matemática, ensina-nos o filósofo que “o justo é uma espécie de termo proporcional”, tratando-se a proporção de uma “igualdade de razões” (1131a30). Não há, pois, justiça sem igualdade. A conceituação desta, todavia, comporta importante ponderação, pois pode-se conceber a igualdade do tipo geométrico e a do tipo aritmético.

A primeira integra o conceito de justiça distributiva que se realiza no momento da distribuição aos membros da sociedade de bens materiais, honras, cargos, deveres, obrigações, ônus, responsabilidades, tributos etc e tem por pressuposto a existência de uma relação de subordinação – os que recebem são subordinados aos que distribuem. Os subordinados, entretanto, são desiguais entre si, o que determina a desigualdade na distribuição com fins a se atingir a já referida igualdade proporcional ou meio-termo. Nas palavras do próprio autor da *Ética*, em (1131a20)

“se não são iguais, não receberão as coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas: ou quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais. Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas

dá na medida em que no estado de natureza não há critérios para se distinguir o justo do injusto, o que somente se faz possível com a instituição de um poder legítimo, ao qual se atribui poder de mando e de proibição. Assim, a justiça consiste em observar a lei instituída pelo soberano, enquanto a injustiça consiste em violá-la.

de acordo com o mérito; pois todos admitem que a administração justa deve concordar com o mérito num sentido qualquer”.

A segunda espécie de igualdade, a do tipo aritmético, engendra, de sua vez, o conceito de justiça corretiva que, em contrapartida à distributiva, pressupõe uma relação de coordenação e tem por base um “critério objetivo e impessoal com fins ao restabelecimento do equilíbrio rompido entre particulares” (Bittar, 2001, p. 98). Nas palavras do próprio Aristóteles, “a justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o ganho” (1132a15).

O conceito de igualdade sob análise, em ambas as formas acima referidas, é incorporado às normas que compõem o ordenamento jurídico e, em consequência, com a adição de mudanças de caráter histórico (dentre as quais se destaca o conceito de “cidadão”), produz o conceito hoje amplamente utilizado de igualdade formal – igualdade de todos perante a lei⁴. Trata-se, certamente, do conceito de igualdade mais recorrente na Filosofia Política e Jurídica e, como tal, apontado em diversas obras de Filosofia. Não fora outra, ademais, a conclusão kelseniana sobre a questão: “A igualdade dessa justiça é a igualdade perante o Direito⁵, o que significa meramente legalidade, legitimidade” (Kelsen, 1997, p. 127). Esta nova categoria de igualdade explica as características de generalidade e abstração das normas jurídicas, características que, de sua vez, também apontam para a legitimidade das normas enquanto fatores de organização e coesão social.

⁴ Vale destacar que a maioria dos atuais juristas adverte que o princípio da igualdade, tal qual disposto nos diversos ordenamentos jurídicos, decorre das concepções que encontramos no pensamento aristotélico. No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, lemos no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal, nossa lei maior, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”. Em comentários a tal texto de lei, o professor Uadi Lammêgo Bulos pondera que “a noção do princípio constitucional da igualdade encontra na máxima de Aristóteles, disseminada por Ruy Barbosa, a sua razão de ser “a igualdade consiste em aquinohar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade”. Doutrina e jurisprudência seguem esse posicionamento” (Bulos, 2000, p. 76).

⁵ Merece ser ressaltado, entretanto, que, embora reconheça sua importância, Kelsen afirma a insuficiência e mesmo a tautologia deste critério de igualdade, uma vez que para ele “a definição aristotélica de justiça distributiva nada mais é que uma formulação matemática do conhecido princípio *suum cuique*, a cada um o seu, ou a cada um o que lhe é devido” (1997, p. 127). Afirma, ainda, que a fórmula da *mesotes* [ou meio-termo] não fornece resposta para o que seria a injustiça; mais, “a autêntica função da teoria do *mesotes* não é determinar a essência da justiça, mas reforçar a vigência do ordenamento social existente, estabelecido pela moral e pelo direito positivos. Aqui, nesta sua função conservadora, reside sua função política” (2001, p. 65-66)

A organização (ou ordem), por seu turno, constitui-se o terceiro dos conceitos que nos permitem delinear a Justiça. Diferentemente, entretanto, do que ocorre com a lei e a igualdade, a ordem não é mencionada de maneira expressa por Aristóteles em sua obra de referência para este intróito. Antes, tal conceito aparece como pressuposto de suas concepções sobre a Justiça e de forma implícita em todo Livro V. Enquanto pressuposto, a noção de ordem encontra-se melhor talhada na obra *A Política*, na qual se afirma em sua introdução tratar-se o homem de um “animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos”. Em notas explicativas acerca de tal ponto, assevera Miguel Reale (2002, p. 624) que

“Tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que a distingue e a especifica, a sua proporcionalidade a outrem, ou, em palavras modernas, a nota de sociabilidade. A Justiça é uma virtude que implica sempre algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também justiça. A concepção de Justiça como *bilateralidade* não se encontra apenas esboçada em Aristóteles, mas definida em alguns de seus traços fundamentais”.

Tal sociabilidade, enquanto pressuposto para a vida gregária, é que fundamenta a necessidade de ordem, sendo este conceito também ínsito à idéia de justiça política referida no início da parte 7 do Livro V da *Ética* (1134b20). O termo político que integra a expressão “justo político”, que segundo o próprio autor é em parte natural e em outra legal⁶, deve ser interpretado no sentido etimológico e mais lato, qual seja, como concernente “à vida coletiva num grupo de homens organizado” na *pólis* (Lalande, 1999, p. 822). Nas palavras de Bittar (2003, p. 1052), “a justiça não deixa de ser essencialmente política, no sentido de que se manifesta na *pólis*, ou seja, para ela servindo como elemento de coesão e de regulação das condutas individuais”. Kelsen (1997, p. 131), por seu turno, também faz referências a *A Política*, apontando que de tal

⁶ Afirma-se textualmente: “Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma forma onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida”. – 1134b20. Tais preceitos certamente constituem-se igualmente a exposição da dicotomia entre Direito Positivo e Direito Natural, dicotomia esta que ocupou lugar no debate de toda a teoria política, teoria da Justiça e teoria do Direito através dos séculos, chegando até nossos dias.

obra extrai-se o estabelecimento de paz como função do Direito, sendo que a ênfase a tal idéia corresponde à identificação entre justiça e Direito.

Traçados, pois, limites dentro dos quais se situam as possíveis conceituações de Justiça, limites não desconsiderados na obra kelseniana que tratou do tema, necessário frisar no presente momento que as diversas concepções de Justiça desenvolvidas ao longo dos séculos revelaram-se insuficientes, total ou parcialmente, não somente do ponto de vista teórico, mas especialmente do ponto de vista prático, haja vista as conclusões que chegamos a partir da análise da realidade que nos circunda. O próprio Kelsen em suas obras *O que é Justiça?* e *A Justiça e o Direito Natural* explicita-nos que desde a mais célebre formulação do conceito de justiça – “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi” [“Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”], conceito este já mencionado entre os gregos (v.g., Platão, *República*, 331e) e positivado pelos romanos no *Digesto* de Justiniano (D.1.1.10), até outras concepções amplamente conhecidas como a teoria da justiça como virtude, e portanto como meio-termo, desenvolvida por Aristóteles; a regra de ouro do cristianismo (“não faças aos outros o que não quereis que vos façam”); a Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”); o imperativo categórico kantiano (“Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal.” – *Metafísica dos Costumes*, III) e as diversas teses jusnaturalistas, constituem-se todos conceitos vazios de Justiça na medida em que estão sempre a depender de elementos exteriores e dados da vida concreta para sua possível verificação.

A insuficiência apontada, entretanto, não se mostra capaz de afastar a concepção intuitiva⁷ segundo a qual a Justiça deve constituir-se em certa medida fundamento para o Direito enquanto elemento essencial para uma ordem social legítima.

⁷ A expressão “concepção intuitiva” é aqui utilizada no sentido de que a intuição corresponde ao “conhecimento de uma verdade evidente seja de que natureza for, que serve de princípio e fundamento ao raciocínio discursivo, e que se refere não só às coisas, mas também às suas relações” (Lalande, 1999, p. 591). Abbagnano, em seu dicionário já referido anteriormente, conceitua a intuição como “relação direta (sem intermediários) com um objeto qualquer, por isso, implica a presença efetiva do objeto”, explicando, ainda, que a intuição foi assim entendida ao longo da história da Filosofia (Abbagnano, 2007, p. 670).

Este conhecimento intuitivo, por sua vez, não comprova a inveracidade da declaração de Kelsen segundo a qual “a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social” (Kelsen, 1997, p. 02). Ordens sócio-jurídicas que existiram e existem gerando e mantendo patentes injustiças comprovam a assertiva kelseniana. Decorre, pois, como postulado da afirmação transcrita (não infirmada, porém antes confirmada por dados fáticos) o desenvolvimento da denominado teoria positivista normativista do Direito segundo a qual a Justiça não mais se constitui fundamento necessário para a ordem jurídica vigente em um Estado. Do ponto de vista epistemológico, as próprias perquirições acerca da Justiça não mais se vinculam aos estudos do Direito, e vice-versa, passando Kelsen a conceber a existência de dois campos de conhecimento específicos para cada um desses estudos: “jurisprudência normativa” (ciência que tem por objeto o estudo do “dever-ser”, da norma jurídica) e “jurisprudência sociológica” (estudo cujo objeto de estudo é o “ser”, ou seja, todos os elementos circundantes do Direito que não a própria norma jurídica).

A partir deste postulado epistemológico, o Positivismo Jurídico desenvolveu-se em busca de um rigor técnico-científico e tornou-se a principal corrente do pensamento jurídico-filosófico do século XX, em especial em sua primeira metade. A obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen é concebida como síntese perfeita de tal corrente filosófica.

Ocorre que o afastamento do conceito de Justiça do cerne da questão jurídico-filosófica (afastamento justificado teoricamente) possibilitou, dentre outras coisas, a justificação (também de cunho teórico) de regimes políticos totalitários, dentre os quais se destacou o nazismo na Alemanha⁸. As drásticas conseqüências geradas por tais regimes levaram a muitas rediscussões no âmbito da Filosofia Político-Jurídica, dentre elas a relação entre os conceitos de Justiça e Direito e do papel da ciência como um todo e, de forma específica, da ciência jurídica, de onde ressurgiu a Justiça como ponto fulcral das discussões político-jurídico-filosóficas.

⁸ Deve ser destacado desde já que tal justificação se deu mediante utilização indevida e distorções dos postulados teóricos da teoria positivista kelseniana, o que poderá ser aferido no bojo do presente trabalho quando expusermos as bases teóricas do Positivismo de Kelsen.

No âmbito destas novas discussões, o próprio Kelsen, também vítima do regime nazista, reviu pontos importantes de sua teoria (embora a mantivesse íntegra em seu núcleo essencial) e, a partir de então, “deixa de considerar o Direito apenas como sistema de normas logicamente escalonadas, para examiná-lo também em sua aplicação prática” (Reale, 2002, p. 473), ou, em outras palavras, abandona sua originária posição lógico-transcendental. Mesmo em face de tal abandono, contudo, a justiça continua a não integrar o estudo jurídico, de modo que então passamos a nos questionar sob qual perspectiva Kelsen desenvolve suas obras sobre a Justiça, dentre as quais *A Ilusão da Justiça*, que analisaremos um pouco mais detidamente (mais especificamente seus capítulos 45 a 48), cujo cerne é a realização de interessante exposição e breve análise do pensamento de Platão, o qual, segundo o pensador austríaco, “inexiste, e decerto nem pode existir, pensamento mais profundo e querer mais sagrado voltados para a solução do enigma da justiça” (Kelsen, 1998, p. 01). De qualquer forma, ao trabalhar com discussões que escapam ao aspecto meramente formal e estritamente jurídico-dogmático, Kelsen debruça-se sobre os diálogos platônicos, em especial *Górgias*, *A República* e *As Leis* e deles procura extrair ilações que sirvam à análise da Justiça, justificando a escolha do objeto de seu estudo sob o argumento de que “a questão da justiça constitui o problema central de toda teoria e prática social” (1998, 01).

Ruídos, desta forma, ou ao menos questionados, os postulados positivistas cuja aplicação culminava no afastamento das perquirições acerca da Justiça enquanto fator legitimador do Direito, aberto está novamente o caminho para reinserção do justo nas discussões jurídico-políticas. Kelsen também apresenta de forma expressa justificativa pela opção dos estudos das obras platônicas, declarando que nelas se encontra o maior “esplendor da especulação filosófica”.

Por certo que os questionamentos e eventuais respostas e conclusões sobre as discussões que versam sobre a Justiça não devem apresentar a pretensão de definitividade, sob pena de serem infringidos os próprios postulados extraídos dos diálogos platônicos, nos quais a discussão (e por conseqüência a reflexão) incessante aparece com fator de constante atualidade dos temas ali tratados, dentre os quais a própria questão da Justiça enquanto síntese de virtudes, conforme concepção de

Platão e Aristóteles, e enquanto critério da validade das instituições sociais, conforme pensamento político contemporâneo.

Indicar alguns fatores e diretrizes que culminaram nesta concepção contemporânea, destacando as bases e postulados do Positivismo Jurídico que culminou na exclusão da Justiça dos estudos jurídico-filosóficos e expondo a análise da justiça platônica realizada por Kelsen, ou seja, mostrar as duas facetas do pensamento kelseniano, a partir da análise de pontos centrais da *Teoria Pura do Direito* e dos capítulos 45 a 48 de sua obra *A Ilusão da Justiça*, constitui-se o objeto primeiro do presente trabalho, cuja conclusão consistirá em tentar estabelecer alguma relação entre essas facetas e, por fim, a partir de tal relação (ou verificação de sua inexistência) e críticas aos posicionamentos de Kelsen e de seus críticos, levantar o questionamento acerca do papel da ciência e do conhecimento, deixando em aberto a reflexão a respeito.

II. Bases para o Positivismo Normativista de Hans Kelsen

Nesta parte do trabalho, procuraremos expor o contexto histórico no qual se desenvolveu o Positivismo Normativista de Kelsen, bem como delimitaremos o termo “positivismo” e indicaremos as bases ou pressupostos teóricos do pensamento kelseniano, salientando que, conforme palavras do já citado Goldschmidt (1963, p. 144), “a história dos fatos econômicos e políticos, a história das ciências, a história das idéias gerais (que são as de ninguém) fornecem um quadro cômodo, talvez indispensável, para a exposição das filosofias”.

II. a. Contextualização Histórica

As origens do Positivismo Jurídico devem ser pensadas dentro do quadro geral das teses anti-racionalistas do século XIX, o que, no âmbito das Filosofias Jurídica e Política, corresponde à insurgência teórica contra a Escola do Direito Natural enquanto representante do absolutismo ético. Bobbio (2007, p. 193), a este respeito, afirma que “a construção de uma teoria científica do direito está ligada, na obra kelseniana, a uma crítica ferrenha, contínua e impiedosa ao jusnaturalismo”. Tal insurgência, importante frisar, reflete, em verdade, um antagonismo reconhecido pelo próprio Kelsen (2003, p. 121):

“El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la filosofía del derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico. Este último, en oposición consciente a aquélla, limita el objeto del conocimiento a lo dado en la experiencia externa e interna, y, en este sentido, a lo real o idealmente existente, como lo único cognoscible. Porque la doctrina del derecho natural es una *metafísica del derecho*, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho positivo, esto es, el derecho

creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre”.

O racionalismo, inspirador da filosofia iluminista, teve sua base no pensamento cartesiano que, para muitos, constitui-se verdadeira síntese do pensamento da modernidade⁹. Afirma Abbagnano (2007, p. 967) que o termo racionalismo pode ser empregado em três acepções principais, quais sejam:

“1º O Racionalismo religioso designa algumas correntes protestantes, ou um ponto de vista semelhante ao de Kant.

2º O Racionalismo filosófico designa propriamente a doutrina de Kant (que adotou esse termo), ou então a corrente metafísica da filosofia moderna, de Descartes a Kant.

3º Em sua significação genérica, pode ser usado para indicar qualquer orientação filosófica que recorra à razão. Mas, nessa acepção tão vasta, esse termo pode indicar as filosofias mais díspares e carece de qualquer capacidade de individualização”.

A referida base racionalista, consoante indicação na segunda parte do segundo significado acima transcrito, também serviu de esteio à Escola do Direito Natural que, de forma bastante sistemática, trabalhou com as duas teses essenciais da doutrina jusnaturalista¹⁰, quais sejam: (1) existência de uma ordem normativa superior à ordem posta pelos homens para reger as sociedades e (2) a adequação e o condicionamento necessários das normas positivadas às normas do Direito Natural como corolário lógico da superioridade já mencionada. Tais teses passam a ser defendidas não mais sob os auspícios de argumentos cosmológicos e teológicos, como se dera na Antigüidade e no período medieval, antes são defendidas por meio de argumentos racionais no sentido de que a razão humana passa a ser

⁹ Afirma Danilo Marcondes que “a filosofia de Descartes inaugura de forma mais acabada o pensamento moderno propriamente dito, juntamente com a dos empiristas ingleses. Pensamento antecipado e preparado, é claro, pelo humanismo do séc. XVI, pelas novas concepções científicas da época e pelo ceticismo de Montaigne e de outros. Entender as linhas mestras do pensamento de Descartes é, portanto, entender o sentido desta modernidade, que ele tão bem caracteriza e da qual somos herdeiros até hoje, ainda que sob muitos aspectos vivamos precisamente a sua crise” (MARCONDES, 2008, 164).

¹⁰ Kelsen realizou importantes estudos acerca do Jusnaturalismo, destacando-se os textos “A doutrina do Direito natural perante o tribunal da ciência” e “Uma teoria dinâmica do Direito Natural”, encontrados na obra *O que é Justiça?* (1997), “A doutrina do direito natural”, encontrado na obra *O Problema da Justiça* (2003) e a obra *A Justiça e o Direito Natural* (2001), obra esta correspondente ao apêndice da 2ª edição alemã da *Teoria Pura do Direito*, de 1960.

concebida como fundamento último de tal espécie de Direito. Não por outro motivo as próprias conceituações de leis naturais e direito natural contêm em seu bojo, de forma expressa, o conceito de razão. Nas palavras de Hobbes, a título exemplificativo, “uma lei de natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la” (Hobbes, 1974, p. 82). Hugo Grócio, por seu turno, define o Direito Natural como “o mandamento da reta razão que indica a lealdade moral ou a necessidade moral inerente a uma ação qualquer, mediante o acordo ou o desacordo desta com a natureza racional” (*De jure belli ac pacis*, 1625, I, 1, 10 – *apud* Abbagnano, 2007, p. 331). Devem ainda ser lembrados como expoentes de tal período Locke (*Segundo Tratado sobre o Governo Civil*), Spinoza (*Tratado Lógico-Político*), Puffendorf (*Do Direito das Gentes*), Rousseau (*Do Contrato Social*) e Kant (*A Paz Perpétua e Metafísica dos Costumes*), valendo destacar que estes autores defendiam as teses essenciais do Jusnaturalismo, porém sob perspectivas e com nuances diversas. Ademais, junto à questão do Direito Natural enquanto fator legitimador do Direito Positivo, desenvolveram-se também neste período as teses acerca do Contratualismo, segundo as quais a sociedade civil era decorrente de uma convenção, um contrato social que, firmado entre os homens, encerrava o estado de natureza. Tal qual se dá com relação ao Jusnaturalismo, o Contratualismo também possui sua tese central, qual seja, a de que a convenção humana faz cessar o estado de natureza e, no mais, apresenta divergências entre os seus diversos defensores¹¹.

No centro do pensamento anti-racionalista encontra-se o historicismo que teve sua origem com a Escola Histórica do Direito, surgida e defendida

¹¹ Constitui-se tese central do Contratualismo a idéia segundo a qual uma convenção, um pacto ou um contrato social, por meio do qual os indivíduos concordam em renunciar à liberdade natural, faz cessar o estado de natureza ou condição natural para que seja instituída a sociedade ou estado civil. Excetuada esta tese central, os autores divergem até mesmo acerca das condições e características desses diferentes estados ou condições. Acerca do estado de natureza, apontam-se duas principais concepções, a saber, a elaborada por Hobbes e a concebida por Rousseau. Na concepção de Hobbes (século XVII), no estado de natureza os indivíduos vivem isolados e em luta permanente, vigorando a “guerra de todos contra todos” na medida em que “o homem é o lobo do homem”. Em tal estado reina o medo e a ausência de garantias, pois a única lei que de fato vigora é a lei do mais forte. Em contraposição a tal tese, Rousseau (século XVIII), concebe o estado de natureza como o de felicidade original, no qual os homens existem na condição de bom selvagem. Este estado termina com a instituição da propriedade privada, que dá origem ao estado de sociedade. Em vista de tamanha divergência de concepções, há autores que defendem a tese segundo a qual “o estado de sociedade rousseauista corresponde ao estado de natureza hobbesiana” (Chauí, 2006, p. 373).

sobretudo na Alemanha, nos séculos XVIII e início do XIX. Nas palavras de Bobbio, “escola histórica e positivismo jurídico não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural” (Bobbio, 2006, p. 45).

Deve ser destacado, porém, que o termo historicismo não é unívoco e, nesta medida, pode constituir-se fonte de equívocos. Nas esclarecedoras lições de Giorgio del Vecchio,

“historicismo designa portanto as várias reações surgidas contra as doutrinas atrás expostas, qualificadas de Racionalismo. Todavia, a denominação comum não nos deve impedir de distinguir no historicismo três correntes diversas: o historicismo filosófico de SCHELLING e HEGEL, o historicismo político dos teóricos da Restauração, e finalmente o historicismo jurídico ou Escola Histórica dos juristas alemães”.

Ao presente trabalho interessam-nos tais preceitos enquanto elementos constituintes da Escola Histórica do Direito, cujo corpo de doutrina foi elaborado por Savigny (1779-1861), autor de *Da Vocação de Nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudencia* (1814), tendo ainda como importantes autores Gustav Hugo (1764-1844) e Georg Puchta (1798-1846), este autor do tratado *Do Direito Consuetudinário*.

Sob uma visão ampla, os preceitos essenciais do Historicismo, consoante afirma Bobbio (2006, p. 48-51) são:

- o sentido da variedade histórica como decorrência da diversidade do homem: não há, pois, o Homem com caracteres fundamentais imutáveis, tal qual concebiam os jusnaturalistas. Antes, existem homens que se diferenciam entre si em todos os aspectos, desde as questões de ordem biológica até as de ordem política e geográfica;

- o sentido irracional na história, no sentido de que sua mola propulsora não é a razão, tal qual concepção iluminista. Antes, são elementos irracionais, passionais e emotivos que movem os homens através da história. Sob este aspecto, patente que o historicismo guarda estreitos vínculos com o romantismo. Tal concepção serve ainda de base à refutação da tese segundo a qual o Estado teria surgido após convenção racional firmada entre os homens;

- o pessimismo antropológico, segundo o qual a idéia de racionalidade da história está ligada à idéia de tragicidade. Tal concepção constitui-se verdadeira oposição ao otimismo iluminista que vê a razão como instrumento que possibilita a transformação e melhora dos homens e da sociedade. Edmund Burke (1729-1797), pensador inglês autor da obra *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, de 1790, citado por Bobbio (op. cit., p. 49), para muitos um precursor ou inspirador do Historicismo, assim define a história:

“A história consiste em grande parte em miséria, que a soberba, a ambição e a avareza, a vingança, a lascívia, a revolta, a hipocrisia, a avidez descontrolada e as paixões desenfreadas espalharam pelo mundo ... Tais vícios são a causa dessas tempestades. Religião, moral, leis, privilégios, liberdade, direitos do homem são os pretextos dos quais se servem os poderosos para poder governar a massa humana mobilizando e jogando com suas paixões”.

- o elogio e o apego ao passado, haja vista a crença na impossibilidade de melhora da sociedade e dos homens; daí os estudos sobre as origens das civilizações e das sociedades primitivas. Aqui novamente percebe-se uma oposição ao pensamento iluminista que via nas civilizações passadas o reino da ingenuidade e ignorância;

- o amor pela tradição, sobretudo às instituições e aos costumes que são consolidados ao longo do tempo e passam a ganhar legitimidade, ainda que assim não fosse em sua origem.

Tais características supra alinhavadas encontram-se presentes na obra de Savigny, maior expoente da Escola Histórica do Direito que, em decorrência, indicava a inexistência de um direito único, imutável e aplicável a todos os homens em qualquer tempo e lugar. Lemos em sua *Vocação de Nosso Tempo*, parcialmente transcrita por Morris (2002, p. 297):

“O espírito histórico também é a única proteção contra uma espécie de auto-ilusão que revive, de vez em quando, em certos homens, bem como em eras e nações inteiras; a saber, acreditar que aquilo que é particular a nós é comum à natureza humana em geral. (...) Quando perdemos de vista nossa ligação individual com a grande totalidade do mundo e de sua história, vemos necessariamente nossos pensamentos numa falsa luz de universalidade e originalidade. Há apenas o senso histórico para nos proteger contra isso; dirigi-lo para nós mesmos é, de fato, a mais difícil aplicação”.

O Direito para ele constituía-se produto da história, nascendo e se desenvolvendo em conformidade com os fenômenos sociais, o que certamente gera sua diversidade. Pelo mesmo fundamento, não era fruto de uma avaliação racional. O legislador, neste passo, não era o criador do direito, antes, apenas traduzia em normas escritas o direito vivo, latente no espírito do povo, cuja consciência era a verdadeira fonte criadora do direito. Para melhor elucidar a questão da criação do direito e sua positivação, Savigny o comparou aos idiomas, argumentando que, assim como um idioma surge e se desenvolve espontaneamente, sem qualquer intervenção dos gramáticos, assim também o direito não é uma criação do legislador. Cabe aos gramáticos tão-somente fixar as regras e princípios já postos em prática no desenvolvimento do idioma, dando-se de forma similar para com o Direito, com relação ao qual o legislador apenas indica aquilo que já é vigente e criado pela consciência jurídica popular¹².

Em meio ao desenvolvimento e embate de tais teorias ocorre a polêmica nas terras germânicas acerca da possibilidade e conveniência da codificação

¹² Segundo Giorgio Del Vecchio (1979, p. 159), a “Consciência Jurídica Popular é um conceito típico que a Escola histórica do direito tirou do historicismo filosófico de Schelling e Hegel, a ponto de se poder dizer que ela não é senão uma aplicação particular das doutrinas daqueles filósofos no campo do Direito”.

ou não do Direito vigente. Historicamente, os séculos XVIII e XIX caracterizaram-se pelo movimento das grandes codificações¹³, especialmente como corolário da concepção de supremacia do Poder Legislativo e da idéia de que o direito codificado aliava-se à racionalidade então exigida. Tais idéias ganharam guarida nas monarquias então existentes que passaram a ostentar o rótulo de “despotismo esclarecido”. Deve ser ressaltado, porém, que foi a codificação francesa de 1804 – o Código Napoleônico – que produziu profunda influência no pensamento jurídico contemporâneo, sobretudo na concepção de que as normas vigentes deveriam estar encerradas em um código, em prol da racionalidade e da maior segurança jurídica. No caso específico da França, porém, deve ser destacado que a idéia de codificação se fazia verdadeira exigência na medida em que a sociedade francesa, até há pouco dividida em estamentos, não era regida por um único ordenamento jurídico, havendo verdadeira multiplicidade de normas civis, penais e processuais, além de diversas espécies de direitos vigentes em territórios estritamente delimitados. Desta forma, sob inspiração do pensamento de Rousseau, em especial aquele exposto no *Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens*, buscou-se eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas ao longo dos tempos e substituí-las por um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais do homem.

Retornando à polêmica alemã, temos de um lado Thibaut, o escritor de *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* (1814), obra na qual se defende a codificação ao argumento de que a perfeição formal das normas contribuiria para melhor reger as relações sociais, bem como que a idéia de que tal codificação seria um impulso decisivo ao processo de unificação da Alemanha¹⁴.

Em contrapartida, do outro lado da polêmica, Savigny “afirma, em sua obra *Da vocação da nossa época para a legislação e jurisprudência* (1814), que a Alemanha de sua época não se encontra em condições culturais particularmente felizes que possibilitem uma codificação, passando, ao contrário, por

¹³ No mesmo período em que surgiu o Código Napoleônico, surgiram codificações na Prússia e na Áustria (1811). Trata-se, contudo, estas últimas, de codificações de pouca influência sobre outros ordenamentos jurídicos.

¹⁴ Há autores como Clarence Morris (2002, p. 288), professor de Direito da Universidade da Pensilvânia, que vêem nos escritos de Thibault um verdadeiro panfleto com fins a extirpar da Alemanha toda influência do Código Napoleônico, eis que escrito pouco tempo após os estados germânicos terem sido livrados do jugo napoleônico.

um período de decadência, principalmente no que diz respeito à ciência jurídica” (Bobbio, 2006, p. 61). Mais, afirma que muitas leis – e os códigos por razões ainda mais fortes, constituem-se fossilizações do direito que impedem seu devido desenvolvimento. Em adição, basta nos recordarmos dos postulados historicistas anteriormente tratados para se perceber o antagonismo entre eles e a idéia pretensamente racionalizadora de codificação das normas.

Em meio às referidas discussões teóricas, as codificações foram ocorrendo na Europa¹⁵, pouco a pouco, o que para muitos representa uma vitória das teses pela codificação de Thibaut, sendo que a partir da mais relevante delas – a codificação francesa de 1804 – surge a Escola da Exegese, cujo nome é decorrência da concepção de seus autores no sentido de que a ciência jurídica, a partir de então, resumia-se à exegese (interpretação) do Código de Napoleão, eis que neste encontrava-se todo o direito necessário para reger a vida social (tese da completude do ordenamento jurídico). Além da codificação propriamente dita, podemos ainda citar como fatos históricos que possibilitaram o surgimento de tal corrente de pensamento a mentalidade dos juristas da época que valorizavam o princípio da autoridade, a doutrina da separação dos poderes como dogma indispensável à configuração do Estado Moderno, o princípio da certeza jurídica e até mesmo a necessidade de organização dos estudos nos estabelecimentos de ensino superior de Jurisprudência.

Já as principais características da Escola da Exegese, cujo principal representante foi Jean Demolombe (autor de *Curso do Código Napoleônico*, 1845-1876, em trinta e um volumes) conforme Bobbio (2006, p. 84-89) são:

- inversão na relação tradicional entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Ou seja, ainda que se reconheça a existência de um Direito Natural e de princípios reputados absolutos e universais, a validade destes passa a ser condicionada pela codificação e positivação, isto é, as regras de direito natural são válidas na medida em que passam a integrar o ordenamento jurídico positivo vigente.

¹⁵ Na Alemanha propriamente dita, palco da polêmica retratada, a primeira grande codificação foi o Código Civil Alemão de 1900, valendo destacar que antes de referida data qualquer tentativa neste aspecto seria inviável, uma vez que a unificação alemã ocorreu apenas em 1871.

Justamente neste esteira o Código Napoleônico reconhece, em seu art. 4º, a função subsidiária do Direito Natural;

- concepção rígida de direito estatal, segundo a qual é direito somente aquilo que é posto ou reconhecido pelo Estado;

- todo trabalho hermenêutico deve ser fundado na busca da vontade do legislador – concepção subjetiva (à qual se opõe a objetiva que determina a observância da vontade da lei), privilegiando-se, desta forma, a interpretação estática e conservadora;

- culto pelo texto da lei, haja vista a plena identificação entre o Direito e tal texto;

- respeito pelo princípio da autoridade, vez que a verdade de uma norma jurídica decorria da impossibilidade de se contestar quem a originou ou quem a comentou.

Tais características da Escola da Exegese, que passou a ganhar vulto a partir da codificação do Código Napoleônico já apontam o caminho que levará ao Positivismo Jurídico, conforme veremos adiante (II.c).

II. b. Delimitação do Termo “Positivismo”

Tal qual discorrido anteriormente, a Escola Histórica do Direito e a Escola da Exegese apontaram o caminho que culminaria no Positivismo Jurídico; a primeira especialmente por contrapor-se às teorias jusnaturalistas em voga e a segunda por reforçar a vinculação entre as idéias de Direito Positivo e normas positivadas, sobretudo as escritas, bem como por pregar a tese de necessária obediência às normas.

Deve-se esclarecer, preliminarmente, que o termo “Positivismo”, assim como tantos outros citados no presente trabalho, não é unívoco, de modo que se fazem necessárias algumas considerações para serem evitados equívocos.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 102), o termo designa tanto o positivismo sociológico como o positivismo jurídico. Esta distinção, em verdade, aponta para as utilizações específicas do termo na Filosofia geral e na Filosofia jurídica (Coelho, 2009, p.17).

Na primeira utilização, no âmbito da Filosofia geral, o termo faz referência, em primeiro plano, à teoria de Augusto Comte e as que a ela se ligam ou se assemelham. Tal teoria, que estudaremos com um pouco mais de acuidade nas linhas que se seguirão, pretendia realizar uma reforma social por meio da ciência, afirmando-se que a única ciência capaz de reformar a sociedade é a sociologia ou física social, que era a ciência positiva dos fatos sociais. Tal conhecimento científico, de sua vez, seria concebido como a mais evoluída manifestação do espírito humano, suplantando a religião e a metafísica. Progressivamente, entretanto, o termo passou a fazer referência não a uma teoria propriamente dita, mas a uma postura metodológica caracterizada pela busca de rigor no alcance dos resultados obtidos pelo conhecimento. Neste último sentido é que se utiliza o termo “positivismo lógico” para fazer referência à filosofia produzida pelo Círculo de Viena¹⁶.

Na segunda hipótese de utilização, no âmbito da Filosofia do Direito, o termo refere-se ao conjunto de teorias jurídicas que, além de arredar o Direito Natural, reconhece apenas e tão-somente o direito positivo, no sentido de direito positivado pelo Estado e com característica de validade, delimitando-se, por

¹⁶ Denomina-se “Círculo de Viena” o grupo de filósofos e cientistas que se reuniu em torno de Moritz Schlick (1882-1936), na Universidade de Viena, durante os anos de 1929 a 1937, os quais desenvolveram uma orientação filosófica que passou a ser designada empirismo lógico ou positivismo lógico. Suas características fundamentais são a negação de qualquer metafísica e a redução da Filosofia à análise da linguagem. As principais teses adotadas por seus seguidores são duas teses propostas por Ludwig Wittgenstein, em seu *Tratado Lógico-Filosófico* (1922), quais sejam: 1ª. os enunciados factuais, isto é, aqueles que se relacionam às coisas existentes, só têm significado se forem verificáveis empiricamente; 2ª. existem enunciados não verificáveis, mas verdadeiros com base nos próprios termos que os compõem; tais enunciados são tautologias, ou sejam, nada afirmam a respeito da realidade. A lógica e a matemática são exemplos destas espécies de tautologias. Um relevante nome do empirismo lógico foi Rudolf Carnap (1891-1970), cuja obra procura demonstrar que cabe à filosofia a função de analisar a linguagem científica.

consequência, o objeto ou conteúdo do conhecimento científico-jurídico à norma jurídica formalmente válida. Nas palavras de Wayne Morrison, “o Positivismo jurídico é um rótulo que abriga um conjunto de abordagens afins do direito que dominaram a jurisprudência ocidental nos últimos 150 anos” (2006, p. 4) e que pode ser definido por meio da referência a três de suas características:

“(i) o argumento de que o direito é uma criação humana;

(ii) a afirmação de que nossa análise do direito acompanharia as metodologias bem-sucedidas nas ciências naturais, especificamente que seriam isentas de valores, e que a busca da filosofia jurídica é uma busca da verdade “realista”;

(iii) que o conceito de direito não implica nenhuma afirmação moral substantiva; em outras palavras, que empiricamente o direito pode apresentar/representar qualquer posição ideológica ou moral”. (op. cit., 2006, p. 410).

A principal representação desta segunda hipótese, qual seja, o Positivismo Normativista de Kelsen, será estudada no capítulo III do presente trabalho, quando então exporemos os preceitos basilares da *Teoria Pura do Direito*, principal obra do referido autor.

Além dos dois citados âmbitos de aplicação – a Sociologia e a Filosofia do Direito ou Filosofia geral e Filosofia jurídica – o termo “Positivismo” também pode ser utilizado referindo-se unicamente a um método. Enquanto método, o positivismo consiste numa forma de se conceber e estudar o fenômeno jurídico, em especial a partir da dicotomia entre Direito Positivo e Direito Natural. A este respeito, explica-nos Andityas Soares de Moura Costa Matos (2006, p. 22) que

“o direito sempre foi visto na história do pensamento jurídico ocidental de maneira dúplice: como justiça e como lei escrita. Daí a clássica divisão entre direito natural, isto é, aquele proveniente de uma esfera transcendente e hierarquicamente superior (a natureza,

Deus ou a razão humana abstrata) e direito positivo, ou seja, o direito posto, estabelecido ou imposto pela autoridade competente por meio de atos humanos de vontade (Luño Peña, 1954: 52)”.

Neste sentido, a utilização do termo “positivismo” se dá para explicação de fenômenos e concepções muito anteriores ao período contemporâneo, desde a Antigüidade. A título ilustrativo, sob esta perspectiva é que são feitas algumas análises em torno do enredo da tragédia grega *Antígona*, de Sófocles¹⁷, na qual a personagem principal (que dá título à obra) desobedece às ordens expressas do soberano Creonte, seu tio, refutando-o ao dizer

“A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa subsistir as leis não escritas dos costumes e estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram”.

Ao analisar tais palavras, pode-se inferir que a personagem principal acaba por defender a concepção segundo a qual há normas de ordem superior que condicionam (ou conferem validade) as normas do Direito Positivo, enquanto seu contraponto, a personagem Creonte, representa o positivismo enquanto método. Destarte, podemos concluir que, enquanto método, o positivismo refere-se ao estudo que culmina na concepção de supremacia da lei escrita e positivada que, em vista de sua própria natureza, deve ser obedecida.

Por outro lado, enquanto teoria, o que justamente mais nos interessa no presente trabalho, o Positivismo Jurídico deve ser concebido como doutrina sistematizada do Direito (ou teoria que se sustenta nos postulados de um sistema filosófico) desenvolvida apenas a partir da segunda metade do século XIX.

¹⁷ Wayne Morrison (2006, p. 28-31) indica sete possíveis interpretações acerca da tensão jurídica suscitada pela obra grega *Antígona*, sendo que a primeira delas diz respeito às “exigências do direito natural *versus* positivismo” e a segunda “um exemplo da teoria da imperatividade da norma jurídica”.

II. c. Pressupostos Teóricos do Pensamento Kelseniano

Caberá, no presente momento, indicar os principais postulados teóricos dos quais se valeu Hans Kelsen para elaboração de sua teoria, ressaltando que sem esta análise a compreensão do pensamento kelseniano, além de parcial, necessariamente será falha e incompleta, pois, conforme palavras de Bobbio (2007, p. 184), “a empreitada científica de Kelsen desenvolve-se em consonância com as grandes empreitadas científicas de seu tempo no campo das ciências sociais e com elas partilha algumas características fundamentais”. Assim, expor tais empreitadas, ainda que em breves linhas, será fundamental para o entendimento do pensamento kelseniano, sobretudo em sua primeira parte, e, por conseqüência, para o desenvolvimento deste trabalho.

II.c.1. O Positivismo Comteano

O termo “Positivismo” foi adotado por Augusto Comte (1798-1857) para fazer referência à sua filosofia e, a partir de então, passou a designar uma grande corrente filosófica que teve, na segunda metade do século XIX, variadas adesões e formas de manifestações. Tal termo, entretanto, foi utilizado pela primeira vez por Saint-Simon (1760-1825) que, em suas aulas acerca do método científico, vincula o termo “positivismo” ao predicativo da exatidão enquanto característica essencial da ciência¹⁸.

A característica essencial do Positivismo consistiu na “romantização” da ciência, elevada à categoria de único guia da vida individual e social do homem. Para se chegar a tal característica, Comte elabora em sua importante obra *Curso de Filosofia Positiva* a teoria dos três estados (ou três estágios), por meio da qual procura apresentar “uma visão geral sobre a marcha progressiva do espírito humano,

¹⁸ “Este método é o verdadeiro método científico, é ao empregá-lo, subordinado aliás à existência de uma concepção geral, que uma ciência ganha o caráter de exatidão e de positivismo que aparece hoje atribuir-se exclusivamente ao emprego das balanças ou das tábuas de logaritmos”. - Da Religião Saint-simonista. Aos alunos da escola politécnica. Extrato da *Exposition de La Doctrine*, 2º ano (1830), *apud* Lalande (1999, p. 824).

considerado em seu conjunto, pois uma concepção qualquer só pode ser bem conhecida por sua história” (Comte, 1973, p. 9). Por meio desta teoria, o autor explica-nos que a humanidade passou pelos estados teológico e metafísico, antes de alcançar o então vigente estado positivo.¹⁹ O que diferencia os mencionados estados são os modos pelos quais o homem procura explicar os fenômenos que verifica.

No estado teológico as explicações fornecidas aos fenômenos são calcadas nos preceitos da mitologia e na teologia. Segundo palavras do próprio autor (1973, p. 10),

“o espírito humano, dirigindo essencialmente suas investigações para a natureza íntima dos seres, as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o tocam, numa palavra, para os conhecimentos absolutos, apresenta os fenômenos como produzidos pela ação direta e contínua de agentes sobrenaturais mais ou menos numerosos, cuja intervenção arbitrária explica todas as anomalias aparentes do universo”.

Já no estado metafísico, que sucede ao teológico,

“os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e concebidas como capazes de engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados, cuja explicação consiste, então, em determinar para cada um uma entidade correspondente” (1973, p. 10).

Por fim, no estado positivo, considerado uma verdadeira revolução,

“o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para

¹⁹ Uma análise cuidadosa da exposição de Comte em sua obra *Curso de Filosofia Positiva* deixa claro que não há ruptura absoluta com relação aos estágios anteriores, pois ali se afirma que se pode reconhecer, mesmo nas ciências mais aperfeiçoadas, alguns traços muito sensíveis dos estados primitivos.

preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir” (1973, p. 10).

Alcançado, desta forma, o estado positivo, possível se fazia a elaboração de uma doutrina cujo método científico permitisse, dentre outras coisas, a organização da sociedade moderna. Tal doutrina, denominada Positivismo, tem como teses fundamentais:

1ª. a ciência é o único conhecimento possível, eis que seu método é o único dotado de validade. Daí decorre a constatação do progresso próprio do estado positivo e sua superioridade com relação aos anteriores estágios teológico e metafísico.

2ª. o método da ciência é puramente descritivo, isto é, descreve os fatos e mostra as relações existentes entre eles, donde se inferem as leis que os regem;

3ª. o método da ciência, na medida em que é o único válido, deve ser estendido a todos os outros campos do conhecimento e da atividade humana.

Destes preceitos gerais da filosofia positivista, o normativismo de Kelsen valeu-se especialmente do caráter descritivo do qual devem ser revestidas as ciências de um modo geral. Nas palavras do referido autor (2000, p. 82), “a ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito, ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever*, seja o que for”. Para tanto, consoante pode ser notado no próprio excerto transcrito, necessário que também o Direito passasse a ser concebido como ciência – a ciência jurídica, o que somente se faria possível mediante a exclusão “de todos os

elementos que lhe são estranhos” (Kelsen, 2000, p. 1), o que se denominou corte epistemológico, conforme veremos mais adiante.

II.c.2. Teses Epistemológicas Kantianas

Kelsen é classificados como “neokantiano” ou neokantista” ou, ainda, “neocriticista”²⁰ por muitos daqueles que se debruçam sobre sua obra, o que ocorre com diversos outros relevantes autores contemporâneos. Nas palavras de Miguel Reale (2002, p. 458), “é necessário lembrar que Kelsen é um neokantista, formado e informado no criticismo transcendental que ele aplica com grande rigor no campo da Ciência Jurídica”.

Ante tal classificação, indispensável que se indiquem os pontos da teoria kantiana dos quais se utilizou nosso autor para formulação de sua teoria, pois, desta forma, além de explicitá-la, conseguimos mostrar, ainda que de forma superficial e indireta, a importância e alcance da filosofia de Kant (1724-1804)²¹. Frise-se que o próprio Kelsen (2000, p. 225), ao expor o que denominou o fundamento de validade de uma ordem jurídica e chegar ao conceito de norma fundamental, expressamente reconheceu a analogia feita com relação à teoria do conhecimento kantiana. É de se salientar que a *Teoria Pura do Direito* não tem por base a Filosofia do Direito de Kant, mas sua teoria do conhecimento, ou seja, “Kelsen se voltou para a epistemologia de Kant” (Morrison, 2006, p. 383).

²⁰ Denomina-se “neokantiano”, “neokantista” ou “neocriticista” todo autor cuja teoria constitui-se um “retorno a Kant” ou um aproveitamento de um ou alguns dos postulados de sua filosofia. Abbagnano, cujas citações são recorrentes no presente trabalho, afirma que são comuns a todos esses autores as seguintes características: “1ª. negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, vale dizer, a teoria do conhecimento; 2ª. distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo como ele é psicologicamente adquirido ou conservado; 3ª. tentativa de partir das estruturas da ciência, tanto da natureza quanto do espírito, para chegar às estruturas do sujeito que a possibilitariam” (2007, p. 825).

²¹ Assiste razão a Howard Caygill em seu *Dicionário Kant* ao afirmar, na introdução, que “a influência da filosofia de Kant foi, e continua sendo, tão profunda e tão vasta a ponto de converter-se em algo imperceptível. A investigação filosófica, no âmbito das tradições “analítica” e “continental”, é impensável sem os recursos lexicais e conceituais ligados por Kant. Mesmo fora da filosofia, nas humanidades, ciências sociais, ciências naturais, os conceitos e estruturas de argumentação kantianos são ubíquos. Quem quer que exerça a crítica literária ou social está contribuindo para a tradição kantiana; quem quer que reflita sobre as implicações epistemológicas de sua obra descobrirá estar fazendo-o dentro dos parâmetros estabelecidos por Kant” (1995, p. ix).

Distinção e relação entre sujeito e objeto do conhecimento

A teoria do conhecimento, tal qual hoje estudada, tornou-se uma disciplina filosófica específica a partir da Idade Moderna. Com esta afirmação não se quer dizer que em períodos precedentes os filósofos não se preocupavam com a questão do conhecimento, o que pode ser prontamente verificado mediante análise dos pensamentos platônico e aristotélico, bem como daqueles pensadores medievais que tiveram por base tais pensamentos para construção de seus sistemas filosóficos. Antes, quer-se afirmar que para os filósofos modernos a questão do conhecimento foi concebida como necessariamente anterior à ontologia²², ou seja, como condição ou pré-requisito para as demais questões propostas e estudadas pela Filosofia. Por esta razão, para os filósofos modernos era primordial a resposta à questão “Como o conhecimento [verdadeiro] é possível”? É no bojo deste período histórico, no qual a epistemologia ou teoria do conhecimento²³ assume um papel preponderante, que Kant desenvolve suas teorias.

²² O termo “ontologia” é utilizado em dois sentidos básicos. No primeiro deles, consoante origem grega da palavra, é sinônimo de doutrina ou estudo do ser. Na segunda acepção, originada a partir da utilização por Wolff e Kant, é sinônimo de metafísica. No texto o termo está sendo utilizado na sua primeira acepção.

²³ Há considerável controvérsia entre os autores quanto à utilização do termo “Epistemologia” como sinônimo de “Teoria do Conhecimento”. Abbagnano, em seu dicionário, explica-nos que “num primeiro sentido (como o inglês *Epistemology*), é sinônimo de gnosiologia ou de teoria do conhecimento. Num segundo sentido, é sinônimo de filosofia da ciência. Os dois significados estão estreitamente interligados, pois o problema do conhecimento, na filosofia moderna e contemporânea, entrelaça-se (e às vezes se confunde) com o da ciência” (2007, p. 392). A autora Marilena Chauí, em sua obra *Convite à Filosofia*, realiza plena distinção, definindo Epistemologia como “análise crítica das ciências, tanto as ciências exatas ou matemáticas quanto às naturais e humanas” e Teoria do Conhecimento como o “estudo das diferentes modalidades de conhecimento humano: o conhecimento sensorial ou sensação e percepção; a memória e a imaginação; o conhecimento intelectual; a idéia de verdade e falsidade; a idéia de ilusão e realidade; formas de conhecer o espaço e o tempo; formas de conhecer relações; conhecimento ingênuo e científico; diferença entre conhecimento científico e filosófico, etc” (2006, p. 57-58). Lalande, por sua vez, em notas bastante esclarecedoras, explica-nos que “a distinção que se faz em francês entre epistemologia e teoria do conhecimento (gnosiologia) seria sem dúvida muito útil, mas não é usual nem em italiano nem em inglês” (1999, p. 313). Afirma, ainda, em mesma página, que caso se faça a distinção, como habitualmente realizada na tradição francesa, não se pode perder de vista que a Epistemologia não deixa de ser uma introdução e um auxiliar indispensável à Teoria do Conhecimento, eis que, em seu sentido mais estrito (não sinonímico), pode ser conceituada como o “estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências, destinado a determinar sua origem lógica (não psicológica), o seu valor e a sua importância objetiva”. No presente trabalho os termos serão utilizados como sinônimos, como na tradição inglesa.

Kant foi o introdutor do termo “crítica”, com o qual designou o processo através do qual a razão empreende o conhecimento de si mesma. Com essa palavra, Kant quer dizer que não serão examinados os ítems ou objetos que a razão alcança e sim as condições nas quais o conhecimento racional (ou científico) é possível, tratando-se a razão de uma estrutura vazia, uma forma pura sem conteúdos. Kant também realizou o que se passou a denominar “revolução copernicana na Filosofia”, por meio da qual se corrigia posição filosófica anterior no sentido de que nosso conhecimento deveria ser regulado pelos objetos. Da mesma forma como Copérnico supera o denominado sistema ptolomaico, colocando não mais a Terra, mas o Sol como centro do sistema planetário, o filósofo de Königsberg rompe com a gnosiologia tradicional, colocando o sujeito cognoscente no centro do sistema, em torno do qual giram os objetos a serem conhecidos. Agora, em suma, concebe-se que os objetos devem adaptar-se ao nosso conhecimento. Aponta-se, desta forma, o equívoco dos filósofos anteriores, para os quais o conhecimento tinha como ponto de partida uma realidade, seja esta interna (como no caso dos inatistas), seja ela exterior (como se dera com os empiristas). Agora, afirma Kant, o ponto de partida da Filosofia é o estudo da própria faculdade de conhecer ou o estudo da razão²⁴.

O pressuposto para construção de todo esse edifício teórico é a plena distinção entre sujeito e objeto do conhecimento, a partir da qual se passa a estudar as possíveis relações entre eles. Sem referida distinção, o próprio processo de conhecer torna-se questionável.

No âmbito do conhecimento jurídico, tal distinção fazia-se necessária, sobretudo porque os estudos jurídicos não se revelavam autônomos, antes, tratava-se de estudos inseridos no campo de outras ciências e ramos do conhecimento, com destaque à Filosofia Política e à Sociologia (esta tal qual desenvolvida a partir do século XIX). É, pois, a partir dos postulados kantianos que Kelsen (2000, p. 84) erigirá o Direito à categoria de ciência - “conhecimento e descrição das normas jurídicas e às relações, por estas constituídas” - o que somente se faz possível a partir da delimitação clara de seu objeto de conhecimento (a saber, a norma jurídica) e do sujeito de tal

²⁴ Estes postulados kantianos encontram-se inseridos na sua *Crítica da Razão Pura*, publicada em 1781, considerada a mais relevante de suas obras. Seu texto tornou-se célebre como fundador da filosofia crítica e transcendental.

conhecimento (a saber, o jurista, o estudioso do Direito – figura esta que não se confunde com a dos operadores do Direito). O estudo que faremos mais adiante sobre a *Teoria Pura do Direito* explicitará tais delimitações e, conseqüentemente, a utilização dos postulados kantianos aqui indicados.

Dicotomia “Ser” X “Dever Ser”

Toda a obra kelseniana é perpassada pela oposição existente entre os mundos do “ser” e do “dever ser”, sendo que para muitos intérpretes de Kelsen esta é o ponto de partida da *Teoria Pura do Direito* (Morrison, 2006, p.391). Tal oposição constitui-se também herança do legado de Kant²⁵, para quem tal distinção é essencial, uma vez que fundamenta a própria Ética²⁶.

Afirma Kant em sua *Crítica da Razão Pura* (2008, p. 312) que “relativamente à natureza, a experiência dá-nos a regra e é a fonte da verdade: no que toca as leis morais a experiência é (infelizmente!) a mãe da aparência e é altamente reprovável extrair as leis acerca do que devo fazer daquilo que se faz ou querer reduzi-las ao que é feito”.

Para melhor se compreender o alcance de tal pensamento, não se pode perder de vista que com a expressão “leis morais” Kant pretende fazer referência tanto ao Direito como à Ética, o que também é feito com a utilização do termo “costumes”. Direito e Ética, importante frisar, possuem especificidades, mas também pontos em comum que os colocam no grupo das “leis morais” ou “costumes”.

²⁵ Para Bobbio (2007, p. 185), “Kelsen pode ser considerado kantiano apenas na medida em que se liga à grande dicotomia, que remonta a Kant, entre a esfera do *Sein* e a esfera do *Sollen*. (...) Não é necessário incomodar Kant para explicar a origem e entender o significado de qualquer das teses de Kelsen, mesmo que este tenha flertado inúmeras vezes com a *Critica della ragion pura*”. Discordamos, entretanto, deste posicionamento por entendermos que além de tal dicotomia, outros pontos relevantes da teoria de Kant foram pensados e utilizados por Kelsen na elaboração de sua teoria a respeito do Direito. Esta parte do trabalho – II.c.2. – procura explicitar outros pontos nos quais a teoria kantiana serviu de base e estruturação ao pensamento kelseniano.

²⁶ Há, contudo, quem entenda que tal distinção ou dicotomia é oriunda de forma mais direta da filosofia de David Hume, sendo esta a interpretação de Pierre Livet (2006, p. 173). Entendemos, contudo, que a influência direta de Kelsen foi Kant, embora não podemos perder de vista que o próprio Kant, de forma expressa, reconhece sua dívida para com o pensamento de Hume.

No que se refere às mencionadas especificidades, explica-nos Ricardo Terra (2004, p. 14-15) que

“a diferença dos dois campos vai se localizar na natureza do móbil, ou seja, do fundamento subjetivo que determina a vontade no processo de ação. Na ética o móbil é o próprio dever: o princípio que leva a uma certa ação é a própria lei. (...) A lei jurídica, entretanto, admite um outro móbil que não a idéia do dever, no caso, móveis que determinam o arbítrio de maneira patológica (e não prática ou espontânea), ou seja, por elementos sensíveis, que causam aversão, pois a lei deve obrigar de alguma maneira eficaz. (...) No plano jurídico não se permanece no âmbito da intenção, e apenas a exterioridade das ações é considerada”.

Em que pesem as diversidades apontadas, o que se revela de maior interesse para nossos estudos é o fato de que tanto as leis da ética quanto às leis jurídicas integram a “doutrina dos costumes” e possuem os mesmos fundamentos últimos, como “conseqüência da unidade da razão prática, pois as duas legislações são provenientes da autonomia da vontade” (Terra, 2004, p. 16). O princípio supremo de tal doutrina é o denominado imperativo categórico, expresso na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal” (Kant, 1974, p. 223).

Decorre de tal máxima que a Moral kantiana, na qual se incluem as regras jurídicas, é de natureza procedimental ou formal, isto é, ao invés de prescrever uma lista de mandamentos, comandos e regras, prescreve um procedimento para se testar qualquer princípio de natureza moral. Nesta medida, a Moral independe da religião, da tradição, da arte, do poder político e da própria ciência. Nas palavras da dicotomia que ora estamos tratando, as regras do “dever ser” não decorriam das regras do “ser”. Consoante palavras de Joaquim Carlos Salgado, citado por Costa Matos (2006, p. 36), “para Kant, pois, o dever ser não pode ser deduzido do ser; não se assenta na estrutura do fato, mas na racionalidade do subjetivo. Kant coloca aqui a base de todo o dualismo metódico na investigação da ordem normativa”.

Veremos, oportunamente, como tal dicotomia dá base à teoria de Kelsen que, conforme afirmado no início deste tópico, é perpassada pela oposição entre as categorias lógicas do ser (regidas pelo princípio da causalidade) e do dever-ser (regidas pelo princípio da imputação), vista por alguns como absoluta e por outros como relativa.

Fundamentação “a priori” ou “transcendental”

Na medida em que o sistema kelseniano é construído a partir de uma estrutura escalonada e hierárquica de normas, na qual a validade da norma inferior é extraída da norma superior, poderia haver dificuldade em se fixar a norma primeira da qual decorre a validade de todas as outras. Para solução de tal questão, Kelsen cria o conceito de “*Grundnorm*” - “norma fundamental”, também chamada de “norma hipotética fundamental” ou “norma básica” – o fundamento último de validade de todo o sistema jurídico. Tal norma, entretanto, não possui a mesma natureza das demais, não sendo, portanto, a norma constitucional de um Estado, consoante interpretação equivocada realizada por alguns leitores da obra kelseniana²⁷. Antes, constitui-se “um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente” (Bittar e Almeida, 2008, p. 371). Ou, ainda, nas palavras de Costa Matos (2006, p. 245), trata-se de “norma não-positiva pressuposta pelo pensamento jurídico de forma hipotético-condicional”. Wayne Morrison, por seu turno, desenvolve um tópico dentro do capítulo destinado à explanação sobre Kelsen intitulado “A *Grundnorm*, ou norma básica, é um pressuposto do pensamento, e não um fato ou uma entidade empírica” (2006, p. 398-407).

O próprio Kelsen reconhece expressamente a natureza de tal norma fundamental, concebida pela aplicação analógica de um conceito da teoria do conhecimento de Kant. Afirma textualmente (2000, p. 225-226):

²⁷ Exemplo de tal leitura equivocada encontramos na obra de Pierre Livet (2009), mais especificamente em sua pág. 171.

“Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela lei da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz (...)”.

Em outras palavras, assim como Kant se questiona como se fazia possível o ato de conhecer, referindo-se às ciências naturais, Kelsen se questiona como era possível conhecer o Direito. A resposta que Kelsen dá ao questionamento por ele mesmo formulado conduz à norma fundamental como pressuposto epistemológico que desempenha a função de permitir o ato de conhecer o Direito. A natureza de tal pressuposto, de sua vez, já indica que conceber a norma fundamental não é o que torna possível o Direito, antes, é o que torna possível o ato de conhecer o Direito – assim como as categorias kantianas não tornam possível a natureza, mas antes seu conhecimento científico.

Conforme bem explicita Bobbio (1996, p. 63) a este respeito, “todo sistema tem seu início. Perguntar o que estaria por trás desse início é um problema estéril. A única resposta que se pode dar a quem quiser saber qual seria o fundamento do fundamento é que para sabê-lo seria preciso sair do sistema”.

De outra parte, indicada a natureza da norma fundamental, não se pode concebê-la à maneira das doutrinas jusnaturalistas, embora estas também se

baseiem em fundamentos iniciados em formulações teóricas. Isto porque a norma fundamental da *Teoria Pura do Direito* não se constitui um elemento exógeno ao sistema jurídico, ou seja, o fundamento de validade do Direito encontra-se no próprio Direito, contrariamente ao fundamento de todo pensamento jusnaturalista que busca fundamentos externos ao Direito – Deus, a natureza, a razão etc.

No que concerne as funções de tal norma, Wilson Engelmann (2001, p. 54-55), com base em estudos realizados por Robert Alexy, afirma que são três as tarefas básicas. A primeira delas consiste na “transformação de categorias”, ou seja, cabe a ela possibilitar a passagem dos fatos que integram o mundo do “ser” para o mundo do “dever ser”, ou, em outras palavras, ela é “responsável pela possibilidade de conhecimento de conteúdos empíricos pela Ciência do Direito”. A segunda das tarefas consiste na justificação de tal passagem, ou seja, “a norma fundamental tem a função de determinar quais são os fatos que devem ser considerados como criadores do direito”. Nas palavras do próprio Kelsen (2000, p. 231), “com efeito, a norma fundamental não empresta a todo e qualquer ato o sentido objetivo de uma norma válida, mas apenas ao ato que tem um sentido, a saber, o sentido subjetivo de que os indivíduos se devem conduzir de determinada maneira”. Trata-se, em verdade, da função precípua da norma fundamental, porquanto representa o critério de determinação do jurídico. Consoante já afirmado no início deste tópico, uma norma qualquer receberá o qualificativo de jurídica na medida em que se amolda na estrutura escalonada de normas que tem na norma fundamental seu ponto mais elevado. Consoante palavras de Kelsen (2000, p. 260), “uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental”. A terceira tarefa indicada por Engelmann, por fim, consiste na criação da unidade do sistema, por meio de um vínculo entre todas as normas²⁸. Segundo Kelsen (2005, p. 163), “todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Essa norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes

²⁸ No mesmo sentido preleciona Wayne Morrison (2006, p. 413): “Segundo Kant, Kelsen filosofa sobre o direito como se houvesse, para todas as coisas que se encontram nos extensos limites de um sistema jurídico, uma única fundamentação necessária para o propósito exclusivo de conferir unidade sistêmica ao conhecimento jurídico”.

normas em que consiste uma ordem”, o que também é expresso na *Teoria Pura do Direito*.

Assim, em notas explicativas e concludentes sobre o assunto, afirma Bobbio (2006, p. 201) que “esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é *posta* por um outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma *hipótese* ou um *postulado* ou um *pressuposto* do qual se parte no estudo do direito”.

II.c.3. Separação weberiana entre ciência e política

Trata-se de um mote comum da ciência no início do século XX a tentativa de não servir de legitimação aos sistemas políticos vigentes ou aspirados. Esta separação almejada entre “ciência” e “política”, concebidas como duas esferas com âmbitos de abrangência diversos, ganha fôlego com o pensamento de Max Weber, sobretudo por meio de suas obras *A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais*²⁹ e *Ciência e Política: duas vocações*³⁰, ao lado das quais poderíamos citar outros ensaios e textos menores. Em tais obras, Weber afirma que as vocações científica e política podem e, de fato, convivem, no espírito humano; entretanto, devem ser

²⁹ Na apresentação a tal texto, o tradutor Gabriel Cohn explica que para “quem não é acostumado com o estilo peculiar da escrita de Max Weber, é fácil cair na armadilha já no momento de ler o título. Não há nada de especial no enunciado do tema, parece: trata-se de estudar a objetividade nas ciências sociais. Mas não é bem isso. Weber fala da “objetividade”, entre aspas. Com isso, sinaliza que não está tomando a objetividade do conhecimento nas ciências sociais como algo já dado, que ele só quer examinar melhor. É a própria objetividade que está em questão” (Weber, 2006, p. 8). Um pouco mais adiante, esclarece que “o conhecimento científico é objetivo nos resultados (que valem igualmente para todos os que o procuram), mas não na gênese, pois a força motriz da pesquisa é dada por valores (que valem somente para aqueles que aderem a eles). Isso equivale a dizer que sem referência a valores não se pratica ciência (pois então ela carece de interesse), mas, se o cientista não souber despojar-se dos valores que o guiaram na seleção de seu objeto de estudo ao realizar a pesquisa, cometerá o erro mais fatal da perspectiva weberiana: o de apresentar como conhecimento científico com valor universal aquilo que não passa de reiteração em outros termos dos interesses práticos particulares aos quais ele adere” (p. 11-12).

³⁰ Esta questão relaciona-se com o debate então existente na Alemanha acerca da possível falta de valoração das ciências sociais. Se por um lado Weber defende a distinção entre conhecer e valorar, seus opositores, dentro os quais se destacou Schmoller, afirmam que a distinção proposta não se revela viável na medida em que existem valores objetivos, os quais são partilhados entre comunidades, povos e épocas. A este respeito leia-se o tópico “El debate sobre la falta de valoración em las ciencias sociales y sus repercusiones em la obra de Kelsen” (Losano, 1992, p. 192-194).

pensadas de forma autônoma, uma vez que possuem objetos (problemas), funções e exigências diversos.

A denominada vocação política conduz o homem ao comprometimento com as mais diversas ideologias, enquanto a vocação científica (presente tanto nos estudiosos das ciências naturais quanto nos das ciências sociais), por sua vez, conduz o homem ao comprometimento único para com a verdade. O caráter unívoco de tal comprometimento deve-se ao fato de que a ciência não tem por função julgar ou valorar a realidade, antes, apenas conhecê-la e descrevê-la, dentro de uma perspectiva neutra e objetiva. Nas palavras do próprio Weber, extraídas do texto *Método das Ciências Histórico-Sociais*, citado por Mario Losano na introdução da obra *O Problema da Justiça* (Kelsen, 2003, p. 124)

“Realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, ou seja, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais: este é o programa ao qual pretendemos manter-nos firmemente fiéis”.

Com base em tal distinção, Kelsen constrói sua teoria, erigindo o Direito à categoria de ciência que, nesta medida, possui função exclusivamente cognoscitiva, sem qualquer pretensão de influir na realidade concreta. Nas esclarecedoras palavras de Weber, “jamais será tarefa de uma ciência empírica produzir normas e ideais obrigatórios, para delas extrair receitas para a prática” (2006, p. 14). Daí decorre a neutralidade axiológica propugnada na principal obra kelseniana sobre a qual discorreremos em breve.

E, por fim, é esta mesma distinção que dará supedâneo a uma outra, ainda mais profunda, qual seja, a existente entre os conceitos de “teoria” e “ideologia”. Conforme Bobbio (2006, p. 223), em sua obra acerca do Positivismo Jurídico,

“a teoria é a expressão da atitude puramente cognoscitiva que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que tem a única

finalidade de informar os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de influírem sobre tal realidade”.

Como corolário, apenas as teorias se submetem às qualificações de “falso” e “verdadeiro”, consoante a correspondência de seus enunciados e conclusão em cotejo com a realidade. As ideologias, por seu turno, podem receber outras qualificações, dentre as quais “conservadora” (caso procurem conservar a realidade que valoram) ou “progressista” (caso busquem a modificação da realidade).

O Positivismo Normativista kelseniano foi concebido pelo seu autor, a partir da separação weberiana alinhavada, como teoria, portanto sem qualquer pretensão de dar sustentáculo a regimes políticos. Há autores, porém, que sustentam o insucesso de tal concepção e, a partir do desconhecimento de suas bases, apontam para a contribuição que os postulados positivistas tiveram no advento dos regimes totalitários europeus.

Necessário ressaltar, por fim, que os comentadores da obra de Kelsen, sobretudo, da *Teoria Pura do Direito*, têm se esquecido da importância que as concepções de Weber tiveram na construção da teoria kelseniana sobre o Direito. Uma importante exceção a tal constatação é Bobbio que em seu livro *Direito e Poder* (2008) salienta que embora Kelsen não tivesse tido qualquer contato com Weber quando passou um período estudando em Heidelberg (onde Weber já era catedrático de Economia Política), estudou-o cuidadosamente, “encontrando afinidades” com seu pensamento no que concerne à relação entre Estado e Direito e a concepção jurídica do Estado (2008, p. 97). Narra, ainda, que mesmo sem citar Weber diretamente³¹, buscava o mesmo objetivo – “separar a pesquisa científica dos programas políticos, de impedir que os juízos de valor contaminassem a pureza da pesquisa” (2008, p. 99).

³¹ Exceção a tal constatação é a citação feita por Kelsen no prefácio de um texto escrito em 1911 no qual afirma: “Se posso ... precisar meu ponto de vista com palavras de Weber, a característica do fim cognitivo de meu trabalho consiste em que ele não quer ir além de um tratado puramente formal das normas jurídicas porque, segundo minha opinião, nessa limitação se propõe de novo a essência do tratado formal/normativo da jurisprudência” (Bobbio, 2008, p. 217)

III. A Teoria Pura do Direito – o Positivismo Normativista de Kelsen

Da análise dos pressupostos teóricos apontados no tópico anterior podemos inferir, à maneira de Bobbio (2008, p. 23), que a

“Teoria Pura do Direito sempre combateu em duas trincheiras: de um lado contra o Direito Natural; de outro contra a Sociologia. A polêmica contra o Direito Natural foi conduzida em nome da objetividade da ciência, a qual tem a tarefa de conhecer a realidade e não avaliá-la, ao passo que o Direito Natural é o campo de todas as ideologias que, de tempos em tempos, pretenderam avaliar o Direito Positivo para avaliar a conformidade a certos ideais de justiça (doutrinas conservadoras) ou à deformidade (doutrinas revolucionárias). (...) A polêmica contra a Sociologia, ao contrário, é levada mais longe em nome da distinção entre a esfera do ser, à qual pertencem os fenômenos sociais, e à esfera do dever ser, à qual pertence o Direito, o qual, como norma ou complexo de normas (ordenamento) é uma estrutura qualificadora da realidade social, e como tal deve ser estudado não como uma ciência, como a Sociologia, que procede ao estudo social com o método causal próprio das ciências naturais, mas como uma ciência particular, *sui generis*, não explicativa de fatos (físicos, psíquicos, sociais), mas de normas (qualificadoras dos fatos)”.

Desta maneira, da junção dos postulados teóricos apontados com a identificação precisa das insurgências da teoria positivista normativista kelseniana, conforme transcrição anterior de Bobbio, fica claro que a *Teoria Pura do Direito* constitui-se uma epistemologia do Direito, ou seja, uma crítica (consoante termos kantianos) do conhecimento jurídico. Por esta razão, culmina na fixação do método da ciência jurídica, que nada mais é que a descrição do ordenamento jurídico de modo não axiológico. O método (voltado a questões formais), importante frisar, é inseparável das questões materiais, o que também se constitui uma herança kantiana.

O passo inicial para se bem compreender a *Teoria Pura do Direito* é atentar-se para seu título, pois, contrariamente à interpretação equivocada de muitos, não se trata da construção de uma ciência do direito puro, pois o qualificativo apontado no título refere-se à teoria, ou seja, ao modo de conhecer o Direito³². Nas palavras do próprio autor,

“quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (2000, p. 1).

Com base neste princípio metodológico fundamental, três condições se impõem para o desenvolvimento da teoria: primeiramente, a delimitação rigorosa do objeto formal de estudos, uma vez que tal delimitação fixará os limites entre as diversas ciências – “corte epistemológico”; em segundo lugar, a exclusão dos juízos de valor, na medida em que a ciência tem por finalidade única descrever o objeto de sua pesquisa e jamais valorá-lo – “corte axiológico” e, por fim, até como consequência das condições anteriores, a postura neutra ou objetiva do cientista, consoante herança de pontos da teoria weberiana anteriormente expostos. Estas condições terão reflexos diretos nas diretrizes fundamentais da teoria normativista kelseniana, consoante veremos mais adiante.

Acerca de referidas diretrizes, de forma bastante assemelhada ao que fizera Norberto Bobbio (2006, p. 131-134), podemos identificar alguns pontos fundamentais do positivismo jurídico em geral³³, sendo que a partir de cinco deles se faz possível traçar contornos precisos da teoria kelseniana construída em sua principal obra.

³² Neste mesmo sentido preleciona Andityas Soares (2006, p. 115): “Não é correto afirmar – como fazem muitos – que Kelsen realiza uma depuração axiológica do direito. Seria realmente impossível pensar o fenômeno jurídico como algo desvinculado de valores. O que ocorre é que para ele a ciência jurídica não pode prescrever valores, mas apenas descrever seu objeto, ou seja, normas jurídicas que têm valores como conteúdo”.

³³ Outros autores apontam pontos fundamentais diversos do Positivismo Jurídico, sendo tal diversidade relacionada não apenas ao conteúdo de tais pontos, como também à sua quantificação. Herbert L. A. Hart, por exemplo, citado por Costa Matos, afirma que são cinco as teses fundamentais do Positivismo Jurídico:

III.a. Pontos Fundamentais da teoria juspositivista

III.a.1. Modo de abordagem do Direito – os “cortes axiológico e epistemológico”

Em virtude da postura científica frente ao Direito, caberá ao jurista (enquanto cientista do Direito), de início, distinguir os juízos de fatos dos juízos de valor, haja vista a proclamada “avaloratividade” fundamental da ciência. Os juízos de fato representam a tomada de conhecimento de uma realidade dada, enquanto os juízos de valor representam uma tomada de posição frente a esta mesma realidade, donde se infere o caráter objetivo dos primeiros e o caráter subjetivo dos últimos. Além do caráter subjetivo, juízos de valor contraditórios ou antagônicos entre si podem ser adotados simultaneamente em uma dada ordem jurídico-política. Como conseqüência, o jurista, na qualidade de cientista, procederá à mera descrição das normas que compõem um ordenamento jurídico, sem valorá-las. Em outras palavras, seu trabalho conduzirá à qualificação das normas como sendo válidas ou inválidas, mas não permitirá que se afirme serem estas mesmas normas justas ou injustas.

A questão específica da Justiça, objeto da segunda parte deste trabalho, fora melhor talhada por Kelsen em sua obra *O que é Justiça?*, na qual a classifica como valor relevante para resolução de conflitos de interesses ou de outros valores (p. 2), bem como para efeito de justificação do comportamento humano (p. 8).

1. as leis são comandos dos seres humanos; 2. não há conexão necessária entre o Direito e a Moral; 3. o estudo dos significados dos conceitos jurídicos deve distinguir-se das pesquisas históricas e sociológicas, bem como da apreciação crítica do direito em termos de moral, finalidades sociais, funções etc; 4. um sistema jurídico é um sistema lógico-fechado em que as decisões consideradas corretas só podem deduzir-se das regras jurídicas pré-determinadas, através de meios lógicos e 5. os juízos morais não podem determinar-se como podem as afirmações de fato, através de argumentação racional, demonstração e prova (Matos, 2006, 25-26). No presente trabalho faz-se opção pelo critério indicado por Bobbio, ainda que não em sua íntegra, por ser mais abrangente e, ao mesmo tempo, de maior clareza. Esclareça-se, por fim, que Bobbio (2006, p. 131-134) elenca sete pontos fundamentais da doutrina positivista. Aqui, todavia, entendemos que cinco destes pontos revelam-se suficientes para delinear o pensamento de Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*, eis que dois deles, a saber, a teoria da norma jurídica e a teoria da obediência podem ser vistos como pressupostos de outros pontos dentro da própria teoria kelseniana. O primeiro deles – teoria da norma – integra as questões do denominado corte epistemológico e da teoria do ordenamento jurídico. O segundo deles – teoria da obediência – constitui-se mera decorrência da concepção acerca da validade das normas jurídicas integrantes de um ordenamento. Destarte, não necessitam de um tratamento autônomo na delimitação da teoria de Kelsen.

Tal classificação, entretanto, de per si já exclui a Justiça dos estudos científicos do Direito que, consoante afirmado há pouco, trabalhará apenas com juízos de fato. Nas palavras do próprio Kelsen, “a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a Moral*” (2000, p. 75).

Como conseqüência, as normas jurídicas serão analisadas e classificadas pelos cientistas do Direito como válidas ou inválidas. “Por validade entende-se a força obrigatória da lei – a idéia de que ela deve ser obedecida pelas pessoas cuja conduta regulamenta” (Kelsen, 1997, p. 251). A análise da validade é aquela que nos responderá à questão: Por que uma norma deve ser obedecida? As respostas comumente fornecidas a esta questão indicam que os motivos da obediência repousam na conformidade da norma com preceitos de ordem moral, ideais de justiça e mesmo o já referido Direito Natural. Não é esta, contudo, a resposta fornecida pela teoria positivista, cuja análise da validade volta-se não a elementos externos ao Direito, antes, procura e encontra fundamentos de ordem interna. Responde-nos Kelsen: “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta” (2000, p. 221). Em outras palavras, é a correta inserção de uma norma jurídica no ordenamento que a torna válida, sendo tal inserção considerada correta na medida em que observa as regras previamente existentes, em especial aquelas que dispõem acerca dos procedimentos para criação e elaboração das normas. Nas palavras de Bittar e Almeida (2008, p. 371),

“sua entrada regular dentro de um sistema jurídico, observando-se a forma, o rito, o momento, o modo, a hierarquia, a estrutura, a lógica de produção normativa prevista em dado ordenamento jurídico. Ser válida não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas estar de acordo com procedimentos formais de criação normativa previstos por determinado ordenamento jurídico. A validade não submete a norma ao juízo de certo ou do errado, mas ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou não

(pertinência a um sistema formal) para determinado ordenamento jurídico”.

Ao assim trabalhar a questão da validade, o Positivismo normativista de Kelsen realiza uma abordagem formal e avaliativa do Direito, adotando postura considerada viável e correta dentro dos postulados do Positivismo em geral. Mais, traça a linha divisória entre a Ciência do Direito de um lado e a Política e a Filosofia do Direito de outro. Estas não se contentarão em conhecer a realidade empírica do Direito, mas procurarão investigar seu fundamento e justificação; em outras palavras, cuidarão dos valores inerentes ao fenômeno jurídico. Daí a lição de Bobbio no sentido de que temos as definições científicas e as definições filosóficas de Direito: as primeiras são factuais, avaliativas ou ontológicas (isto é, definem o Direito como ele é); as segundas, por seu turno, são ideológicas, valorativas ou deontológicas (isto é, definem o Direito como ele deve ser, tendo-se por parâmetro um valor previamente adotado). Os juspositivistas vão, no âmbito de sua atuação, lidar com as definições científicas.

III.a.2. A definição do Direito a partir da coação

Definir o Direito a partir da coação significa, em última instância, reconhecer que a sanção constitui-se elemento essencial das normas jurídicas (ainda que não em sua totalidade) que compõem o ordenamento jurídico.

Do ponto de vista histórico, a análise das normas jurídicas sempre conduziu, de forma direta ou indireta, à problemática relacionada à sanção, concebida esta como consequência pelo descumprimento de um preceito normativo. Já entre os juristas romanos cunhou-se a classificação entre normas imperfeitas, menos que perfeitas e perfeitas, tendo-se por critério a presença ou não do elemento coativo, sendo tal classificação também utilizada pela tradição do jusnaturalismo racionalista (Bobbio, 2006, p. 148). A relevância do papel da sanção como elemento essencial da norma jurídica, entretanto, configura-se da forma como hoje a concebemos a partir da Idade Moderna, com o advento do Estado moderno, eis que a definição do Direito em função do elemento coercitivo significa considerá-lo do ponto de vista do Estado. Na clássica

definição de Hobbes, “a lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra” (Hobbes, 1974, p. 165). Kant, por seu turno, mesmo erigindo a liberdade como direito natural preponderante sobre todos os demais, realiza uma verdadeira conciliação entre ela e a sanção. Em sua Introdução à Doutrina do Direito (parte da *Metafísica dos Costumes*), preleciona no parágrafo “D” que o Direito está ligado à competência de exercer coerção, explicitando que

“se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um *impedimento de um obstáculo à liberdade*) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola” (2003, p. 77-78).

Na mesma linha de raciocínio, porém dentro da objetividade lingüística que lhe é peculiar, Jhering conceitua o direito como “o conjunto de normas coativas vigentes num Estado” (*apud* Bobbio, 2006, p. 155).

Com o Positivismo Normativista de Kelsen, tal postulado geral não somente é adotado como se torna parte integrante fundamental da teoria acerca das normas. Nas palavras de nosso autor, no primeiro capítulo de sua mais relevante obra, não há ordens sociais desprovidas de sanção, consoante princípio retributivo (2000, p. 29). A partir de tal idéia, explicita o Direito como ordem coativa (*op.cit.*, p. 35) que se distingue “de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como conseqüência de uma situação de fato considera socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e - em caso de resistência - mediante o emprego da força física, é o critério decisivo” (p. 37). Para finalizar tal capítulo, Kelsen explica o monopólio da coação por parte da comunidade jurídica (p. 39)³⁴, trabalha sucintamente a questão da

³⁴ Comumente se afirma que o monopólio da força, também chamado monopólio da coação, é pertencente ao Estado. Ocorre, contudo, que Kelsen não vê distinção ontológica entre Direito e Estado, consoante explicações do cap. VI de sua obra *Teoria Pura do Direito*. Ali afirma textualmente: “aquilo que se

liberdade (p. 46) e cria a classificação entre normas autônomas e não-autônomas, tendo-se por critério o elemento sanção – as normas jurídicas autônomas são dotadas diretamente de sanção, enquanto as não-autônomas “apenas limitam o domínio de validade de uma norma jurídica que proíbe essa conduta na medida em que lhe liga uma sanção” (p. 61). O mesmo critério é utilizado para a classificação das normas em primárias ou secundárias; estas seriam as normas que tão-somente prescrevem uma conduta, enquanto aquelas fixam a consequência jurídica pela infringência, ou seja, aquelas que fixam a sanção³⁵.

Tal concepção acerca da relevância da sanção como elemento integrante da norma jurídica firmou-se com Kelsen, sendo adotado posteriormente de modo corrente até mesmo por alguns que, em muitos outros pontos, dele discordaram. Tal se dera com Alf Ross, ex-aluno de Kelsen, que também definiu o ordenamento jurídico nacional como “conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do Estado” (2003, p. 58).

III.a.3. A prevalência da lei como fonte do Direito

A expressão “fonte do Direito” apresenta dois sentidos fundamentais. No primeiro deles, e certamente aquele que primeiramente nos vem à mente, pensamos fonte do Direito como sendo seu fator originador, “confundindo-se com o problema da gênese do Direito” (Diniz, 2005, p. 283). No segundo, emprega-se a expressão para indicar as diferentes formas pelas quais o Direito se manifesta, se expressa e se exterioriza e, nesta medida, os meios pelos quais o jurista conhece e descreve o fenômeno jurídico. O primeiro sentido corresponde ao que se convencionou denominar fontes materiais do Direito, enquanto o segundo corresponde às fontes

concebe como forma do Estado é apenas um caso especial da forma do Direito em geral” (2000, p. 310) e, um pouco mais adiante, “como organização política, o Estado é uma ordem jurídica” (p. 317).

³⁵ Vale ressaltar que na obra *Teoria Geral das Normas* – obra póstuma de Hans Kelsen, os conceitos se invertem. Ali afirma textualmente o autor: “Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária – e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado. A norma primária pode, pois, aparecer inteiramente independente da norma secundária” (1986, p. 181). Em nosso trabalho, contudo, os conceitos e classificações kelsenianos são os extraídos da obra *Teoria Pura do Direito* (2000), pelo fato de constituir-se a obra maior do Positivismo Jurídico Normativista. Eventuais outros conceitos do referido autor são citados com a indicação da respectiva obra na qual se encontram.

formais do Direito. Kelsen (2000, p. 259) admite expressamente a possibilidade de utilização dos dois sentidos, mas salienta que o primeiro deles não tem caráter científico-jurídico. Já o segundo sentido, ao resguardar a pureza metódica vista como necessária pelo Positivismo à ciência jurídica, libertando-a de aspectos fáticos, morais, políticos etc, corresponde ao fundamento de validade da ordem jurídica e, em consequência, possui o caráter científico necessário para sua utilização no âmbito da teoria que estamos expondo. Assim, para evitarmos qualquer equívoco a respeito, sempre que mencionarmos no presente trabalho a expressão “fonte do Direito” sem fazer qualquer distinção, estaremos nos referindo às fontes formais. As fontes formais comumente apontadas pelos juristas, em que pesem as divergências a respeito, são: a lei, os costumes, a doutrina, a jurisprudência e os atos negociais³⁶.

A doutrina juspositivista adota o princípio da prevalência da lei enquanto fonte do Direito, na medida em que se trata de manifestação inequívoca e direta do poder soberano do Estado. Desta forma, dada a complexidade do ordenamento jurídico e sua estrutura hierarquizada, a lei se sobressai e se constitui fator que subordina as outras formas pelas quais o Direito se manifesta. Igualmente, o fato de as demais fontes terem por base a legislação vigente também explica a supremacia da lei. Situação diversa, entretanto, verificamos com relação aos costumes, pois certamente não têm por base a legislação que vigora. Antes, pelo contrário, é muito comum que os costumes gerem leis que os alberguem (e neste ponto funcionarão como fontes materiais do Direito), ou, na hipótese de não surgimento de tais leis, serão reconhecidos pelo ordenamento jurídico como fonte de obrigações e deveres e então serão classificados como fontes formais. É justamente o ato estatal de reconhecimento dos costumes como fonte de obrigações e deveres que os eleva à categoria de fonte formal, pois, como explica Recaséns Siches (2006, 169),

“No todas las costumbre son jurídicas, pues las hay meramente sociales, com sentidos diversos (religioso, técnico, de mero trato social, etc.). Es jurídica la costumbre a través de la cual se manifiestan reglas sociales com carácter de mando inexorable, esto

³⁶ O jurista brasileiro Paulo Nader (2003, p. 138-139) sustenta a tese de que a jurisprudência não se constitui fonte formal do Direito nos ordenamentos jurídicos que seguem a tradição romano-germânica, uma vez que não tem o poder de criar o Direito. Em contrapartida, Miguel Reale (2005, p. 176) afirma que a doutrina não se constitui fonte do Direito, uma vez que “não se desenvolve numa estrutura de poder, que é um requisito essencial ao conceito de fonte”.

es, como de imposición forzosa. Em suma, costumbre jurídica es la costumbre que rige em uma colectividad y es considerada por la organización política, es decir, por El Estado, como jurídicamente obligatoria”.

III.a.4. A teoria do ordenamento jurídico

A teoria segundo a qual as normas jurídicas existem não de forma totalmente aleatória e esparsa, mas, antes, formam um todo ordenado, não se constitui inovação do Positivismo Jurídico³⁷. Entretanto, foi este movimento que trabalhou tal tese de modo a torná-la ponto pacífico entre os estudiosos do Direito. Segundo Bobbio (2006, p. 198), “a teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista”. Ainda em outra obra, Bobbio (2007, p. 195) afirma que

“nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez, a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de norma, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas”.

A teoria sob comento apresenta três características a partir das quais se pode inferir a existência de um ordenamento jurídico, quais sejam: a unidade formal, a coerência e a completude.

A unidade formal, enquanto primeira característica do ordenamento, aponta para o fato de que todas as normas componentes do ordenamento são postas, direta ou indiretamente (nas hipóteses de delegação), pela mesma autoridade, de modo que podem ser todas reconduzidas à mesma fonte originária. Tal

³⁷ A este respeito, explica-nos Tércio Sampaio (2003, p. 179) que “a concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo”.

unidade tem por fundamento o chamado princípio dinâmico³⁸ que, nas palavras do próprio Kelsen (2000, p. 219),

“é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental”.

Já a coerência do ordenamento jurídico consiste na negação da existência de antinomias – incompatibilidade entre normas – entre as normas componentes do sistema. Trata-se de uma decorrência do princípio implícito segundo o qual duas normas incompatíveis entre si (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas. Eventuais incompatibilidades, desta forma, seriam apenas aparentes, na medida em que há critérios para solução de tais antinomias: segundo o critério cronológico, a norma posterior prevalece sobre a anterior; segundo o critério da especialidade, a norma especial prevalece sobre a geral e, por fim, segundo o critério hierárquico, a norma de grau superior prevalece sobre a de grau inferior. Pode ocorrer, entretanto, conflito entre esses próprios critérios (antinomias de segundo grau), de modo que o critério hierárquico se torna prevalente, seguido pelo da especialidade e, por fim, pelo cronológico³⁹. Apesar da divergência entre os autores acerca do tema, Kelsen adota tal critério ao afirmar que “se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior” (2000, p. 232), o que justifica a exposição da ordem jurídica a partir de sua estrutura escalonada (2000, p. 246-308).

³⁸ O princípio estático, de sua vez, preconiza “um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental” (Kelsen, 2000, p. 198). Assim, num sistema normativo baseado no princípio estático, todas as normas podem ser deduzidas a partir de um procedimento lógico, até que se chegue a uma norma geral, ou, em outras palavras, a análise do conteúdo da norma é o aspecto essencial para aferição de sua validade. A Moral seria o melhor exemplo de sistema normativo estático, enquanto o Direito seria o principal exemplo de sistema normativo dinâmico.

³⁹ Norberto Bobbio chama a atenção que não há unanimidade na doutrina no que concerne à afirmação de que o critério hierárquico prevalece sobre o da especialidade. Entre os juristas brasileiros, Maria Helena Diniz (2005, p. 482) e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 211) compartilham da opinião segundo a qual no conflito entre os critérios hierárquico e o da especialidade não se faz possível estabelecer uma meta-regra dando prevalência a qualquer um desses critérios, pois tal postura contrariaria a necessidade de adaptabilidade do Direito.

A questão da completude, de sua vez, conduz à afirmação de que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não possui as denominadas lacunas, conceituadas estas como ausências de normas jurídicas específicas para solução de casos concretos. A constatação de lacunas, por esta perspectiva, constitui-se novamente mera aparência, “visto que as normas podem se completar a partir do interior do sistema (*auto-integração do direito*) mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, recurso que não é um ato criativo, mas puramente interpretativo e, mais exatamente, integrativo do direito” (Bobbio, 2006, p.210). O próprio ordenamento jurídico prevê os modos pelos quais a atividade integrativa se realiza, motivo por que se entende não existirem as lacunas no ordenamento jurídico (ao menos em seu sentido usual, conforme conceito acima exposto) que, portanto, afigura-se como completo. Segundo lições da jurista Maria Helena Diniz (2005, p. 445)

“apesar de Hans Kelsen não admitir a existência de lacunas no sistema jurídico, reconhece a importância da teoria das lacunas como um limite ao poder normativo do magistrado. Considera a lacuna como ficção, utilizada pelo legislador, com a finalidade de restringir o poder de interpretação e de integração conferido aos tribunais, quando estes constatam a falta de uma determinada norma, na ordem jurídica, para resolver certo caso”.

Isto é o que se conclui a partir da leitura do tópico “Criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador, flexibilidade do Direito e segurança jurídica” (Kelsen, 2000, 277-283).

Nas esclarecedoras palavras de Bobbio (2006, p. 215), em paráfrase, o Positivismo concebe a existência de lacunas não como ausência de normas reguladoras das situações e problemas práticos a serem solucionados, antes como meras formulações incompletas da vontade do legislador. Nesta medida, a atividade denominada integração do Direito não é qualitativamente diversa da atividade interpretativa, logo, também não se trata de atividade criativa, eis que se trata de uma mera espécie particular do gênero interpretação. “Neste sentido se fala de *interpretação*

integrativa, para indicar que a integração ocorre no interior do ordenamento, com meios predispostos pelo próprio ordenamento (*auto-integração*)”.

Kelsen, em obra posterior – *Teoria Geral do Direito e do Estado* – explicita de forma definitiva sua concepção acerca das lacunas, afirmando que elas são meras ficções e tão-somente indicam que “o Direito válido pode ser logicamente inaplicável a um caso concreto” (p. 214), de modo que “o juiz tem que atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração” (p. 215).

III.a.5. A função meramente interpretativa da Ciência do Direito

A interpretação, enquanto atividade complexa, corresponde, de um modo geral, ao “remontar de um signo ao seu significado” (Abbagnano, 2007, p. 665). As relações assim decorrentes entre esses dois termos – signo e significado – podem ser estabelecidas dando-se prevalência a um deles, o que na área do conhecimento jurídico conduz à interpretação conforme a literalidade da lei (prevalência do signo) ou conforme o denominado “espírito da lei” (prevalência ao significado ou à coisa significada).

Para o Positivismo jurídico, a atividade interpretativa a ser desempenhada pelo estudioso do Direito (ou cientista do Direito) possui caráter unicamente declarativo ou reprodutivo de seu objeto – o estudo do direito preexistente. Trata-se, portanto, de um conhecimento passivo de um objeto dado (vide, a respeito, o item II.c.1 do presente trabalho). Nas palavras de Bobbio (2006, p. 212), “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicar com meios puramente lógico-racionais o conteúdo de normas jurídicas já dadas”. Mais, trata-se da continuidade da tradição jurídica iniciada com a codificação justiniana – monumento jurídico maior do Direito Romano, por meio do qual o direito se consolidou num corpo de normas postas pelo legislador – consolidada pelos juristas medievais e perpetuada com o Positivismo.

Destaca-se, neste ponto, que Kelsen (2000, p. 388) diferencia a interpretação realizada pelo órgão oficial que aplica o Direito, a denominada interpretação autêntica, daquela realizada por órgãos não oficiais, incluindo-se nesta aquela realizada por estudiosos do Direito, a chamada interpretação não autêntica. A primeira modalidade possui função criadora do Direito, mesmo naquelas situações em que se cria uma norma individual, a partir de uma norma geral, para resolver um caso concreto. Em contrapartida,

“a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. (...) A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento de seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito” (op. cit., p, 395-396).

Deve ser ressaltado, porém, que o caráter puramente cognoscitivo da interpretação de natureza científica não é sinônimo de se afirmar a univocidade das normas jurídicas, isto é, que as normas interpretadas cientificamente possuem um único sentido. A tese da univocidade é considerada por Kelsen (2000, p. 396), no oitavo e último capítulo da *Teoria Pura do Direito*, uma ficção. Nesta parte da obra nosso autor distingue as atuações do cientista do Direito – o qual estabelece as possíveis significações de uma norma jurídica – do aplicador do Direito – que, de sua vez, faz opção por um dos possíveis sentidos da norma apontados previamente pela atividade científica. Não caberá a esta sequer indicar qualquer predileção pelos sentidos possíveis, o que se constituiria uma atividade jurídico-política e não jurídico-científica, consoante termos encontrados no derradeiro capítulo da mencionada obra.

Patente, pois, que também na questão da interpretação mantêm-se intocados os limites traçados pela adoção da distinção entre ciência e política, tal qual já exposto anteriormente quando nos referimos aos postulados weberianos adotados por Kelsen na formulação de sua teoria, o que vem a corroborar

não se constituir em nenhum momento intenção de nosso autor a utilização de sua teoria por quaisquer sistemas políticos, assunto sobre o qual discorreremos na parte final do presente trabalho.

III.b. Conclusão da primeira parte e prólogo da segunda

Acreditamos que por meio dos tópicos precedentes pudemos delinear os contornos gerais da teoria positivista/normativista de Kelsen, uma vez indicado o momento histórico no qual fora concebida, indicadas suas bases teóricas e explicitados seus pontos mais relevantes. Certamente, o que mais nos interessa frisar no presente momento é que a conjunção das referidas bases teóricas e a análise dos pontos mais relevantes da doutrina positivista kelseniana apontam para apenas uma das faces de seu pensamento, bem como o rigor da metodologia adotada por Kelsen na construção de sua teoria sobre o Direito, sendo tal rigor metodológico, de inspiração kantiana, responsável pela delimitação do objeto de estudo da ciência jurídica à norma jurídica e, por conseqüência, da exclusão da Justiça de referido objeto.

Este estudo preliminar da teoria jurídica kelseniana revela-se, contudo, essencial para compreensão dos escritos de Kelsen sobre a Justiça, os quais compõem uma face diversa de seu pensamento. Nas palavras de Bittar e Almeida (2008, p. 368), com as quais concordamos, “para que se possa dizer algo sobre o Kelsen da justiça, é necessário passar anteriormente pelo esquadramento de conceitos-chave e pontos nodais de desenvolvimento de sua teoria do Direito”. O mesmo é afirmado por Losano (1992, p. 191): “es preciso partir de su teoría si se quiere comprender su teoría de la justicia”. Tão somente após se faz possível tentar estabelecer alguma relação intrínseca entre o sistema de Direito e o da Justiça, ou ainda, afirmar a tese contrária da inexistência de tal conexão.

Deve mesmo ser salientado que na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1960, nosso autor incluiu um importante ensaio sobre a Justiça – *O Problema da Justiça* – em que pese a afirmação incisiva de que

tal questão deve encontrar-se ausente da teoria jurídica, o que revela ao menos a multiplicidade de interesses de campos e objetos de estudos por parte de Kelsen. Referido ensaio, agora publicado de forma autônoma, traz em seu bojo discussões sobre a Justiça sob o prisma axiológico, eis que esta é concebida por Kelsen como um valor, consoante explicações que se seguirão. Nesta medida, a teoria criada para explicar o Direito enquanto ciência com objeto próprio e plenamente delimitado não se mostra capaz de responder o que seria justo e o que seria injusto, de forma que somente após estudar o valor Justiça poderemos tentar dizer algo sobre eventual conexão entre Direito e Justiça no pensamento kelseniano, conexão esta negada de forma tão veemente e sistemática na *Teoria Pura do Direito*.

Caberá, pois, na continuidade deste trabalho com a exposição dos estudos de Kelsen sobre a Justiça platônica (capítulos 45 a 48 da obra *A Ilusão da Justiça*), ao mesmo tempo revelar seu interesse por um tema que segundo ele próprio não integra o estudo da ciência jurídica e, ao final, procurar estabelecer alguma conexão entre essas facetas diversas de seu pensamento ou justificar a ausência de tal conexão.

No que tange à *Teoria Pura do Direito*, o que pode desde já ser afirmado é que, embora se trate de um reducionismo do complexo fenômeno jurídico, tal reducionismo não tem por função negar a complexidade do fenômeno jurídico, antes, busca simplificá-lo para que seja possível conhecê-lo dentro de parâmetros considerados científicos pelo modelo epistemológico em voga à época de sua concepção.

IV. Kelsen e a questão da Justiça – a invocação a Platão

Afirmar que a Justiça não se constitui objeto da ciência jurídica para o Positivismo normativista kelseniano (ou seja, que se encontra fora das discussões da *Teoria Pura do Direito*) não corresponde a afirmar que Kelsen não possuía preocupações para com o estudo acerca da Justiça. Certamente a verificação do número de obras escritas por ele sobre o tema [da Justiça] por si só indica sua preocupação e, ao mesmo tempo, a relevância do tema em seu pensamento. De tais obras destacam-se *O Problema da Justiça*, *O que é Justiça?* e *A Ilusão da Justiça*. O ponto de partida para tais obras é a conceituação da Justiça como valor e, nesta medida, como algo relativo. Ocorre, porém, que mesmo em sua *Teoria Pura* Kelsen (2000, p. 75) afirma que

“Se, pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom”.

Em *O Problema da Justiça* (2003), Kelsen parte da definição da Justiça enquanto “qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens” (p. 4). A partir daí, afirma que o juízo de valor não pode incidir sobre normas (p. 5), o que conduz à conclusão de que há independência da validade da norma positiva relativamente à norma de justiça (p. 7), no que reitera preceito de sua *Teoria Pura do Direito*. Novamente indicada a delimitação do objeto da ciência jurídica, é realizada a distinção entre normas de justiça do tipo racional e normas de justiça do tipo metafísico. Como exemplo da primeira categoria cita a fórmula do *suum cuique* - dar a cada um o que é seu (p. 18), a regra de ouro do cristianismo (p. 19), o imperativo categórico kantiano (p. 21), o meio-termo aristotélico (p. 29), o princípio retributivo (p. 31), o conceito marxista de justiça (p. 41) e o preceito cristão do amor ao próximo (p. 46). Como exemplo da segunda categoria cita a idéia de Justiça em Platão (p. 62) e a Justiça como amor a Deus (p. 63). Na segunda parte da obra sob comento, Kelsen

passa a tratar da doutrina do direito natural, a qual concebe como uma teoria idealista e dualista do Direito (p. 67)⁴⁰, seja qual for sua vertente: de fundamentação metafísico-religiosa (p. 72), com base na natureza humana (p. 76) ou de base racionalista (fls. 85). Por fim, critica a doutrina de um direito natural variável (p. 100)⁴¹ e conclui a obra diferenciando a fundamentação da validade do direito positivo segundo a doutrina jusnaturalista em contraposição à *Teoria Pura do Direito* (p. 115).

Em *O que é Justiça?* (1997), Kelsen inicia sua exposição afirmando que a Justiça é uma das questões eternas da humanidade, a debatida com mais passionalidade dentre elas e que, entretanto, continua (e continuará) sem resposta definitiva. Concebida a Justiça como um problema de resolução de conflitos de interesses ou de valores, ela é, antes de tudo, “uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social” (p. 2). A questão do tratamento tradicional da justiça enquanto virtude do homem, tal qual concebiam Platão, Aristóteles e seus seguidores, é posta em segundo plano, na medida em que “um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa” (p. 2). Enquanto valor, a Justiça encontra-se sujeita às colocações e posições diversas em um sistema axiológico hierarquizado, concorrendo com valores como liberdade, igualdade, segurança, verdade, compaixão etc, vindo, pois, a ocupar posições diversas em conformidade com o pensamento daquele que realiza tal hierarquização. Desta forma, a resposta a ser fornecida acerca da Justiça nesta escala de valores é variável, “terá sempre o caráter de um juízo de valor subjetivo e, portanto, relativo” (p. 7). O que se pode afirmar, entretanto, é que a Justiça será sempre concebida como um problema de justificação do comportamento humano, o que torna necessária a formulação de teorias que tentem dar explicações acerca de sua natureza e funcionamento. Tais teorias criadas ao longo dos séculos foram chamadas por Kelsen de “fórmulas vazias da Justiça” (p. 14), na medida em que estão sempre a depender de conceitos outros que as complementem, conforme já

⁴⁰ A doutrina do Direito Natural é denominada idealista pelo fato de conceber um sistema de Direito ideal, ou, nas palavras do próprio Kelsen, “que não é posto pelo homem mas emana de uma autoridade transcendente” (2003, p. 68). Também é chamada de dualista por distinguir “uma esfera empírica e uma esfera transcendente, cujo esquema clássico é a Teoria das Idéias de Platão” (2003, p. 68). Ao conceito de idealismo é contraposto o de realismo, enquanto ao de dualismo é contraposto o de monismo.

⁴¹ Kelsen afirma que a doutrina do Direito Natural é baseada na idéia de justiça absoluta, de modo que, ao abandoná-la, nega a si própria e coloca-se no mesmo plano do positivismo jurídico.

expusemos em poucas palavras no intróito deste trabalho. Após discorrer brevemente sobre tais fórmulas, a obra prossegue com capítulos específicos nos quais são analisadas as idéias de Justiça nas Sagradas Escrituras (p. 27), a Justiça Platônica (p. 81), a doutrina da Justiça de Aristóteles (p. 109) e a doutrina do Direito Natural, para a qual são dedicados dois capítulos – o primeiro no qual se trata do Jusnaturalismo perante o tribunal da ciência (p. 137) e o segundo no qual se analisa a idéia de uma teoria dinâmica do Direito Natural (p. 177). Após exposição e análise de tais doutrinas fundamentais acerca da Justiça, Kelsen retoma discussões já anteriormente travadas na sua *Teoria Pura do Direito*, a saber: a questão dos juízos de valor na ciência do Direito (p. 203), o Direito como técnica social específica (p. 225), a questão da validade do Direito - sob o questionamento: “*Por que a lei deve se obedecida?*” (p. 251). Em continuidade, nosso autor prossegue sua obra fazendo explanações gerais sobre a *Teoria Pura do Direito*, procurando também diferenciá-la da Jurisprudência Analítica, sobretudo aquela da obra de John Austin, em que pesem os pontos em comum de ambas as teorias, dentre os quais se destaca a exclusão da filosofia da Justiça e da sociologia do Direito da cognição do Direito Positivo (p. 261). Finaliza, após, a obra sintetizando a questão do Direito, Estado e Justiça na *Teoria Pura do Direito* (p. 285), bem como expondo os conceitos de causalidade e imputação (p. 301) e Ciência e Política (p. 349). Tal finalização constitui-se, desta forma, retomada da questão metodológica fundamental da distinção entre o jurídico e o político com finalidade de preservar o caráter científico da Jurisprudência.

Em *A Ilusão da Justiça* (1998), uma das obras póstumas de Kelsen, nosso autor trata de um tema filosófico ao qual se dedicara com afinco durante boa parte de sua vida, qual seja, o estudo da filosofia social de Platão, de forma bastante abrangente. A obra é dividida em quatro partes essenciais: uma introdução, na qual se discorre acerca do dualismo platônico; o primeiro livro, que versa sobre o amor platônico e a questão geral do poder; o segundo livro que trata da verdade platônica e o terceiro, no qual se discorre sobre a Justiça. Este último encontra-se subdividido em capítulos que tratam da Justiça como retribuição, onde são tecidas explicações sobre o pitagorismo (p. 273); da concretização da Justiça – o que implica o estudo sobre a doutrina platônica sobre a alma (p. 328); do conhecimento da Justiça – o que implica a doutrina platônica sobre as idéias (p.

408); da essência da Justiça (p. 446) e, para fins concludentes, da doutrina platônica sobre o Direito Natural (p. 504). Em princípio, para fins de delimitação do tema desta segunda parte de nosso trabalho, interessa-nos o estudo voltado a este terceiro livro, que tem por objeto a análise da Justiça e, de forma ainda mais específica, de sua primeira parte, da qual exsurge o conceito mais pragmático da Justiça na obra de Platão, segundo Kelsen – a Justiça enquanto retribuição, conceito este também explicitado na obra *O que é Justiça?*, citada no parágrafo anterior.

Deve ser ressaltado no presente momento, uma vez delimitado o objeto de estudo desta segunda parte de nosso trabalho, a saber, a Justiça platônica enquanto retribuição, segundo exposição realizada por Kelsen, que as considerações sobre a teoria platônica que se seguirão não têm o condão de tratar com a devida profundidade e especificidade a obra de Platão, o que não caberia no bojo desta sucinta dissertação e certamente exigiria de nossa parte pesquisas mais aprofundadas, mas tão somente resgatar postulados básicos da teoria platônica que também se constituíram objeto da observação kelseniana.

IV.a. Platão – breves notas biográficas

Platão, cujo verdadeiro nome era Arístocles, nasceu em 427 ou 428 a.C., em Atenas. Proveniente de uma família aristocrática, descendia de Sólon por parte de mãe e do rei Codro por parte de pai. O primeiro contato de Platão com a política provavelmente se deu em 404-403 a.C., ocasião em que dois de seus parentes, Cármides e Crítias, participaram do governo oligárquico dos Trinta Tiranos como personagens de destaque. Este primeiro contato revelou-se decepcionante, atingindo a decepção seu ápice com a condenação de Sócrates, seu mestre, em 399 a.C. – fato este determinante para a vida de Platão e também para suas concepções políticas, notadamente no que concerne às críticas ao governo democrático. Após resolver afastar-se da militância política, foi para Megara com outros socráticos e posteriormente à península itálica, onde conheceu a comunidade dos pitagóricos. Posteriormente foi convidado a ir à Sicília, a Siracusa, pelo tirano Dionísio I, com quem se desentendeu a ponto de ser necessário que fosse resgatado. Ao retornar a Atenas fundou sua famosa Academia (assim denominada por se situar ao lado do templo do herói mitológico Academo), que se firmou como importante centro de ensino, passando a atrair jovens e homens ilustres em número considerável. Segundo estudiosos como Trabattoni (2009, p. 13), tratava-se de uma espécie de instituto de estudo superior, dedicado às investigações em geral, mas também à preparação de homens políticos e legisladores. Permaneceu na direção da Academia por quarenta anos, até sua morte em 347 a.C., quando então a direção desta foi passada ao seu sobrinho, Espeusipo, por disposição testamentária. A importância da Academia pode ser pensada a partir do fato que sua extinção só se deu em 529 de nossa era, por decreto do imperador Justiniano.

Os escritos de Platão, de forma surpreendente, chegaram a nossos dias em sua integralidade – quarenta e dois diálogos, dos quais vinte e oito são reconhecidos como autênticos (*Hípias Menor, Alcibíades, Apologia de Sócrates, Eutífron, Críton, Hípias Maior, Lísis, Cármides, Laques, Protágoras, Górgias, Menon, Fédon, O Banquete ou Simpósio, Fedro, Íon, Menexeno, Eutidemo, Crátilo, A República, Parmênides, Teeteto, O Sofista, O Político, Filebo, Timeu, Crítias e As Leis*); um contestado (*Epínomis*), seis suspeitos (*Segundo Alcibíades, Hiparco,*

Minos, Os Rivais, Teages e Clitofonte) e seis apócrifos (*Do Justo, Da Virtude, Demódoco, Sísifo, Eríxias, Axíoco e Definições*). Além dos diálogos há treze cartas cuja autoria é atribuída a Platão, embora nem todas sejam atestadas⁴².

A importância de Platão, e por consequência do platonismo, revela-se como algo ímpar na história do pensamento ocidental. A professora de Filosofia Antiga da Universidade de São Paulo, Dra. Lygia Watanabe, afirmou ser ele “talvez o mais conhecido de todos os filósofos da história da filosofia” (1995, p. 27) e o mais traduzido de todos os pensadores. Alfred Whitehead (1861-1947), importante matemático e lógico inglês, notabilizou-se ao afirmar em sua obra *Process and Reality: an Essay in Cosmology* que “a mais segura caracterização geral da tradição filosófica européia é que ela consiste em uma série de notas de rodapé a Platão”⁴³. Giovanni Reale (2007, p.7) afirma que “é hoje convicção universal que Platão constitui o vértice mais alto atingido pelo pensamento antigo”. Jaeger (1995, p. 581), importante estudioso da cultura grega, afirmou que “Platão ocupava o centro do universo espiritual da Grécia, em que todos os olhares convergiam para a sua Academia, e ainda hoje se continua a definir o caráter de uma filosofia, seja ela qual for, pela sua relação com aquele filósofo”. Kelsen, por seu turno, reconhece Platão como a mais importante personalidade intelectual que tenha buscado a compreensão acerca do que se denomina Justiça.

Certamente, a inquestionável importância do pensamento platônico foi percebida com acuidade por Kelsen, o que justifica a existência de considerável número de páginas nas quais nosso autor se debruça sobre o mestre de Aristóteles. Importante frisar, também, que a análise do pensamento de Platão por Kelsen se deu de forma sistemática, em especial por não deixar de levar em consideração as discussões metodológicas e preliminares que são fundamentais para uma compreensão minimamente satisfatória da teoria platônica. Este é, justamente, o ponto sobre o qual discorreremos no próximo tópico.

⁴² Segundo Trabattoni (2009, p. 14), das treze cartas apenas uma ou duas são de fato autênticas, somente não recaindo dúvida sobre a autenticidade da Carta VII, considerada a mais longa e a mais interessante. Carlos Alberto Nunes, por seu turno, na introdução de sua tradução às Cartas (2007), afirma que “já passou em julgado o célebre processo da inautenticidade dessas cartas”.

⁴³ Embora essa tese seja fonte de muita polêmica e crítica, o próprio Whitehead afirma que não quer se referir ao esquema sistemático do pensamento que os estudiosos extraíram do pensamento platônico, antes, quer indicar a riqueza das idéias gerais disseminadas em seus escritos.

IV.b. Questões preliminares necessárias para interpretação da obra platônica

A obra de todo grande filósofo deve ser analisada sob a perspectiva de determinados pressupostos que ele próprio tenha se colocado. No caso específico de Platão, certamente o primeiro e mais essencial pressuposto a ser pensado diz respeito à forma dialógica por meio da qual sua obra fora redigida. Tal forma certamente encontra-se vinculada aos hábitos das discussões filosóficas de Sócrates com seus discípulos, dentre os quais se encontra Platão, podendo ainda falar-se na influência dos sofistas, os quais recorriam ao método de perguntas e respostas para transmissão do conhecimento, bem como do teatro grego⁴⁴. A respeito desta última influência, deve ser destacado que a parte introdutória dos diálogos apresenta circunstâncias, reais ou fictícias, nas quais a cena transcorrerá. Este enquadramento inicial, que, longe de se constituir mero exercício de cenografia, aponta para questões fundamentais a serem observadas no curso e na interpretação dos próprios diálogos, difere de obra para obra. Enquanto em alguns diálogos o enquadramento recebe uma menor elaboração, a exemplo do que ocorre com *Hípias Menor*, em outros a elaboração não só se revela sofisticada como é retomada ao final das discussões, sendo o *Fédon* grande exemplo desta segunda categoria. O próprio Kelsen (1997, p. 92), ao discorrer sobre a opção de Platão pela forma dialógica em detrimento da forma monológica de um tratado científico, afirma que desta maneira poderiam ser apresentados os diversos lados de um problema, além do que o diálogo seria uma escapatória à necessidade de identificar-se com quaisquer das teorias nele expostas, por mais bem fundamentadas que fossem. Não há dúvidas, porém, que o fato de o próprio Platão não figurar como personagem levanta-nos o problema consistente no reconhecimento da verdadeira opinião de Platão (ou mesmo estabelecer se de fato há uma opinião). Sequer se faz possível afirmar com exatidão que o condutor ou personagem principal do diálogo expressa o pensamento ou teses defendidos por Platão, consoante bem adverte Trabattoni (2009, p. 17), o que pode levar à conclusão, conforme palavras do referido comentador, que “Platão escreveu diálogos sem introduzir a si mesmo como personagem protagonista porque a função de sua obra era análoga àquela da

⁴⁴ A este respeito afirma Kelsen (1997, p. 92): “Platão é realmente um dramaturgo, exceto pelo fato de o efeito por ele desejado não ser estético, mas de natureza religiosa e moral”.

poesia dramática, isto é, descrever como em um teatro o encontro e o confronto entre determinadas posições e não expor suas teses principais” (2009, p. 18). Ainda por conta da opção de Platão pela forma dialógica, levanta-se a questão acerca da natureza do diálogo platônico: literatura ou filosofia? Independentemente da resposta – mesmo porque a resposta a tal questionamento não seria comportada no tema delimitado deste breve trabalho – é possível afirmar que um texto, seja ele filosófico ou literário, nada mais é que um discurso sobre a realidade, discurso este que poderá ter contornos mais abstratos (como se dá com a maior parte dos textos da Filosofia) ou mais concretos, calcados em fatos (tal como se dá com os textos literários), mas, em ambas as hipóteses o resultado é o texto, uma estrutura discursiva cuja diferenciação de forma encontra-se distante de implicar uma diferenciação de matéria ou conteúdo. Em outras palavras, longe de quisermos traçar os tênues limites entre o discurso filosófico e o literário, queremos apenas ressaltar dois pontos: que os diálogos de Platão constituem-se textos a serem apreciados tanto por filósofos quanto por literatos e que se mostra fundamental não perder de vista a forma literária por meio da qual Platão expõe sua Filosofia.

Os títulos dos diálogos, por seu turno, apontam geralmente para nomes próprios de personagens reais cuja existência histórica é atestada não apenas por Platão, mas por outras fontes seguras⁴⁵. Exceção a tal regra, dentre os diálogos reputados autênticos, são a *Apologia de Sócrates*, *O Banquete*, *A República* e *As Leis*.

A questão da cronologia dos diálogos, por fim, será tratada um pouco mais adiante, quando falarmos especificamente da questão atinente à evolução do pensamento platônico (V.b.3).

⁴⁵ A grande e notável exceção a esta regra é o personagem Cálicles, do diálogo *Górgias*. A respeito, cogita-se ser Cálicles um pseudônimo dado por Platão a uma figura histórica que preferiu não identificar pelo próprio nome ou, em contrapartida, uma mera figura de ficção que sintetizava as características de tantos políticos democráticos que gozavam do desprezo de Platão. Concordamos, entretanto, com Segurado e Campos (1999, p. 48-49) que afirma: “mais interessante, porém, do que tentar descobrir quem foi o Cálicles real, é apreciar o modo como Platão caracteriza a personagem”, que tem como traços essenciais a ambição pela carreira política, o interesse na retórica que lhe serve para atingir tal finalidade e a convicção de que o regime democrática não é o preferível, eis que não é natural (pois o conjunto dos mais fracos impõe, por meio de uma convenção, sua vontade aos melhores). Deve-se destacar, ainda, o fato de ser leal as suas mais íntimas convicções, embora as externe de maneira muitas vezes grosseira (v.g., *Górgias*, 490,e).

IV.b.1. A questão da unidade do pensamento de Platão

O maior problema sobre o qual se debruçam os estudiosos de Platão, desde a Antiguidade até nossos dias, consiste na reconstrução da unidade de seu pensamento com finalidade de se alcançar uma visão ordenada de todo o complexo de discussões e conceitos que os diálogos nos oferecem. Leibniz, citado por Giovanni Reale (2007, p 31), afirmou que “se alguém reduzisse Platão a um sistema prestaria um grande serviço ao gênero humano”. Na mesma linha de pensamento, Edson Bini, importante professor e tradutor de Platão, afirma na introdução que redige para sua tradução de *As Leis* que

“diferentemente de outros filósofos antigos, filósofos medievais e modernos, Platão não é precisamente um *filósofo de sistema*, à maneira de Aristóteles, Plotino, Espinosa, Kant ou Hegel, que expressam sua visão de mundo por meio de uma rigorosa exposição constituída por partes interdependentes e coerentes que, como os órgãos de um sistema, atuam em função de um todo e colimam uma verdade total ou geral. Mas, Platão também não é um pensador *assistemático* nos moldes dos pré-socráticos (cujo pensamento precisamos assimilar com base nos fragmentos que deles ficaram) e de expoentes como Nietzsche e Wittgenstein, que exprimem sua visão do universo através de máximas e aforismos, os quais pretendem na sua suposta independência relativa dar conta da explicação ou interpretação do mundo”. (1999, XLI)

Schleiermacher⁴⁶ (1768-1834) funda uma hermenêutica sobre a obra platônica segundo a qual os diálogos platônicos têm uma unidade estrutural e exprimem um sistema preciso, ou seja, reconstrói-se a unidade do pensamento platônico segundo uma perspectiva monista, idealista e romântica, conforme expõem Giovanni Reale (1997, p. 41-42) e Werner Jaeger (1995, p. 582-583). Tal

⁴⁶ Explica-nos Marilena Chauí (2002, p. 221), ao discorrer sobre as diversas interpretações de Platão ao longo da história do pensamento, que “o Platão dos românticos do final do século XVIII e início do século XIX, redescoberto sobretudo pelos estudos filológicos de Schleiermacher, é o filósofo do sistema, isto é, nele, teologia, política, ética, teoria do conhecimento são aspectos internamente articulados de uma única doutrina acabada e coerente”.

hermenêutica tem por pressuposto a concepção segundo a qual Platão teria planejado o conjunto da exposição de sua doutrina antes de escrevê-lo, executando tal plano sem qualquer alteração.

Em contrapartida, há aqueles que vêm na análise dos temas tratados por Platão a utilização de expressões e idéias discordantes e mesmo contraditórias, sobretudo quando se cotejam os primeiros diálogos com os escritos posteriores. Neste sentido, Carlos Alberto Nunes, na introdução à sua tradução do diálogo *Fedro*, afirma que

“cada diálogo constituía uma unidade estanque, peculiaridade, aliás, muito própria do estilo de Platão, que raramente se permite alusões veladas a seus escritos posteriores. Só depois de alguns séculos, no raiar de nossa era, ocorreria a Trasilio distribuir os Diálogos em tetralogias, numa classificação arbitrária e de todo alheia ao critério cronológico, e que os editores modernos do texto ainda acatam, por amor à tradição” (2007, p. 17).

Sob uma perspectiva intermediária, Giovanni Reale, acompanhado de Gaiser (autor de *Platone come scrittore filosofico* e *La metafísica della storia in Platone*) reconhece que há lacunas nos diálogos platônicos, de modo que não se faz possível falar em sistema no sentido hegeliano, ou seja, um complexo de proposições rigidamente fechado, escolástico, estabelecido de uma vez por todas (2007, p. 33). Entretanto, afirma que podemos falar em sistema como uma “conexão orgânica de conceitos em função de um conceito-chave (ou de alguns conceitos-chave)” (2007, p.32). Nesta perspectiva o “sistema não tem nada a ver com rigidez sistematizante e estreitezas dogmáticas, mas apresenta-se como um projeto do eixo de sustentação principal das pesquisas, dos eixos de sustentação com ele conexos e das suas implicações” (2007, p. 32)

Dentre essas possibilidades hermenêuticas apresentadas, posiciona-se Kelsen, valendo-se da autoridade dos ensinamentos de Werner Jaeger, em uma das notas da obra *A Ilusão da Justiça* (p. 580), afirmando textualmente que se trata

“de um equívoco supor, juntamente com Schleiermacher, que os diálogos platônicos compõem um todo sistemático, e que nenhum deles se explica por si só; os diálogos de Platão espelhariam um desenvolvimento gradual do pensamento platônico, sendo pois inadmissível explicar a partir de obras posteriores uma determinada obra na qual um problema apresenta-se formulado pela primeira vez”.

As implicações do posicionamento de Kelsen acerca da unidade do pensamento de Platão poderão ser melhor verificadas quando tratarmos, nas páginas que se seguem, da questão relativa à evolução do pensamento platônico.

IV.b.2. A questão da ironia e sua função nos diálogos platônicos

Goethe, citado por Reale (2007, p. 33), afirmou que

“quem soubesse explicar-nos que coisa homens como Platão disseram com seriedade, por brincadeira ou de modo brincalhão, e o que disseram por convicção ou então simplesmente por modo de dizer, certamente nos prestaria um serviço extraordinário e traria uma contribuição infinitamente valiosa à nossa cultura”.

Não há dúvidas, porém, que a ironia⁴⁷ encontrada nos diálogos platônicos, herdada do pensamento socrático, embora dificulte a interpretação de seu conteúdo, possui profundo valor metodológico. Longe de se constituir mera simulação, certamente a ironia constitui-se numa postura diante da verdade, sobretudo porque sua utilização conduz à verdade, suscitando-a ao invés de simplesmente impô-la. Para demonstrar a postura questionadora diante de

⁴⁷ O termo “ironia” é utilizado comumente com sentido depreciativo, sinônimo de sarcasmo ou zombaria velada. No grego, entretanto, tal termo relaciona-se diretamente com a interrogação, notadamente o interrogar-se fingindo ignorância. Desta forma, com sua utilização pelo interlocutor, aqueles que eram questionados ficavam libertos da pretensão de que tudo sabiam e, a partir daí, podiam iniciar o caminho da reconstrução das próprias idéias.

afirmações, que poderão ou não corresponder à verdade, os próprios personagens dos diálogos platônicos, em determinados momentos, se questionarão acerca da ironia demonstrada pelo interlocutor (geralmente, Sócrates), a exemplo do que ocorre com Cálicles no *Górgias*: “Dize-me uma coisa, Querofonte: Sócrates está falando sério ou é brincadeira?” – 481, b. Sócrates, diante do questionamento que lhe é feito, dá continuidade à sua exposição, sem respondê-lo.

Não deve ser outra, desta forma, nossa postura diante da leitura e análise da obra de Platão.

IV.b.3. A evolução do pensamento platônico

A questão da unidade do pensamento platônico tratada anteriormente (IV.b.1) está intimamente ligada à questão da evolução de seu pensamento, a qual, por sua vez, repousa em questionamentos acerca da cronologia dos diálogos. Na ausência de uma cronologia precisa, os estudos realizados pelos platonistas, de uma forma praticamente consensual, apontam para uma divisão da obra de Platão em três grandes períodos, tendo-se por critério essencial a consideração da Teoria das Formas ou Teoria das Idéias.

No primeiro período, situado cronologicamente entre as datas da morte de Sócrates e da primeira viagem de Platão à Sicília (399 a.C. – 388 a.C.), estão situados os diálogos denominados aporéticos, assim chamados por apresentarem a discussão de um problema sem qualquer solução de cunho definitivo, ou seja, a discussão travada põe em destaque as dificuldades das questões debatidas. Estas questões são, de sua vez, de caráter predominantemente ético-político, o que explica o fato de tais diálogos versarem sobre as mais diversas virtudes. Integram este período *Laques*, *Cármides*, *Eutífron*, *Lísis*, *Protágoras*, *Hípias Menor*, *Íon*, *Hípias Maior*, *Apologia de Sócrates*, *Críton* e *Górgias*⁴⁸. Deve

⁴⁸ Em seus pormenores, a cronologia a que nos referimos está sujeita a algumas controvérsias clássicas. Tal vez a mais conhecida é aquela acerca da posição do diálogo *Górgias*. Se por um lado tal diálogo tem a forma aporética, por outro já anuncia a Teoria das Formas. Assim, pode ser considerado o último dos diálogos do primeiro período ou, ainda, o primeiro dos diálogos do segundo período. Inegável, pois, sua classificação como “diálogo de transição” (Campos, p. 32).

ser destacado, ainda, que neles a figura de Sócrates é central, quer por se apresentar o mestre como condutor do diálogo, quer pelo fato de estarem tais diálogos permeados por ensinamentos do próprio Sócrates. Nas palavras de Roberto Bolzani Filho, em sua introdução à obra *A República* traduzida por Anna Lia Amaral de Almeida Prado (Martins Fontes, 2006), há um “pantanosos terreno da distinção entre Sócrates e Platão nos diálogos”. É comum serem tais diálogos classificados também como diálogos da juventude. Acerca de tais diálogos, o próprio Kelsen (1997, p. 97) expressou de forma direta sua opinião: “Os diálogos escritos por Platão na juventude, enquanto ainda estava sob a influência de Sócrates, nos quais trata direta ou indiretamente do problema da justiça, perdem-se em uma análise estéril de conceitos, em tautologias vazias; eles são mais ou menos sem resultado”.

No segundo período, iniciado após a fundação da Academia, no qual o empenho dos discípulos em reabilitar a memória do mestre Sócrates já não se faz tão presente, teria sido elaborada a Teoria das Formas, a qual tem na *República* sua mais completa formulação. Nele, as questões de problemática ético-política são reavaliadas a partir das instâncias da filosofia da natureza. Integram tal período os diálogos *Mênon*, *Crátilo*, *Eutidemo*, *Menexeno*, *Banquete*, *Fédon*, *República*⁴⁹, *Fedro*, *Parmênides* e *Teeteto*. Trata-se dos chamados diálogos da maturidade.

O terceiro período, por fim, iniciado após a segunda viagem de Platão à Sicília, apresenta diálogos nos quais Sócrates não é a figura central, embora participe de quase todos eles, e nos quais Platão realiza um processo de

⁴⁹ Este diálogo, considerado central no *corpus* platônico, é composto por dez livros, sendo que alguns importantes autores, dentre os quais Victor Goldschmidt, sustentam a tese de que a escrita do Livro I não se dera juntamente com o restante da obra, o que pode ser aferido a partir das diferenças de estilo e vocabulário em relação aos demais livros do diálogo. O desenvolvimento de tal tese fez com que alguns autores chegassem à conclusão de que o Livro I da *República* constituía-se um diálogo inicialmente autônomo, integrante do primeiro ciclo das obras platônicas, e que foi, posteriormente, incorporado pelo próprio autor à sua grande obra. Verdadeira ou não tal tese, o certo é que tal livro cumpre de modo adequado suas funções de introduzir o tema – a Justiça – e levantar teses a serem debatidas/refutadas a seu respeito. Leia-se, a respeito, a nota 19 da introdução de Roberto Bolzani Filho à tradução da *República* de Anna Lia Amaral e Jaeger (1995, p. 603). A este respeito, Kelsen (1997, p. 97) defende a tese de que o Livro I da *República* teria por base o diálogo *Trasímaco*, do próprio Platão, obra esta que não teria sido completada inteiramente nem publicada de forma autônoma. Em outra obra (1998, p. 283), afirma textualmente que “se é correto, conforme supomos, que o *Trasímaco* é obra da juventude de Platão, apenas posteriormente transformada no primeiro livro da *República*, é forçoso supor que suas últimas palavras compõem a transição com a qual ele inseriu, em sua obra madura, pensamentos de um período já remoto de sua vida. Elas nos revelam por que o *Trasímaco* permaneceu inacabado: com toda sua especulação conceitual, Sócrates não lograra conduzi-lo à essência da justiça”.

revisão de uma série de problemas antigos, dando ao pitagorismo um novo sentido e colocando a cosmologia no centro do debate filosófico. Integram tal período *O Sofista*, *O Político*, *Filebo*, *Timeu*, *Crítias* e *As Leis*, os denominados diálogos da velhice.

A distinção dessas três fases da obra e do próprio pensamento platônico auxilia na compreensão da concepção de Justiça que aparece em cada uma delas, bem como na exposição que dela fará Kelsen no terceiro livro, capítulos 45 a 48 de sua *A Ilusão da Justiça*. Tal exposição, de sua vez, torna clara a adesão de Kelsen à tese de que o pensamento de Platão, longe de se constituir uma unidade, representa uma evolução não apenas de forma, mas também de conteúdo. No que tange ao tema da Justiça, entretanto, deve ser ressaltado que tais alterações em nenhum momento representaram um abandono ao tema, antes, representaram a evolução do pensamento platônico como um todo, haja vista o papel central que nele desempenha a Justiça – a “virtude política por antonomásia”, nas palavras de Jaeger (1995, p. 755).

IV.b.4. A utilização do Mito no pensamento de Platão

O mito pode ser definido como um discurso que uma coletividade transmite oralmente de uma geração a outra, com finalidade de conservar na memória aquilo que julga ser seu passado, permitindo, desta forma, que esta sociedade transmita a seus membros seu sistema de valores (Brisson, 2003, p. 306).

Muito se afirmou que a Filosofia teria nascido por conta da ruptura com as explicações mitológicas criadas na tentativa de explicar a realidade. Sob esta perspectiva, constitui-se a Filosofia a primeira das explicações científicas produzidas no mundo ocidental acerca da realidade. Segundo Marilena Chauí (2006, p. 36), para alguns autores tal ruptura teria sido radical e para outros a Filosofia teria nascido de uma racionalização gradual e paulatina dos próprios mitos. Esta segunda hipótese parece ser a que melhor se adapta à tentativa das explicações das

exposições realizadas por Platão que, conforme veremos mais adiante, valeu-se dos mitos de forma bastante peculiar na exposição de suas idéias.

Os próprios filósofos ao se depararem com o mito na obra platônica forneceram explicações divergentes a respeito, consoante anota Reale (2007, p. 40-44). Hegel concebia o mito como parte da pedagogia do gênero humano, afirmando, contudo, que “quando o conceito amadurece não tem necessidade de mitos”. Logo, o mito em Platão teria um valor filosófico negativo, eis que denotava o não amadurecimento de conceitos. Em contrapartida, Heidegger chegou à conclusão diametralmente oposta, pois inseria o mito na mais autêntica metafísica platônica.

De qualquer forma, a reproposição e revalorização do mito em Platão estão ligadas diretamente à sua adesão às teses do orfismo⁵⁰, de tendência e orientação místicas. Não por outra razão, a partir do *Górgias*, diálogo cuja cronologia já discutimos anteriormente, a argumentação desenvolvida terá o mito como um de seus sustentáculos, sobretudo porque por meio dele expõem-se os limites da razão humana. Em assim sendo, o mito constitui-se uma verdadeira tentativa de superação intuitiva desses limites e, por conseqüência, no coroamento da razão. Ilustrativas, a respeito, as palavras do personagem Cálicles no diálogo *Górgias* (513, c): “Não sei explicar por que me parece bem o que disseste, Sócrates; porém comigo se dá como com quase toda a gente: não chegas a convencer-me”. Pouco depois, Sócrates narra um mito, ao qual faremos referência posteriormente, e então conclui no *Górgias* (527,a-b):

“É possível que consideres tudo isso uma simples idéia de velhas, que só merece o seu desprezo. Não fora nada extraordinário que nós também a desprezásemos, se em nossas investigações encontrássemos algo melhor e mais verdadeiro”.

⁵⁰ A respeito explica-nos Christophe Rogue (2005, p. 203): “Orfismo – relativo a certo cultos místéricos que estavam ligados a poemas que eram atribuídos a Orfeu. Nesses ritos de caráter iniciático, o fiel purificava-se das faltas ligadas ao corpo para levar a sua alma, através de suas vidas nos corpos sucessivos, ao repouso prometido aos Bem-aventurados. O orfismo e o caráter ascético de suas crenças influenciam diretamente a Platão em temas como *corpo-túmulo* ou a *metempsicose*”.

A este respeito, esclarecedoras as palavras de Christophe Rogue (2005, p. 64) no sentido de que “a Filosofia, em Platão, não prova pela razão a sua própria necessidade”. Assim, embora constitua-se um discurso que leva longe a realização desse ideal, não o faz de modo completo. Por este motivo, dada sua dificuldade de convencer racionalmente sua própria necessidade, o recurso do mito vem, em última instância, garantir este ideal. O apelo ao mito (à divindade e à escatologia), desta forma, deve levar à adesão à Filosofia⁵¹. Sobretudo os mitos finais no *Górgias*, no *Fédon* e na *República* podem ser explicados como prolongamentos de um *logos* racional que não pode, por si só, levar a conclusões definitivas e converter os homens à Filosofia.

Deve ser ressaltado, consoante ponderações do professor Trabattoni (2009, p. 21-22), que a utilização do mito por Platão não se faz de modo tradicional, antes, ao contrário, o pensador constrói seus próprios mitos para apresentar de modo não dogmático ou doutrinário conteúdos de natureza verdadeiramente filosófica. Por esta razão, nos diálogos platônicos não são rígidas as divisões canônicas entre mito e *logos*, entre demonstração e persuasão, entre lógica, dialética e retórica. Não se pode olvidar, entretanto, a função de persuasão desempenhada pelos mitos em Platão, persuasão esta que somente se faz possível mediante o provocar de emoções. Segundo Brisson (2003, p. 306-307), “o mito só atinge verdadeiramente seu objetivo, se ele provoca emoções. (...) Esta fusão emotiva é apresentada por Platão como o efeito de um encantamento que exerce na alma o papel de um medicamento, de uma simpatia ou mais simplesmente de uma persuasão”.

Assim, a utilização de mitos constitui-se um exprimir-se por imagens, uma aproximação aceitável e verossímil da Verdade⁵², o que se perfaz de todo válido, na medida em que pensamos não só por conceitos, mas também por

⁵¹ No mesmo sentido é a explicação fornecida por Léon Robin, em sua obra *Platon* (2002, p. 140-183).

⁵² Ilustrativas, a respeito, palavras de Timeu, extraídas de diálogo homônimo: “Se então, ó Sócrates, em muitos pontos, sobre muitas questões relativas aos deuses e ao nascimento do Universo, não chegarmos a mostrar capazes de apresentar razões integralmente coerentes e levadas à extrema precisão, não vos surpreendais. Mas se as apresentamos, de incomparável verossimilhança, devemos nos felicitar, recordando-nos que eu falo e vós que julgais, somos apenas homens, de forma que nos basta aceitar nessas matérias uma aproximação aceitável, e que não devemos buscar além” [29,c-d].

imagens. Trata-se, portanto, de vários níveis de conhecimento que, uma vez imbricados, atenuam as limitações cognitivas do homem.

IV.c. Os diálogos platônicos que versam sobre a Justiça – exposição kelseniana

Conforme já assinalado anteriormente, toda a obra platônica aponta para a questão da Justiça, ora o fazendo de forma direta, ora indiretamente. A própria exposição kelseniana sobre o tema aponta para tal fato. Não há dúvida, porém, que o tratamento que o tema da Justiça recebe no *Górgias*, na *República* e nas *Leis* coloca tais diálogos, pertencentes a períodos diversos do pensamento platônico (vide item IV.b.3 do presente trabalho), no centro da discussão que procuramos manter com base na própria exposição realizada por Kelsen.

No que concerne aos diálogos da juventude, também denominados diálogos socráticos, o tema é desenvolvido “sob influência da dialética socrática. Ela [a especulação sobre a Justiça] não vai além de tentativas formalistas de definição e, em seu resultado, não ultrapassa análises conceituais inteiramente insuficientes” (Kelsen, 1998, p. 273). Revela-se nesses diálogos a questão da aporia a que já nos referimos. Ilustrativo a este respeito é o final do Livro I da *República*:

“Parece que, antes de chegar ao que a princípio examinávamos – o que é justiça? -, deixei escapar esse tema e dei um salto, passando a examinar se ela é ou vício e ignorância, ou sabedoria e virtude; e, de novo, mais tarde, ao ocorrer a afirmação de que a injustiça é algo que traz mais vantagem que a justiça, não me contive e troquei a questão anterior por essa. Sendo assim, nada sei, e isso foi o que resultou de nosso diálogo. Se não sei o que é a justiça, dificilmente saberei se ela é uma virtude ou não e se quem a tem não é ou é feliz...” [354, b-c]⁵³

⁵³ As citações da *República* a serem utilizadas neste trabalho serão extraídas, em regra, da tradução para o português realizada por Anna Lia Amaral de Almeida Prado, editora Martins Fontes, 2006.

Esses primeiros diálogos, afirma Kelsen com base nos pareceres de Crossman e Jaeger, com destaque a este, têm a função de exemplificar um método educacional ou pedagógico, permitindo-se “penetrar na essência da moral por meio da força do *logos*” (1998, p. 579), ou seja, tais diálogos não pretendem exercitar nenhuma arte lógica da definição acerca de problemas éticos, mas são simplesmente caminhos ou método do *logos* para se chegar à conduta reta. Daí o reconhecimento de que eles, por si sós, não chegam a nenhum resultado, permanecendo questões [acerca das virtudes em geral e acerca da Justiça de forma específica] a serem respondidas. O efeito disso é diverso: “provoca no leitor uma tensão filosófica do mais alto efeito pedagógico – mas apenas desapontamento no leitor ingênuo” (op.cit., p. 580). É o nosso pensamento que deverá, nesta medida, avançar por si só na direção proposta pelo diálogo, ainda que as respostas às questões estejam além da esfera do concebível.

Assim, ao propormos a exposição do pensamento de Platão não a partir dele mesmo, mas a partir da perspectiva da obra de Kelsen, nos deteremos nos diálogos cuja questão da Justiça faz-se presente de modo mais patente. Resta-nos assinalar, ademais, que a exposição das análises dos diálogos em observância à ordem cronológica conduz a uma progressiva diminuição do teor da análise que se faz de cada um deles, na medida em que os preceitos essenciais do pensamento platônico sobre a essência da Justiça vão se repetindo, de modo que, ressaltadas as peculiaridades de cada um dos diálogos, já no primeiro deles, o *Górgias*, estarão expostos os conceitos basilares que nos permitem delinear, ainda que dentro de diversas limitações, o que Platão, segundo Kelsen, teria concebido acerca da Justiça.

IV.c.1. A doutrina da justiça no *Górgias*

O diálogo *Górgias*⁵⁴, considerado diálogo de transição entre a primeira e segunda fases da obra platônica, consoante já discutiremos em uma das notas de rodapé anteriores, tem por subtítulo *A Retórica*. Para os platonistas, o que

⁵⁴ As citações deste diálogo neste trabalho serão extraídas da tradução para o português realizada por Carlos Alberto Nunes, editora Universitária UFPA, 2002.

se busca nesta obra é a definição da arte retórica⁵⁵, arte desenvolvida pelo sofista Górgias, bem como a capacidade de ensinar e persuadir os ouvintes nas assembleias a respeito do justo/injusto, felicidade/infelicidade, moderação/intemperança. São personagens de tal diálogo Sócrates, Cálicles, Querofonte, Górgias e Polo. Por ser tratar de um diálogo socrático, consoante definição já adotada por nós anteriormente, Sócrates, enquanto condutor do debate e figura proeminente, fará ligação entre a felicidade e a prática da justiça.

Kelsen, entretanto, afirma que o verdadeiro tema central do *Górgias* é a questão da Justiça (1998, p. 284). O reconhecimento da arte retórica como arte política é tão-somente um ponto de partida do diálogo, a partir do qual surge o seguinte questionamento: “De qual dessas persuasões [persuasão enquanto fonte de crença e persuasão enquanto fonte de conhecimento] se vale a retórica nos tribunais e nas assembleias, relativamente ao justo e ao injusto?” [454,e]. Mais, ainda em seu diálogo com a personagem que lhe dá o título, Platão, na figura de Sócrates, condena a retórica justamente pelo fato dela não ser capaz de tornar os homens justos, pois o orador, mesmo discursando sobre a justiça, não precisa conhecê-la [459, c].

Na seqüência do diálogo, Sócrates debate com Polo, iniciando com este a conversa a partir de uma possível definição de retórica [461,b] e chegando a conclusão de que “o homem injusto ou que comete injustiça de qualquer forma é infeliz, e mais infeliz será, ainda, se não for punido” [472,e]. A partir de tais colocações, Kelsen (1998, p. 288-290) explicita que desta parte do diálogo surge a defesa da tese da necessidade de punição e o atrelamento entre Justiça e Felicidade⁵⁶.

Numa etapa posterior, Cálicles intervém na conversa com finalidade de convencer Sócrates que ser vítima de uma injustiça é pior que cometê-la, em contrariedade ao que havia sido dito anteriormente pelo próprio Sócrates, bem como para defender o direito do mais forte. Tal intervenção desenvolve-se

⁵⁵ Leia-se, a respeito, Segurado e Campos, 1999, p. 72-77.

⁵⁶ Kelsen (1998, p. 582) ressalta que a mesma expressão grega traduzida por “fazer o que é justo” também pode ser traduzida por “estar bem”.

longamente, com uma série de desvios cuja análise não se mostra pertinente neste breve trabalho⁵⁷. Mais, afirma Cálicles que “viver de verdade, longe de reprimir os apetites”, consiste em expandi-los tanto quanto possível e satisfazê-los à medida que forem se manifestando [491,e-492,a]. A Justiça, desta forma, em sua concepção, nada mais seria que a decorrência da fraqueza da maioria dos homens que é incapaz de satisfazer de modo suficiente suas paixões [492,b]. Sócrates, então, após os desvios já referidos, retoma os pontos de sua argumentação já expostos em sua conversa com Polo, reafirmando a necessidade da punição pelo erro e da temperança enquanto virtude a ser desenvolvida tanto nos assuntos particulares como públicos, com fins à felicidade [507,d-e].

A questão que permanece em aberto, todavia, é a própria indicação, bem como a definição, de quais seriam os princípios do Bem e do Justo imanentes à razão humana, remanescendo a dúvida se a razão humana seria capaz de proceder a tais determinações com a precisão que gostaríamos. Consoante afirma o próprio Kelsen (1998, p. 300), não se atinge a “definição do valor moral, mas tão-só a exigência de concretização de um valor moral cujo conteúdo fica inteiramente indefinido”. Abrem-se, pois, as portas para a conclusão do diálogo por meio do mito da retribuição no além.

A injustiça, em conseqüência, ainda que não definida – o que também se dera para com a Justiça – deve ser evitada por conta das conseqüências que acarreta no Além. Platão desenvolve, neste ponto, explicações com base na doutrina órfico-pitagórica, segundo a qual a alma do homem é posta diante de um tribunal após a morte. Minos, Radamanto e Éaco são os juízes e julgam as almas em conformidade com os atos praticados antes da separação desta do corpo, enviando-as para a ilha dos Bem-aventurados (as almas justas) ou para o Tártaro (as almas injustas), onde sofrerão penas e sofrimentos de modo proporcional aos atos injustos praticados [524,a]. Eis a lei da Justiça em delineamentos básicos: virtude geradora da felicidade e, conseqüentemente, de recompensas, neste mundo e ainda mais no Além (pós-morte). Tal lei será mantida nos diálogos cuja análise se seguirá, sendo apenas exposta de maneiras um pouco diversas.

⁵⁷ O próprio Kelsen (1998, p. 295) afirma que algumas das afirmações de Cálicles não podem ser refutadas com êxito por Sócrates, motivo pelo qual este procede aos desvios da temática da conversa.

IV.c.2. A doutrina da justiça na *República*

A República, a primeira das utopias políticas, constitui-se o coroamento das doutrinas esboçadas nos diálogos de juventude de Platão e posteriormente desenvolvidas nos diálogos da maturidade. Por tal razão, infere-se que tal diálogo ocupa papel central no pensamento platônico, consoante já discorreremos em uma das notas anteriores.

Em que pese a divergência acerca de tratar-se de um tratado sobre o Estado ou um elaborado escrito sobre educação (esta em seu sentido mais amplo), consoante pondera Jaeger (1995, p. 753), certo é que o problema da Justiça é colocado à frente de todos os demais, o que já é apontado pelo próprio subtítulo da obra – *Sobre a Justiça*. Desta forma, contrariamente ao que ocorre com o *Górgias*, o tema da Justiça é tratado de forma direta e não mediata. Logo no livro I, ainda que se reconheça tratar-se de uma obra do primeiro período dos escritos de Platão e apenas posteriormente colocado pelo próprio autor como livro introdutório de sua obra sob análise, os personagens são apresentados e a discussão a ser travada tem seu objeto delimitado: “a Justiça”. Céfalos a conceitua como “dizer a verdade e devolver o que se tiver recebido de outrem” (331,b); Polemarco a conceitua como “dar a cada um o que lhe é devido” (331,e) e Trasímaco, por sua vez, afirma que “o justo não é senão o vantajoso para o mais forte” (338,c).

Será, desta forma, função do diálogo refutar as teses expostas por Céfalos, Polemarco e Trasímaco. Por isso já no livro II questiona-se a natureza da Justiça (e por consequência da injustiça), procurando os irmãos de Platão, Glauco e Adimanto, demonstrar que ela é intrinsecamente boa (367, b). Em meio a esta discussão afirma-se que a natural distinção entre as pessoas estaria, em certa medida, legitimando a distinção entre classes (370, b-c). No livro III retoma-se a questão da educação iniciada no livro precedente. No livro IV aponta-se o cumprimento das tarefas de cada um como um possível conceito de Justiça (433,b) e afirma-se que na cidade fundada – “a cidade perfeita” - podemos procurar e identificar a Justiça (472,d). O livro V constitui-se a grande digressão realizada no diálogo. Os personagens Polemarco e Adimanto interrompem as explicações de

Sócrates para que este melhor explique o que dissera sobre a comunidade de mulheres e filhos, anunciada no livro IV. Propõe-se então a igualdade de direitos entre homens e mulheres, como decorrência da mesma capacidade, tendo-se por conseqüência a possibilidade delas ocuparem os cargos diretivos da *polis*. Distingue-se, por fim, “o amante ou amigo da sabedoria” - o filósofo, do “amigo da opinião” (480,a). Nos livros VI e VII expõe-se a preparação do filósofo, sendo então narrado o mais conhecido mito das obras platônicas: o Mito ou Alegoria da Caverna (514,a-518,b) e define-se o método dialético (533,c). Nos livros VIII e IX são expostas as quatro formas corrompidas de governo (timocracia – forma de governo baseada na honra; oligarquia – forma de governo fundada da riqueza; democracia – que deve ser concebida como demagogia, pois são ressaltados os aspectos demagógicos da democracia; e tirania – constituída a partir do agravamento dos malefícios da democracia), sendo cada uma delas correspondente a uma natureza humana. No final do capítulo IX, Gláucon afirma que a cidade que acabam de conceber é utópica, ao que Sócrates objeta que “talvez no céu haja um modelo para quem queira vê-la e, de acordo com o que vê, queira ele próprio fundá-la, mas não faz diferença alguma se ela existe em algum lugar ou não” (592,b). Por fim, no livro X, expõe-se um mito, a título concludente, a exemplo do que já fora feito no *Górgias*. Trata-se do “Mito de Er”, no qual se narra o julgamento das almas no Além com a conseqüente separação entre os justos e os injustos; separados e enviados para locais distintos.

Kelsen aponta que na *República* poderia parecer, sobretudo em seu segundo livro, que Platão se mostrava inclinado a apartar as idéias de Justiça e retribuição (380), o que, entretanto, não se confirma com o transcorrer do diálogo. Também, expõe o provável conceito dos sofistas, por meio do personagem Gláucon, cujas palavras, além de não conterem em si uma reprovação pela prática da injustiça, apontam para o surgimento da identificação plena entre as convenções humanas e os conceitos de justo e legal (358e-359a). Ainda a exemplo do que fizera no *Górgias*, Platão correlaciona os conceitos de Justiça e felicidade (358,a) e, ao prosseguir na busca da essência da Justiça, coloca o princípio da retribuição em primeiro plano. Salienta, contudo, que tal busca é, em certa medida, dificultada pela condição decaída na qual se encontra a alma que, embora imortal, encontra-se aprisionada e “ultrajada pela comunhão com o corpo e outros males” (611,c). Uma

vez, entretanto, tornada pura, será possível discernir com clareza as diferentes formas de Justiça e injustiça. Mesmo na condição de alma decaída, adverte Platão, por meio de Sócrates, que devemos voltar nossa atenção, na busca da Justiça, à Filosofia, ao “amor pela sabedoria”, eis que “da mesma estirpe que o divino, o imortal e o eterno” (611,e). Em notas interpretativas dessas palavras do último livro da *República*, Kelsen (1998, p. 317) elucida primeiramente que o diálogo travado com Gláucon é conclusivo no sentido de que “a fim de conhecermos a essência da Justiça, precisamos ter em vista o destino da alma após a morte; veremos, então, que é a retribuição”. Em segundo lugar, ainda que reconhecidos os obstáculos para se aferir mencionada essência, os reflexos de tal busca são encontrados na realidade humana – decaída por sua própria natureza; pois, consoante palavras conclusivas de Sócrates, “expusemos bastante bem, penso eu, as afecções⁵⁸ e as formas que ela tem na vida humana” (612,a).

Novamente, em metodologia semelhante à adotada no diálogo anteriormente analisado, pelos motivos que já expusemos em V.b.4, Platão concluirá a exposição por meio de um mito – o Mito de Er (614). Er, filho de Armênio, morto em batalha, quando seu corpo já jazia, volta do mundo dos mortos no décimo segundo dia para descrever alguns pormenores do Além. O tribunal dos mortos aparece logo à entrada do “lugar maravilhoso”, entre o céu e a terra, contendo duas passagens. As almas dos justos percorrem um caminho à direita, em ascensão, enquanto as almas dos injustos rumam à esquerda e para baixo⁵⁹. Em ambos os casos o caminho a ser percorrido é longo e conduz novamente as almas perante o tribunal. Diferencia-se, entretanto, o Mito de Er daquele exposto no *Górgias* pelo fato de na *República* haver a indicação clara e precisa da crença órfico-pitagórica da transmigração da alma. Após o trajeto mencionado, as almas apresentam-se novamente para escolherem seus destinos futuros, sendo que o grau variado de compreensão adquirida por elas nas vidas pretéritas é o que será determinante nas opções que serão feitas. Nas palavras do próprio diálogo, “a

⁵⁸ Dentre as diversas acepções possíveis, a palavra “afecções” fora aqui devidamente utilizada para indicar alterações das faculdades receptivas, alterações estas que determinam modos de receber e transformar impressões. Consoante definição de Lalande (1999, p. 32), afecção seria “todo movimento da sensibilidade que consiste numa mudança de estado provocada por uma causa exterior”.

⁵⁹ Não há como negar, consoante adverte o próprio Kelsen (1998, p. 320-321), que “o mundo subterrâneo de Platão transforma-se quase que inteiramente no inferno cristão – um mundo no qual, sob terrível martírio, homens de fogo arrastam de volta as almas amaldiçoadas, desejosas de fugir do sítio do tormento, arranhando-lhes o corpo em espinhos, e no qual os gritos e o bater de dentes enchem o ar”.

responsabilidade é de quem escolhe, o deus é isento de culpa” (617,e). Após a escolha, as almas são levadas para beberem da água do rio Ameles para esquecerem, em diferentes medidas, o que presenciaram no Além.

Por mais que se estranhe a finalização do diálogo cuja finalidade precípua seria a busca pela definição e indicação da essência da Justiça, plena razão assiste a Kelsen (1998, p. 319) ao afirmar que

“essa crença tinha raízes demasiado profundas na camada religiosas basilar de seu caráter para que qualquer ponderação racional a pudesse abalar. Talvez, porém, precisamente porque acreditasse tão firmemente na existência de um Além, ele se tenha julgado no direito de descrever-lhe a organização de uma forma visivelmente adaptada à concretização da justiça entre os homens – homens cuja insuficiência Platão reconheceu claramente -, e de recorrer, nessa descrição, a fontes adequadas antes à fantasia de uma multidão crente em milagres, fontes altamente questionáveis, aliás, inclusive do ponto de vista de uma filosofia metafísica”.

Em suma, à parte de todos os conceitos levantados e respectivas refutações a eles apresentadas, poderia *A República* ser simplesmente intitulada “A Justiça”, enquanto verdadeira descrição visionária da retribuição no Além, à maneira do que já fora exposto anteriormente no *Górgias*. De qualquer forma, não se pode afastar a possibilidade de que tal conclusão mitológica constitua-se uma “mentira útil”, para utilizarmos a mesma expressão de Kelsen, para satisfazer a grande massa dos não iniciados na mística platônica.

IV.c.3. A doutrina da justiça nas *Leis*

Há consenso entre os platonistas no sentido de que *As Leis*⁶⁰ constituem o derradeiro diálogo de Platão, bem como o fato de ser o diálogo ao qual menos se tenha dedicado atenção por parte dos estudiosos em geral. Trata-se de um diálogo inacabado no qual o personagem de Sócrates não está presente. Seu personagem central sequer é identificado por nome, mas somente por O Ateniese, também chamado de Estrangeiro pelo fato de ação se desenvolver na ilha de Creta. Seus interlocutores são Clínia de Creta e Megilo de Lacedemônia, provavelmente figuras fictícias, o que explicaria a inexpressiva contribuição filosófica que dão ao desenvolvimento do diálogo. É, contudo, o mais extenso dos diálogos e o mais abrangente do ponto de vista temático, o que pode ser explicado pelo fato de que a palavra grega “*nomoi*”, traduzida como “leis”, ter sentido muito mais amplo que o utilizado posteriormente pelos romanos (*lex*) e nosso conceito contemporâneo de lei⁶¹. Daí a discussão desencadeada pelo Ateniese abranger temas pertencentes à psicologia, gnosiologia, ética, política, ontologia e até mesmo disciplinas que poderíamos denominar não-filosóficas, como astronomia e matemática. Assim, contrariamente ao que pode ser sugerido pela análise superficial do título, a discussão travada não se restringe ao domínio jurídico. Afirma-se, ainda, que o diálogo não é caracterizado pela beleza e elegância das obras precedentes, embora se imponha pelo seu vigor filosófico e pela patente demonstração de acumulação do pensamento platônico plenamente amadurecido.

⁶⁰ Sintéticas, porém extremamente instrutivas, as notas explicativas a este diálogo escritas por Edson Bini em sua tradução desta obra para o português (Editora Edipro, 1999), tradução esta que será utilizada nas citações que serão feitas no presente trabalho. Infelizmente, porém, tal tradução não se ateve à forma convencional de citação dos textos gregos. Conforme explica-nos a professora Lygia Watanabe (1995, p. 56-57), após o nome do autor e do título da obra seguem-se o número do livro (ou tomo da obra) em algarismos romanos, o número da página do manuscrito, a letra da coluna (em minúsculo) e, em alguns casos, para maior precisão, o número da linha em que se encontra o texto grego.

⁶¹ Conforme notas do próprio tradutor (1999, p. XXXV), Edson Bini, “o título com o qual traduzimos NOMOI (*As Leis*) não faz jus ao rico e lato conceito grego, mas isto é inerente às limitações lingüísticas. A transferência de idéias de um quadro de signos para outro (tradução) é uma arte espinhosa, embora fascinante, muito especialmente quando envolve uma língua antiga da complexidade do grego como veículo verbal de concepções filosóficas e expressão de um mundo peculiaríssimo e distinto do nosso”. Isso explica porque a análise de disposições legislativas concretas não ocuparem sequer um terço da obra, conforme adverte Robin (2002, p. 217).

Embora tanto *A República* como as *As Leis* se propõem à construção de um sistema sócio-político apto à realização da Justiça (Robin, 2002, p. 229), a principal distinção entre estes diálogos consiste no fato que neste último são expostos com maior ênfase os aspectos realizáveis da Justiça neste mundo, ou seja, desenvolve-se uma concepção que pode ser classificada como mais realista ou menos utópica, tendo-se as leis como soberanas. Enquanto na *República* a base para a vida gregária é a educação perfeita, nas *Leis* tal papel é desempenhado pela legislação, o que explica a colocação do legislador como intermediário entre Deus e os homens. A legislação, neste passo, em seu amplo aspecto, constitui-se “o catecismo do bom cidadão” (Robin, 2002, p. 220). Em síntese, tal qual nos explica Reale (1994, p. 282), o Estado concebido nas *Leis* constitui-se uma cópia do modelo original (739,b) e tem como modelo adequado uma constituição mista que reúne as vantagens da monarquia com as da democracia (693,d-e).

A obra inicia-se com os três amigos/personagens – o anônimo ateniense, o espartano Megilo e o cretense Clínius viajando juntos e, com finalidade de passar o tempo, decidem discutir acerca das constituições de suas respectivas cidades-estados. No primeiro livro, o ateniense faz notar que as constituições de Creta e Esparta são criadas, sobretudo, em função das atividades bélicas desenvolvidas em seus territórios, motivo pelo qual privilegiam a coragem como virtude. Se tal constatação pode apresentar, de início, um aspecto considerado positivo, por outro aponta para um caráter negativo, qual seja, o aspecto reducionista ou parcial, eis que a coragem constitui-se apenas uma das virtudes cardeais, ao lado da temperança, da sabedoria e, em especial, da Justiça (630,b). Com base em tal análise pode-se afirmar, e assim o faz o ateniense, que a constituição ateniense revela-se superior. Ressalta-se também neste primeiro livro a importância dos banquetes (simpósios) no papel pedagógico dos homens (641,c). No segundo livro, em perspectiva semelhante ao que já fora feito na *República*, defende-se a tese de que um Estado bem governado deve permitir somente as formas de arte que contribuem à formação dos bons costumes – do Bem de um modo geral. O terceiro livro inicia-se com o problema acerca da origem do Estado (das sociedades organizadas), o que leva o ateniense a introduzir um mito segundo o qual a civilização dos homens seja constantemente reformada por uma catástrofe, uma inundação periódica (677,a - 681,c). A partir de então, e até o quinto livro, discorre-

se acerca da necessidade de organização da vida comunitária, o que pressupõe a existência de governantes e legisladores. Frisa-se, assim, que verdadeiro político é somente aquele que conhece o Bem, sendo este identificado como a justa medida. Do ponto de vista prático, tal justa medida pode ser vislumbrada na mistura equilibrada entre preceitos da monarquia e da democracia (693,d)⁶² e, ainda do ponto de vista institucional, pela busca incessante da perfeição encontrada no regime governado não por homens, mas por Deus. Trabattoni (2009, p. 191) ainda ressalta que se extrai das *Leis* que o bem-estar de um Estado é o equilíbrio nas posses e distribuição de riquezas, porque a desigualdade e as ambições econômicas são a primeira causa de discórdia entre os cidadãos. Do ponto de vista individual, a justa medida é encontrada no respeito às normas, uma vez que tal respeito permitirá ao homem realizar uma imitação eficaz do estado ideal perfeito. Eventual desrespeito ou erro será concebido como fruto da ignorância, pois, conforme já assinalado em outras obras, o mal não é cometido voluntariamente (731,c). Em busca de tal ideal, será lícito ao governante utilizar-se de meios coercitivos para o cumprimento das normas, mas somente após utilizar-se de meios persuasivos (722,c – 723,b). No sexto livro descreve-se a magistratura⁶³ e concebe-se a igualdade como causa de concórdia, havendo, contudo, duas espécies do gênero igualdade: uma consistente na distribuição de qualquer coisa que pode ser feita até mesmo por sorteio e outra consistente na distribuição em conformidade com critérios meritórios, cabendo ao Estado, na busca do equilíbrio, mesclar essas duas espécies de igualdade (757,d-e)⁶⁴. No livro sétimo Platão retoma o tema da educação, tão bem desenvolvido na *República*, educação que deve envolver toda a vida do homem e todos os seus aspectos – corpo e alma. Mais, a educação tem papel essencial na observância das

⁶² A este respeito, Robin (2002, p. 226) afirma tratar-se de uma “*démocratie tempérée*” que, por suas características, reúne elementos da monarquia no que tange ao princípio unificador e da democracia, haja vista que as decisões partem de uma “*Assemblée do Povo*”.

⁶³ Não se deve olvidar que o termo “magistrado” na Antiguidade era utilizado para designação das autoridades em geral, não sendo restrito aos juízes, integrantes do Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, na linguagem jurídica pátria atual. Neste sentido, esclarecedor o capítulo X, intitulado “O Magistrado”, da obra *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges (2002, p. 198-205). Além de explicar a maior amplitude com a qual o termo era utilizado, o autor salienta que a escolha do magistrado não era obra do acaso, mas verdadeira revelação divina, ainda que a escolha se desse por meio do critério de sorteio. Para justificar sua exposição, o autor se vale de uma citação do próprio Platão, justamente da obra *As Leis*: “O homem que a sorte designou, dizemos que é o mais caro à divindade, e achamos justo que seja ele a governar. Em todas as magistraturas que dizem respeito às coisas sagradas, ao deixarmos à divindade a escolha dos que lhe são agradáveis, confiamos na sorte”. Assim, conclui o autor, “a cidade supunha receber dos deuses os magistrados”.

⁶⁴ Patente, em tal concepção, um germe para a teoria da Justiça calcada no conceito de igualdade posteriormente desenvolvida de forma bastante sistemática por Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, consoante já discorremos nas primeiras páginas da introdução do presente trabalho.

normas delineada em um dos livros anteriores, pois os costumes não são modificados simplesmente por meio de uma prescrição (como é o caso da lei escrita), mas somente por meio de uma prática educacional constante. Os livros oitavo e nono contêm exemplos minuciosos da vida social e civil (organização de festas e competições, normas sobre relações sociais, questões de direito privado etc) e administração da Justiça. O livro nono, entretanto, destaca-se por trazer um conceito de injustiça (“a tirania exercida na alma pela ira, pelo medo, pelo prazer, pela dor, pela inveja, pelos desejos, independentemente da geração de danos” – 863,e – 864,a) e uma discussão sobre o conceito de Justiça, notadamente na seara criminal. Nele se ressalta que o princípio fundamental da atribuição de penas é o caráter educativo, em detrimento do caráter punitivo que permanece, desta forma, em segundo plano. Tal caráter educativo tem por finalidade a tentativa de persuadir o culpado de seu comportamento errôneo (862,d) e por fundamento a máxima socrática, tantas vezes reiterada, segundo a qual ninguém pratica o mal voluntariamente. Todas essas ponderações, entretanto, não excluem a possibilidade de utilização da pena capital em determinadas situações excepcionais nas quais o estado de degeneração da alma aponta para a total inutilidade da reeducação, o que faz da pena de morte⁶⁵ duplamente útil: purifica a cidade mediante a eliminação dos maus e constitui-se exemplo aos demais (862,e). O décimo livro, considerado por Trabattoni (2009, p. 196) o mais “filosófico” de toda a obra, expõe a necessidade ética e política de convencer os cidadãos acerca da existência dos deuses, mais, não apenas existem como também exercem influência direta nos acontecimentos deste mundo. Abandonar tais teses constitui-se eliminar a garantia metafísica para observância do justo no plano humano, o que teria sido feito por importantes pensadores da época, sobretudo pelos sofistas⁶⁶. Persuadir acerca da existência dos deuses, de sua vez, guarda consonância plena com a tese acerca da alma imaterial, pois também esta possui capacidade de movimentar-se a si mesma. Sequer a constatação da existência do mal poderá dissuadir a tese da existência dos deuses, pois embora eles governem todas as coisas, concedem aos homens liberdade de

⁶⁵ Bobbio (1992, p. 161-178), em um texto que escreveu seu posicionamento contrário à pena de morte, elenca importantes pensadores que ao longo da história expuseram seus posicionamentos contrários ou favoráveis a tal prática, mencionando *As Leis* de Platão como o primeiro grande livro sobre as leis e sobre a justiça de nossa civilização ocidental, livro no qual se defende a pena capital com base na doutrina da reciprocidade, herdada dos pitagóricos.

⁶⁶ Fica claro neste ponto a contrariedade de Platão ao preceito sofista, encerrado na máxima de Protágoras de Abdera, segundo o qual “o homem é a medida de todas as coisas”. Para Platão a medida de todas as coisas é supra-humana ou divina.

modelarem suas almas conforme sua vontade (904,c). Como conclusão, na mesma esteira das idéias tratadas na *República*, a responsabilidade pelo mal recai sobre o homem, o que torna legítima a distribuição de prêmios, recompensas e castigos após a morte, segundo méritos e deméritos. Nos dois últimos livros são expostos aspectos diversos e particulares da legislação civil, sendo relevante a resposta dada ao questionamento sobre a preservação das leis na eternidade: o conhecimento da virtude em seus quatro aspectos – sabedoria, coragem, temperança e Justiça. Tal conhecimento, de sua vez, nada mais é que a aplicação de um conhecimento mais amplo e geral, qual seja, o reconhecimento da unidade no múltiplo, do universal no particular (Trabattoni, 2009, p. 200).

Ao analisar a doutrina da Justiça nas *Leis*, Kelsen (1998, p. 323) chama à atenção o fato de que aqui, novamente, a exemplo do que fora feito nos outros dois diálogos analisados anteriormente, a retribuição é a síntese da essência da Justiça, embora aqui exposta de um modo mais prático. Também correlaciona os conceitos de Justiça e Felicidade (899) e aduz que qualquer que seja o caminho a ser seguido após a morte estaremos diante de uma paga (905), de modo que toda esta ordem universal, nas palavras de Kelsen (op.cit., p. 327) “nada mais é do que uma ordem de retribuição, por isso mesmo apreendida em sua mais profunda essência quando caracterizada como ordem jurídica”.

Kelsen ainda ressalta que nas *Leis* também é feita correlação entre os conceitos de Justiça e igualdade (1998, p. 497), concebendo-se que esta pode ser aritmética ou mecânica – igualdade segundo a medida, o peso e o número – ou proporcional – concessão segundo o que é devido, segundo o mérito e necessidade⁶⁷. Na percepção, mesmo que parcial, de tais modalidades de igualdade e respectiva aplicação consiste a sabedoria do estadista. A parcialidade de tal percepção decorre do fato de que “a única igualdade verdadeira – e a melhor - não se apresenta tão facilmente cognoscível a todos. Isto porque o juízo cabe aí a Zeus, e aos homens ela sempre se comunica em pequena medida” [757].

⁶⁷ Aqui percebemos um preceito do pensamento platônico que, como tantos outros, servirá de base ou inspiração a seu discípulo Aristóteles. Veja-se, a respeito, as breves explanações que fizemos no primeiro capítulo deste trabalho, no qual discorremos sobre a relação entre os conceitos de Justiça e igualdade, sob a perspectiva aristotélica (p. 9-10).

Enfim, sem abandonar toda sua teoria delineada nos diálogos anteriores que versam sobre o tema da Justiça, resta salientado que muito mais importante que uma noção exata e precisa de pena é a concepção de que a Justiça enquanto “deusa vingadora” estará sempre presente, de modo que a idéia da pena, no Aqui e também no Além, deve conduzir à intimidação e, conseqüentemente, à correção [873].

Platão, já no final de sua vida, após haver se empenhado em diversas obras – talvez em vão – em conceituar a Justiça, percebendo o caráter inexprimível de sua essência, anseia, mesmo assim, em seu íntimo, “por apanhar num conceito, qual raio de sol numa garrafa, aquilo que eternamente lhe escapa” (Kelsen, 1998, p. 497). A Justiça, em última análise, permanece um segredo da divindade, do qual o conhecimento humano só pode participar em pequena medida. Assim, o que apresenta Platão não se trata de uma solução, mas, novamente, de uma colocação do problema acerca da Justiça.

IV.d. Conclusão da segunda parte

Tal qual já discorrido anteriormente, o problema da justiça enquanto problema vinculado a valores está fora da teoria jurídica delineada na *Teoria Pura do Direito*. Esta afirmação, contudo, contrariamente ao que se habituou dizer sobre Kelsen, não significa que nosso autor tenha concebido a Justiça, bem como a Moral, como irrelevantes, antes, tão-somente cuidou de realizar uma depuração epistemológica, valendo-se de critérios expostos na primeira parte deste trabalho, por meio da qual não se concebe a Justiça como algo pertencente à natureza do Direito enquanto conjunto ordenado de normas voltadas à regulamentação da conduta humana. Certamente, a análise, ainda que perfunctória, dos escritos de Kelsen sobre a justiça comprovam tal assertiva. Dentre tais escritos, destacamos os capítulos 45 a 48 da obra *Ilusão da Justiça*, eis que nela encontra-se a exposição kelseniana não da Justiça de um modo geral, mas do conceito de Justiça extraído de três importantes diálogos de Platão: *Górgias*, *A República* e *As Leis*. Consoante palavras do próprio Kelsen, nenhum outro autor tem obra tão impregnada da idéia de Justiça quanto Platão, “inexiste, e decerto nem pode existir, pensamento

mais profundo e querer mais sagrado voltados para a solução do enigma da justiça” (1998, p. 1). Daí a opção realizada pela exposição desta segunda parte.

A dissociação entre Direito e Justiça, para fins de estudo e como consequência de postulados epistemológicos bem definidos, importante frisar, não significa afastar a concepção de que o Direito positivo deva procurar ser justo. Nas palavras do próprio Kelsen (2005, p. 08-09):

“A tendência de identificar Direito e justiça é a tendência de justificar uma dada ordem social. É uma tendência política, não científica. Em vista dessa tendência, o esforço de lidar com o Direito e a justiça como dois problemas distintos pode cair sob a suspeita de estar repudiando inteiramente a exigência de que o Direito positivo deva ser justo. Essa exigência é evidente por si mesma, mas o que ela realmente significa é outra questão. De qualquer modo, uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência. Uma teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente”.

No que concerne ao modo de exposição, ganha destaque o fato de Kelsen trazer os conceitos platônicos diretamente dos diálogos, citando-os de forma pormenorizada e agrupando as idéias extraídas sem realizar intervenções pessoais, as quais certamente poderiam levar a uma tomada de posição que, em meio à exposição necessária, conduziria facilmente à perda de foco. Os posicionamentos pessoais são realizados, em regra, ao final das exposições e especialmente em notas, onde também são constantes as citações de importantes estudiosos da obra de Platão.

Assim, em notas conclusivas, muito distante do afastamento dos preceitos considerados metafísicos, tal qual se dera em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1998, p. 328-329) reconhece que na obra de Platão “a questão sobre a essência da justiça transforma-se na questão sobre a essência do Bem”. Também, a

concepção de uma continuidade da vida do homem após a morte ou, mais precisamente, da imortalidade da alma, se faz necessária à realização da Justiça.

Em linhas gerais, a idéia de Justiça pode ser concebida como primordial e mesmo inicial para se chegar ao conceito de Alma e sua conseqüente imortalidade. Por certo, retoma-se (a partir do *Górgias*, mas com muito maior ênfase na *República*) a doutrina órfico-pitagórica da justiça como paga (ou retribuição), uma antiga concepção do povo grego, porém, à luz de uma nova racionalidade, constrói-se uma cosmologia na qual a ordem das coisas do mundo depende de uma concepção de Justiça, ainda que se reconheça a impossibilidade de que esta seja efetivada da maneira totalmente plena neste mundo decaído, sombra de um mundo ideal, motivo pelo qual o modelo no céu referido na *República* (592,b), para quem queira vê-lo e segui-lo, ainda servirá de norte e indicativo de um mínimo de exeqüibilidade, aqui mesmo neste mundo, das condições ideais, consoante se depreende da leitura das *Leis*.

V. Conclusão

V.a.A dupla face do pensamento kelseniano

A leitura das duas faces do pensamento de Kelsen anteriormente expostas no presente trabalho conduz-nos a alguns questionamentos e perplexidades, sobretudo, como explicá-las, dadas as características que tanto as distinguem. A primeira delas, mais conhecida e que atribuiu ao autor notoriedade ímpar, caracterizada, formalmente, por um rigor metodológico extremado e, materialmente, pela exclusão do conceito de Justiça dos estudos jurídicos (não se podendo olvidar que tal exclusão perfaz-se consequência do aspecto formal); enquanto a segunda, pouco conhecida e estudada, por um aprofundamento no conceito de Justiça no que ele pode oferecer de mais profundo e etéreo, sobretudo em vista da exposição e análise dos diálogos de Platão que versam mais diretamente sobre o tema.

O que deve ser ressaltado de antemão, com fins a evitar uma tentativa vã de explicação acerca dessa dupla face, é que não há entre elas uma conexão ou ponte de ligação, eis que Kelsen nada indicara neste sentido. Contrariamente ao que se poderia cogitar a partir de uma análise cronológica da obra kelseniana, não há com a exposição do conceito de Justiça extraído dos diálogos de Platão qualquer atitude revisionista de pontos centrais da *Teoria Pura do Direito*, cujo rigor metodológico e conclusões foram mantidos e defendidos até suas últimas consequências. Nas palavras do próprio autor, no prefácio à segunda edição da obra (redigido em 1960), a teoria cujo primeiro esboço apareceu em um outro escrito, datado este de 1911, “não poderia ficar sem alteração durante tão largo período de tempo. (...) Trata-se quase sempre do desenvolvimento mais consequente dos princípios; no conjunto - assim espero -, dos frutos de uma explicação ou desimplicação que deflui de tendências que são imanentes à própria teoria, a qual permanece inalterada quanto ao seu núcleo essencial” (2000, p. XVII). Em não havendo, pois, uma revisão ou alteração substancial da teoria, a explicação do pensamento de Kelsen ganha contornos de dramaticidade, sobretudo porque também não há, em contrapartida, uma contradição entre o “Kelsen do Direito” e o “Kelsen

da Justiça” – entendida a contradição como existência de teses incompatíveis dentro de um mesmo sistema de pensamento.

O que pode ser afirmado, nesta medida, é que nosso autor possuiu interesses diversos ao longo de sua carreira intelectual, o que determinou o estudo de temas que, embora fossem vistos como necessariamente conexos pelos mais diversos e renomados autores⁶⁸, foram concebidos como distintos e não conexos por ele, sendo tal concepção fruto da postura epistemológica adotada, conforme já expusemos na primeira parte do presente trabalho. A roborar tal assertiva lembramos, como já o fizemos em outras partes do presente trabalho, o que preceitua Goldschmidt no sentido de que a análise filosófica tenta compreender um sistema conforme a intenção do autor, apontando “para o que concerne ao problema da verdade formal de uma doutrina” (1963, p. 145). A diversidade de tais interesses, por seu turno, também aponta para a primazia da epistemologia no que tange aos estudos que culminaram na *Teoria Pura do Direito* e a primazia da ontologia e da metafísica nos estudos voltados aos textos de Platão sobre a Justiça. Tais primazias, de sua vez, são determinantes de algumas importantes conseqüências que passaremos a expor.

A *Teoria Pura do Direito* pode ser concebida como fruto de um pensamento calcado em pilares da teoria do conhecimento nos moldes das concepções em voga no século XIX, com destaque aos postulados positivistas comteanos, ao preceito weberiano que distingue a política e a ciência e, por fim, a alguns relevantes pontos da teoria do conhecimento kantiana, sobretudo aquele que culmina na concepção kelseniana de existência de uma norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental do sistema de normas. Em outras palavras, podemos conceber tal teoria como decorrência necessária dos limites epistemológicos fixados de forma rígida pelo próprio autor. Como importante conseqüência de tal constatação, a teoria é, por sua própria natureza, restrita ao plano do conhecimento, isto é, não visa à reforma de ordenamentos jurídicos reais e concretos e, muito menos, gerar prescrições de ordem prática. Não por outra razão

⁶⁸ São palavras do próprio Kelsen (2005, p. 8): “Libertar o conceito de Direito da idéia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo”.

Kelsen distingue no capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito* a interpretação autêntica da não autêntica das normas jurídicas, concebendo a primeira como ato de vontade (realizada pelo órgão aplicador do direito e, nesta medida, de caráter vinculante); e a segundo como ato de conhecimento, isto é, realizada pela ciência jurídica e, portanto, de caráter não vinculante. Nas palavras do próprio autor (2000, p. 395/396),

“a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. (...) A interpretação jurídico científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão a órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”

A atenção à delimitação do objeto da teoria construída mostra-se vital para, sobretudo, afastar a crítica a ela dirigida no sentido de que serviu de sustentáculo teórico a alguns dos regimes totalitários europeus no século XX. Não se há de negar que, de fato, os mentores de tais regimes totalitários apropriaram-se de pontos da *Teoria Pura do Direito* que lhes convinham para justificarem suas ações e posições. Fizeram-no, entretanto, mediante desconhecimento e/ou distorção dos postulados da teoria que, salientamos novamente, fora construída com propósito unicamente de estudo, conforme intenção explícita do autor. Pode-se afirmar, assim, que os argumentos contra ela erigidos foram, em verdade, dirigidos contra sua falsa imagem. O próprio Kelsen apercebeu-se de tal fato, o que ensejou a observação feita no prefácio de sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* (2005, XXXIII):

“Parece, portanto, que uma teoria pura do Direito, hoje, é extemporânea, quando, em grandes e importantes países, sob o domínio da ditadura de partido, alguns dos mais proeminentes representantes da jurisprudência não conhecem nenhuma tarefa mais elevada que a de servir – com sua “ciência” – o poder ideológico do momento”.

Também, para exemplificar as correntes políticas de pensamento que se dirigiram contra a *Teoria Pura do Direito*, justamente por não a compreenderem, afirma Kelsen no prefácio à primeira edição da obra (2000, p. XIII) que

“os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desclassificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuísta”.

Neste passo, no mesmo trilhar de idéias, e por isso acertada, a análise de Bobbio (2007, p. 182) no sentido de que

“o maior reconhecimento do lugar estratégico que a teoria pura do direito tem ocupado na história da jurisprudência teórica veio de seus adversários mais irredutíveis. Durante décadas, a obra de Kelsen foi identificada pelas correntes adversárias (as que Kelsen colocou em dificuldade ou retirara de seu caminho) como o inimigo por excelência. Para os jusnaturalistas, a obra de Kelsen tornou-se o limite último e, ao mesmo tempo, o protótipo do positivismo jurídico; para os realistas, do formalismo; para os juristas soviéticos, da jurisprudência burguesa. A teoria pura do direito foi, por vezes, denunciada como sede de todos os erros do século, o resultado de todas as aberrações de uma ciência que pretende substituir a metafísica, caindo no agnosticismo; a nua empiria, condenando-se a esterilidade; a ideologia, sendo ela mesma uma ideologia mascarada”.

Tais ataques advindos de todos os lados, entretanto, servem como comprovação daquilo a que a própria teoria se propôs – a pureza

metodológica. Tal pureza, vista pelo próprio Kelsen como indubitável, não é, por sua vez, prova de que tal postulado seja realizável no mundo prático, o que não passara despercebido pelo nosso autor⁶⁹, mas aí já estaremos diante de outra ordem de problemas. No prefácio à segunda edição e nas notas inseridas ao final do texto⁷⁰, nosso autor aponta para algumas poucas reformulações da teoria, as quais integram sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1945, sem que houvesse, entretanto, alteração do núcleo essencial da teoria. Nas palavras do próprio Kelsen (2000, p. XVII), há apenas um “alargamento das matérias tratadas”. As notas concludentes de tal prefácio, em adição, reforçam que “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica” (2000, p. XVIII). Como tal problema, todavia, é de importância decisiva para a política jurídica (que é diversa da ciência jurídica), o autor escreveu um apêndice intitulado *A Justiça e o Direito Natural*⁷¹.

Em contrapartida, a análise dos textos platônicos realizada por Kelsen com fins a expor e analisar possíveis conceitos de Justiça, já fora do âmbito da teoria (ou ciência) jurídica, reflete a preocupação com outro problema que se situa não apenas em nível diverso, como também se volta a outras áreas da Filosofia – a ontologia e a metafísica. O método utilizado por Kelsen para tratar de tal problema consiste, em sua essência, em expor de forma cuidadosa os possíveis conceitos extraídos dos principais diálogos de Platão que versam diretamente sobre a Justiça (*Górgias*, *A República* e *As Leis*), uma vez que indiretamente a ela todos se voltam, sem se descuidar de pontuar questões relevantes para uma interpretação plausível de qualquer obra platônica. Em meio a tais conceitos são expostas as bases que norteiam todo o pensamento platônico, destacando-se os preceitos herdados do

⁶⁹ Afirma Kelsen (2005, p. XXXII): “O postulado de uma separação completa entre jurisprudência e política não pode ser sinceramente questionado, caso deva existir algo como uma ciência do Direito. Duvidoso apenas é o grau em que a separação é concretizável neste campo”.

⁷⁰ Em tais notas, entretanto, diretamente são apontadas basicamente duas alterações: a primeira que consiste no abandono da concepção segundo a qual “os votos de concordância que constituem a decisão da maioria pela qual uma lei é posta a vigorar não teriam de ser necessariamente atos de vontade” (2000, p. 399) e a segunda que consiste na plena distinção entre vigência e eficácia da norma (op.cit., p. 400). Acerca de tais alterações, Miguel Reale (2002, p. 455-473), ao discorrer sob o tema “O Normativismo Lógico de Hans Kelsen e a Eficácia do Direito”, fala em uma segunda fase do pensamento kelseniano (p. 469), na qual a “Teoria Pura abandona sua posição lógico-transcendental” (p. 472) e “Kelsen deixa de considerar o Direito apenas como sistema de normas logicamente escalonadas, para examiná-lo também em sua aplicação prática” (p. 473).

⁷¹ Este apêndice foi traduzido para o português por João Baptista Machado, Editora Almedina – Coimbra.

pitagorismo⁷², dentre os quais se sobrepõe a concepção da Justiça enquanto retribuição no Além – do que derivam as teses acerca da existência dos dois mundos (mundo inteligível x mundo sensível), da imortalidade da alma e da vinculação entre as idéias do Bem, da Justiça e da Felicidade. Do ponto de vista epistemológico, Kelsen ressalta, ainda que não de forma direta, a importância dos mitos que aparecem como conclusão do *Górgias* e da *República*, mitos que, ainda que não vistos como verdades a respeito dos fatos, têm sua importância como instrumento ideológico⁷³. É de se ressaltar que a forma expositiva adotada por Kelsen revela-se adequada na medida em que já no exórdio da obra *A Ilusão da Justiça* nosso autor antecipa o que seria sua conclusão, qual seja, está-se diante dos mais profundos querer e conhecimento acerca do enigma da justiça, de modo que lhe cabe apenas expô-los, permitindo-se algumas colocações e ponderações de modo contido, para que assim não se perca o trilhar das idéias construídas por Platão de forma não necessariamente linear, mas certamente brilhante.

Destacadas, desta forma, as duas faces do pensamento kelseniano, faces essas trabalhadas em duas partes distintas do presente trabalho

⁷² Explica-nos Giovanni Reale (2009, p. 75-89) que “não nos é possível distinguir Pitágoras dos pitagóricos”, à maneira de Aristóteles (Metafísica, A5, 985, b23), uma vez que Pitágoras nada escreveu e tudo que se sabe a seu respeito é atestado com pouca precisão. Entre seus discípulos perdera as características humanas, sendo considerado e venerado com um deus. Já a escola pitagórica, por sua vez, nasceu como confraria ou seita religiosa, organizada segundo regras bem precisas de convivência; suas doutrinas eram consideradas um segredo (ou mistério) do qual apenas os adeptos tinham acesso. É dos pitagóricos que herdamos a noção de *cosmos* como universo ordenado (ao qual são inerentes às noções de totalidade e harmonia), noção esta assimilada e mantida pelo pensamento ocidental. Foi também Pitágoras o primeiro a ensinar a doutrina da metempsicose, “doutrina segundo a qual a alma é constringida a reencarnar-se muitas vezes em sucessivas existências corpóreas”, sendo que tal doutrina em conjunto com outras que integram a fé pitagórica, fora extraído do orfismo, seguramente anterior. O pitagorismo, contudo, reformará o orfismo em alguns pontos essenciais, justamente naqueles que tornarão possível a conjunção com a filosofia, sobretudo naqueles referentes às práticas e celebrações religiosas que eram vistas como meios de purificação. Os pitagóricos, ao invés, atribuem à ciência a via de purificação. Coincidem ambas as doutrinas, porém, em remeter o sentido da vida a um ultraterreno fim escatológico, ao qual se chega por meio da purificação. Destacam-se, assim, dentre as doutrinas pitagóricas, a imortalidade da alma que preexiste ao corpo e continua a subsistir depois dele; a necessidade de viver não em função do corpo, concebido como um cárcere, mas em função da alma e a busca da purificação por meio da ciência, o que exige uma vida contemplativa da Verdade, através do saber e do conhecimento. É, sobretudo, no diálogo *Fédon* que Platão dará expressão contundente a esta maneira de vida. Ainda a este respeito, Lygia Watanabe (1995, p. 86-116) afirma que, na época de Platão, “a escola pitagórica era facilmente identificável, por se tratar da maior de todas as escolas de filosofia de todos os tempos, ou, pelo menos, aquela que mais perdurou no tempo”, acentuando que muitos de seus preceitos acabaram sendo abarcados pela tradição cristã. Ressalta, ainda, que a noção harmonia/cosmologia está intrinsecamente relacionada às concepções sobre os números e aos estudos sobre música.

⁷³ Neste ponto discordamos de Kelsen, pois entendemos que as concepções acerca das penas no Além são expostas, tratadas e defendidas por Platão não como meros instrumentos, mas como Verdades extraídas de um sistema de pensamento e teses, sendo, ademais, frutos da mais profunda e arraigada crença.

(capítulos III e IV), e verificada a não conexão entre elas, necessita-se no presente momento, a título de conclusão deste breve escrito, questionar-se o papel da ciência e do conhecimento, não se perdendo de vista os posicionamentos de Kelsen acerca da ciência enquanto plenamente distinta da política (um dos postulados da *Teoria Pura do Direito*) e do pleno conhecimento como algo não realizável em sua totalidade, o que justificaria, mas agora já fora dos domínios da ciência, a permissão para se perquirir teorias de cunho metafísico nas quais até mesmo mitos servem de reforço aos argumentos levantados. Referido questionamento revela-se necessário na medida em que a primeira parte do pensamento de Kelsen, voltada à análise de sua *Teoria Pura*, explorada no capítulo III deste trabalho, é concebida pelo próprio autor como ciência. Em contrapartida, a segunda parte, tratada no capítulo IV, não é por ele erigida à categoria de ciência, embora se reconheça sua importância e sua profundidade.

Há, pois, um verdadeiro hiato entre as duas faces do pensamento kelseniano, de modo que as notas concludentes do presente trabalho tentarão justificá-lo (o que já fora feito, ainda que apenas parcialmente, no corpo deste escrito), transpô-lo ou utilizá-lo como crítica a alguns aspectos da teoria de Kelsen. Tal crítica apontará para uma possível reconstrução da teoria, quando então deixaremos de expor e explicitar o pensamento kelseniano para também criticá-lo e, após, abrir discussão mais ampla concernente ao papel do conhecimento e da ciência na sociedade.

V.b.O papel do conhecimento e da ciência a partir do anteriormente exposto

Ao erigir o Direito à categoria de ciência⁷⁴, Kelsen tratou de delimitar seu objeto de estudo: a norma jurídica, adotando-se a perspectiva segundo a qual a ciência, caracterizada pela objetividade e exatidão, possui função meramente descritiva da realidade, no que seria distinta da política, consoante preceitos do pensamento weberiano. Sob tal perspectiva, a ciência jurídica de um modo geral já havia renunciado à tentativa de conhecimento de um possível conteúdo da Justiça, quer por identificá-la como conceito plenamente apto a servir a interesses políticos diversos, quer por vê-la como categoria metafísica que, nesta medida, não teria meios para ser conhecida cientificamente. Nas esclarecedoras palavras de Costa Matos (2006, p. 270-271),

“impressionado, por um lado, pelo culto à lei praticado pelos exegetas franceses e, por outro lado, pela negação coerente do jusnaturalismo operada pelo historicismo de Von Savigny, o pensamento jurídico engendrou o amplo movimento denominado positivismo jurídico, que também encontra raízes históricas e ideológicas no coativismo jurídico de von Jhering, no utilitarismo de Bentham e no positivismo analítico de Bobbio (1999). (...) Como representante máximo do positivismo jurídico, seu ápice e o início de sua decadência (Bobbio, 1999a) Hans Kelsen também renuncia expressamente a uma definição científica da justiça”.

Ocorre, entretanto, que a ciência, seja qual for a classificação que se lhe dê, não desempenha papel restrito à observação e descrição da realidade,

⁷⁴ Convém destacar que a palavra “ciência”, tais quais tantas outras referidas no presente trabalho, não é unívoca, de modo que necessita de um mínimo de delimitação com fins a se evitar equívocos. Segundo Morin (2008, p. 117), “a ciência na concepção “clássica” que ainda reina em nossos dias, separa por princípio fato e valor, ou seja, elimina do seu meio toda a competência ética e baseia seu postulado de objetividade na eliminação do sujeito do conhecimento científico”. Lalande (1999, p. 154/158) aponta quatro sentidos básicos do termo: 1º sinônimo de saber; 2º destreza técnica ou conhecimento de uma profissão; 3º conjunto de conhecimentos e investigações com um suficiente grau de unidade e generalidade, suscetíveis de gerarem conclusões concordantes que não resultam de convenções arbitrárias ou interesses meramente individuais, antes, de relações objetivas que se descobrem gradualmente e confirmam-se através de métodos de verificação definidos e 4º oposição às Letras. De tais sentidos, certamente o terceiro deles é o utilizado no corpo do presente trabalho, pois, além de abrangente, afasta a crítica realizada por muitos no sentido de que há uma contradição interna nos próprios termos da expressão “ciência normativa”. Segundo este posicionamento todas as asserções científicas estão no indicativo, pois não são teleologias e não comportam, nesta medida, juízos valorativos.

ou seja, não desempenha o papel passivo diante dos fatos, tal qual pretensão positivista. Tal constatação, que pode ser plenamente reforçada pela análise da própria história da humanidade, coloca a ciência como força dinâmica que procura traçar e indicar os fatores que a legitimam e que também a tornam responsável por uma série de concepções e acontecimentos. Em outras palavras, “a crítica é uma etapa indispensável na construção de qualquer ciência, não se circunscrevendo apenas à Filosofia; pelo contrário, faz-se presente em todo conhecimento científico que se queira completo” (Costa Matos, op.cit., p. 287).

Por meio de tal perspectiva crítica, o papel da ciência do Direito precisa ser repensado, o que torna inexorável trazer para o centro de suas discussões as questões de natureza axiológica, dentre as quais se destaca a relativa à Justiça, ainda que seja esta concebida como valor e, por conseqüência, algo relativo e subjetivo, mesmo porque afirmar a relatividade e subjetividade de algo não implica a afirmação de sua irrelevância. No que concerne ao Direito, quer seja este concebido como mero objeto de estudo, quer como algo real, pleno de vicissitudes e presente no cotidiano, portanto sempre sujeito às contingências históricas, essa questão ganha relevância acentuada por ser sua função precípua regulamentar a vida humana em sociedade, vida esta caracterizada pelo seu aspecto cultural, repleta de valores - ora em harmonia, ora em total dissonância. Não se vislumbra, neste ponto, possibilidade de sucesso na dissociação entre a denominada “Ciência do Direito” e a Axiologia, tal qual postulado adotado por Kelsen; em outras palavras, o conhecimento científico do Direito comporta necessariamente uma dimensão reflexiva, do que decorre a inafastabilidade da Filosofia e do conceito de Justiça⁷⁵.

Ao rever, desta forma, a imbricação necessária entre Direito e Filosofia/Axiologia⁷⁶, podemos afirmar acerca da *Teoria Pura do Direito* que suas

⁷⁵ Neste sentido, Edgar Morin, importante pensador francês, afirma que “o conhecimento do conhecimento científico comporta necessariamente uma dimensão reflexiva” (Morin, 2008, p. 122). Explícita, ademais, esta sua concepção comparando as teorias científicas aos *icebergs*, os quais possuem considerável parte imersa. Esta parte imersa dos icebergs seria semelhante à parte do conhecimento de cunho não científico, que, embora não científico, se faz indispensável ao desenvolvimento da ciência. Fizemos questão de referir-se a tal autor, pois a conclusão do presente trabalho constitui-se tese similar à por ele defendida no texto “A Responsabilidade do Pesquisador perante a Sociedade e o Homem” – extraído do livro *Ciência com Consciência*, qual seja, mesmo erigindo-se o Direito à categoria de ciência, a Filosofia enquanto instância reflexiva não pode ser afastada ou mesmo relegada a segundo plano.

⁷⁶ Esta imbricação insere-se numa discussão mais ampla acerca da interdependência entre ciência e filosofia. Tradicionalmente, à ciência coube o papel de descrever e explicar de forma minuciosa os

conclusões revelam-se plenamente harmônicas com os postulados por ela mesma adotados, isto é, a teoria fora construída mantendo-se uma lógica interna irretorquível. Utilizando-se de termos consagrados por Victor Goldschmidt, conseguimos compreender, de forma objetiva, mediante análise do denominado “tempo lógico”, a “verdade formal” da teoria. Objetividade esta, nas notas do prefácio escrito por Oswaldo Porchat à sua tradução à obra *A Religião de Platão* (1963, p. 7), do mesmo Goldschmidt,

“que consiste na reconstituição explícita do movimento do pensamento do autor, refazendo seus mesmos caminhos de argumentação e descoberta, segundo seus diversos níveis, respeitando todas as suas articulações estruturais, reescrevendo, por assim dizer, segundo a ordem das razões, a sua obra, sem nada ajuntar, entretanto, que o filósofo não pudesse e não devesse assumir explicitamente como seu. E sem esquecer um só instante que “as asserções de um sistema não podem ter causas, ao mesmo tempo próximas e adequadas, senão razões, e razões conhecidas do filósofo e alegadas por ele”.

O mesmo não se há de concluir, todavia, se partirmos nossa análise dos questionamentos acerca dos pressupostos sobre os quais a teoria fora erigida. Em suma, concluímos neste ponto a inafastabilidade do conceito de Justiça para os estudos do Direito, ainda que plenamente reconhecidas as dificuldades em se trabalhar com um conceito de Justiça minimamente objetivo.

diversos fenômenos da natureza, enquanto à filosofia coube a descrição da natureza do mundo em termos mais gerais, em níveis mais abstratos, bem como o papel de exame crítico das ciências particulares. Esta delimitação estanque de papéis, todavia, passa por uma revisão, sobretudo em vista da linha tênue de tais distinções. A este respeito, interessante e elucidativo o artigo “Reflections on the Interdependence of Philosophy and Science”, encontrado na obra *Philosophy of Physics*, de Lawrence Sklar (Oxford University Press, 1992). Ressaltamos, porém, que não estamos afirmando a identidade de objetos de interesse da ciência e da filosofia, mas tão-somente que a linha divisória entre ambas revela-se tênue e, em determinados momentos, imperceptível. A este respeito, Caio Prado Júnior (2007, p. 17-18) bem elucida que “em frente aos fatos do desenvolvimento histórico da Ciência, essa pretensão da Filosofia de se ocupar com assuntos de alçada da Ciência não se justifica. Nesse ponto os logicalistas, que partem dessa questão para seu programa de limitação do campo da Filosofia, têm plena razão. Quando a Filosofia se ocupa de objetos da Ciência, a saber, das feições e fatos do Universo, suas conclusões são sempre desmentidas em prazo mais ou menos dilatado, mas sempre fatal. (...) É sobre esse disfarce que as rudimentares e grosseiras noções físicas de Aristóteles atravessaram os séculos; e mais tarde a Mecânica newtoniana foi erigida em “verdade” final e absoluta. Assim tem sido porque, tratando de objetos que não são seus, e portanto sem condições para fazê-lo, a Filosofia não podia dar, como não deu, em outra coisa que vestir hipóteses científicas de trajes filosóficos, fazendo deles princípios dentro dos quais aquelas hipóteses se petrificam”.

Tal objetividade mínima pode ser percebida quando verificamos as duas faces da Justiça – o seu aspecto formal, consubstanciado de forma clara no princípio jurídico da isonomia⁷⁷ (tal qual já traçado na Antigüidade por Aristóteles, conforme brevemente discorreremos no intróito do presente trabalho) e seu aspecto material, que estabelece os critérios a partir dos quais as igualdades e desigualdades oriundas do princípio da isonomia serão tidas como relevantes ou não. A objetividade mínima, por seu turno, deverá ser mantida justamente em seu grau reduzido, sob pena de incorrerem na falha consistente na não consideração das contingências históricas, às quais o Direito deve estar atento.

Preconizada tal indissociabilidade – Direito e Justiça - restamos propor algo a fazer com o pensamento kelseniano exposto em duas partes do presente trabalho, haja vista que tal pensamento caracteriza-se pela cisão entre os mencionados conceitos, uma vez que o autor os abordou sem estabelecer entre eles qualquer ponte ou conexão.

Assim sendo, para compreensão da mencionada cisão realizada pela teoria kelseniana se faz necessário estabelecer de que modo ou sob que aspecto ela se dá. A este respeito concluímos que tal cisão se dá no âmbito da teoria do conhecimento, pois os conceitos de Direito e Justiça apresentam como uma relevante nota distintiva a cognoscibilidade do primeiro (cognoscibilidade = qualidade do que pode ser conhecido de forma científica) e a incognoscibilidade do segundo, ao menos nos moldes dos pressupostos com base nos quais a teoria fora erigida. É justamente para ressaltar tal nota que Bobbio (2007, p. 192), citando o próprio Kelsen, afirma que “uma teoria pura do direito – uma ciência- não pode responder à pergunta sobre o que é justo e o que é injusto, porque a ela não se pode, de modo algum, responder cientificamente”.

⁷⁷ O princípio da igualdade ou isonomia, enquanto aspecto formal da Justiça, deve ser visto apenas como um princípio regulador, ou seja, não esgota em si mesmo a extensão semântica do conceito. Sua relevância, entretanto, é constatada ante a verificação que, a partir de suas balizas, a construção de um conceito de Justiça e sua efetivação não ocorrerão de forma aleatória, mas calcadas em parâmetros razoáveis.

Tal nota distintiva, entendida em seus estritos termos, faz-nos concluir, primeiramente, que a cisão entre os conceitos de “Direito e Política” e “Direito e Justiça” não é absoluta, o que parece ter sido percebido por Kelsen que, no prefácio de sua *Teoria Geral do Direito e do Estado* afirmou, em passagem que já transcrevemos anteriormente, que “o postulado de uma separação completa entre jurisprudência e política não pode ser questionado, caso deva existir algo como uma ciência do Direito. Duvidoso apenas é o grau em que a separação é concretizável neste campo” (2005, p. XXXII). Em segundo plano, infere-se que podemos chegar a um conceito de Justiça, mesmo que não definitivo, ainda que não possamos indicar de forma precisa e objetiva o caminho a ser percorrido para tal desiderato, donde o caráter não científico de tal possível conceituação. E, por fim, concluimos que a partir da teoria de Kelsen não se pode afirmar a irrelevância dos conceitos de justo e injusto, mesmo porque nosso autor declara, de forma expressa, que “a exigência de que o Direito positivo deva ser justo” constitui-se exigência “evidente por si mesma” (2005, p. 9), para, em seguida, repisar que as questões relativas à Justiça somente são afastadas de sua *Teoria Pura* pelo fato de não poderem ser enfrentadas mediante uso dos métodos científicos.

Referidas conclusões, por sua vez, afastam as críticas contundentes geradas ao longo das décadas contra o pensamento positivista kelseniano, críticas estas cujos argumentos, segundo o próprio autor, “são dirigidos, não propriamente contra a *Teoria Pura do Direito*, mas contra a sua falsa imagem, construída segundo as necessidades do eventual opositor” (2000, p. XIII). Em reforço ao afastamento de tais críticas, podemos adicionar os estudos de Kelsen sobre o conceito de Justiça, estudos estes bastante abrangentes, eis que analisaram conceitos diversos de Justiça e se aprofundaram quando da análise do pensamento platônico.

Não há, contudo, como deixar de apontar um problema na teoria de nosso autor. Se por um lado ela não fora concebida com finalidade de dar sustentáculo a quaisquer regimes políticos, haja vista seu caráter científico – entendida a ciência como mero descritor da realidade, consoante concepção do próprio Kelsen - em especial aqueles de natureza totalitária, por outro lado não há como negar que ela impede a crítica veemente que tais regimes comportavam, uma

vez que “*A Teoria Pura do Direito* mantém-se completamente alheia a toda a política” (2000, p. XIII), conforme suas próprias palavras. Em suma, tal teoria revela-se “cega” quanto ao papel do Direito na sociedade e para suas responsabilidades humanas. A constatação de tal problema ora apontado, por seu turno, remete-nos, em verdade, a um questionamento de maior amplitude, qual seja, o questionamento acerca do papel da ciência. Se tal papel cingir-se à descrição da realidade, os postulados científicos poderão ser utilizados de forma insatisfatória, de modo irresponsável, em detrimento da vida humana, o que será aferido a partir de nefastas conseqüências, tal qual se dera com alguns dos regimes políticos totalitários europeus da primeira metade do século XX. Esta é, em nossa concepção, a verdadeira crítica que deve ser dirigida à teoria pura do direito: sua impossibilidade de realizar críticas contundentes aos regimes jurídico-políticos concebidos em detrimento de direitos fundamentais que se constituem verdadeira herança histórica da civilização, ou, em outras palavras, sua impossibilidade de apontar de forma incisiva a “injustiça” de mencionados regimes em vista de seu alheamento à realidade.

A Ciência, nesta medida, não se constitui um tipo de conhecimento cuja natureza possa prescindir da Filosofia. Estendida tal regra à análise do pensamento de Kelsen, concluímos que o Direito, concebido como uma ciência particular, não pode prescindir da Filosofia Jurídica (e, conseqüentemente, do conceito de “Justiça”), sob pena de termos um conhecimento desvinculado da realidade que procura explicar e, sobretudo, regular; pior, fazendo-o sem qualquer pauta e respaldo éticos.

Repensemos, pois, as imbricações gerais entre Ciência e Filosofia e as implicações específicas entre Direito e Justiça para (1) tentarmos unir as duas faces do pensamento kelseniano ou ao menos estabelecer uma conexão entre elas – a primeira delas circunscrita à questão técnico-jurídica e a outra voltada às reflexões sobre a Justiça - derrubando o muro existente entre elas e (2) repensarmos as questões jurídicas sem abirmos mão da pauta ética que deve norteá-las. Ainda que não haja possibilidade de unificação, ao menos uma comunicação entre essas duas partes revela-se essencial. Poderá haver, ainda aqui, a crítica no sentido de que o pensamento de Kelsen sobre a Justiça, em especial no que reproduz o conceito

platônico de Justiça, também se perfaz irrealizável, ante o caráter utópico do qual se reveste a teoria platônica. Aqui, novamente, a crítica não se sustém. Recordemos, a respeito, as palavras finais do Livro IX da *República*⁷⁸ de Platão:

“– Compreendo. Referes-te à cidade que edificamos a pouco na nossa exposição, àquela que está fundada só em palavras, pois creio bem que não se encontra em parte alguma da terra.

- Mas talvez haja um modelo no céu, para quem quiser contemplá-la, e, contemplando-a, fundar uma para si mesmo. De resto, nada importa que a cidade exista em qualquer lugar, ou venha a existir, porquanto é pelas suas normas, e pelas de mais nenhuma outra, que ele pautará o seu comportamento.” (592,b)

Ao nos determos, ainda que brevemente, nas palavras transcritas do diálogo, o que podemos extrair é a concepção segundo a qual mesmo a utopia⁷⁹, em seu sentido mais estrito, não abre mão do respaldo ético, antes, pode constituir-se um ideal de conduta, de comportamento e, por consequência, não haverá uma desvinculação absoluta com a realidade concreta que nos circunda. Nas palavras de Trabattoni (2009, p. 24-25), em paráfrase, trata-se de uma herança socrática a conexão que Platão faz entre a filosofia e a vida, o que pode ser verificado facilmente quando em algumas passagens de seus diálogos, a exemplo do *Górgias* (500,c) e *A República* (352,d), o Sócrates platônico adverte para a necessidade de se prestar atenção ao argumento em desenvolvimento pois se trata, em verdade, “de como se deve viver”. Logo, a análise das próprias palavras de Platão, em especial as de seu diálogo central sobre a questão da Justiça, afasta eventual crítica acerca da desvinculação entre as concepções utópicas e a realidade sensível.

Ter a Justiça como meta, sem desconsiderar o caráter vago do conceito e as complexidades e dificuldades que isso representa no âmbito de criação

⁷⁸ Utilizamos aqui a tradução de Maria Helena da Rocha Pereira, Ed. Calouste Gulbenkian, 7ª edição.

⁷⁹ O termo “utopia”, de origem grega, indica em seu sentido original ou etimológico “o que não está em lugar algum”. Por extensão, denomina-se utópico todos os quadros que representam por meio de descrições detalhadas a organização ideal de uma sociedade humana. *A República*, de Platão, obra que analisamos sucintamente neste trabalho, é considerada a primeira grande utopia política. Outros exemplos de utopias são *Utopia*, de Thomas Morus, de 1516 e *A Cidade do Sol*, de Campanella, de 1623.

e aplicação do Direito Positivo, eliminando-se a dicotomia absoluta entre as categorias de “ser” e “dever-ser” (realidade e norma) - não parece ter sido outro o caminho seguido por expoentes da Filosofia Jurídica contemporânea, com destaque a Alf Ross (*Direito e Justiça*, 1958), Herbert L. Hart (*Conceito de Direito*, 1961) e John Rawls (*Uma Teoria da Justiça*, 1971), autores que demonstraram possuir amplo conhecimento do pensamento kelseniano e, a partir dele, puderam construir teorias cujo ponto comum constitui-se a superação dos postulados positivos, se não de todos eles, ao menos daqueles que permitiram a indevida utilização do que fora denominada teoria pura do Direito.

A junção das duas faces do pensamento kelseniano (por óbvio naquilo em que elas se compatibilizam), ou ao menos o estabelecimento de uma comunicação perene entre elas, com conseqüente reconstrução de seu pensamento a partir da integralidade de suas obras, – o que ainda não fora feito, eis que todo especialista no pensamento de Kelsen revela-se um especialista unicamente em sua *Teoria Pura do Direito* - por certo redundaria em uma teoria muito próxima e assemelhada às dos grandes nomes citados no parágrafo anterior e, sobretudo, faria justiça à grandeza do pensamento de Kelsen que, ao longo dos anos, vem sendo analisado de forma apenas parcial e circunscrita à *Teoria Pura do Direito*, obra cuja patente importância não deve conduzir à desconsideração de outras suas obras, notadamente se não perdermos de vista a teleologia do Direito. Tal teleologia, por seu turno, afasta a possibilidade de visualizá-lo apenas como mero objeto de estudo e, como corolário, nega um dos postulados fundamentais adotados por Kelsen para construção de sua ciência do Direito.

Do ponto de vista teórico, partindo-se do pressuposto de ser o Direito uma ciência, nos termos anteriormente assinalados, e das críticas realizadas ao pensamento kelseniano sobre o Direito – pensamento este que exclui do seu bojo as discussões acerca da Justiça - necessário se faz analisar os critérios comumente utilizados para classificar as diversas ciências, a partir do que será possível delinear e enfatizar o papel do conhecimento e da ciência em geral e do Direito enquanto ciência particular.

A este respeito, parece ter sido Aristóteles, e aqui retornamos ao pensador a que fizemos tantas referências na introdução deste trabalho, o primeiro pensador a se debruçar sobre o tema, classificando as ciências, no relevante Livro VI da *Metafísica*, em três categorias, a saber: ciências teóricas ou especulativas ou intelectuais (como a física, a metafísica ou teologia e as matemáticas), as ciências práticas (como a ética e a política) e as produtivas ou poiéticas (como as artes em geral, a engenharia e a medicina).

Sobre a questão acima referida, classificação das ciências, Tércio Sampaio (1980, p. 11) enfatiza que em nossos dias “perdura a distinção das ciências em dois grandes grupos: naturais e humanas”⁸⁰. Tal distinção é calcada na diversidade de objeto e método, concebido este como “conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses” (op.cit., p. 11). Para as ciências humanas, também denominadas “ciências do espírito”, dentre as quais a ciência jurídica, o método a ser utilizado repousa sua validade na validade de valorações individuais, sociais, ideais e históricas, no que certamente diferencia-se das ciências naturais. E aqui, ao nos defrontarmos com a questão da validade, certamente nos afastamos da tão proclamada neutralidade axiológica propugnada por Max Weber, ao menos dentro da interpretação que comumente se lhe deu, um dos pilares de sustentação do pensamento positivista kelseniano, ou, em outros termos, proclamamos a recusa de redução do Direito (o que se aplica às ciências humanas em geral) à categoria de ciências físicas ou naturais, tal qual doutrina de Augusto Comte na segunda lição de seu *Curso de Filosofia Positiva*. No caso específico do Direito, tal problemática torna-se ainda mais complexa ante a impossibilidade de traçarmos contornos precisos entre a atuação do cientista ou estudioso e o operador ou agente do Direito, de modo que dualidades como “teoria pura” e “teoria aplicada” ou “teoria” e “prática”, ou, ainda, “investigação” e “aplicação” não encontram qualquer base de sustentação, o que é uma característica forte nas ciências do espírito ou nas ciências práticas, conforme classificação que se adote.

A partir de tal distinção e colocação do Direito na área das ciências humanas (conforme critérios mais recentes) ou sua classificação como ciência

⁸⁰ Tal distinção, segundo André Franco Montoro (2000, p. 63/64), foi desenvolvida por W. Dilthey (1833-1911) em sua obra *Introduction à l'étude des sciences humaines*.

prática ou conhecimento prático (consoante critério aristotélico), podemos verificar e apontar sua racionalidade prática, o que se faz, contudo, sem se abrir mão de se encontrar o conceito do justo. Em tal medida pode-se afirmar que o conhecimento prático, ao contrário do teórico, procura instaurar um novo estado de coisas, procurando conhecê-lo com a finalidade de transformá-lo. Ao assim fazê-lo, contudo, não renuncia à busca e ao conhecimento da verdade, ou seja, não deixa de ser ciência. Neste ponto é de se destacar a consciência de Aristóteles acerca da distinção entre o conhecimento técnico e o conhecimento prático-moral, distinção que o permitiu (e talvez também nos permita) conceber a Política, que em seu sentido amplo abarca o Direito, como ciência ou arte mais elevada – *Ética a Nicômaco*, 1094 a,26.

Concebemos, desta forma, o conhecimento prático-moral não totalmente desvinculado do campo da construção teórica e do método científico, pois todos se vinculam ao conceito de verdade, com a diferença que no campo especulativo a verdade é um fim em si mesmo, enquanto que no campo prático a verdade constitui-se um meio em vista a um fim, no âmbito da ação situado no âmbito presente. Desta maneira, a racionalidade prática, ínsita ao Direito na qualidade de ciência prática, levamos à conclusão de que a verdadeira crítica a ser feita ao pensamento de Kelsen consiste na escolha de seus postulados teóricos (ou, em outras palavras, na tentativa de sua colocação no campo do conhecimento teórico), os quais conduziram à desconsideração de sua teleologia.

Por fim, esta mesma constatação serve de base para crítica aos críticos de Kelsen que relegaram a segundo plano (e em muitos casos sequer consideraram) suas ponderações sobre a Justiça, em especial quando analisada a obra de Platão que, conforme ponderado pelo próprio Kelsen, tem como uma dentre tantas virtudes permitir uma incessante reflexão sobre qualquer tema que se considere relevante. Esta mesma incessante reflexão abre caminho para uma possível rediscussão do “pensamento de Kelsen em sua integralidade” e, por conseqüência, a uma tentativa de sua reconstrução com fins a não se relegar o papel do conceito de Justiça para as questões específicas do Direito. Tal reconstrução, em suma, representa a nosso ver a necessidade de um novo paradigma epistemológico para as ciências em geral – as quais não podem abrir mão de sua responsabilidade social -, com ênfase às ciências humanas ou práticas; e ênfase ainda maior ao Direito, haja vista sua própria razão de ser.

Afirmamos, pois, a título conclusivo, a contribuição do pensamento de Kelsen para reflexões acerca deste novo paradigma epistemológico das ciências⁸¹. Isto porque nosso autor, ao levar seu projeto de construção da ciência do Direito às últimas conseqüências – observados o rigor metodológico e a logicidade – acabou por revelar suas insuficiências e os limites de tais postulados epistemológicos, o que redundou, em certa medida, na superação de seu próprio projeto. Sem a *Teoria Pura do Direito* e sem todas as demais reflexões kelsenianas acerca da Justiça, certamente a Filosofia Jurídica não estaria tão apta para as possibilidades que nos são reveladas pelas teorias jurídico-políticas atualmente em voga, com destaque aos pensamentos de Rawls e Habermas. Afinal, consoante palavras do próprio Kelsen (2005, p. 9), “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade” e a “a justiça é felicidade social”.

⁸¹ Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 69) afirma que a contribuição de Kelsen é paradoxal na medida em que leva a ciência do Direito às últimas conseqüências e, ao assim fazer, revela a insuficiência da postura epistemológica adotada. Posteriormente afirma que “o empreendimento da teoria pura do direito é um fracasso”. Concordamos com a caracterização da contribuição do pensamento kelseniano com paradoxal, pelas mesmas razões indicadas por Coelho. Discordamos, entretanto, da concepção segundo a qual o projeto da *Teoria Pura do Direito* teria de todo fracassado. Isto porque, na medida em que ele conduz a reflexões relevantes que, de forma ampla, dizem respeito ao repensar o próprio papel da Epistemologia Jurídica e das ciências em geral, atestada está sua validade no campo do pensamento, cujas reflexões devem ser incessantes.

Bibliografia

I. Bibliografia Central

1. KELSEN, Hans – *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
2. _____ *O que é Justiça?*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.
3. _____ *A Ilusão da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
4. _____ *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
5. _____ *A Justiça e o Direito Natural*, Coimbra: Almedina, 2001.
6. _____ *O Problema da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
7. _____ *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, 2003.
8. _____ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
9. PLATÃO - *A República*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993 – tradução de Maria Helena da Rocha Pereira.
10. _____ *As Leis*, Bauru: Edipro, 1999 – tradução de Edson Bini.
11. _____ – *Górgias*, Belém: Editora Universitária UFPA, 2002 – tradução de Carlos Alberto Nunes.
12. _____ *Protágoras*, Belém: Editora Universitária UFPA, 2002 – tradução de Carlos Alberto Nunes.
13. _____ *A República*, São Paulo: Martins Fontes, 2006 – tradução de Anna Lia Amaral de Almeida Prado.

II. Bibliografia Crítica

14. BOBBIO, Norberto – *Estado, Governo e Sociedade*, São Paulo: Paz e Terra, 1986.
15. _____ *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
16. _____ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: UNB, 1996.
17. _____ *Teoria da Norma Jurídica*, Bauru: Edipro, 2003.
18. _____ *O Filósofo e a Política*, Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
19. _____ *O Positivismo Jurídico*, São Paulo: Ícone, 2006.
18. _____ *Da Estrutura à Função*, Barueri: Manole, 2007.
19. _____ *Direito e Poder*, São Paulo: UNESP, 2008.
20. CAMPOS, José Antônio Segurado e – *Górgias de Platão – Leitura Orientada e Propostas de Trabalho*, Lisboa: Texto Editora, 1999.
21. COELHO, Fábio Ulhoa – *Para Entender Kelsen*, São Paulo: Saraiva, 2009.
22. GOLDSCHMIDT, Victor – *A Religião de Platão*, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963.
23. _____ *Os Diálogos de Platão – Estrutura e Método Dialético*, São Paulo: Loyola, 2002.
24. ENGELMANN, Wilson – *Crítica ao Positivismo Jurídico*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

25. LOSANO, Mario – *Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales*, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1992.
26. MATOS, Andytas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e da Justiça na obra de Hans Kelsen*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
27. MORRISON, Wayne – *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
28. PLATÃO - *Fedro, Cartas e O Primeiro Alcibíades*, Belém: Editora Universitária UFPA, 2007 – tradução de Carlos Alberto Nunes.
29. _____ *Para uma Nova Interpretação de Platão*, São Paulo: Loyola, 1997.
30. _____ *História da Filosofia Grega e Romana - Platão*, São Paulo: Loyola, 2007.
31. _____ *História da Filosofia Grega e Romana – Pré-socráticos e orfismo*, São Paulo: Loyola, 2009.
32. ROBIN, Léon – *Platon*, Paris: PUF – Presses Universitaires de France, 2002.
33. ROGUE, Christophe – *Compreender Platão*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
34. TRABATTONI, Franco. *Pensatori: Platone* – Roma: Carocci Editore, 2009.
35. WATANABE, Lygia Araújo – *Platão por Mitos e Hipóteses* – São Paulo: Moderna, 1995.

III. Bibliografia Complementar ou de Apoio

36. ABBAGNANO, Nicola – *História da Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
37. _____ *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
38. ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C.B., *Curso de Filosofia do Direito*, São Paulo: Atlas, 2008.
39. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural – Coleção Os Pensadores, 1973.
40. BITTAR, Eduardo C.B. – *A Justiça em Aristóteles*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
41. _____. *Curso de Filosofia Aristotélica*. São Paulo: Manole, 2003.
42. BRISSON, Luc – *Leituras de Platão*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
43. BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
44. CAYGILL, Howard – *Dicionário Kant*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.
45. CHAUI, Marilena – *Introdução à História da Filosofia – dos pré-socráticos a Aristóteles*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
46. _____ *Convite à Filosofia*, São Paulo: Ática, 2006.
47. COMTE, Augusto - *Curso de Filosofia Positiva* – São Paulo: Abril Cultural – Coleção Os Pensadores, 1973.
48. CRESCENZO, Luciano de – *História da Filosofia Grega*, Rio de Janeiro: Rocco, 1996.
49. DINIZ, Maria Helena – *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2005.
50. FARAGO, France – *A Justiça*, São Paulo: Manole, 2004.
51. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
52. _____ *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

53. HOBBS, Thomas – *Leviatã* – São Paulo: Abril Cultural – Coleção Os Pensadores, 1974.
54. HUISMAN, Denis – *Dicionário dos Filósofos* – São Paulo: Martins Fontes, 2004.
55. JAEGER, Werner – *Paidéia – A Formação do Homem Grego*, São Paulo: Martins Fontes, 1995.
56. KANT – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Abril Cultural – Coleção Os Pensadores, 1974.
57. _____ - *Crítica da Razão Pura*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
58. LALANDE, André – *Vocabulário Técnico e Científico da Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
59. LIVET, Pierre – *As Normas: Análise da noção, estudos de textos: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles*, Petrópolis: Vozes, 2009.
60. MORRIS, Clarence – *Os Grandes Filósofos do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
61. MORIN, Edgar – *Ciência com Consciência*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.
62. NADER, Paulo – *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
63. PAVIANI, Jayme – *Filosofia e Método em Platão*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.
64. PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Nascimento Ricardo – *Direito e Filosofia – A Noção de Justiça na História da Filosofia*, São Paulo: Atlas, 2007.
65. PRADO JÚNIOR, Caio – *O que é Filosofia?*, São Paulo: Brasiliense, 2007.
66. RAWLS, John – *Justiça como Equidade*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
67. _____ *Justiça e Democracia*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
68. _____ *Uma Teoria da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
69. REALE, Miguel – *Introdução à Filosofia*, São Paulo: Saraiva, 1989.
70. _____ *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2002.
71. _____ *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 2005.
72. ROSS, Alf – *Direito e Justiça*, Bauru: Edipro, 2003.
73. RUSSELL, Bertrand – *História do Pensamento Ocidental* – São Paulo: Ediouro, 2001.
74. SICHES, Luis Recasens – *Introducción al Estudio del Derecho* – Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006.
75. SÓFOCLES – *Antígona* – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
76. TERRA, Ricardo – *Kant e o Direito* – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
77. VECCHIO, Giorgio Del – *Lições de Filosofia do Direito* – Coimbra: Almedina, 1979.
78. WEBER, Max – *Ciência e Política, duas vocações* – São Paulo: Cultrix, 2008.
72. _____ - *A Objetividade do Conhecimento nas Ciências Sociais* – São Paulo: Ática, 2006.