
HANS KELSEN E O POSITIVISMO

OTTOMAR ZILLES*

O positivismo filosófico

Positivismo é um termo que circula com muita liberdade pelos textos filosóficos, dando a impressão de um movimento intelectual de bases teóricas muito bem identificadas e precisas. Mas, em realidade, não é assim. A imprecisão e a ambigüidade do termo “positivismo” aparecem, como estranha surpresa, quando se tenta formular ou, até mesmo, encontrar formulada, nos repertórios filosóficos, uma definição clara ou uma descrição precisa do que seja a chamada filosofia positivista.

Leszek Kolakowski caracteriza o positivismo como uma peculiar postura em relação ao saber.

“El positivismo es una postura filosófica relativa al saber humano que, si no resuelve *sensu stricto* los problemas relativos al modo de adquisición del saber — en el sentido psicológico ou histórico — constituye, por el contrario, un conjunto de reglas y criterios de juicios sobre el conocimiento humano.”¹

Enumera a seguir quatro características identificadoras da “posição filosófica ou antifilosófica, se assim se o queira”, do positivismo:

a) o fenomenalismo que reduz a realidade ao meramente observável, repelindo qualquer distinção real entre fenômeno e essência;

b) o nominalismo pelo qual se rejeita conteúdo real a conceitos ou entidades gerais, diferentes dos objetos concretos e singulares. “Mundo que conhecemos é um conjunto de fatos observáveis.”² As generalidades são meros instrumentos lingüísticos, sem referente existencial, somente aceitáveis enquanto contribuem para o conhecimento dos objetos concretos observáveis;

*Promotor de Justiça. Assessor do Procurador-Geral de Justiça. Bacharel em Filosofia e Direito. Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Santa Maria. Professor de Direito Civil na Escola Superior do Ministério Público.

c) o descritivismo que “nega todo o valor cognoscitivo aos juízos de valor e aos enunciados normativos”,³ restringindo o conhecimento aos enunciados descritivos de fatos, empiricamente verificáveis;

d) a fé na unidade fundamental da ciência, como convicção de que as exigências de validade do saber e de seu modo de aquisição são fundamentalmente iguais em todos os campos do conhecimento.

Embora as características mencionadas ministrem critérios relevantes para identificar posturas positivistas, sua aplicação não deixa de ser problemática. Se emprendermos uma tentativa de verificação da ocorrência ou concorrência dos requisitos de Kolakowski nas obras dos filósofos tradicionalmente havidos como positivistas, vamos encontrar, em muitos deles, nítidas infidelidades a um ou mais dos critérios postos. Por outro lado, podemos identificar traços “positivistas” em autores que dificilmente poderíamos aceitar como tais, do ponto de vista histórico.

Isso parece indicar que não se pode caracterizar o positivismo, apenas do ponto de vista formal, estabelecendo características comuns, sem levar em consideração o âmbito histórico e o contexto cultural em que se formularam as propostas positivistas efetivas.

Ferrater Mora insiste, com justeza, nesse ponto de vista, acentuando que o conceito de positivismo precisa sofrer uma dúplici redução: a limitação do conceito às doutrinas com certas características comuns e compatíveis e que tenham surgido dentro de uma determinada situação histórica.⁴

O âmbito histórico, em que se deve situar o positivismo, é, segundo Ferrater Mora, o de Augusto Comte, cuja doutrina constitui o positivismo em seu sentido mais estrito e mais propriamente histórico.

Ulisses Moulines insiste também na necessidade de caracterizar-se o positivismo com vistas a sua radicação histórica,

“... não como conjunto de teses estabelecidas por escrito em algum lugar, mas como uma determinada atitude que evoluiu muito através do tempo.”⁵

Moulines entende que a caracterização do positivismo, feita por Kolakowski, adscrevendo-o aos empiristas pré-compteanos, é demasiadamente ampla. Compartilha, por outro lado, a afirmação de Ferrater Mora de que historicamente o positivismo apenas surgiu com Augusto Comte.

É de se ressaltar que Moulines dá especial relevância ao cientificismo, como característica necessária, embora não suficiente, do positivismo.

“Es una característica esencial del positivismo el presentar-se como una filosofía de las ciencias empíricas y no meramente como una teoría del conocimiento ordinário al estilo de los empiristas clásicos.”⁶

A cientificidade do conhecimento, tal como a caracterizou o positivismo, se funda numa relação sujeito-objeto, em que a objetividade se sobrepõe, de forma

absoluta, à subjetividade. O mundo é constituído de fatos. Descrevê-los adequadamente, sem a interferência de qualquer valoração subjetiva, constitui a única tarefa legítima do conhecimento humano, o qual há de ater-se ao dado e somente ao dado.

O descritivismo aparece, assim, como uma das principais características do positivismo, desde sua forma clássica em Comte até o seu posterior e culminante refinamento no positivismo lógico.

Como ponto de partida da sua doutrina positiva, Augusto Comte formulou a sua famosa lei dos três estágios: o teológico, o metafísico e o positivo.

“Conforme essa doutrina fundamental, quaisquer de nossas especulações estão inevitavelmente sujeitas, a passar sucessivamente por três estados teóricos diferentes, que as denominações habituais de teológico, metafísico e positivo poderão aqui qualificar suficientemente ...”⁷

Das explicações teológicas e metafísicas, que pressupõem, por detrás dos fenômenos, divindades ou entes abstratos, a razão humana se liberta definitivamente no estado positivo em que a ciência, baseada exclusivamente na observação dos fatos, desvela ao homem as relações constantes que existem entre os fenômenos observados.

Dos fatos concretos observados induzem-se, segundo Comte, leis gerais que expressam a invariabilidade das relações entre os fatos, possibilitando prever os fenômenos em conexão a suas causas.

“A positividade racional ... circunscreve seus esforços ao domínio, que agora progride rapidamente, da verdadeira observação, única base possível de conhecimentos verdadeiramente acessíveis, sabiamente adaptados a nossas necessidades reais. A lógica especulativa tinha até então consistido em raciocinar, de maneira mais ou menos sutil, conforme princípios confusos que, não comportando qualquer prova suficiente, suscitavam sempre debates sem saída. Reconhece de agora em diante, como regra fundamental, que toda a proposição que não seja estritamente redutível ao simples enunciado de um fato, particular ou geral, não pode oferecer nenhum sentido real e inteligível. Os princípios que emprega são apenas fatos verdadeiramente, somente mais gerais e mais abstratos do que aqueles dos quais deve formar o elo. Seja qual for, porém, o modo, racional ou experimental, de proceder à sua descoberta, é sempre de sua conformidade, direta ou indireta, com os fenômenos observados que resulta exclusivamente sua eficácia científica. A pura imaginação perde assim irrevogavelmente sua antiga supremacia mental, e se subordina necessariamente à observação, de maneira a constituir um estado lógico plenamente normal, sem cessar, entretanto, de exercer, nas especulações positivas, ofício capital e inesgotável, para criar ou aperfeiçoar os meios de ligação definitiva ou provisória. Numa palavra, a revolução fundamental, que caracteriza a virilidade de nossa inteligência, consiste essencialmente em substituir em toda a

parte a inacessível determinação das causas propriamente ditas pela simples pesquisa das leis, isto é, relações constantes que existem entre os fenômenos observados. Quer se trate dos menores, quer dos mais sublimes efeitos, do choque ou da gravidade, do pensamento ou da moralidade, deles só podemos conhecer as diversas ligações mútuas próprias à sua realização, sem nunca penetrar no mistério da sua produção.

Nossas pesquisas positivas devem essencialmente reduzir-se, em todos os gêneros, à apreciação sistemática daquilo que é, renunciando descobrir sua primeira origem e seu destino final.”⁸

A observação da realidade, reduzida aos fenômenos, à descrição e à previsão de suas relações segundo o dogma da invariabilidade das leis naturais, caracteriza o verdadeiro espírito positivo, consistente, sobretudo, em ver para prever, em estudar o que é, a fim de concluir o que será.

A questão da facticidade dos enunciados gerais ou a possibilidade dos fatos gerais, a que se refere Comte, obrigou os positivistas lógicos, como se verá adiante, a malabarismos teóricos para conciliar, de alguma forma, facticidade e generalidade, sem cair no essencialismo.

A doutrina de Comte, muito além de uma simples metodologia científica, se constitui em uma postura filosófica global que rejeita radicalmente qualquer realidade além da fenomênica. O mundo se constitui de fatos e o conhecimento das relações empíricas, mediante a sua descrição avaliativa, é suficiente ao homem para dominar a natureza, libertar-se dos fantasmas metafísicos e teológicos e, assim, alcançar, mediante a proposta racionalidade empírica, sua plena felicidade.*

A positividade do saber não representa, assim, no positivismo clássico, uma mera atitude epistemológica, mas constitui uma nova *Weltanschauung*, em que o conhecimento dos fenômenos, através da sua observação e descrição sistematizadas, ou seja, a ciência positiva, se erige em valor absoluto, em princípio de vida e forma de emancipação humana.

O próprio Comte afirma:

“Não se pode primeiramente desconhecer a aptidão espontânea dessa filosofia a constituir diretamente a conciliação fundamental, ainda procurada de tão várias maneiras, entre as exigências simultâneas da ordem e do progresso. Basta-lhe, para isso, estender até os fenômenos sociais uma tendência plenamente conforme à sua natureza e que tornou agora muito familiar em outros casos essenciais. Num assunto qualquer, o espírito positivo leva sempre a estabelecer exata harmonia elementar entre as idéias de existência e as idéias de movimento, donde resulta mais especialmente, no que respeita aos corpos vivos, a correlação permanente das idéias de organização com as

*Racionalidade empírica pode parecer uma expressão contraditória, pois tradicionalmente se opõe o racionalismo ao empirismo. Mas, no positivismo, como movimento filosófico, o empirismo se erige em única forma legítima de racionalidade. À razão incumbe ordenar e sistematizar os dados empíricos.

idéias de vida e, em seguida, graças a última especialização peculiar ao organismo social, a solidariedade contínua das idéias de ordem com as idéias de progresso. Para a nova filosofia, a ordem constitui sem cessar a condição fundamental do progresso e, reciprocamente, o progresso vem a ser a meta necessária da ordem; como no mecanismo animal, o equilíbrio e a progressão são mutuamente indispensáveis, a título de fundamento ou destinação.”⁹

Esta crença na ciência positiva caracteriza uma autêntica atitude filosófica, à qual subjazem elementos espirituais provindos do iluminismo, do laicismo e do liberalismo político-econômico, implantado pela Revolução Francesa.

É muito sugestivo o paralelismo existente entre a fé na ciência do positivismo clássico e a fé no individualismo, peculiar ao liberalismo.

A crença na ciência como forma de libertação e realização do homem repousa, em última instância, na bondade natural do ser humano, capaz de utilizar adequadamente os recursos naturais e na ordem harmônica da natureza, regida por leis causais, tal como as crenças liberalistas clássicas se fundaram na harmonia natural da sociedade, regulada por mecanismos automáticos, pressupondo, no fundo, a bondade natural do indivíduo.

Render-se ao dado, na pesquisa científica, é o dogma do positivismo assim como render-se ao dado na esfera econômica e política é o dogma do liberalismo. Esta carga valorativa, que aparece quase explícita no positivismo clássico, persiste, embora mais refinadamente disfarçada no positivismo lógico.

O positivismo lógico surgiu, como movimento filosófico autônomo, com o conhecido “Círculo de Viena”. Ocuparam-se fundamentalmente os positivistas lógicos com a análise de enunciados.

Na base da sua doutrina, encontra-se uma determinada interpretação do “Tractatus logico-philosophicus”, de Ludwig Wittgenstein, além de outras influências entre as quais se destaca a dos empiristas clássicos.

A interpretação positivista do “Tractatus. . .” e a conseqüente oposição entre o primeiro e o segundo Wittgenstein são contestadas atualmente porque parecem derivar mais do empenho dos positivistas lógicos em integrar em suas fileiras o notável filósofo, discípulo de Russell, do que do real sentido de sua obra filosófica. Karl Otto Appel, em conferência sobre “Wittgenstein e a compreensão hermenêutica”, ressalta os elementos transcendentais, de conotação neokantiana, presentes já no “Tractatus. . .”, que o separam do positivismo.

“In diesen für Wittgenstein selbst zentralen Funktionen seiner Sprachspiel Theorie scheint mir doch zugleich die Grenze dieser Modelkonzeption zum Ausdruck zu kommen: Das dualistische Schema der transzendentalen Differenz zwischen logischer Form und möglichem Inhalt der Welt, das den ‘Trac-

tatus' beherrscht, ist in dem Begriff der 'Sprachspiele' nicht eigentlich überwunden, sonder nur differenziert."^{10*}

Segundo a escola neopositivista, se a considerarmos em relação ao positivismo clássico, a linguagem deve reproduzir a realidade empírica e possuir a mesma estrutura do que esta.

A função pictórica da linguagem, no entanto, só pode ser realizada adequadamente por uma linguagem artificial, mediante a qual se depura a linguagem ordinária de suas ambigüidades e sem-sentidos.

Não deixa de sugerir suspeitas esta estranha rejeição da linguagem ordinária, tornando necessários termos e enunciados artificiais para reproduzir a estrutura da realidade. A linguagem, paradoxalmente, somente retrata a realidade enquanto for criada e estruturada previamente para tal.

Segundo o positivismo lógico, enunciados com sentido são apenas os analíticos e os sintéticos *a posteriori*. Os primeiros, peculiares à lógica, não trazem nenhum conhecimento novo acerca do mundo; os segundos são apenas aqueles que enunciam fatos empiricamente verificáveis.

O princípio da verificabilidade, em suas sucessivas formulações, constitui, no dizer de Martin Diego Farrel, "o nervo motor do positivismo lógico."¹¹

Excluídos os enunciados meramente analíticos, nenhum outro pode ter sentido se não for empiricamente verificável. Em outras palavras, enunciados que não sejam tautológicos e que pretendam dizer algo sobre o mundo carecem de qualquer sentido se não descreverem fatos, direta ou indiretamente verificáveis, mediante experimentação empírica.

O descritivismo positivista atinge sua culminância e refinamento no positivismo lógico que, mediante análises lingüísticas bastante sutis, procura demonstrar o sem-sentido de quaisquer enunciados pretensamente cognoscitivos acerca do que não seja empiricamente verificável.

Um dos temas cruciais e polêmicos para os positivistas lógicos constituiu-se a admissão dos fatos gerais. Já Augusto Comte referira-se, como visto anteriormente, a fatos gerais e Russel explicitamente tratou o problema da facticidade do geral. Reconheceu ele que enunciados como todos os homens são mortais expressam algo mais do que o somatório dos fatos particulares que os integram e que, por isso, constituem um tipo especial de fatos irreduzíveis.

Mas fez-se problemático, aos positivistas lógicos, conciliar a generalidade dos enunciados com sua verificabilidade, pois, tratando-se de um conjunto indeterminado de indivíduos, ou de uma classe aberta, somente aos componentes individuais se poderiam adjudicar empiricamente funções veritativas.

* "Nessas funções da sua teoria dos jogos de linguagem, centrais para o próprio Wittgenstein, parece-me estarem também expressos os limites dessa concepção de modelos: o dualismo transcendental entre a forma lógica e o possível conteúdo do mundo — que domina o 'Tractatus' — não se encontra propriamente superado na concepção dos 'Jogos de Linguagem', mas apenas diferenciado".

Alguns autores tentaram evitar o problema negando a existência de fatos gerais, de incômodos aromas metafísicos, para considerar as proposições gerais como conjunções indefinidas de fatos singulares.

Ramsey que, inicialmente, adotara tal posição, abandonou-a em estudos posteriores, como noticia Urmson em *El analisis filosófico*, passando a conceber os enunciados gerais como regras ou modelos de nossas expectativas acerca dos fatos singulares de uma determinada classe.¹²

A questão dos fatos gerais e o desdobramento do seu tratamento teórico revela o inarredável compromisso dos positivistas lógicos com o descritivismo empirista e as dificuldades em mantê-lo.

A fidelidade do positivismo lógico aos postulados centrais do positivismo clássico se conserva na medida em que mantém a valoração do saber positivo, expresso em enunciados lingüísticos puramente descritivos, de conteúdo empiricamente verificável, como única modalidade legítima do saber humano.

Inobstante, assim, o seu refinamento teórico, o positivismo lógico não se descarta dos elementos valorativos que subjazem ao positivismo compeano.

No plano formal, os positivistas lógicos rejeitam, como destituídos de sentido, os enunciados normativos e valorativos.

A incontornável exigência descritivista, como condição necessária da cientificidade, importou ou em desqualificar os juízos valorativos como destituídos de sentido ou em reduzi-los a enunciados descritivos.

Moritz Schlick reduz os enunciados éticos a enunciados empíricos, mostrando que os termos formalmente valorativos, como bom e mau, são materialmente enunciados de fatos, ou seja, de como se comportam de fato os seres humanos e de quais os motivos psicológicos que os impelem. Aceita, assim, a ciência ética apenas como pesquisa sociológica e psicológica.

Rudolf Carnap sustenta que todo o juízo valorativo não passa de um imperativo, lingüisticamente disfarçado em enunciado. Ayer escolhe a posição emotivista que não aceita qualquer função significativa aos enunciados de valor que são simplesmente expressões emocionais de quem as profere, insuscetíveis, por isso, de serem verdadeiras ou falsas. Stevenson, com nuances diferentes, se mantém na concepção emotivista.¹³

O descritivismo, entendido como a redução de todo o saber legítimo à pura descrição de dados empíricos é, sem dúvida, característica necessária, embora não suficiente, para identificar a postura positivista. A determinação de quais sejam as demais características necessárias do positivismo foge aos objetivos e limites do presente trabalho.

A filosofia analítica, posterior ao positivismo lógico, também conserva a distinção entre enunciados descritivos e enunciados valorativos, mas em bases muito diferentes do positivismo.

O movimento analítico, vinculado mais explicitamente à segunda fase da filosofia de Wittgenstein, que resultou nas "Investigações Filosóficas", continua a preocupar-se com a análise da linguagem. Já se observou que não há uma radical oposição entre o "Tractatus" e "As investigações", estando presentes naquele ele-

mentos que se desdobraram na obra posterior de Wittgenstein, mas que foram desconsiderados por interpretações positivistas.

Enquanto o positivismo concebe a linguagem como reflexo da realidade e restringe seu uso legítimo aos enunciados de significado empírico, o movimento analítico supera o descritivismo e admite que, além do uso descritivo, a linguagem comporta outras funções legítimas. Não há uma única linguagem mas jogos de linguagem emparentados por ares de família; não há uma única função lingüística como uma caixa de ferramentas não se restringe a um uso único.¹⁴

A analítica se emancipa do positivismo precisamente num ponto de ruptura fundamental quando, superando a estreiteza descritivista, confere legitimidade aos diversos usos da linguagem, sem limitá-la aos enunciados de conteúdo empírico. Aqui parece residir uma das distinções básicas entre o positivismo e a escola analítica.

Mais recentemente, deve se destacar o intento de relativizar a distinção entre termos descritivos e termos valorativos, negando-se a possibilidade da distinção, taxativa e apriorística, entre tais termos.

Termos lingüísticos tradicionalmente tidos como valorativos podem se tornar descritivos, em determinados contextos, assim como os descritivos podem desempenhar, em determinadas situações, funções valorativas. A qualificação de um termo como descritivo ou valorativo somente poderá ser efetivada *a posteriori*, analisando-se o contexto em que o termo é usado.

Julio Cabrera Alvarez, em artigo intitulado "Describir y valorar", observa a respeito que "las oraciones no están clasificadas de una vez para siempre, el usuario las reclassifica practicamente cada vez que las usa."¹⁵

Ulises Moulines, na obra já citada anteriormente, em capítulo com o sugestivo nome de "Blanco, negro, gris: contra el extremismo filosófico", chama a atenção para o fato de que as distinções taxativas, como por exemplo a admitida entre enunciados descritivos e enunciados valorativos, deixam de considerar gradações intermediárias, relevantes à correta formulação de questões filosóficas e a seu esclarecimento.

Formula o mencionado autor um princípio metafilosófico, ao qual denomina "Princípio de relevancia de las distinciones graduales".

"En su forma positiva, el principio RDG puede enunciar-se asi:

'Son filosoficamente relevantes las distinciones conceptuales que atienden sólo a diferencias de grado y no a diferencias absolutas en el objeto o dominio de estudio.'

Y en su forma negativa:

'Son filosoficamente peligrosas, y frecuentemente perniciosas, las distinciones conceptuales tajantes que pretenden determinar supuestas diferencias absolutas en el objeto o dominio de estudio.'¹⁶

O descritivismo e o cientismo nele implicado têm, portanto, uma formulação e um embasamento teórico, peculiar ao positivismo, não extensivo ao posterior movimento analítico.

A postura descritivista, dentro da concepção do positivismo, não se restringe, pois, a uma simples questão de metodologia científica, mas implica em pressupostos filosóficos que valoram os dados empíricos e sua descrição sistematizada como modo de saber e de vida, capaz de libertar o ser humano de qualquer dominação teológica ou metafísica.

O positivismo filosófico tem, pois, como traço essencial, o descritivismo, o qual adquire feições peculiares nas diversas formulações do positivismo jurídico a serem analisadas a seguir.

O positivismo jurídico

A expressão positivismo jurídico é empregada pelos juristas, com extrema vagueza e impropriedade filosófica. A linguagem jurídica é, em linhas gerais, muito retórica e, nela muito especialmente, o termo positivismo possui forte conotação pejorativa.

O apego tradicional dos juristas ao jusnaturalismo faz com que qualquer proposta, não identificada com seus postulados, seja rotulada de positivista. O uso do termo positivismo, em sentido tão amplo a designar quaisquer divergências do naturalismo jurídico, reduz o termo a simples expressão emocional, sem qualquer significado referencial mais preciso, englobando, sob um rótulo único, posições teóricas de bases filosóficas diferentes e antagônicas.

O presente trabalho, pelos objetivos e limites que se impôs, renuncia a qualquer intento de formular um conceito ou definição do positivismo jurídico. Pretende apenas mostrar a diversidade dos usos lingüísticos correntes do termo e salientar que, do ponto de vista filosófico, existem diferenças fundamentais entre os mesmos, diferenças que são apagadas ou obscurecidas pela rotulação comum. A explicitação das diferenças de base e de caráter filosófico, ocorrentes entre as diversas acepções da expressão positivismo jurídico, intenta ainda possibilitar, em capítulo posterior, a determinação mais precisa do sentido do termo na teoria de Hans Kelsen.

Herbert Hart, em *El concepto de derecho*,¹⁷ relaciona como significados correntes da expressão positivismo jurídico, na literatura anglo-norte-americana, a designação de uma ou mais das seguintes teses:

- a) que as normas jurídicas são ordens dadas por seres humanos;
- b) que não há conexão necessária entre direito e moral, ou seja, entre o direito que é e o que deve ser;
- c) que a análise e o estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante que deve ser distinguido das investigações históricas e sociológicas, bem como de qualquer valoração crítica do direito;
- d) que o sistema jurídico é um sistema legalmente completo no qual se podem deduzir decisões corretas a partir de regras jurídicas predeterminadas, usando-se exclusivamente o processo lógico;

e) que os juízos morais, diferentemente dos juízos de fato, não podem ser estabelecidos racionalmente.

Acrescenta Hart que, na literatura da Europa continental, o termo costuma ser empregado como alusão à rejeição geral da pretensão de que certos princípios ou regras de conduta possam ser descobertos exclusivamente pela razão.

Em outro livro, *Derecho y moral*, Hart sublinha que não há conexão necessária entre as diversas teses. Com o fim de desfazer confusão comumente feita, insiste particularmente em que a distinção entre o direito que é e o que deve ser (distinção entre direito e moral) não implica aceitar o anticognoscitivismo ético que nega qualquer valor cognoscitivo aos juízos éticos.

“Supongamos ahora que aceptamos este rechazo de las teorías ‘no cognoscitivas’ de la moral y esta negación de la distinción drástica entre los juicios sobre lo que es y sobre lo que debe ser, y que sostenemos que los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otro clase de juicios. Qué se seguiría de esto en relación con la naturaleza de la conexión entre el derecho que es y el derecho que debe ser? Por cierto que de esto solo nada. Las normas jurídicas aunque fueran moralmente inícuas, continuarían (en la medida en que este punto está en juego) siendo normas jurídicas. La única diferencia que traería aparejada la aceptación de este punto de vista acerca de la naturaleza de los juicios morales, sería que la iniquidad moral de tales normas es algo que puede ser demostrado.”¹⁸

Cumprе observar também que a tese *d* reúne, em realidade, duas teses diferentes e distintas. A completude do sistema jurídico (e a conseqüente inadmissibilidade de lacunas a serem preenchidas por regras extra-sistemáticas) é sustentável sem que se admita que as decisões sejam dedutíveis de regras predeterminadas, por um processo exclusivamente lógico. O segundo elemento da tese, a dedutibilidade lógica, pressupõe a completude do sistema, mas esta não implica aquela.

A exposição de Hart demonstra, de qualquer forma, as muitas e diferentes teses que são designadas como juspositivistas.

Tomando-se por base a distinção entre ser e dever ser, entre legalidade e moralidade, tem-se incluído, até mesmo, a Kant entre os positivistas jurídicos.

Eduardo Vasques escolhe a Kant como protótipo do positivismo jurídico e afirma:

“La escogencia de Kant podría sorprender, pero contra lo que comumente se cree, él representa el positivismo tal como lo conciben los juristas (lo que algunos llaman ‘positivismo jurídico’).”¹⁹

O enquadramento de Kant no positivismo jurídico se funda na distinção entre moral e direito, feita pelo filósofo de Königsberg.

“Ahora bien, en el plano que nos interesa esto significa que la ciencia del derecho se ocupará de reglas prácticas y que a ella le está prohibido el mundo del deber ser, reservado al filósofo. Es por esto que tal vez tengan razón los que han visto en Kant un ‘positivista jurídico’.”²⁰

O notório antagonismo entre a filosofia kantiana e o positivismo filosófico evidencia a inexistência de uma relação fundada entre certas modalidades de positivismo jurídico, ou tidas como tais, com os postulados filosóficos do positivismo.

Se o positivismo filosófico se caracteriza por reduzir todo o valor cognoscitivo aos enunciados de conteúdo empírico, ou seja, à pura descrição de fatos observáveis, é evidente, sob esse ângulo, o seu antagonismo irreduzível com o kantismo para o qual o intelecto molda o seu objeto, a partir das condições *a priori* do conhecimento. Descritivismo positivista e apriorismo kantiano são posturas filosóficas inconciliáveis. Mais especificamente, a noção de “prático”, como usada por Kant, não possui nenhum significado “pragmático” positivista, como equivocadamente o dá a entender a citação de Vasques, mas um sentido próximo ao de “razão prática” de Santo Tomás de Aquino. Os comportamentos morais baseados na pura razão prática são aqueles nos quais a vontade do homem é puramente determinada pela lei moral, com total independência de determinações empíricas. Nada pode, pois, estar mais distante do empirismo positivista do que o entendimento referido. O mundo do “prático” é um mundo do dever ser moral; resulta, assim, absurdo dizer: “a ciência do direito se ocupará com regras práticas, mas lhe está proibido o mundo de dever ser”, pois essas instâncias estão, em Kant, no mesmo nível, conforme o evidencia a seguinte passagem da *Crítica da razão prática*:

“A regra prática é sempre um produto da razão, porque prescreve a ação, qual meio para o efeito, considerado como intenção.

Esta regra, porém, para um ser no qual a razão não é o fundamento único da determinação da vontade é um imperativo, isto é, uma regra designada por um “dever ser” (ein Sollen) que exprime a compulsão (Nötigung) objetiva da ação e significa que se a razão determinasse a vontade, a ação ocorreria indefectivelmente.”²¹

Revela-se, assim, filosoficamente equivocado relacionar Kant com o positivismo.

Uma outra versão do positivismo jurídico é a tentada por Umberto Scarpelli, em seu livro *Cos'è il positivismo giuridico*.²² O jurista italiano se rebela contra a fragmentação do positivismo jurídico, em teses distintas e intenta a reconstituição de sua unidade conceitual, em torno a seus elementos essenciais. Efetiva essa tarefa unificatória, mediante uma definição de natureza explicativa. Por definição explicativa entende aquela que, mediando a definição léxica e a definição estipulativa, recolhe os usos lingüísticos históricos do termo, depurando-os para o uso futuro, no intuito de dar-lhe uma função semântica mais operativa.²³

Scarpelli recolhe, como característica nodal do positivismo jurídico, em suas diferentes versões, a idéia de que o jurista deve limitar-se a conhecer e aplicar o direito vigente, sem sobrepor-lhe valorações morais e políticas.²⁴

Esta fidelidade do jurista ao direito e à ordem política estabelecida pressupõe, no pensamento de Scarpelli, uma Constituição democrática que preserve as liberdades básicas e o pluralismo político. Representa, assim, uma opção consciente pela ordem estatal, indispensável à manutenção da paz social e à preservação dos direitos individuais.

“Il positivismo giurídico, con l'integrazione democrática e l'integrazione costituzionalística, rappresenta nella cultura giuridica il corrispondente di questa soluzione liberale: il giurista giuspositivista, nella sua fedeltà al diritto positivo, nella sua fedeltà alla legge costituzionale che garantisce la libertà, nella sua fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici, è il custode della struttura in cui la varietà e la convivenza delle scelte sono possibili.”²⁵

Em nota a esta página, o filósofo italiano acrescenta, com muita propriedade, que, embora o positivismo tenha sua fundamentação mais profunda no relativismo moral, não é, contudo, incompatível com uma moral absoluta.

É interessante observar que as idéias expostas por Scarpelli se aproximam, em muitos pontos, do pensamento político de Kant. O filósofo de Königsberg, ao lado da firme distinção entre Direito e Moral rejeita peremptoriamente a legitimidade da resistência às leis, mas vincula estas à liberdade do homem.

“O direito é, portanto, a totalidade (Inbegriff) das condições sob as quais a preferência arbitrária de uma pessoa pode coexistir com a preferência arbitrária de outra, de acordo com a lei geral de liberdade.”²⁶

E, em outra passagem também da *Metaphysik der Sitten*, Kant entende que a liberdade “é o único e original direito que pertence a cada homem, pela própria razão de sua humanidade.”²⁷

Por outro lado, também em Kant, a submissão às leis pressupõe uma república constitucional. Carl J. Friedrich, professor de Harvard, em sua obra *Perspectiva histórica da filosofia do direito*, ressalta, ao fim de sua exposição das idéias jurídico-políticas de Kant:

“Em suma, é evidente que, de acordo com Kant e sua noção de lei, só a democracia constitucional está em condições de criar leis plenamente obrigatórias, isto é, leis pelas quais o indivíduo se encontre inteiramente obrigado.”²⁸

A unificação conceitual do positivismo, proposta por Scarpelli, parece ter o mérito indiscutível de ressaltar-lhe o aspecto político e de assumir-lhe claramente os postulados valorativos implícitos. Mas a redução tentada, como qualquer sín-

tese, se tem a vantagem de dar destaque a pontos nodais do positivismo, obscurece as diferenças filosóficas, inegáveis e profundas, entre as teses juspositivistas.

A síntese de Scarpelli deixa aberta, à dissociação analítica, distinções filosóficas relevantes em seus elementos conceituais.

A submissão ao direito vigente pode fundar-se em princípios ético-filosóficos os mais variados, inclusive jusnaturalistas.

A estatalidade do direito e sua distinção dos valores morais e das validações sociais é passível, também, de ser formulada de modos substancialmente diversos e com base em fundamentos filosóficos totalmente diferentes. Basta ter em conta, no que concerne à moral, as possíveis repercussões teóricas da distinção proposta sobre posições éticas antagônicas como absolutismo e relativismo moral, cognoscitivismo e acognoscitivismo, naturalismo e convencionalismo. No que diz com a autonomia do direito em relação às validações sociais, tal autonomia comporta graduações relevantes, decorrentes de como se concebem e se valoram as inegáveis relações entre direito e sociedade bem como as relações da ciência jurídica e a sociologia jurídica.

Ainda, a questão do conhecimento do direito vigente pelo jurista com o fim de contribuir para sua correta aplicação está sujeita a abordagens epistemológicas antagônicas. De um lado, a conceituação do que seja direito vigente, ainda que se o reduza ao direito estatal, não está isenta de divergências jusfilosóficas significativas. Por outro lado, a "descrição" do direito que é, deixa em aberto a discussão filosófica sobre as modalidades e os pressupostos epistemológicos da descritibilidade.

Parece, assim, mais frutífero e mais consentâneo com as tendências filosóficas contemporâneas dar maior ênfase às diferenças que os supostos elementos comuns comportam do que simplesmente ignorá-las para salvar a unidade conceitual.

Ulisses Moulines, em obra já citada, no capítulo intitulado "Blanco, negro, gris — contra el extremismo filosófico", ressalta que "uma das tarefas mais típicas da filosofia é estabelecer boas distinções conceituais"²⁹ e demonstra que é necessário, mediante diferenciações de grau, relativizar as taxativas distinções tradicionais para clarificar o "gris", situado entre conceitos opostos.

A "definição unitária" de Scarpelli, em realidade, nada unifica, deixando o conceito de positivismo aberto a designar as teses filosóficas, enunciadas por Hart, e outras mais.

Do esboço histórico, sumariamente apresentado, constata-se que o chamado positivismo jurídico comporta fundamentos filosóficos antagônicos e nem sempre corresponde às teses do positivismo filosófico.

Mas, se encararmos o positivismo filosófico como uma das formas de pensamento, resultantes do liberalismo, há que reconhecer, sem olvidar as diferenças, o parentesco dos dois, fundado principalmente nas crenças, bastante ingênuas, no Estado como expressão dos interesses gerais e na representatividade da democracia, fundada simplesmente na eleição dos mandatários sem maior preocupação com os mecanismos de controle sobre a ação desses mandatários.

Se o cotejo entre positivismo jurídico e positivismo filosófico for feito com base nas teses formais deste, nos deparamos com uma situação histórica desconcertante: o correspondente jurídico do positivismo filosófico não é aquele que os juristas convencionaram chamar de positivismo jurídico, mas sim o sociologismo jurídico clássico e o realismo jurídico.

O sociologismo jurídico ou positivismo sociológico, em sua versão clássica, procede do pensamento de Comte e Durkheim e tem em Léon Duguit uma de suas figuras mais representativas. Traduz, no pensamento jurídico, os princípios do positivismo filosófico de repulsa à metafísica, de redução da realidade aos fatos observáveis e do saber jurídico aos enunciados empíricos.

No pensamento de Augusto Comte, a realidade social se constitui de fatos observáveis por igual que os fatos naturais. A sociologia, como uma espécie de física social, se constitui numa ciência geral da sociedade, de natureza descritiva, abrangendo todos os setores da vida social, inclusive o jurídico e o econômico.

O sociologismo jurídico, dito clássico, considera o direito como fato empírico, dado na sociedade, descritível avalorativamente como qualquer fato, objeto das ciências naturais. Participa, assim, da suposição de que o direito se constitui espontaneamente em cada sociedade concreta, onde pode ser intuitivamente descoberto. O legislador o recolhe da experiência social, qual fruto amadurecido, e lhe dá a embalagem legal.

Concepções positivistas mais refinadas, relacionadas ao positivismo lógico, são aquelas que procuram dar caráter empírico ao critério de vigência do direito.

Direito vigente, ou extrinsecamente válido, não é o posto pelo legislador e muito menos o decorrente de postulados éticos-naturalistas, mas o efetivamente aplicado pelos juízes e órgãos administrativos ou, segunda outra versão, o socialmente aceito.

Tais posturas, nitidamente positivistas, no sentido filosófico do termo, são denominadas de realismo jurídico. Os seus representantes mais expressivos, entre nós conhecidos, são o norte-americano Holmes e o escandinavo Alf Ross.

No prefácio de sua conhecida obra *Sobre el derecho y la justicia*, Ross faz a sua profissão de fé positivista, nos termos seguintes:

"La idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas, en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas. De esta idea surge la exigencia metodológica de que el estudio del derecho siga los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna. De ella surge también la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad. Por esta razón rechazo la idea de una 'validez' específica 'a priori' que coloca el derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreto esa idea em términos de hechos sociales; rechazo también la idea de un principio a priori de justicia como guía para la legislación (política jurídica), y examino el problema de la política jurídica con espíritu relativista, esto es, en relación con valores hipoten-

téticos, aceptados por grupos influyentes en la sociedad; y por último rechazo la idea de que el conocimiento normativo específico, expresado en proporciones de deber ser, e interpreto el pensamiento jurídico en términos de la misma lógica que dá fundamento a las otras ciencias empíricas (proposiciones de ser).”³⁰

No capítulo XII da mesma obra, em que trata da idéia de justiça, Alf Ross escreve:

“Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas — por ejemplo, un sistema impositivo — es injusto, no indica ninguna calidad discernible en las reglas. No dá ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional. Dicha persona dice: ‘Estoy en contra de esta regla porque es injusta’. Lo que debiera decir es: ‘Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella.’

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto.”³¹

Estas citações são por si suficientes para constatar os postulados do positivismo lógico na base filosófica do chamado realismo jurídico.

O argentino Martin Diego Farrell, em seus livros *La metodología del positivismo lógico*³² e *Hacia un criterio empírico de validez*,³³ intenta igualmente aplicar ao direito os princípios do positivismo lógico.

Partindo das idéias de Schlick e Ramsey, que consideram as leis científicas como funções proposicionais que servem de esquemas ou modelos para construir proposições sobre fatos, empiricamente observáveis, Farrell estabelece a analogia entre as leis do mundo físico e as jurídicas. A tese de Farrell consiste, em suma, em considerar as leis um modelo para construir decisões, às quais, segundo ele, podem ser comparadas com os fatos singulares a que se referem, ou seja, sua verdade ou falsidade pode ser empiricamente verificada. O fato empírico que torna o direito vigente ou verificado é o do cumprimento da decisão.

“Cuándo podremos decir, entonces, que se han cumplido los requisitos que exige este criterio de validez respecto de una ley determinada? Cuándo ésta nos sirva como modelo para construir sentencias que resulten luego verificadas, es decir confirmadas por los hechos. Si la sentencia ordena desalojar una casa, debemos verificar si la casa fue efectivamente desalojada; si la sentencia ordena que se debe permitir una manifestación, debemos verificar si realmente se realizó sin ser perturbada por órganos del Estado.”³⁴

A real versão do positivismo filosófico no pensamento jurídico é expressa, pois, pelo chamado realismo ou empirismo jurídico, e não tanto pelas correntes que se intitulam positivistas, circunstância que não tem sido levada em devida consideração quando se analisa e critica o positivismo jurídico.

Do exposto até aqui, fica evidenciada a extrema ambigüidade filosófica da expressão positivismo jurídico. Não se quis, aqui, sugerir modificações no uso linguístico do termo, mas apenas ressaltar a sua variabilidade e explicitar sumariamente as possíveis conexões filosóficas dos variados usos.

A tomada de consciência a respeito das diferenças filosóficas implicadas pelas variadas teses do positivismo jurídico é indispensável, como tarefa preparatória, à elucidação das bases filosóficas de qualquer teoria jurídica, de alguma forma relacionada com o positivismo jurídico, como é o caso da teoria normativa de Hans Kelsen, que será a seguir objeto de análise.

O descritivismo na teoria de Kelsen

Já no prefácio à segunda edição de sua obra mais divulgada na comunidade jurídica, a *Teoria pura do direito*, Hans Kelsen afirma:

“Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. É especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.”³⁵

Em outra passagem do mesmo livro, reafirma:

“A ciência jurídica tem por missão conhecer, — de fora, por assim dizer — o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento.”³⁶

Parece, à primeira vista, que tais assertivas deixam fora de qualquer discussão a postura positivista do autor e a redução do saber jurídico à pura descrição de um objeto fático: o direito positivo.

Uma leitura mais atenta da própria *Teoria pura*... e, principalmente, da *Allgemeine Theorie der Normen*,³⁷ livro de publicação póstuma, mostra, contudo, a profunda divergência entre a teoria kelseniana e as teses filosóficas dos positivistas.

Para se ter uma idéia mais exata acerca das bases filosóficas de sua teoria, é preciso elucidar como o autor vienense concebe as normas e como intenta descrevê-las.

A norma não é entendida pela “Teoria Pura” nem pela “Allgemeine Theorie”, como um fato, no sentido de um dado empírico.

Em diversas passagens das obras referidas, Kelsen explicita isso. Faz, em primeiro lugar, uma cuidadosa e insistente distinção entre o fato de criar normas e o seu produto, as normas criadas.

“...o facto, que é acto de comando ou imperativo, ou o costume, e a norma que através destes factos é produzida, são duas coisas diferentes: um facto e um conteúdo de sentido.”³⁸

A norma, para Kelsen, não é de natureza empírica; sua contextura ontológica se constitui no plano do transcendentalismo kantiano. A norma jurídica é o significado, especificamente jurídico, atribuído a um fato da vida humana, num ordenamento estatal determinado, significado somente cognoscível mediante a categoria *a priori* do dever ser (sollen). Como significado, a norma não é passível de conhecimento empírico.

“Mas esta significação jurídica não pode ser percebida no acto por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso. Na verdade, o indivíduo que, actuando racionalmente, põe o acto, liga a este um determinado sentido que se exprime por qualquer modo e é entendido pelos outros.”³⁹

Igualmente, na *Allgemeine Theorie*. . . , Kelsen torna a insistir na necessidade de distinguir-se o ato de estabelecer normas, como evento fático, e as normas estabelecidas que constituem um significado.

“Da man – wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich – zwischen dem Akt des Gebietens, Vorschreibens, Norm-Setzens, der ein Willens-Akt ist und als solcher der Charakter des Geschehens, d. h. des Seins hat, und dem Gebot, der Vorschrift, der Norm, als S i n n dieses Aktes, und das heisst: als einem S o l l e n, untercheiden muss, ist es richtiger zu sagen: die Norm i s t ein Sinn, als zu sagen: Die Norm hat einen Sinn. Der Willens-Akt als Seins-Akt ‘hat’ den Sinn eines Sollens. Dieses Sollen ist die Norm.”⁴⁰

A norma é, pois, um dever ser, cuja existência é a sua vigência.

“Wenn man sagt: ‘eine Norm gilt’, meint man: eine Norm ist vorhanden. ‘Geltung’ ist die spezifische Existenz der Norm, die von der Existenz natürlicher Tatsachen und insbesondere von der Existenz der Tatsachen, durch die sie erzeugt wird, unterschieden werden muss.”⁴¹

³⁸ “Já que – como restou claro do que antecede – é preciso distinguir entre o ato de ordenar, de prescrever, de estatuir normas, que constitui um ato de vontade e como tal tem o caráter de um fato, isto é, de um ser, e entre a ordem, a prescrição, a norma, como sentido desse ato, quer dizer, como um dever ser, é mais correto afirmar-se que a norma é um sentido do que dizer-se que a norma tem um sentido. O ato de vontade enquanto ato de ser ‘tem’ o sentido do dever ser. Esse dever ser é a norma.”

³⁹ Quando se diz: ‘uma norma vige’ entende-se: uma norma está à disposição (existe). Vigência é a existência específica da norma, a qual deve ser distinguida da existência de fatos naturais e especialmente da existência do fato pelo qual ela é criada.

O dever ser (Sollen), cuja vigência constitui uma norma, é, para Kelsen, uma categoria originária, condição apriorística de possibilidade do conhecimento das normas, ao estilo kantiano.

“Das Sollen ist – wie schon Georg Simmel in seiner *Einleitung in die Moralwissenschaft* sagt, – ebenso wie das sein eine ‘Ursprüngliche Kategorie’; und ebensowenig wie man beschreiben kann, was das Sein ist, ebensowenig gibt es eine Definition des Sollens.”^{42*}

William Ebenstein, em obra sobre a teoria pura do direito, salienta suas bases kantianas e afirma com justeza:

“La teoría pura del derecho, puede decirse, desea enseñar el derecho y no la virtud. Por esto la teoría pura del derecho se da perfecta cuenta cuando lleva al derecho el método de la categoría transcendental del deber ser em lugar de la idea transcendental del derecho justo, peculiar al derecho natural; de que el mismo Kant en su filosofía jurídica fué un perfecto teórico del derecho natural. Y así se admite francamente que la teoría pura del derecho no se basa en la filosofía del derecho de Kant, sino en su teoría del conocimiento.”⁴³

E, em outra passagem do mesmo livro, afirma o autor:

“La filosofía transcendental de Kant había dejado a las ciencias especiales la interminable tarea de conocer el mundo y se había limitado a investigar, en las condiciones de la experiencia, el problema de como es posible la ciencia. De la misma manera, Kelsen no realiza ningún intento para incluir en la ciencia del derecho el logro del conocimiento de los sistemas jurídicos concretos y positivos, sino que primero trata de establecer las condiciones generales del conocimiento jurídico, las posibilidades de una ciencia del derecho, a base de una filosofía jurídica transcendental, descrita claramente como una teoría pura del derecho.”⁴⁴

Evidentemente, na medida em que se concebem as normas como um dever ser, de existência meta-empírica, distinguindo-se-as claramente da realidade fática, a teoria de Kelsen se distancia e se opõe ao positivismo filosófico, marcadamente empirista.

Se as normas não são entendidas como dados empíricos, também sua descrição não se pode pautar pelos critérios do descritivismo positivista, caracterizado pela preponderância absoluta do objeto sobre o sujeito.

* “O dever ser – como já disse Georg Simmel em sua *Introdução à ciência ética* – é, tal como o ser, uma categoria ‘originária’ e assim como não se pode descrever o que é o ser tampouco existe uma definição do dever ser.”

Para Kelsen, a condição de possibilidade do conhecimento e da descrição das normas é anterior ao processo cognoscitivo, cujo objeto somente é cognoscível mediante a categoria *a priori* do dever ser. Neste sentido, a ciência, como em Kant, cria o seu objeto.

O que é, então, na teoria de Kelsen, descrever normas?

Descrever normas significa, na teoria kelseniana, descrever a vigência (*Geltung*) das normas. Em outras palavras, determinar a relação de pertinência de normas a um sistema de normas, segundo as regras de criação normativa, postas no sistema.

Não se pode olvidar que a "Teoria pura do direito" e a "Allgemeine Theorie der Normen" pretendem delimitar o objeto específico das ciências normativas, que é a vigência das normas. A teoria de Kelsen é, assim, teoria geral que intenta estabelecer as condições de possibilidade da ciência normativa.

Já Ebenstein apanhara muito bem esta questão, ao dizer:

"Por outro lado, debe reconocerse que Kelsen se da perfecta cuenta de que cuando lleva a su campo el derecho positivo, no es con el propósito de examinar la validez de los sistemas jurídicos concretos en términos de derecho o de justicia, sino a fin de examinar su posibilidad. De este modo obra de acuerdo con su máxima rectora — trasladar el método trascendental a la teoría jurídica y política — porque es esencial para el punto de vista trascendental el que no se trata tanto de los objetos como de nuestro método de conocerlos, en cuanto esto puede ser posible *a priori*."⁴⁵

A teoria de Kelsen, como teoria geral das ciências normativas ou, mesmo, como teoria geral da ciência jurídica, se diferencia claramente das ciências que estudam o conteúdo de sistemas normativos concretos. São níveis de saber diferentes, embora como observa Lourival Vilanova, analisando os níveis de linguagem em Kelsen, que nem sempre o autor vienense, em seus diversos escritos, explicita esta diversidade de níveis.⁴⁶

De qualquer forma, a "Teoria pura do direito" e a "Allgemeine Theorie der Normen", enquanto teoria geral, não se ocupam do conteúdo de normas, pertinentes a determinado sistema, mas determinam as condições de vigência das normas e as condições de possibilidade das ciências normativas concretas, às quais cabe descrever o conteúdo dos sistemas normativos específicos.

A teoria kelseniana não considera o conteúdo das normas a serem descritas pelas ciências específicas como dados meramente empíricos, mas como significados normativos. Como se verá adiante, esta teoria não é incompatível, no que concerne ao modo de conhecer e descrever os conteúdos de normas específicas, com as variadas formas, propostas pela epistemologia contemporânea, para o conhecimento e a descrição dos objetos culturais.

Fica claro, assim, que a doutrina de Kelsen não pode ser considerada positivista, no sentido filosófico do termo.

Em que sentido, pois, sua teoria constitui um "positivismo", como ele próprio a denomina?

Para responder a esta questão, é de interesse comparar sua teoria com as várias acepções em que é usada a expressão positivismo jurídico, alinhadas antes.

Recorde-se que Herbert Hart enuncia cinco teses que podem ser entendidas como posturas positivistas.

A primeira delas concebe as normas como ordens dadas por seres humanos. Kelsen sustenta inequivocamente que as normas, objeto de conhecimento e de descrevibilidade, são postas por atos de vontade humanos.

"Eine durch einen in der Seinswirklichkeit stattfindenden Willensakt gesetzte Norm ist eine positive Norm. Vom Standpunkt eines Moral – oder Rechtspositivismus kommen als Gegenstand der Erkenntnis nur positive, d. h. durch Willensakte, und zwar durch menschliche Willensakte, gesetzte Normen in Betracht."⁴⁷

A afirmação citada pode parecer uma identificação do pensamento kelseniano com a tese enunciada. Assim não é, no entanto. Há uma diferença fundamental entre a tese, sustentada por John Austin, de que as normas são ordens dadas por seres humanos e a teoria kelseniana que nega peremptoriamente a identificação das normas com os atos de vontade que as estabelecem. Kelsen, como o demonstram as citações anteriores mantém uma nítida distinção entre o ato de criar normas e as normas criadas; aquele situa-se no plano do ser, estas no plano do dever ser; aquele é fato empírico, estas são conteúdos significativos. A tese supra considerada reduz as normas a atos psicológicos, eventos de natureza empírica, descritíveis ao modo positivista. Em nada, Kelsen participa dessa opinião.

A segunda tese de Hart considera como positivista a inexistência de uma conexão necessária entre direito e moral. Esta tese pode ser entendida em dois sentidos: a conexão necessária entre direito e moral pode significar que a vigência de qualquer norma jurídica está condicionada à moralidade de seu conteúdo. Formulada, assim, a necessidade de conexão entre o ético e o jurídico, constitui uma exigência muito forte que, nem mesmo, muitas teorias jusnaturalista se atrevem a sustentar.

Pode-se, também, entender a conexão entre direito e moral, como necessária, em outro sentido mais débil, ou seja, no sentido de que a juridicidade de um sistema de normas está condicionada ao respeito de certos princípios éticos fundamentais. A validade de um sistema de normas, globalmente considerado, dependeria da preservação de um mínimo ético.

⁴⁷"Uma norma estabelecida por um ato de vontade, ocorrente na realidade do ser, é uma norma positiva. Do ponto de vista de um positivismo moral ou jurídico, são levadas em consideração como objeto de conhecimento apenas normas positivas, isto é, estabelecidas por atos de vontade e atos de vontade humanos."

A teoria de Kelsen repousa no fundamento de que a vigência das normas independe da moralidade do seu conteúdo, sejam consideradas individualmente, sejam consideradas globalmente como um sistema de normas.

Mas é preciso esclarecer aqui, o que mais adiante será tratado mais detalhadamente, que a "Teoria pura do direito" não endossa o amoralismo. Sustentar-se que a vigência das normas não depende da moralidade do seu conteúdo, não quer dizer em absoluto, que não se deva preservar esta moralidade; quer dizer apenas que ciência jurídica e ciência ética têm objetos distintos.

Kelsen, efetivamente, afirma, na "Teoria pura do direito":

"A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de provar ou desaprovar o seu objecto, mas apenas tem de o conhecer e descrever."⁴⁸

Mas esclarece, em outra passagem, o carácter metodológico da distinção.

"De um modo inteiramente acrtico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo facto de estas ciências se referirem a objectos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. 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 que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto."⁴⁹

Ciência jurídica e ciência ética têm objetos específicos e distintos, o que não importa em dizer que realidade jurídica e moralidade são totalmente independentes. A ciência opera cortes epistemológicos na realidade para limitar o seu objeto a uma parcela da mesma, sem com isso negar a existência de outros segmentos relevantes que se constituem em objeto de outras ciências. É o caso da teoria kelseniana no concernente às relações entre direito e moral.

A terceira acepção do positivismo jurídico, enunciada por Hart, é a versão gnosiológica da anterior e se resume na distinção entre ciência jurídica e ciências históricas, sociais bem como valorações críticas do Direito. Pelo que se expôs em relação à tese anterior, fica claro que a teoria de Kelsen abraça esta distinção a qual, no entanto, tem pouca significação para caracterizar o positivismo. A distinção puramente metodológica, entre ciência jurídica, sociologia e ética, pode ser sustentada sem que se incida no positivismo.

A quarta tese que, segundo Hart, é usada para significar o positivismo jurídico, é a da completude do sistema jurídico e da dedutibilidade lógica de decisões corretas, a partir das regras gerais predeterminadas.

É interessante observar que, historicamente, essa tese se vincula ao jusnaturalismo e não ao positivismo. No plano conceitual, aliás, o dedutivismo está implicado no racionalismo, enquanto que o positivismo, pelo menos em sua fase empírica, se funda na indutibilidade das leis gerais a partir dos fatos singulares.

Historicamente, com o triunfo da Revolução Francesa e a vitória da burguesia, concretizada na instauração de uma ordem econômica, social e política liberalista, os postulados do direito natural iluminista foram transformados em direito positivo ou vigente. As leis, particularmente a monumental codificação napoleônica, o Código Civil Francês, de 1804, implementaram juridicamente os princípios liberalistas.

Operada a suposta coincidência de conteúdo entre o direito positivo e o direito natural, tornou-se imperioso preservar, mediante reforços ideológicos, as conquistas da burguesia, implementadas pela ordem jurídica. Surgiu, então, o chamado exegetismo, segundo o qual, os juristas e os juízes tinham, por tarefa exclusiva, a explicitação e aplicação lógicas das leis estabelecidas. A partir de regras gerais, consubstanciadas nas leis e nos princípios gerais de direito, implícitos no sistema jurídico, procuraram-se deduzir as decisões corretas, mediante um processo puramente lógico, o do silogismo aristotélico.

Foi, assim, no exegetismo, que medrou e se solidificou a tese de que o sistema jurídico é um sistema legalmente completo no qual se pode deduzir decisões corretas a partir de regras jurídicas predeterminadas, usando-se exclusivamente o processo lógico.

O exegetismo entendeu, pois, a completude de um sistema normativo como completude do seu conteúdo normativo. Nesse sentido, sistema jurídico logicamente completo é aquele em que as normas gerais estabelecidas (leis, costumes legalizados, princípios gerais de direito) ministram um conteúdo normativo abrangente de todas as relações jurídicas concretas, impedindo a ocorrência de lacunas e contradições.

Mas, a completude de um sistema normativo pode ser entendida de maneira inteiramente diversa, ou seja, como completude das regras de vigência das normas, independentemente de seu conteúdo. Sistema jurídico completo é, nesse sentido, o que exaure o problema da vigência de normas, estabelecendo critérios de pertinencialidade ao sistema, mediante o qual se possam identificar as normas jurídicas vigentes, distinguindo-as das não integrantes do sistema vigente. Sistema normativo completo, nesse sentido, não é nenhum ordenamento jurídico concreto, mas um modelo formal, aplicável a qualquer sistema jurídico concreto. Um tal sistema não é dado na realidade empírica mas construído pela teoria geral do direito.

Kelsen entende a completude do sistema de normas nesse segundo sentido pelo qual se abstrai do conteúdo das mesmas. Uma norma vale, é vigente, vincula seus destinatários, existe em sua específica realidade ideal, quando deriva sua vigência de outra norma. E, assim, sucessivamente, qualquer norma pressupõe, como fundamento de sua vigência, outra norma até que se estabeleça, como base do sistema, uma norma fundamental pressuposta. A completude do sistema está, assim, na redu-

tibilidade da vigência de um conjunto de normas a uma norma fundamental pressuposta, a “Grundnorm”.

O autor da “Teoria pura do direito” deixa isso claro, em muitos textos, dos quais se transcrevem alguns, mais expressivos:

“Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo facto de a criação de toda e qualquer norma que pertence ao sistema ser determinada por outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um carácter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma norma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. . . . A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica.”

Em nota de rodapé, o professor João Baptista Machado, tradutor da edição portuguesa, apõe elucidativa observação:

“Menger nega a possibilidade de deduzir logicamente da norma fundamental uma ordem jurídica de normas concretas, isto é, sem dúvida verdade, mas não atinge a Teoria Pura do Direito que afirma que, da norma fundamental, apenas podemos deduzir o fundamento de validade e não o conteúdo das normas jurídicas concretas.”⁵⁰

Igualmente, na “Allgemeine Theorie der Normen”, o autor explicita a mesma questão:

“Die Geltung der individuellen Norm kann nicht aus der Geltung der generellen Norm so folgen, wie die Wahrheit einer individuellen Aussage aus der Wahrheit einer generellen Aussage folgt, weil die Geltung der individuellen Norm nicht so in der Geltung der generellen Norm impliziert ist, wie die

Wahrheit der individuellen Aussage in der Wahrheit der generellen Aussage impliziert ist.”^{51*}

Das considerações expostas e das citações alinhadas resulta claro que não se pode imputar a Kelsen, como por vezes se o faz, a tese logicista ou legalista, segundo a qual as soluções jurídicas dos casos concretos podem ser logicamente deduzidas do conteúdo das normas gerais legisladas como se essas fossem a premissa maior de um silogismo aristotélico.

A quinta significação de positivismo jurídico, segundo Hart, é a de que os juízos morais, diferentemente dos juízos de fato, não podem ser estabelecidos racionalmente.

Esta tese, identificada por Hart ao acognoscitivismo ético e debitada a Kelsen, não se coaduna também com a teoria kelseniana sem importantes ressalvas.

A restrição da cognoscibilidade ou justificabilidade racional aos enunciados de fato é uma característica notória do positivismo filosófico.

É certo que Kelsen estabelece, na base de sua teoria, a nítida distinção entre o ser e dever ser. Mas, para guardar um mínimo de fidelidade a seu pensamento e explicitá-lo com alguma clareza, torna-se necessário fazer elucidaciones fundamentais, nessa matéria.

Deve-se considerar, antes de tudo, como já se mostrou anteriormente, que, na concepção kelseniana, as normas não constituem fatos empíricos, mas significados objetivos, por um determinado sistema normativo. Os enunciados descritivos de normas, as proposições jurídicas, não podem, pois, descrever fatos, no sentido empirista.

As proposições jurídicas — “Rechtssätze” — que ao contrário dos enunciados normativos — “Rechtsnormen” — são verdadeiras ou falsas, descrevem, não um dado empírico, mas um significado, dado na linguagem. Podem descrever o seu objeto, as normas, de dois modos distintos: enunciando a vigência de uma norma ou explicitando o seu conteúdo. No primeiro caso, descreve-se a relação de pertinência de uma norma a um determinado sistema normativo, segundo o critério da norma fundamental pressuposta; no segundo caso, enunciam-se condições fácticas abstratas (modelos ou tipos) às quais uma determinada norma atribui um significado jurídico determinado. A primeira tarefa íntegra a teoria geral do direito; a segunda constitui o objeto das ciências jurídicas concretas. Em ambos os casos, porém, não se trata de descrever uma realidade empírica.

Por outro lado, o enquadramento de um fato singular, de um acontecimento empírico, em alguma norma, ou seja, a comparação do fato concreto com a situação fáctica abstrata, prevista na norma, não constitui para Kelsen um juízo descriptivo mas um juízo de valor.

*“A vigência da norma individual não pode seguir da vigência da norma geral, assim como a verdade de um enunciado particular segue da verdade de um enunciado geral, porque a vigência da norma individual não está implicada na vigência da norma geral como a verdade de um enunciado particular está implicada na verdade de um enunciado geral.”

“Von der Aussage über die Geltung eines ein bestimmtes Verhalten vorschreibenden Norm muss die Aussage über die Beziehung unterschieden werden, in der ein bestimmtes tatsächliches Verhalten der Norm entspricht oder nicht entspricht, und in diesem Sinn ‘gut’ oder ‘schlecht’ ist. Diese Aussage ist ein Wert-Urteil, während die Aussage über die Geltung einer Norm kein Werturteil ist. Ein Werturteil setzt die Geltung einer Norm voraus; es beschreibt die Beziehung, in der ein Objekt, insbesondere ein bestimmtes Verhalten, zu dieser Norm steht, und stellt fest, dass das modal indifferentes Substrat eines seienden oder als seienden gedachten Verhaltens dem modal indifferentem Substrat eines in einer Norm gesollten Verhaltens gleich oder nicht gleich.”⁵²

Para Kelsen, esta modalidade de juízos de valor, consistentes em estabelecer uma relação de semelhança ou dessemelhança entre um fato concreto e uma situação hipotética prevista na norma, é passível também de verdade ou falsidade.

“Das Werturteil, das die Entsprechung oder Nichtentsprechung eines tatsächlichen Verhaltens in Beziehung auf eine vorausgesetzte Norm aussagt, kann ebenso wie die Aussage über die Geltung einer Norm wahr oder unwahr sein.”⁵³

Tais juízos de valor, que comparam fatos concretos com situações fáticas, hipoteticamente previstas nas normas, são considerados juízos objetivos de valor, porque tomam por referência uma norma vigente.

De qualquer forma, nem os enunciados descritivos das normas, em qualquer de seus sentidos, nem os juízos de valor positivos são enunciados acerca de fatos empíricos. O objeto descrito por esses enunciados não é um dado empírico, mas um significado, mediado pela linguagem. Por isso, como se verá, mais adiante, a concepção de verdade e falsidade e a sua conseqüente verificabilidade, na teoria kelseniana, não se pautam pelos postulados empiristas do positivismo filosófico.

De modo nenhum, pois, Kelsen limita a racionalidade dos enunciados aos de conteúdo empírico, como dá a entender a tese enunciada por Hart.

*“Do enunciado sobre a vigência de uma norma prescritiva de uma determinada conduta é preciso distinguir o enunciado sobre a relação pela qual uma determinada conduta fática corresponde, ou não corresponde, à norma e, nesse sentido, é ‘boa’ ou ‘má’. Esse enunciado é um juízo de valor enquanto que o enunciado sobre a vigência de uma norma não é nenhum juízo de valor. Um juízo de valor pressupõe a vigência de uma norma; ele descreve a relação que um objeto, no particular, numa conduta determinada guarda com a norma e constata que o substrato modalmente indiferente de uma conduta fática, ou pensada como fática, se assemelha, ou não se assemelha, ao substrato modalmente indiferente de uma conduta prevista na norma como dever ser.”

**“O juízo de valor que expressa a correspondência, ou não correspondência, de uma conduta fática em relação a uma norma preestabelecida, pode ser verdadeiro ou falso tal como o enunciado sobre a vigência de uma norma.”

Mas a tese em questão tem seu fulcro na impossibilidade de justificação racional dos juízos morais. A ausência de racionalidade dos juízos morais não está implicada na teoria pura do direito nem na teoria geral das normas. Segundo Kelsen, quaisquer normas, inclusive as morais, sempre têm sua vigência determinada por uma norma fundamental pressuposta. Assim, por exemplo, a moral cristã e a moral muçulmana pressupõem, respectivamente, a norma fundamental de que os ensinamentos de Cristo ou os de Maomé devem ser obedecidos.

Nesse contexto teórico, uma ciência ética pode ser estritamente racional ao estudar sistemas morais desde que explicita a norma fundamental pressuposta no sistema. A justificabilidade racional dos juízos morais não fica, assim, eliminada.

Outra questão diferente é se a teoria kelseniana implica, ou não, o relativismo moral. O relativismo moral não deve ser confundido com o subjetivismo moral que reduz a validade de todas as regras morais, singularmente consideradas, aos critérios valorativos de cada sujeito.

O relativismo moral, no sentido em que Kelsen o professa, consiste em que os diversos sistemas morais, fundados em normas fundamentais diferentes, têm validade igual. A opção fundamental por uma norma pressuposta com a conseqüente escolha de determinado sistema moral não se funda em postulados justificáveis no plano puramente racional. Isso não elimina, porém, todo e qualquer conteúdo de racionalidade ou razoabilidade na admissão de determinada norma fundamental.

Kelsen rejeita, em várias passagens, a possibilidade de uma moral absoluta que se fundaria na natureza humana e seria uma tentativa impossível de superar a separação entre os planos do ser e do dever ser.⁵⁴

Inobstante, no plano teórico, a teoria normativa de Kelsen não exclui a possibilidade de uma moral absoluta desde que se possa pressupor uma norma fundamental capaz de aglutinar em um sistema certos valores morais básicos, compartilhados universalmente, ainda que variáveis historicamente. Uma moral absoluta, a que todos os seres humanos estivessem vinculados, num determinado estágio de evolução da humanidade, não é incompatível teoricamente com sua variabilidade histórica. Sem adentrar aqui o problema da factibilidade, não é impossível teoricamente a pressuposição de uma norma fundamental que fundamente a vigência, em caráter universal, de certas regras morais.

De qualquer forma, as considerações expostas demonstram que não se pode atribuir, sem mais, a Kelsen, a tese do acognoscitivismo moral tal como formulada por Hart.

Como se viu no capítulo anterior, também Scarpelli intenta caracterizar o positivismo jurídico, o que recomenda comparar sua teoria com a de Kelsen.

O jurfilósofo italiano, como se viu no capítulo anterior, põe a tônica do positivismo jurídico em conceituar a função do jurista, quer na área do saber, quer na da atuação prática, pela obediência ao direito vigente, como uma opção consciente pela preservação e implementação da ordem democrática. Trata-se de uma postura deliberadamente valorativa que assume o princípio da legalidade como o melhor para a preservação da paz social, dos direitos do cidadão e da própria democracia.

Scarpelli não atribui a Kelsen essa postura, pois intenta, precisamente, redefinir o conceito kelseniano de validade das normas, tirando-o do plano meramente formal para atribuir-lhe um conteúdo determinado.

“Il positivismo giuridico non è soltanto la determinazione di un criterio di validità per il diritto, il criterio relativo al modo di produzione delle norme, la posizione giuspositivistica davanti a un sistema di diritto positivo non si esaurisce nell'accettazione del principio fondamentale onde dipende la possibilità di giudizi di validità nel sistema: alla determinazione del criterio di validità si accompagna, in una o in un'altra forma, una legittimazione del diritto positivo, che si giustifica quando accettiamo il principio fondamentale di un sistema di diritto positivo e per questo appunto il positivismo giuridico non si reduce ad una metodologia giuridica, ma è una concezione integrale del diritto, costituisce una vera e propria filosofia del diritto.”⁵⁵

Efetivamente, a teoria de Kelsen, como teoria geral do direito, constitui um modelo formal de inteligibilidade de qualquer realidade jurídico-normativa, cuja existência específica se reduz à vigência das normas jurídicas, com prescindência de seu conteúdo. Como tal é neutra em relação às avaliações sócio-políticas de uma determinada ordem normativa.

É, por inteiro, infundada a acusação, muitas vezes levantada, de que a teoria de Kelsen legitime todo e qualquer regime político. Sua teoria exclui do seu âmbito o problema de legitimação material das normas. É logicamente falso que, pelo fato de uma teoria não legitimar nenhuma ordem jurídica, legitima a todas. Tal inferência pressupõe, como única alternativa possível, a disjunção entre legitimar ou ilegitimar quando, em realidade, o quadro disjuntivo é mais amplo, porque uma teoria pode legitimar ou ilegitimar ou abster-se de legitimar ou de ilegitimar.

Aduz-se que a neutralidade é valorativa porque disfarça uma real legitimação do direito vigente e, como tal, é ideológica. Essa crítica também não procede. Ao reduzir o Direito a um sistema de normas, impostas pelos órgãos estatais competentes, como objeto a ser conhecido e descrito pela ciência do direito, a teoria de Kelsen despiu a normatividade positiva das auréolas de legitimações extrínsecas, apresentando o direito como uma criação política, passível de ser boa ou má. Dest'arte, embora exclua do campo da teoria normativa, por razões metodológicas, as indagações a respeito da justificação (axiológica, sociológica, política) do conteúdo das normas positivas, descortina uma visão realista do fenômeno jurídico, expondo-o à análise crítica. Em sua teoria, o direito é desnudado da aura de sacralidade que, vulgarmente, se lhe supõe. Vale aqui reproduzir a observação de Hart, em relação à necessidade de uma clara distinção entre o direito que é e o direito que deve ser.

“La insistencia en la distinción, por lo tanto, nos será útil para orillar estos dos peligros: el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del derecho que debe ser, y el peligro de

que el derecho vigente pueda replazar a la moral como critério final de conducta y escapar así a la crítica.¹⁵⁶

Historicamente precederam à teoria de Kelsen concepções jusnaturalistas ou sociologistas que apresentavam o direito vigente como derivado da natureza humana ou emanado da consciência social, mediante um processo que se lhe supunha conatural. Essas posturas, filiadas, respectivamente, às concepções do exegetismo francês e do sociologismo compeano, tinham forte conotação legitimadora da ordem constituída e subtraíam a normatividade jurídica a um enfoque crítico, pressupondo que o direito positivo, pelo fato de ser direito, correspondia aos postulados da natureza humana ou à elaboração da sociedade.

Ulisses Schmill, no prefácio à biografia de Kelsen, escrita por Rudolf Métall, caracteriza o ambiente intelectual vienense, no qual Kelsen hauriu as tendências básicas de sua formação, como revolucionário e desmistificador da cultura tradicional. E observa que

“... en este ambiente permeado de música y arte, brotan rebeldes, osadas, las corrientes filosóficas y artísticas que han alimentado culturalmente al siglo XX”¹⁵⁷

Entre tais correntes inclui expressamente a teoria de Kelsen.

Por outro lado, Kelsen era judeu e sofreu a discriminação racial que já vicejava, com vigor crescente, na mentalidade dominante. Não tinha, assim, razões internas para qualquer conservadorismo.

Quando Kelsen, assim, se rebela contra a confusão entre o direito e suas validações ético-sociais, propugnando uma clara distinção entre ciência jurídica, ética e sociologia, esse intento não traduz nenhum apego ao *status quo*, nem qualquer pretensão de isentar o direito de críticas morais ou sociológicas.

Não se pode, pois, sob nenhum ângulo, ver implícitos, na postura de Kelsen, compromissos conservadores.

Da elucidação de alguns princípios kantianos, presentes na doutrina normativa de Kelsen, e da comparação de sua teoria com as diversas acepções correntes da expressão positivismo jurídico, conclui-se que o chamado positivismo Kelseniano tem características muito peculiares. Tais peculiaridades são escamoteadas quando se rotula sua postura simplesmente como positivista.

Por todo o exposto neste capítulo, constata-se que o positivismo jurídico de Kelsen se caracteriza basicamente:

a) em circunscrever a realidade especificamente jurídica ao direito vigente, ou seja, ao conjunto de normas, estabelecidas por órgãos estatais, constitucionalmente legitimados em cada sistema;

b) em reduzir a ciência do direito ao conhecimento e descrição do direito vigente, sem a interferência de valorações morais, sociais ou políticas.

No que concerne à radical distinção entre as normas jurídicas, as regras de moralidade e os padrões sociais, trata-se de uma distinção metodológica que não implica negar as conexões entre os diversos segmentos da realidade cultural nem é incompatível com o reconhecimento de sua fundamental unidade.

Quanto à descrição das normas, é preciso ressaltar que descrever, na teoria de Kelsen, tem um sentido peculiar. As normas a serem descritas constituem uma realidade cultural, cuja existência é mediada pela linguagem. O significado da norma, como dever ser, tem sua descritibilidade subordinada a uma referência semântica comum entre os termos lingüísticos que o enunciam e os usos lingüísticos correntes entre os destinatários da norma.

Kelsen mostra que não ignorou nem desconsiderou a circunstância de que as normas, longe de caracterizarem uma realidade empírica, são um significado enunciado mediante a linguagem. Afirma claramente, em sua *Teoria pura*, que o ato de estabelecer normas importa em constituir um "determinado sentido que se exprime por qualquer modo e é entendido pelos outros."⁵⁸ O texto citado manifesta a vinculação do sentido da norma a um referente semântico, compartilhado pelos destinatários da norma e dado, por isso, pela linguagem ordinária.

O significado dos termos normativos não se constitui, assim, independentemente dos usos que a linguagem ordinária, em sua multivocidade e variabilidade, lhes empresta.

Somente assim se explica como Kelsen possa admitir que uma norma comporta mais de um significado possível e que as proposições jurídicas que a descrevem, sujeitas aos funtores veritativos, podem ser múltiplas, sem qualquer delas incorrer em falsidade. São expressivos, a esse respeito, os excertos seguintes da *Teoria pura*, quando o autor aborda a "interpretação da ciência jurídica".

"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.

.....
A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação; a interpretação correcta."⁵⁹

Esta pluralidade de significações de uma norma e a conseqüente "veracidade" de diversas proposições jurídicas que a descrevem, ainda que em termos contrários, evidencia que o conceito de verdade e falsidade e o seu critério de verificabilidade não tem nenhuma referência empírica, de estilo positivista.

O critério de verdade, para Kelsen, permanece sendo o da tradicional conformidade do enunciado com a realidade. Mas em relação aos enunciados, descritivos de normas, não se trata de nenhuma correspondência com a realidade empírica mas da correspondência com uma realidade semântica consubstanciada na linguagem

ordinária. O critério de verdade para a descrição de normas não é ministrado apriorística e imutavelmente pela norma, mas pelo entendimento de seus termos à luz dos usos lingüísticos correntes. Como muitos termos lingüísticos, componentes de uma norma, podem ter, na polissemia do linguajar comum, significações contrárias, enunciados descritivos, ainda que contrários, podem ser simultaneamente verdadeiros.

A verificabilidade da verdade ou falsidade de uma proposição acerca de normas não é o da verificabilidade empírica. As possíveis significações de uma norma e a correspondente verdade dos enunciados que as descrevem não são empiricamente determináveis mas apreensíveis por um ato intelectual que tem muito de intuição eidética husserliana.

É, também, numa perspectiva husserliana, que se torna compreensível a afirmação de Kelsen, anteriormente citada, de que os juízos de valor objetivo podem ser verdadeiros ou falsos. Positivista algum, no sentido próprio da expressão, poderia admitir isso.

E a circunstância de Kelsen conhecer minudentemente a filosofia de Husserl, como o evidenciam as citações feitas na *Allgemeine Theorie*⁶⁰ reforçam essa interpretação.

Quando Kelsen fala, assim, em descrever normas emprega a palavra descrever num sentido muito amplo em oposição à prescrever. *Beschreiben* (descrever) e *Vorschreiben* (prescrever) são termos constantemente contrapostos na *Allgemeine Theorie der Normen* e na *Teoria pura do direito*.

A insistência no caráter descritivo das proposições jurídicas e dos próprios juízos objetivos de valor decorre, na teoria kelseniana, da rejeição de uma idéia muito arraigada na jurisprudência tradicional, de sua época, segundo a qual a ciência jurídica tinha por função prescrever como as normas deveriam ser interpretadas pelos órgãos aplicadores do direito. Essa tendência prescritiva da ciência jurídica radica na Escola da Exegese, que concebia a determinação do sentido das normas como tarefa lógica. Para possibilitá-la era preciso explicitar os princípios gerais do sistema, através da interpretação sistemática, somente acessível a grandes juristas, como deixa claro Julien Bonnet, em sua obra clássica sobre a Escola Exegética.⁶¹ Por isso, a ciência jurídica exercia acentuadas pretensões prescritivas. Como reminiscência desse modelo, está o acentuado valor que se dá, na argumentação jurídica, ao argumento de autoridade.

A função exclusivamente descritiva, atribuída por Kelsen à ciência jurídica, precisa, portanto, ser entendida num contexto filosófico, diferente do positivista, que reduz a descritibilidade aos fatos empíricos.

Ao se destacar a inconfundibilidade da postura kelseniana com os postulados do positivismo filosófico, não se nega o fato de que Kelsen tenha sofrido influências positivistas.

Kelsen frequentou, embora não assiduamente, reuniões do conhecido grupo filosófico, denominado Círculo de Viena, e as citações alinhadas, em diversas observações, na *Allgemeine Theorie der Normen* evidenciam sua familiaridade com o pensamento de Schlick, Carnap e Neurath.⁶²

São, por isso, perceptíveis na obra de Kelsen nítidas tendências teóricas, comuns também aos positivistas, como sua preocupação básica por uma ciência do direito descritiva e neutra, claramente distinta da ética e da sociologia. O *status* teórico da norma fundamental pressuposta apresenta problemas semelhantes aos do princípio de verificabilidade. A relação entre a situação fáctica abstratamente normada e o fato singular se aproxima da relação entre os fatos gerais e os individuais.

Mas trata-se apenas de semelhanças que não obscurecem a diferença essencial entre os positivistas filosóficos e Kelsen. Enquanto aqueles, na solução das questões apontadas, se mantêm aferrados inarredavelmente à restrição da validade de todo o conhecimento ao de conteúdo empírico, Kelsen supera o empirismo e admite a validade do conhecimento racional, o que determina outra perspectiva a todas as suas colocações teóricas.

Assim, a pureza da ciência é, para ele, puramente metódica, a norma fundamental constitui um *a priori* e a relação entre o fato abstrato e o fato concreto é uma relação de semelhança, racionalmente apreensível, concepções diametralmente opostas às do positivismo.

Referências bibliográficas

1. KOLAKOWSKI, Leszek. *La filosofía positivista*. Trad. de Genoveva Ruiz-Ramón. Madrid, Ed. Cátedra, 1981. p.14.
2. Id. *ibid.* p.19.
3. Id. *ibid.* p.20.
4. MORA, José Ferrater. Positivismo. *Diccionario de filosofía*. Buenos Aires, Sudamericana, 1985. p.455.
5. MOULINES, Ulises. *Exploraciones metacientíficas*. Madrid, Ed. Alianza, 1982. p.305.
6. Id. *ibid.* p.307.
7. COMPTE, Auguste. *Discurso sobre o espírito positiva*. Trad. de Arthur Giannotti. São Paulo, Coleção Pensadores, Abril Cultural, 1978. p.43.
8. Id. *ibid.* p.48-9.
9. Id. *ibid.* p.69.
10. FARREL, Martín Diego. *La metodología del positivismo lógico*. Buenos Aires, Ed. Astría, 1976. p.39.
11. APPEL, Karl Otto. Wittgenstein und das Problem des hermeneutischen Verstehens. In: *Hermeneutik und Sinnkritik*.
12. URMSON. *El análisis filosófico*. Trad. de José Garcia Molina. Barcelona, Ed. Ariel, 1978. p.20.
13. FARREL, Martín Diego. *Hacia un criterio empírico de validez*. Buenos Aires, Ed. Astría, 1972. p.90-92.
14. MORA, José Ferrater. Op. cit. p.457.
15. CABRERA, Julio. Describir y valorar. *Revista Chronos*, Universidade de Caxias do Sul, 1981. p.49.
16. MOULINES, Ulises. Op. cit. p.32.
17. HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962. p.321.

18. HART, Herbert. *Derecho y moral*. Trad. de Genaro Carrió. México, Ed. Nacional, 1980. p.59.
19. VASQUEZ, Eduardo. *Positivismo y ciencia del derecho*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1968. p.106.
20. Id. *ibid.* p.109.
21. KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro, Edições de Ouro Tecnoprint. p.46.
22. SCARPELLI, Umberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p.7-155.
23. Id. *ibid.* p.14.
24. Id. *ibid.* p.134.
25. Id. *ibid.* p.153.
26. KANT, Emmanuel. *Metafísica dos costumes*. Apud FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1965. p.145.
27. Id. *ibid.* p.146.
28. FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1965. p.149.
29. MOULINES, Ulises. Op. cit. p.32.
30. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires, EUDEBA, 1963. p.XIII.
31. Id. *ibid.* p.267.
32. FARREL, Martín Diego. Op. cit. (10.) p.15-205.
33. FARREL, Martín Diego. Op. cit. (13.) p.10-126.
34. Id. *ibid.* p.86.
35. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1974. p.14.
36. Id. *ibid.* p.112.
37. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Viena, Manz-Verlag, 1979. p.1-362.
38. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit. p.45.
39. Id. *ibid.* p.19.
40. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Op. cit. p.21.
41. Id. *ibid.* p.2.
42. Id. *ibid.* p.2.
43. EBENSTEIN, William. *La teoria pura del derecho*. Trad. de J. Malagón y A. Perea. México, Ed. Nacional, 1974, p.107.
44. Id. *ibid.* p.31.
45. Id. *ibid.* p.51.
46. VILANOVA, Lourival. Norma jurídica – proposição jurídica (significação semiótica). In: *Revista de Direito Público*, n.61, p.18, 1982.
47. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Op. cit. p.4.
48. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit. p.106.
49. Id. *ibid.* p.18.
50. Id. *ibid.* p.274.
51. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Op. cit. p.191.
52. Id. *ibid.* p.147.
53. Id. *ibid.* p.147.
54. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit. p.100-03.
55. SCARPELLI, Umberto. Op. cit. p.77.
56. HART, Herbert. *Derecho y moral*. p.10.
57. SCHMILL, Ulises. Prólogo. *Hans Kelsen vida y obra*. Por Rudolf Aladár Métall. Trad. de Javier Esquivel. México, Unam, 1976. p.2.
58. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Op. cit. p.19.

59. Id. *ibid.* p.472.

60. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Op. cit. p.158, 225, 249, 284, 286 e 288.

61. BONNECASSE, Julien. *L'École de l'exégèse en droit civil*. Paris, Boccard, 1923. p.1-285.

62. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Op. cit. p.58 e 297.