

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

FILOSOFIA DO DIREITO

CONSTANÇA TEREZINHA MARCONDES CESAR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-056-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

É com satisfação que apresentamos os trabalhos apresentados no GT de Filosofia do Direito do XXIV Encontro Nacional do Conpedi, realizado no campus da Universidade Federal de Sergipe. É sempre preciosa uma oportunidade de discutir um campo tão antigo, e tão importante para compreender e também testar os limites do pensamento jurídico. Os pesquisadores, uma vez mais, demonstraram como é rica e plural a produção jurídico-filosófica nas escolas de direito no Brasil. Mais do que a quantidade, precisamos aumentar a qualidade do trabalho em filosofia do direito, e o evento abraçou essa ideia.

O livro tem uma importância dupla. Por um lado, registra o trabalho desenvolvido pelos pesquisadores e apresentados à avaliação e seleção desta banca; por outro, permite ampliar a perspectiva e continuar os diálogos que apenas iniciaram nos poucos minutos destinados à apresentação de cada trabalho. A pesquisa, ainda mais quando envolve a reflexão filosófica, pede calma, e seria muito limitada se constituída apenas da apresentação e da sessão de perguntas. O texto, amadurecido e costurado pelos autores, permite o contato silencioso e calmo com cada trabalho apresentado, singularmente valioso.

Este livro é, antes de tudo, um convite à conversa e à reflexão. Entre tantos e variados temas, cada leitor encontrará uma mesa em que se sentirá mais à vontade, puxará sua cadeira e interagirá com dedicados pesquisadores. Esperamos que a publicação desses trabalhos integre mais pessoas à deliciosa conversa do dia 4 de julho de 2015.

Os coordenadores.

KANT E KELSEN: SOBRE O USO PÚBLICO E PRIVADO DA RAZÃO DO JURISTA

KANT AND KELSEN: ON PUBLIC AND PRIVATE USE OF JURISTS REASON

Cristina Foroni Consani

Resumo

Este trabalho investiga em que medida a epistemologia jurídica positivista leva à negação de uma formação jurídica crítica ou, ainda, impede o jurista de realizar uma avaliação crítica do Direito a ponto de poder dispensar, ou negligenciar, disciplinas que são constitutivas do conhecimento jurídico em sentido amplo, como Ética ou Ciência Política. Para enfrentar tal questão utiliza-se a diferenciação feita por Kant entre o uso público e o uso privado da razão. O que se defenderá aqui é que é possível, a partir da aplicação da diferenciação feita por Kant à metodologia do positivismo jurídico, justificar que, mesmo adotando-se a epistemologia jurídica do positivismo pode-se sustentar a necessidade do jurista se apropriar de conhecimentos que ultrapassam os meros enunciados das normas jurídicas. Para tanto, a metodologia adotada é a da pesquisa bibliográfica com análise de textos.

Palavras-chave: Kant, Kelsen, Ciência do direito, Uso público e privado da razão.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper investigates the extent to which legal positivist epistemology leads to the denial of a critical legal training. It also analyses the argument that the legal positivism methodology would make useless subjects such as Ethics or Political Science in Law Schools curriculum frameworks. To address this issue it will be used the differentiation made by Kant between public use and private use of reason. It will be defended that even adopting the legal positivism epistemology, it is not possible to take away from the Law Schools curriculum frameworks disciplines related to the human sciences. Therefore, the methodology adopted is the analysis of the literature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kant, Kelsen, The science of law, Private and public use of reason.

Introdução

Uma das principais críticas que se faz ao positivismo jurídico e, notadamente, a Hans Kelsen, é que a metodologia proposta para a Ciência Jurídica de apenas descrever o seu próprio objeto (as normas jurídicas) acaba por reduzir o jurista a um mero repetidor de normas, eliminando a possibilidade de exercício de um juízo de valor a respeito das normas jurídicas criadas pela autoridade legislativa e, por conseguinte, impedindo que o jurista exerça uma análise crítica do Direito vigente.¹

Um desdobramento dessa crítica é a sugestão de que a grande adesão ao positivismo jurídico por parte dos estudiosos do Direito no século XX teria apresentado como consequência a perda de importância, dentro dos cursos de Direito, de disciplinas como a Filosofia, a Sociologia e a Ciência Política, cujo papel não é o de meramente descrever normas jurídicas (como no caso do Direito Civil, Direito Penal, etc), mas também de analisar sua relação com conceitos como justiça, legitimidade e eficácia, entre outros. (cf. Galuppo, 2013, p. 88).² Isto é, considerando que cabe ao jurista meramente descrever os enunciados das normas jurídicas em vigor, sem realizar nenhum juízo de valor a respeito dessas normas, qual a necessidade de manter nas grades curriculares dos cursos de Direito disciplinas cujo objetivo é justamente ensinar aos alunos a promover uma análise crítica do próprio Direito? O objetivo deste trabalho é analisar se tal crítica procede. Ou seja, busca-se investigar em que medida a epistemologia jurídica positivista leva à negação de uma formação jurídica crítica ou, ainda, impede o jurista de realizar uma avaliação crítica do Direito a ponto de poder dispensar, ou negligenciar, disciplinas que são constitutivas do conhecimento jurídico em sentido amplo.

Para enfrentar tal questão pode ser bastante esclarecedor o resgate da diferenciação feita por Kant entre o uso público e o uso privado da razão. O que se defenderá aqui é que é

¹ A crítica formalista a Kelsen e ao positivismo jurídico é refutada e até mesmo considerada por alguns autores como uma caricatura da teoria positivista do Direito. Nesse sentido ver: DIMOULIS, 2006, pp. 45-64; LEAL, 2014, pp. 245-268. Por outro lado, a depuração valorativa oferecida por Kelsen para a teoria do direito tem sido objeto de críticas no sentido de que, de certo modo, a neutralidade proposta acaba por abrir as portas para a entrada dos valores do grupo dominante em um determinado histórico, permitindo que a estrutura lógico-formal do direito seja preenchida pela ideologia hegemônica em seu interesse próprio, que pode inclusive ser injusta, imoral, ditatorial. A esse respeito ver: COELHO, 1982, pp. 116-132.

² Marcelo Campos Galuppo afirma que: “O sucesso da abordagem kelseniana explica por que, a partir do século XX, disciplinas não jurídicas (Ética e Ciência Política), que antes eram constitutivas dos cursos de Direito, perderam importância na formação do jurista. A partir do positivismo jurídico, os cursos jurídicos passaram a se ater preponderantemente à descrição do significado dos enunciados contidos nas normas jurídicas, fossem elas as leis, fossem as decisões judiciais.” (cf. GALUPPO, 2013, p. 88).

possível, a partir da aplicação da diferenciação feita por Kant à metodologia do positivismo jurídico, justificar que, mesmo adotando-se a epistemologia jurídica do positivismo é possível sustentar a necessidade do jurista se apropriar de conhecimentos que ultrapassam os meros enunciados das normas jurídicas.

A relação entre os conceitos kantianos e a epistemologia jurídica do positivismo será realizada em três momentos. Primeiramente, será apresentada a metodologia do positivismo para a Ciência Jurídica a partir do estudo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, especialmente da das definições e conceitos constantes do capítulo 3 – Direito e Ciência (I). Em um segundo momento, será apresentada a distinção kantiana entre o uso público e o uso privado da razão (II). Por fim, verificar-se-á em que medida os conceitos kantianos podem ser empregados para defender o positivismo jurídico da crítica de relegar um papel acrítico ao jurista.

1 – Direito e Ciência na Teoria Pura do Direito

Kelsen, nas primeiras linhas da *Teoria Pura do Direito*, esclarece ao leitor que o objetivo de sua obra é “única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto” (a norma jurídica) e esse objetivo é levado a cabo a partir de um princípio metodológico fundamental cuja pretensão é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.” Nesse sentido, não lhe importa saber “o que *deve ser* o Direito ou como ele *deve ser* feito”, pois isso seria tarefa da política do Direito e não da Ciência do Direito. Interessa-lhe apenas descrever as normas jurídicas em vigor. Esta é a tarefa precípua do jurista (Kelsen, 2000, p. 01).

A preocupação de Kelsen é preponderantemente metodológica. Trata-se de encontrar um método para o estudo do Direito que permita diferenciá-lo de outras ciências como, por exemplo, a psicologia, a sociologia, a ética ou a teoria política. De acordo com o autor, quando a “Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico.” (Kelsen, 2000, p. 01/02).

Kelsen começa, pois, a delimitar o objeto de conhecimento da Ciência Jurídica. A primeira distinção relevante é aquela entre *norma jurídica* e *proposição jurídica*. Enquanto as *normas jurídicas* podem ser definidas como mandamentos, comandos, imperativos, permissões ou atribuições de poder ou de competência, *as proposições jurídicas* são juízos

hipotéticos, os quais enunciam que, de conformidade com o sentido de uma determinada ordem jurídica, devem intervir certas consequências. As normas jurídicas estão no âmbito do *dever ser* haja vista prescreverem como uma conduta deve ser (por exemplo, não debes matar, não debes furtar, debes pagar os impostos, etc). Já as proposições jurídicas encontram-se no âmbito do *ser e*, por essa razão, cabe-lhes apenas a descrição da própria norma jurídica. Trata-se, assim, de fazer a distinção entre as funções da Ciência Jurídica (descrever) e da autoridade jurídica (criar as normas jurídicas prescritivas).³ (cf. Kelsen, 2000, p. 80-82).

A distinção kelseniana entre *ser* e *dever ser* é uma herança da teoria do conhecimento de Kant. Antes de avançar na metodologia do positivismo jurídico proposta por Kelsen, é necessário, contudo, realizar um excuro para se compreender o quanto dessa herança foi mantida e que parte foi refutada pela “pureza metodológica.”

2.1 – Teoria do conhecimento, Moral e Direito

Kant, na *Crítica da Razão Pura*, busca realizar uma reconsideração de toda a Metafísica e tal reconsideração é conhecida como *giro copernicano do pensamento*. A partir da discussão travada entre empiristas e racionalistas a respeito de como o conhecimento tem início, o filósofo de Königsberg sustenta a tese de que não se pode conhecer os objetos em si mesmos, como sustentara a metafísica tradicional. O conhecimento não se regula pelos objetos, mas os objetos que se regulam pelas faculdades da mente, ou pela forma como as faculdades se conformam às condições subjetivas dos indivíduos.

Isso marca o surgimento de uma nova relação entre o sujeito do conhecimento e a natureza. O exemplo que Kant traz para ilustrar esse “giro” é o do aluno em relação ao juiz. Segundo ele, a razão tem que ir à natureza não como um aluno que recebe do professor todos os conhecimentos, mas como um juiz que interroga suas testemunhas a fim de que lhe respondam suas perguntas (cf. Kant, 1980a, 11). Como consequência do “giro”, tem-se que os sujeitos não conhecem os objetos como eles são em si mesmos, mas como eles aparecem.

Surge, deste modo, a distinção entre *fenômeno* e *noumenon ou coisa em si mesma*. Os fenômenos são os objetos como são conhecidos pelos sujeitos, isto é, as representações que se tem dos objetos. O *noumenon*, por outro lado, é um conceito-limite, uma vez que ele

³ A respeito da distinção entre normas jurídicas e proposições jurídicas, entre Direito e Ciência Jurídica, Leonel Severo da Rocha considera que o Direito pode ser entendido como uma linguagem, enquanto a Ciência do Jurídico funciona como uma metalinguagem, estabelecendo-se, deste modo, dois planos linguísticos distintos. Cf. ROCHA, 2005.

limita o conhecimento fenomênico do sujeito na medida em que se reconhece que o conhecimento dos objetos não é o conhecimento absoluto da realidade, pois o *noumenon* refere-se a objetos como eles são em si mesmos, sem qualquer relação com a capacidade dos sujeitos de percebê-los e de julgá-los. Segundo Kant, o *noumenon* é um pressuposto necessário da razão para delimitar o conhecimento dos fenômenos. (cf. Kant, 1980b, p. 48 e ss).

Assim, outra distinção deve ser assinalada, que é aquela entre *conhecer* e *pensar*. *Conhecer* implica formular juízos passíveis de decisão, o que só pode ocorrer dentro do âmbito da experiência possível e implica provar a possibilidade do objeto conhecido. *Pensar*, por outro lado, implica a possibilidade de ir além daquilo que se pode conhecer, ou seja, além da experiência (por exemplo, é possível pensar em Deus, embora não se possa conhecê-lo). Isso leva a outra distinção relevante para a filosofia kantiana, que é aquela entre *transcendente* e *transcendental*. *Transcendente* é aquilo que excede os limites da experiência possível; *transcendental* é “todo conhecimento que se ocupa não tanto dos objetos, mas do nosso modo de conhecê-los” (cf. Kant, 1980a, p. 178), ou seja, como é possível conhecer ou ter experiência do mundo. Segundo Kant, um dos problemas da metafísica tradicional foi ocupar-se do *transcendente*. Nesse sentido, o *noumenon*, se pensado enquanto conceito, é *transcendental*. Contudo, se pensado como objeto, é *transcendente*.

Posto isso, cabe agora verificar como essa tese é justificada. Toda a empreitada da justificação do conhecimento objetivo da realidade fenomênica pode ser traduzida no problema de como são possíveis os *juízos sintéticos a priori*. Kant faz uma distinção entre *juízos analíticos* e *juízos sintéticos*. Os juízos analíticos são juízos de esclarecimento e não de ampliação, ou seja, o conceito do predicado é extraído do conceito de sujeito fazendo-se o uso do princípio de não contradição (por exemplo: os solteiros são não casados).

O *juízo sintético a posteriori*, por sua vez, é um juízo de esclarecimento e de ampliação. Trata-se de um juízo contingente, sem universalidade e verdade rigorosa (por exemplo, a caneta é azul ou o sol nascerá amanhã). A propriedade de ser azul e a propriedade de nascer amanhã estão vinculadas ao sujeito da frase de maneira mais ou menos estreita, ou seja, a caneta pode não ser azul e o sol pode não nascer amanhã.

O *juízo sintético a priori* se difere do *juízo sintético a posteriori* na medida em que ele é dotado de *necessidade e universalidade rigorosa*. Um exemplo de *juízo sintético a priori* seria que todo acontecimento implica a existência de uma causa anterior, uma vez que no conceito de causa está contido analiticamente o conceito de efeito, mas não que essa causa deva ser temporalmente anterior, ou seja, o princípio de que a causa é anterior ou simultânea

ao efeito é um *princípio sintético a priori*. Sendo assim, Kant nega que algumas operações matemáticas (como, por exemplo, $5+7=12$) sejam meramente analíticas, uma vez que o conceito de doze (predicado) não está implícito no conceito de sujeito, mas foi acrescentado de forma necessária pelas faculdades do conhecimento humano.

Aqui é importante destacar a distinção entre *começo* e *origem* do conhecimento na teoria kantiana. Kant fala na Introdução à *Crítica da Razão Pura* que “todo o nosso conhecimento começa *com* a experiência, nem por isso todo ele se origina justamente *da* experiência.” (Kant, 1980a, p. 23). A origem do conhecimento se dá com a experiência somada à atuação das faculdades da mente.

As faculdades da mente são as seguintes: *as formas puras da sensibilidade* (espaço e tempo), *as doze categorias do entendimento* (necessidade, causalidade, entre outras) e as *ideias da razão* (Deus, alma, liberdade). Essas faculdades são dadas a priori. As duas primeiras são constitutivas do conhecimento, a última é apenas regulativa.

A sensibilidade é uma faculdade caracterizada como passiva e intuitiva, ao passo que o entendimento é uma faculdade ativa e discursiva. Isso significa que na sensibilidade os objetos nos são dados, porém, sempre “enquadrados” no espaço e no tempo que constituem todas as formas de todas as intuições de objetos possíveis. Pelo entendimento o material recebido pela sensibilidade é pensado e estruturado enquanto objeto do conhecimento empírico. Um dos pontos essenciais da teoria kantiana é que o conhecimento depende de que ambas as faculdades trabalhem conjuntamente. É nesse sentido que deve ser lida a célebre frase de Kant segundo a qual “pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas.” Ou ainda, “o entendimento nada pode intuir e os sentidos nada pensar.” (cf. Kant, 1980a, p. 57).

No que diz respeito às faculdades da mente, é preciso mencionar ainda a razão em sentido estrito, cujos conceitos puros são denominados *ideias*. A razão não tem uma função constitutiva no conhecimento dos fenômenos. Ainda assim, suas ideias podem se tornar relevantes por meio do uso regulativo, tal como ocorre com a ideia de Deus. Ainda que não se possa conhecer Deus, a alma e a liberdade, é possível e legítimo pensar essas ideias seja para fins teóricos, seja para fins práticos. É exatamente pela distinção anteriormente apontada entre fenômeno e *noumenon* que é possível legitimar simultaneamente o mundo fenomênico como determinado de maneira estrita pela causalidade e, portanto, uma natureza determinista, juntamente com a possibilidade da liberdade enquanto capacidade de iniciar espontaneamente novas sequências causais.

Nesse sentido, a obra de Kant é uma crítica a toda Metafísica dogmática que buscava conhecer as coisas em si, mas exatamente por isso não conseguia justificar adequadamente a coexistência entre a necessidade no mundo empírico e a liberdade. Contra o ceticismo, Kant procura mostrar que é possível um conhecimento objetivo e necessário do mundo. Sendo assim, é considerado um idealista transcendental por sustentar que certas estruturas não estão nas coisas em si, por outro lado, é também considerado um realista por entender que os fenômenos são reais, não são ilusões, o fato de que eles dependem de certas estruturas da mente humana não os transformam em ilusões da própria mente, ou seja, os fenômenos são reais.

A distinção kantiana entre fenômeno (*reino do ser*) e *noumenon* (*reino do dever ser*) resulta na distinção entre a filosofia teórica (que se ocupa das leis da natureza e, portanto, realiza funções de descrição) e filosofia prática⁴ (que se ocupa das leis morais e trata de prescrever condutas, isto é, da ação humana como ela *deve ser*)⁵. Enquanto a filosofia teórica kantiana procura expor a estrutura a priori do fenômeno, a filosofia prática busca expor a estrutura do *noumenon*, que neste caso só pode ser a priori.⁶

Kelsen, assim como Kant, localiza o Direito no *reino do dever ser*. Mas o *dever ser* kelseniano é pensado de forma distinta do *dever ser* kantiano. Em sua obra *A Metafísica dos Costumes* Kant, embora faça uma distinção entre Direito (Doutrina do Direito) e Ética (Doutrina das Virtudes), considera que ambos fazem parte de um conceito mais amplo de Moral e, sendo assim, tanto os princípios da Ética quanto os princípios do Direito encontram sua fundamentação última na Razão. As leis morais “só valem como leis na medida em que possam ser consideradas como fundadas *a priori*” (Kant, 2005b, p. 21) e, nesse sentido, são *necessárias e universais*. Isso significa que para Kant as leis morais estão no âmbito do *noumenon* e não do *fenômeno*.

Disso não se pode inferir, contudo, que não haja uma relação entre *dever ser* e *ser*, haja vista que a lei moral não pode prescrever algo que o ser humano seja incapaz de cumprir,

⁴ A respeito da relação entre filosofia teórica e filosofia prática em Kant ver: ALLISON, 1990; GREGOR, 1963; KLEIN, 2009, pp. 57-72;

⁵ Essa distinção encontra-se na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, na qual Kant estabelece que: “Todo conhecimento racional é: ou material e considera qualquer objeto, ou formal e ocupa-se apenas da forma do entendimento e da razão em si mesmas e das regras universais do pensar em geral, sem distinção dos objetos. A filosofia formal chama-se Lógica; a material, porém, que se ocupa de determinados objetos e das leis a que eles estão submetidos, é por sua vez dupla, pois que estas leis ou são leis da natureza ou leis da liberdade. A ciência da primeira chama-se Física, a da outra é a Ética; aquela chama-se também Teoria da Natureza, esta Teoria dos Costumes.” KANT, 2005a, p. 13.

⁶ Na *Crítica da Razão Pura* Kant traz a seguinte explicação: “A legislação da razão humana (Filosofia) possui dois objetos, natureza e liberdade; contém, pois, tanto a lei natural quanto também a lei moral, inicialmente em dois sistemas separados, mas finalmente num único sistema filosófico. A filosofia da natureza refere-se a tudo o que é; a filosofia dos costumes concerne unicamente ao *dever ser*.” Cf. KANT, 1980a, p. 408.

mas significa que a experiência é secundária em relação a princípios universais que determinam como se deve agir. Nesse sentido, o fundamento último da lei moral não está no âmbito da Física ou da experiência, mas sim no âmbito da Metafísica, nos princípios universais da razão.

É exatamente neste ponto que Kelsen afasta-se de Kant e aproxima-se do positivismo científico, cuja principal reivindicação é a adoção, no âmbito das ciências sociais, da neutralidade e da objetividade das ciências naturais justamente no intuito de evitar a interferência de juízos de valor na atuação do cientista.⁷ Como ressalta Warat, a “fusão de algumas ideias do kantismo com outras do positivismo determinou um processo dialético entre ambas as posturas, cuja síntese é a teoria pura do Direito.” (Warat, 1995, p. 131).

Em seu livro “*A pureza do poder*”, Warat defende que na *Teoria Pura do Direito* podem ser encontrados cinco níveis de purificação, a saber: a purificação política e ideológica, a purificação antijusnaturalista, a purificação antinaturalista ou anticausalista, a purificação intranormativa e a purificação monista ou antidualista. (Cf. Warat, 1983). Esse processo de purificação distancia Kelsen de Kant, uma vez que a filosofia moral kantiana possui elementos que o jurista austríaco busca afastar, tal como a vinculação ao jusnaturalismo e uma concepção de moral por ele tomada como absoluta.

Moral e Direito, segundo Kelsen, são normas sociais, ambas são fruto de uma construção social. Contudo, essas normas não podem ser associadas, elas devem ser separadas. Segundo o autor, Moral e Direito não se distinguem facilmente pela produção e nem pela aplicação de suas normas. No que diz respeito à produção, ambas as normas são

⁷ Michel Löwy, num ensaio denominado “Ideologias e Ciências Sociais”, aborda o positivismo científico a partir de um viés histórico e fazendo uso do método dialético. Neste ensaio Löwy apresenta a história do positivismo como uma sequência de *tese*, *antítese* e *síntese*. A *tese* é que o positivismo teria surgido como método científico no século XVIII, a partir de escritos de autores iluministas e vinculados aos enciclopedistas, tais como Condorcet e posteriormente Saint-Simon. Nessa primeira perspectiva o positivismo, ao buscar a neutralidade e a objetividade para as ciências sociais teria um caráter revolucionário (Condorcet) e socialista utópico (Saint-Simon), haja vista que buscava uma matemática social (Condorcet) ou uma fisiologia social (Saint-Simon) no intuito de afastar das ciências a influência dos *preconceitos* religiosos e aristocráticos. A *antítese* teria surgido justamente com os escritos de Augusto Comte, que dá uma nova interpretação ao conceito de *preconceito*. Enquanto Condorcet e Saint-Simon consideraram preconceitos ideais clericais, absolutistas, obscurantistas, fanáticos, intolerantes, dogmáticos e aristocráticos, Comte chama de *preconceito* os ideais revolucionários e socialistas. Assim, com Comte, a luta contra o preconceito deixa de ser revolucionária e passa a ser conservadora. Ao buscar a objetividade e a neutralidade para as ciências sociais, Comte defende que o método positivista deve se ater na teoria e na prática à ordem real, isto é, deve consolidar a ordem pública por meio da resignação com a ordem estabelecida. O terceiro momento, a *síntese*, viria com a obra de Max Weber, cuja obra também sustenta a necessidade de uma ciência livre de juízos de valor, mas afasta-se em muitos aspectos do positivismo de Comte. Segundo Weber a pesquisa científica possui *dois momentos*: no *primeiro momento*, que é aquele do início da pesquisa, os pontos de vista axiológicos atuam e determinam o objeto, informam a direção e fornecem o problema a ser estudado; no segundo momento, que é aquele dos resultados, Weber considera que a ciência social não apenas pode como deve ser livre de juízos de valor, isto é, axiologicamente neutra. Cf. LÖWY, 2000, p. 35-68.

fruto da construção social, pois do mesmo modo que as normas jurídicas, “também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v.g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Nesse sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*.” (Kelsen, 2000, p. 70).

Do mesmo modo, no que diz respeito à aplicação, Kelsen afasta a distinção kantiana entre Moral (ou Ética) e Direito segundo a qual a moralidade dirige-se à intenção (âmbito interno) dos indivíduos enquanto a legalidade preocupa-se apenas com a ação (âmbito externo). Nesse sentido, o autor afirma, por exemplo, que “quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado.” (Kelsen, 2000, p. 68).⁸

Moral e Direito distinguem-se, portanto, pelo modo como cada uma dessas ordens prescreve ou proíbe determinadas condutas. Nas palavras do autor, o “Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando (...) se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado.” (Kelsen, 2000, p. 71). A Moral, por outro lado, não estabelece sanções deste tipo, limitando-se a impingir aos seus destinatários sanções de aprovação ou desaprovação.

A compreensão da moralidade como uma norma social positiva permite a Kelsen justamente afastá-la da concepção metafísica e universalista da teoria kantiana. O autor considera que se a Moral for considerada um valor único e universal, equiparado à Justiça, ela será, por conseguinte, concebida também como um valor absoluto, o que leva à reivindicação de que Direito seja parte da Moral ou que se oriente por esse ideal de justiça como no modelo jusnaturalista. É exatamente esse tipo de identificação que Kelsen busca evitar. Nesse sentido ele assevera: “quando não se pressupõe qualquer valor *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar

⁸ Esse ponto está relacionado com a análise kelseniana a respeito da aplicação do princípio da imputação e de suas implicações sobre a vontade do sujeito de direito. Segundo Kelsen, embora o princípio da causalidade natural não se aplique às ciências sociais normativas, sendo substituído pelo princípio da imputação, ainda assim não se pode falar em vontade livre, haja vista a causalidade natural ser substituída por uma outra espécie de causalidade, criada justamente pela representação da norma jurídica. Ou seja, quando uma norma jurídica estipula uma punição ou um prêmio para uma determinada conduta, a representação desta punição ou prêmio atua sobre a vontade/intenção do indivíduo de modo a ser causa de um determinado efeito (a ação conforme a norma jurídica). É nesse sentido que Kelsen afirma que as normas jurídicas assim como as normas morais atuam também sobre a intenção dos indivíduos. A consequência desse entendimento é que não se pode mais falar em autonomia no âmbito da moralidade, haja vista que a ação moral se realiza não apenas por dever, mas para se evitar um castigo ou auferir um prêmio.

o que é que tem que ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto” (Kelsen, 2000, p. 71).

Kelsen refuta o absolutismo filosófico e filia-se a um relativismo filosófico e de valores. O absolutismo filosófico é definido pelo autor como “a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano.” (Kelsen, 2002, p. 347). No absolutismo filosófico, o objeto do conhecimento é considerado independente do sujeito e, por essa razão, sua cognição se dá por leis heterônomas. Seu correspondente político indica uma forma de governo na qual “todo o poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo, ou seja, o governante, cuja vontade é a lei.” (Kelsen, 2002, p. 350). O poder conferido a esta pessoa é ilimitado e submete todos os membros do Estado à sua vontade. Essa definição autoriza Kelsen a identificar o absolutismo político com a autocracia, pois precisará sempre de um valor absoluto, inacessível à ação humana, para ser o fundamento último de seus postulados.

O relativismo filosófico, distintamente, “advoga a doutrina empírica de que a realidade só existe no interior do conhecimento humano e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente.” (Kelsen, 2002, pp. 347/348). Por conseguinte, no relativismo político também vigora a aceitação de que os valores e as verdades são relativos, e são constituídos pela compreensão e ação humanas. De acordo com Kelsen, o relativismo é a concepção de mundo que melhor se adéqua à democracia, uma vez que esta “julga da mesma maneira a vontade política de cada um, assim como respeita igualmente cada credo político, cada opinião política cuja expressão, aliás, é a vontade política.” (Kelsen, 2002, p. 105).

Trazendo essa discussão para o âmbito do Direito, uma vez que diante do relativismo de valores não é possível falar em uma verdade, moral ou justiça únicas, a separação entre Direito e Moral significa que:

a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. (Kelsen, 2000, p. 75).

Isso não leva à conclusão de que Kelsen localiza os fenômenos jurídicos no âmbito da faticidade. Como ressalta Warat, “o dado normativo é consequência de uma ação de atribuição significativa, que não se fundamenta em uma simples relação entre o sentido e o referente, senão que integra-se em um conteúdo deôntico pré-estabelecido.” (Warat, 1995, p. 133). Em outras palavras, Kelsen substitui o *dever ser* metafísico kantiano por um *dever ser*

social. Enquanto em Kant a normatividade do dever ser é oriunda de princípios *a priori* dados pela razão, o dever ser kelseniano é fruto da autoridade (legislativa ou judicial no caso das sentenças).⁹

A validade da norma jurídica, pois, não resulta de sua correspondência com um ideal de justiça ou de moralidade, mas de sua conformidade com a norma fundamental (Kelsen, 2000, p. 217).¹⁰ A norma fundamental não é posta, ela é pressuposta, e “constitui a exteriorização de uma conexão lógica, a partir da qual se formam os enunciados da ciência jurídica.” (Warat, 1995, p. 139). Enunciados estes que permitem o estabelecimento de condutas sem ter que recorrer a valores metafísicos.

Analisar as consequências da substituição de um dever ser metafísico por um dever ser social foge ao escopo deste trabalho, mas é exatamente neste ponto que se concentrarão os argumentos de que a teoria kelseniana do Direito pode ser caracterizada como meramente formalista (isto é, autorizaria o surgimento de normas que podem conter qualquer substância, inclusive conteúdos injustos), ou ainda, que a teoria kelseniana permitiria uma aplicação mecânica da lei.

Em certa medida, esses argumentos guardam alguma relação com o papel reservado ao jurista e, por essa razão, serão retomados no item 3. Mas, antes de avançar é necessário analisar as principais características da metodologia proposta por Kelsen para a Ciência Jurídica, isto é, sua atividade precípua de descrição das normas jurídicas.

2.2 – A metodologia da Ciência Jurídica

Uma vez entendido o ponto de partida de Kelsen e o modo como ele insere sua teoria em duas tradições filosóficas bastante distintas – o kantismo e o positivismo científico – cabe verificar como é pensada a própria Ciência Jurídica.

Kelsen distingue o Direito da Ciência Jurídica. Enquanto o primeiro é fruto da vontade de uma autoridade jurídico-política (o legislador, o representante do poder executivo ou o juiz no caso de sentenças), a Ciência Jurídica é uma atividade de conhecimento e de descrição das normas jurídicas. É exatamente à Ciência Jurídica e ao cientista do direito, ou jurista, que se dirigem as exigências da pureza metodológica, de neutralidade e de objetividade axiológica. O Direito, no momento de sua produção por meio da vontade da autoridade política, está sujeito à interferência dos diversos valores existentes na sociedade.

⁹ A respeito da herança da teoria do conhecimento kantiana na Teoria Pura do Direito e do modo como Kelsen busca afastar de suas teses principais a metafísica do método transcendental ver: PAULSON, 1992, pp. 311-333.

¹⁰ A respeito da validade das normas jurídicas na Teoria Pura do Direito ver: CADEMARTORI, 2007, pp. 54-63.

Contudo, uma vez que ingressam no ordenamento jurídico, as normas jurídicas devem ser estudadas e apresentadas sem qualquer interferência dos valores de seu estudioso.

Kelsen distingue as *ciências naturais* das *ciências sociais*. As ciências naturais são sempre regidas pelo *princípio da causalidade*, que implica uma relação necessária entre causa e efeito (se A é, B é; ou ainda, sempre que aquecido, o metal dilatará). O trabalho das ciências naturais será sempre o de descrever o seu objeto que se encontra no reino do ser, são os fenômenos da natureza.

Já as *ciências sociais* podem ser classificadas como *causais* (como, por exemplo, a História, a Psicologia ou a Sociologia) ou *normativas* (como, por exemplo, a Teologia, a Ética e a Ciência Jurídica). As ciências sociais causais descrevem os fatos e a conduta humana fazendo uso do princípio da causalidade. Segundo Kelsen, nesse sentido a diferença entre as ciências sociais causais e as ciências naturais é apenas de grau e não de princípio, haja vista ambas fazerem uso de uma explicação causal para descrever a realidade. (cf. Kelsen, 2000, p. 96).

De modo diverso, as ciências sociais normativas descrevem a conduta humana não como ela se realiza, mas como ela deve se realizar de acordo com a ordem normativa. Sendo assim, as ciências sociais normativas interpretam a conduta humana não segundo o *princípio da causalidade*, mas de acordo com o *princípio da imputação*. O princípio da imputação exerce uma função análoga à do princípio da causalidade, qual seja, a de realizar a ligação entre uma causa (conduta humana contrária ou de acordo com a norma) e o efeito (prêmio ou castigo). Em suma, enquanto as ciências sociais causais têm por objeto fatos (reino do ser), as ciências sociais normativas têm por objeto normas (reino do dever ser).

Se de acordo com o princípio da causalidade tem-se a formulação “quando A é, B é”, nos termos do princípio da imputação a formulação consequencialista deve expressar-se do seguinte modo: “quando A é, B deve ser” ou, em outras palavras, “se não quer cumprir a pena, não deve cometer o delito”. A ligação efetuada pelo princípio da imputação é diferente daquela realizada pelo princípio da causalidade, haja vista ser “produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto - , enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie” (Kelsen, 2000, p. 87). Assim, embora a Ciência Jurídica também deva apenas descrever o seu objeto, que são as normas jurídicas, diferentemente das ciências naturais e das ciências sociais causais, o seu objeto precisa ser produzido.

Ademais, conforme esclarece Kelsen, do fato da proposição jurídica descrever algo não se pode inferir que esse algo seja da ordem do ser (empírico), pois as normas jurídicas

embora não sejam fatos da ordem do ser também podem ser descritas. Nesse sentido, a proposição jurídica deve ser compreendida como um juízo, como uma afirmação sobre um determinado objeto do conhecimento. Do mesmo modo que a lei natural, a proposição jurídica realiza a ligação entre dois fatos. Por essa razão, “o jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica” e a as descrições realizadas por meio de proposições jurídicas devem manter-se alheias a valores. (Kelsen, 2000, p. 89).

O princípio da imputação é utilizado por Kelsen para pensar o problema da liberdade em sociedade. O autor contrapõe natureza, princípio da causalidade e necessidade à sociedade, princípio da imputação e liberdade. Segundo Kelsen, “dizer que o homem, como parte da natureza, não é livre, significa que sua conduta, considerada como fato natural, é, por força de uma lei da natureza, causada por outros fatos”, isto é, a conduta dos indivíduos na natureza está sujeita ao princípio da causalidade que, por sua vez, consiste em uma série sem fim de causas e efeitos. (Kelsen, 2000, p. 102).

Por outro lado, como sujeito de uma ordem moral ou jurídica o homem não está sujeito ao princípio da causalidade natural, mas ao princípio da imputação, o qual estabelece um ponto final na relação de causa e efeito. Segundo Kelsen, “dizer que um homem sujeito a uma ordem moral ou jurídica é ‘livre’ significa que ele é o ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa.” (Kelsen, 2000, p. 104).

O conceito de liberdade exposto aqui, contudo, é bastante peculiar. Parece mesmo estar atrelado à concepção de liberdade negativa do liberalismo clássico, no sentido de que o indivíduo é livre à medida que não haja interferência do Estado (e do Direito) na esfera privada de sua vida. O âmbito da liberdade, desse modo, é determinado por aquilo que não é regulado pelo Direito.¹¹

Kelsen não associa o conceito de liberdade ao de vontade livre. Pelo contrário, ele afirma que no âmbito do Direito não é possível falar de vontade livre. Embora os indivíduos submetidos a uma ordem moral ou jurídica estejam, no âmbito desta ordem, não regulados pelo princípio da causalidade e sim pelo princípio da imputação, o próprio princípio da imputação acaba por estabelecer uma nova causalidade. Não se trata, contudo, de uma causalidade natural, mas de uma causalidade estabelecida pela própria norma moral ou jurídica. Nesse sentido o excerto abaixo:

A verdade, porém, é que o pressuposto de que apenas a liberdade do homem, ou seja, o fato de ele não estar submetido à lei da causalidade, é que torna possível a responsabilidade ou a imputação está em aberta contradição com os fatos da vida social. A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base

¹¹ A respeito do conceito negativo de liberdade ver BERLIN, 2002, pp. 226-272.

na qual somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável e, portanto, não seja livre. (Kelsen, 2005, p. 105).

O processo causal estabelecido pelo princípio da imputação funciona do seguinte modo: a norma jurídica prescreve uma determinada conduta (não furtar, por exemplo) e estipula uma retribuição para a conduta contrária à norma (punição – pena de reclusão de um a quatro anos e multa). A representação da norma (é proibido furtar sob pena de reclusão de um a quatro anos e multa) atua sobre a vontade do sujeito e faz com que ele aja de acordo com a norma jurídica. Nesse sentido, a representação da norma (causa) faz com que o sujeito se comporte conforme a norma (efeito). Essa explicação também ajuda a compreender os motivos pelos quais Kelsen, quando analisa a distinção entre normas morais e jurídicas, sustenta que ambas dirigem-se não apenas à ação do sujeito, mas também à intenção. Exatamente porque a representação das normas sociais atua como causa do comportamento conforme a norma é que o agir conforme a norma pode figurar como efeito.

A este respeito o autor conclui que liberdade e imputação estão estreitamente relacionadas, mas a liberdade não exclui a causalidade. “O homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal da imputação, embora seja causalmente determinada.” (Kelsen, 2000, p. 110).

Por fim, os conceitos trazidos e diferenciados por Kelsen, quais seja, Moral e Direito, Direito e Ciência Jurídica, normas e proposições jurídicas, princípio da causalidade e princípio da imputação, a própria concepção de liberdade e de vontade, ajudam a compreender que o principal objetivo da Teoria Pura do Direito é, como ressalta Warat, tratar do direito positivo “com base em categorias próprias (normativas) que não sejam derivadas de outras disciplinas, nem se encontrem envoltas por juízos políticos, pretensões ideológicas, obscuridades metafísicas ou pseudo-categorias descritivas.” (Warat, 1995, p. 156).

É certo, pois, que a metodologia proposta na Teoria Pura do Direito para a Ciência Jurídica atribui ao cientista do direito, ao jurista, a obrigação de ater-se à descrição das normas jurídicas. Isso levaria o jurista ao exercício acríptico da atividade jurídica? Autorizaria a exclusão, da formação do jurista, de disciplinas cujo objeto não se presta à mera descrição do direito, tais como Filosofia, Sociologia, Ciência Política, entre outras?

Uma possível sugestão para enfrentar essas questões é que a distinção feita por Kant entre uso público e uso privado da razão pode ajudar a compreender, mesmo dentro deste papel meramente descritivo do direito que Kelsen atribuiu ao jurista, não é possível retirar....

2 – Kant e a distinção entre o uso público e o uso privado da razão

A distinção entre o uso público e o uso privado da razão é efetuada por Kant em um ensaio datado de 1784, denominado *Resposta à Pergunta: Que é o Iluminismo?* Logo nas primeiras linhas do texto Kant apresenta uma resposta à pergunta suscitada nos seguintes termos: “*O iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem.*” (Kant, 2004, p. 11).¹²

Trata-se do reconhecimento de que os homens são capazes, por si mesmos, de realizar uma reflexão a respeito de algo sem ter que recorrer à autoridade da reflexão de outrem. O esclarecimento significa, portanto, a adoção de uma “atitude ativa e crítica por parte do sujeito.” (Klein, 2009, p. 214).

A adoção de uma atitude ativa e crítica, contudo, está atrelada à liberdade para se fazer uso da própria razão. Nesse contexto torna-se relevante a distinção entre o uso público e privado da razão. Por uso público da razão o filósofo entende “aquele que qualquer um, enquanto *erudito*, dela faz perante o grande público do *mundo letrado*.” Já o uso privado da razão é definido como aquele que “alguém pode fazer da sua razão num certo *cargo público* ou função a ele confiado.” (Kant, 2004, p. 13)¹³

No que tange ao uso privado da razão, observa-se que há restrições que são invocadas justamente para assegurar a estabilidade e a ordem públicas. Nesse sentido, exige-se dos sujeitos uma atitude passiva, a qual é justificada do seguinte modo:

em muitos assuntos que têm a ver com o interesse da comunidade, é necessário um certo mecanismo em virtude do qual alguns membros da comunidade se devem comportar de modo puramente passivo a fim de, mediante uma unanimidade artificial, serem orientados pelo governo para fins públicos ou que, pelo menos, sejam impedidos de destruir tais fins. Neste caso, não é sem dúvida, permitido raciocinar, mas tem de se obedecer. (Kant, 2004, p. 13/14).

Exemplos de como se daria o uso privado da razão são apresentados por Kant ao longo de seu opúsculo. Um oficial do exército não pode se recusar a cumprir as ordens que lhe são atribuídas em serviço por considerá-las inadequadas ou sem utilidade, pois isso poderia

¹² O itálico consta no original.

¹³ O itálico consta no original.

colocar em risco o bom andamento das atividades da instituição à qual ele está subordinado. Do mesmo modo, um cidadão não pode deixar de pagar os impostos que lhe são cobrados pelo Estado, ainda que os considere indevidos e injustos, sob o risco de dar origem a uma insubordinação geral. Igualmente, um clérigo não pode deixar de ensinar a doutrina religiosa da congregação à qual pertence, ainda que discorde do conteúdo que terá que ensinar. Em todos esses exemplos, em nome da estabilidade e da ordem públicas, exige-se dos indivíduos envolvidos uma atitude passiva diante de uma ordem com a qual não concordam, haja vista estarem subordinados a esta ordem ou instituição.

Contudo, isso não significa que os mesmos indivíduos dos quais se exige uma postura passiva e o cumprimento das ordens com as quais não concordam não possam vir a adotar uma postura ativa e crítica com relação a essas mesmas ordens ou atitudes em outro âmbito, isto é, diante do grande público letrado. Kant analisa essa questão a partir das atribuições do clérigo, mas os argumentos servem para qualquer situação semelhante, como se verifica no seguinte excerto:

como erudito, tem plena liberdade e até a missão de participar ao público todos os seus pensamentos cuidadosamente examinados e bem-intencionados sobre o que de errôneo há naquele símbolo, e as propostas para uma melhor regulamentação das matérias que respeitam à religião e à Igreja. Nada aqui existe que possa constituir um peso na consciência. Com efeito, o que ele ensina em consequência da sua função, como ministro da Igreja, expõe-no como algo em relação ao qual não tem o livre poder de ensinar segundo a sua opinião própria, mas está obrigado a expor segundo a prescrição e em nome de outrem. (Kant, 2004, p. 14).

O uso privado da razão não é livre porque o sujeito (oficial, sacerdote ou mesmo um professor) não age ou fala por si mesmo, mas representa uma instituição e, nesse sentido, “exerce uma incumbência alheia” (Kant, 2004, p. 15). Mas, quando se despe de seu cargo, quando é considerado apenas como um cidadão e está participando de uma discussão com seus pares (oficiais, clérigos, professores) o sujeito não tem apenas a liberdade, mas tem também o dever de fazer um uso ativo de seu entendimento e expor seus argumentos críticos com relação àquilo com que discorda.

Nesse sentido, como ressalta Klein, “o uso público da razão é contraposto ao uso privado, sendo que somente o primeiro se apresenta como necessário para fomentar o esclarecimento, ou seja, o uso privado da razão pode ser restringido sem afetar o esclarecimento, seja dos indivíduos, seja da sociedade.” (Klein, 2009, p. 215). Isso porque se mantendo a distinção entre o uso público e o uso privado da razão Kant consegue, ao mesmo tempo, assegurar a liberdade para que o sujeito *sirva-se de seu próprio entendimento*, mas, ao

mesmo tempo, evita que em nome dessa postura ativa e crítica se comprometa a estabilidade da ordem social.

A distinção kantiana entre uso público e privado da razão, entre exercício de uma postura crítica e livre com relação ao conhecimento e, ao mesmo tempo garantidora da estabilidade, pode lançar luz sobre a distinção feita por Kelsen entre a política jurídica e a ciência jurídica, ou seja, entre o papel da autoridade jurídico-política e o papel do jurista.

3 – O uso público e o uso privado da razão do jurista

A preocupação kelseniana com a distinção entre o papel do jurista e aquele das autoridades jurídico-políticas torna-se notadamente relevante no que diz respeito à interpretação do Direito. No capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, destinado ao tema da interpretação, Kelsen afirma a existência de duas espécies de interpretação, a saber: “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.” (Kelsen, 2000, p. 388). Esses dois modelos são denominados, respectivamente, interpretação *autêntica* e *não autêntica*.

A *interpretação autêntica* é aquela que cria o Direito, aquela que é “feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para o caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção.” (Kelsen, 2000, p. 394). Assim, a interpretação da lei realizada por autoridades, sejam elas os legisladores que devem interpretar a Constituição, sejam administradores ou juízes, é “interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar”, mas é também um “ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” (Kelsen, 2000, p. 394). Esse ato de vontade, contudo, deve restringir-se à moldura fornecida pelo próprio ordenamento jurídico, ou seja, dentro de um quadro de várias possibilidades de interpretação da norma, ao escolher uma delas o intérprete realiza o seu papel criativo, mas não deve escolher uma possibilidade que esteja fora da moldura.

Já a interpretação realizada pela ciência jurídica deve ser meramente “cognoscitiva do sentido das formas jurídicas.” (Kelsen, 2000, p. 395). Isso significa que a interpretação feita pelo jurista – a *interpretação não autêntica* – não pode ser uma criação jurídica. O aspecto criativo fica restrito aos intérpretes incluídos no rol de autoridades político-jurídicas

(legisladores, administradores e juízes), rol do qual o jurista não faz parte. Cabe ao jurista apenas “estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica.” (Kelsen, 2000, p. 395). Em outras palavras, cabe ao jurista expor o Direito, explicar os enunciados detalhadamente e fixar com precisão os conceitos necessários para a própria compreensão das normas jurídicas. Não é possível, contudo, a utilização de valores ou de ideais de justiça nesta tarefa de descrição.

Kelsen esclarece por meio de exemplos modos de interpretação que extrapolam o âmbito da descrição idealizada por sua metodologia. Em suas palavras:

Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única ‘acertada’, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem. (Kelsen, 2000, p. 396).

Sem ingressar na polêmica discussão acerca do papel atribuído à interpretação na obra de Kelsen ou do positivismo jurídico¹⁴, para os propósitos deste artigo cabe acentuar a dimensão política e a dimensão meramente científica por trás da diferenciação entre interpretação autêntica e não autêntica. Ao jurista, em sua atividade como cientista do direito, Kelsen não confere nenhum papel político. Poderia esse afastamento político-ideológico ser associado à atribuição de um papel acrítico ao jurista? Poderia isso fortalecer o argumento de que não há necessidade, nas grades curriculares dos cursos de Direito, de disciplinas cujo objetivo é exatamente fazer uma análise crítica do próprio Direito?

A resposta deve ser dada em duas etapas e para ambas seria inadmissível sustentar que o modelo de epistemologia jurídica proposto por Kelsen levaria a uma formação acrítica dos juristas.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que os juízes, profissionais que irão realizar a *interpretação autêntica* do Direito, isto é, aquela que autoriza a criação das normas jurídicas ainda que em âmbito individual, exatamente para enfrentar a complexidade da aplicação da norma ao caso concreto, seja como um ato de conhecimento, seja como ato de vontade, precisam ter um amplo conhecimento não apenas do direito positivo em vigor, mas também de conceitos e esclarecimentos que irão auxiliar-lhe em sua decisão, tais como aqueles

¹⁴ A esse respeito, ver, entre outros, DIMOULIS, 2006, pp. 209-274; BOBBIO, 1995, pp. 211-222; SGARBI, 2005, pp.277- 292; PERELMAN, Chaïm. A Teoria Pura do Direito e a Argumentação. Tradução: Ricardo R. de Almeida. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman%202.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

fornecidos por disciplinas como a Ética, a Ciência Política ou a Sociologia. Caso contrário, caso coubesse aos magistrados apenas a aplicação da norma sem a compreensão mais profunda do próprio Direito enquanto uma ciência entre outras, o seu papel como agente político-jurídico estaria comprometido.

Em segundo lugar, resta analisar o papel do jurista. É exatamente aqui que os conceitos kantianos de uso público e uso privado da razão se fazem necessários. Ao idealizar o cientista do direito com a atribuição de meramente descrever os enunciados das normas jurídicas, Kelsen imbuu-se do ideário do positivismo científico, da busca pela neutralidade e pela objetividade no trato dos dados objeto de análise. O que ele almejava era exatamente trazer para a Ciência Jurídica a segurança e a confiabilidade que se pressupunha para as ciências naturais.

Em nome da segurança e da estabilidade do próprio Direito enquanto Ciência, o jurista, no exercício de seu ofício, deve fazer um uso privado de sua razão. Nesse momento, o jurista não fala por si mesmo, mas fala em nome da própria Ciência e, nesse sentido, para usar a expressão de Kant, ele “exerce uma incumbência alheia”. Sendo assim, poderia ser aceito o argumento segundo o qual não há uma supressão da liberdade de pensar ou de exercer um exercício crítico a respeito das normas jurídicas e do próprio ordenamento, haja vista que exatamente no exercício da atividade de cientista do direito, sua razão é privada e, ainda que ele discorde da norma, não lhe cabe, neste âmbito, manifestar seu descontentamento.

Isso não significa, contudo, que o jurista, assim como o cidadão de modo geral, não possa se valer do uso público da razão para questionar e criticar o Direito. Enquanto erudito e “perante o grande público do mundo letrado”, o cientista do direito tem a liberdade de expor seu pensamento a respeito do direito vigente. Ele pode participar, inclusive, de discussões e movimentos com o intuito de influenciar a formação do direito pela autoridade legislativa.

Essa leitura do papel atribuído ao jurista a partir da distinção do uso público e privado da razão não parece ir contra a proposta kelseniana na Teoria Pura do Direito e, ademais, coaduna-se com uma leitura de Kelsen enquanto teórico da democracia, para quem a democracia não é apenas um conceito formal e neutro, mas, ao contrário, possui uma essência e um valor, a saber, trata-se de uma democracia representativa e liberal, que deve contar com a participação dos cidadãos para realizar a fiscalização e o controle sobre a autoridade legislativa.¹⁵

¹⁵ As teses de Kelsen a respeito da democracia podem ser encontradas no texto “A democracia”, que reúne uma série de textos do autor sobre este tema. Cf. KELSEN, 2002.

Sendo assim, mesmo a partir de uma metodologia como a proposta pelo positivismo jurídico kelseniano, não se pode falar que disciplinas chamadas “propedêuticas” (não jurídicas ou técnicas) perderiam a importância na formação do jurista. Seja porque elas são de grande relevância para o bom desempenho da interpretação autêntica realizada pelos magistrados, seja em razão da possibilidade, dada aos cientistas do Direito, de exercício público da razão.

4 – Considerações finais

O intuito deste trabalho foi analisar em que medida é possível pensar o papel atribuído por Hans Kelsen ao cientista do direito à luz dos conceitos kantianos de uso público e uso privado da razão, principalmente a fim de afastar o argumento de que a adoção da metodologia do positivismo jurídico teria feito com que disciplinas não jurídicas, tais como a Ética e a Ciência Política, perdessem importância na formação do jurista, haja vista que em sua função precípua de descrever as normas jurídicas não haveria a necessidade de se valer de uma análise crítica.

Para se analisar as atribuições conferidas ao cientista do direito dedicou-se uma grande parte do texto à apresentação da epistemologia jurídica kelseniana, assim como de suas influências, notadamente, a teoria do conhecimento de Kant e o positivismo científico. Em seguida, foram apresentados os conceitos kantianos de uso público e privado da razão para, ao final, realizar o entrelaçamento proposto entre o papel desempenhado pelo jurista e os usos da razão conforme pensados por Kant.

Kelsen é bastante claro quanto às funções que competem ao cientista do direito: cabe a ele meramente descrever os enunciados das normas jurídicas. Qualquer tentativa de avaliar as normas jurídicas a partir de critérios externos ao direito, tais como ideais de justiça ou de moralidade não são admitidos, haja vista que romperiam com a proposta de neutralidade e de objetividade científica.

Contudo, se o papel do cientista do direito for associado aos usos público e privado da razão, conforme delineados por Kant, é possível compreender que a exigência de neutralidade no desempenho da atividade de cientista não implica a necessária abdicação, por parte do jurista, de seu juízo crítico com relação ao Direito.

Sendo o uso privado da razão aquele exercido no desempenho de um ofício ou em nome de uma instituição, não compete ao sujeito a manifestação de sua própria opinião ou de seu próprio juízo. Ao se exigir do cientista do direito que ele limite-se a descrever o

enunciado da norma jurídica, está se exigindo justamente que ele faça um uso privado de sua razão. Nesse âmbito não há liberdade para o exercício de juízos de avaliação ou de contestação. Essa ausência de liberdade tem o intuito de manter a segurança e a estabilidade da própria Ciência Jurídica.

A liberdade se configura na possibilidade de uso público da razão quando já não se está mais no exercício de uma função vinculada a um ofício ou sendo realizada em nome de uma instituição. Nesse caso, o cientista do direito, quando não estiver realizando exatamente o seu ofício de cientista ou jurista, tem a possibilidade de manifestar sua avaliação e seu juízo crítico sobre as normas e sobre o ordenamento jurídico perante uma comunidade mais ampla, inclusive na condição de cidadão que pode influenciar seus representantes políticos na condição de autoridades legisladoras.

A associação entre o papel do jurista, conforme pensado por Kelsen, e a distinção kantiana entre uso público e uso privado da razão permitiria, ao mesmo tempo, assegurar à Ciência do Direito o caráter de estabilidade e de segurança idealizado por Kelsen sem, contudo, restringir o aspecto crítico tão necessário ao jurista.

Desse modo, não parece ser adequado sustentar que mesmo uma metodologia científica que limite o papel do cientista do Direito à descrição de normas, autorize o afastamento, da formação jurídica, de disciplinas que o instiguem a pensar a respeito do Direito e de suas implicações na sociedade.

5 – Referências bibliográficas

ALLISON, Henry. *Kant's theory of freedom*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*; editado por Henry Hardy e Roger Hausheer; prefácio de Noel Annan e introdução de Roger Hausheer; tradução de Rosaura Eichenberg; São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 226-272.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem Garantista*. Campinas: Millennium, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: *Sequência*, v. 03, n. 04, 1982, pp. 116-132.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo Jurídico. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.) *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pp. 85-93.

GREGOR, Mary. *Laws of Freedom*. Oxford: Basil Blackwell, 1963.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa, Edições 70, 2005a.

_____. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, apresentação e notas de José Lamego. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005b.

_____. Resposta à Pergunta: Que é Iluminismo? In: *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburguer. São Paulo: Abril Cultural, 1980a.

_____. Prolegômenos. In: *Textos selecionados*. Tradução de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980b, pp. 05-99.

KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: *A Democracia*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 345-357.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLEIN, Joel Thiago. A Resposta Kantiana à Pergunta: Que é Esclarecimento? In: *Ethic@ Florianópolis* v. 8, n. 2 p. 211 - 227 Dez 2009.

_____. O Conceito Kantiano de Metafísica dos Costumes. In: *Peri*, v. 01, n. 01, 2009, pp. 57-72.

LEAL, Fernando. O formalista Expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, 10(1) | p. 245-268 | jan-jun 2014.

LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista*. 2000.

PAULSON, Stanley L. Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 3 (Autumn, 1992), pp. 311-333.

PERELMAN, Chaïm. *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação*. Tradução: Ricardo R. de Almeida. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman%202.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemático. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen e a Interpretação Jurídica. In: Novos Estudos Jurídicos - v. 10 - n. 2 - p.277- 292 jul/dez. 2005.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

_____. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.