

---

## A CIÊNCIA DO DIREITO E AS VALORAÇÕES METAJURÍDICAS\*

---

OTTOMAR ZILLES\*\*

---

### Introdução

O presente artigo representa a parte final de um trabalho mais amplo, no qual se tentou estabelecer, a partir de uma caracterização do positivismo filosófico e do positivismo jurídico, o real sentido do termo “positivo” em Kelsen e, em particular, o real significado da expressão “descrever normas”, no contexto teórico desse autor.

Na parte do trabalho, a que pertence este artigo, intenta-se analisar, à luz de algumas elucidações filosóficas, a polêmica redução da realidade jurídica a sua vigência e a rejeição das valorações metajurídicas, no âmbito cognoscitivo do direito.

Quer-se mostrar, nessa parte, que, embora aceitando a redução conceitual do direito ao conjunto de normas vigentes, não é possível, ainda assim, isolar a descrição dos conteúdos normativos de enunciados valorativos.

Hans Kelsen, considerado o jus-filósofo mais importante do século XX, faleceu em 19 de abril de 1973.

Até sua morte, *A Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934 e reescrita em 1960, constituía a versão mais completa e acabada do seu pensamento jurídico.

Em 1979, o Instituto Hans Kelsen, de Viena, deu à publicidade, sob o título de *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria Geral das Normas), o livro que se encontrava em fase final de elaboração pelo jurista, quando faleceu.

Essa obra retoma posições teóricas anteriores, desenvolvendo-as e fundamentando-as mais amplamente, bem como inovando em alguns pontos.

---

\*Este artigo é parte de dissertação, intitulada *O descritivismo de Hans Kelsen e a questão das valorações metajurídicas*, aprovada como habilitação ao mestrado no Curso de Pós-graduação em Filosofia, da Universidade Federal de Santa Maria, por banca examinadora, constituída pelos professores Julio Cabrera Alvarez, Silvino Lopes Neto e Ronai Pires da Rocha.

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

Kelsen é apresentado e conhecido, em nosso mundo jurídico, como positivista sem que se explicita o que isso possa significar. Fala-se também na inspiração kantiana da *Teoria Pura*, mas, geralmente, sem aprofundar as implicações dessas bases kantianas.

Pelas circunstâncias mencionadas, Kelsen continua ocupando lugar de destaque no pensamento jurídico.

O trabalho de que faz parte este artigo propôs-se a analisar mais detidamente a rotulação, filosoficamente paradoxal, de Kelsen como positivista e kantiano e, no tema aqui tratado, mostrar a impossibilidade de uma ciência jurídica, neutra e pura, mesmo admitindo-se a tese básica de Kelsen de que o direito é constituído, exclusivamente, pelo conjunto de normas vigentes em determinado Estado soberano.

1. O modelo teórico, proposto por Kelsen para a ciência do Direito constitui, como visto anteriormente, uma teoria geral que reduz toda a realidade jurídica às normas vigentes. A vigência não se dá, a sua vez, num dado empírico, mas uma relação de conformidade formal da norma com o critério de vigência, estabelecido pela norma fundamental pressuposta:

As normas vigentes, em um determinado sistema, constituem, por isso, o objeto que as ciências jurídicas concretas devem conhecer e descrever, num sentido peculiar do termo, mas sempre sem a interferência de quaisquer valorizações metajurídicas, sejam éticas, sociais ou políticas.

O chamado positivismo kelseniano se caracteriza, assim, basicamente, por duas teses fundamentais: a redução da juridicidade ao direito vigente e a imunidade da ciência do direito a quaisquer valorizações metajurídicas.

A circunscrição do direito às normas emanadas do Poder Estatal é, geralmente, contestada em seu ponto inicial, sustentando-se que, à atividade legiferante do Estado pré-existem regras morais, premoldadas na natureza humana ou preconstituídas na consciência social. Diversamente, este capítulo visa demonstrar que, mesmo aceitando-se a redução da realidade especificamente jurídica às normas vigentes, não se pode, ainda assim, dissociá-la de valorizações metajurídicas que se infiltram no interior do seu processo de constituição e que, por isso, imantam a ciência jurídica de carga valorativa.

A redução do direito às normas positivas ou vigentes é admissível enquanto constitui uma delimitação metodológica, dentro de uma realidade normativa mais ampla, daquilo que é especificamente jurídico e, como tal, objeto próprio da ciência do direito. Essa redução não implica em negar-se as conexões que as normas jurídicas possam ter com as regras morais e os postulados sociais. Distingue-se apenas a normatividade jurídica das outras esferas de normatividade. Essa distinção viabiliza, mais facilmente, a contraposição desses âmbitos normativos e o conseqüente enfoque crítico das normas jurídicas do que o poderia ensejar uma concepção unitária em que os valores morais e as concepções sociais se supõem unificadas com a realidade jurídica.

A distinção entre os objetos da ciência jurídica, da ética, da sociologia e de outras ciências que possam se ocupar do fenômeno normativo é, pelo menos, útil, se não necessária, para evitar confusões e obscuridades, bem como para superar a

generalidade e a vagueza dos apelos ao substrato ético e social do direito. Somente distinguindo-se esses diversos setores da normatividade, pode-se empreender, com mais precisão e clareza, a análise de suas reais conexões.

2. Mas, mesmo admitindo-se ser o direito positivo, enquanto conjunto de normas vigentes, o objeto específico da ciência do direito, não se pode, contudo, aceitar a "pureza" da ciência jurídica, como a concebe Kelsen. A noção de "pureza" possui, na teoria kelseniana, dois significados distintos, freqüentemente superpostos: primeiro o de que a ciência do direito se deve ocupar exclusivamente do seu próprio objeto, as normas vigentes; segundo, o de que deve excluir quaisquer valorações metajurídicas do processo de conhecimento do seu objeto.

Kelsen formula, antes de tudo, uma teoria geral do direito, que não se ocupa dos conteúdos concretos de sistemas normativos singulares, mas exclusivamente do problema de fundamentar a vigência das normas jurídicas. Como teoria geral, pode excluir as valorações metajurídicas do seu âmbito específico enquanto exclui também, do seu campo teórico, a relação entre as normas gerais e as normas individualizadas.

Mas, para a doutrina kelseniana, o direito se positiva, no sentido de sua efetivação normativa, em dois momentos, o da edição legislativa de normas gerais e o do estabelecimento de normas individuais, pelos órgãos encarregados da aplicação do direito. Ambas as categorias de normas têm sua vigência pelo fato de serem estabelecidas com base em outras normas que deferem, aos órgãos estatais, a competência normativa, remontando, empiricamente, até a Constituição e, como fundamento lógico da impositividade desta, à norma fundamental.

Se um juiz, assim, condena um indivíduo a uma determinada pena de prisão, estatui uma norma no sentido de que o apenado deve cumprir a penalidade imposta sob pena de a ela dever ser compulsoriamente submetido. A vigência desta norma está subordinada a que outras normas a sua vez baseadas em normas superiores, autorizem o juiz, após a observância de formalidades processuais prescritas, a aplicar a pena em referência.

As normas individuais, como as gerais, são vigentes, ou válidas, na medida em que o órgão que as estatui está legalmente legitimado para tal. Essa legitimação do órgão jurisdicional ou administrativo não se subordina à correspondência entre o conteúdo da norma individual e o das normas gerais.

É certo que Kelsen, já na *Teoria Pura*, intenta estabelecer certos elos de correspondência entre as normas gerais e as individualizadas, mas o faz muito vagamente, como advertiu Roberto Vernengo, em *La Interpretación Jurídica*.

"Kelsen no hace explícito el problema de cuáles sean los criterios de relevancia e irrelevancia que actúan como filtros en la elaboración de la norma de salida. . ."<sup>1</sup>

Na *Allgemeine Theorie der Normen*, embora analise mais detalhadamente a relação de correspondência entre as normas individuais e as gerais, Kelsen jamais renege que o conteúdo da norma individual é sempre o produto de um ato de vontade do órgão estatal que a estabelece, dentro das atribuições (*Ermächtigung*) que lhe fo-

ram conferidas por outras normas. Embora afirme que os órgãos jurisdicionais devem aplicar as normas gerais (*dass sie von den Gerichten angewendet werden sollen*), admite lisamente que uma norma individual pode vigir ainda que seu conteúdo seja contrário ao de uma norma geral.<sup>2</sup>

O dever de os órgãos jurisdicionais aplicarem as normas gerais não pode, aliás, ser entendido como um dever jurídico, porque, destituído de sanção estatal específica, cuja previsão é essencial à caracterização da juridicidade de um dever, segundo a concepção kelseniana. Assim, se um juiz competente edita uma norma individual cujo conteúdo contraria o de normas legisladas, aquela norma não deixa de ser vigente.

Persiste, assim, irreduzido, na teoria de Kelsen, o dualismo entre o direito abstratamente legislado e o direito concretizado pela aplicação das normas.

3. Esse dualismo conduz a uma antinomia insolúvel entre o arbítrio do legislador e o arbítrio dos aplicadores das leis, na medida em que se atribui o processo de constituição do direito a fontes puramente estatais.

Nessa perspectiva dualista se é forçado a optar ou pelo legalismo, identificando o direito com as normas legisladas, ou pelo decisionismo, admitindo ser o direito um produto subjetivo e arbitrário dos órgãos que o aplicam. De qualquer forma, sempre se restringe a validade jurídica à vontade estatal, sempre se identifica o Direito com o Estado.

Mas, nem o legalismo nem o decisionismo fornecem uma explicação adequada do direito positivo, ou seja, do direito que realmente vige.

O direito não se exaure em normas legisladas. Estas, vazadas em termos da linguagem ordinária, imprecisa, ambígua e variável, não propiciam premissas seguras e coerentes para a inferência lógica das soluções jurídicas concretas.

Tão ilusória, porém, quanto o legalismo é a idéia de que o direito positivado é fruto, em última instância, do arbítrio dos que detém o poder de aplicar as leis.

O processo de positivação do direito constitui um processo dinâmico e complexo em que os órgãos do poder, sejam legislativos ou jurisdicionais, desempenham apenas uma parcela de uma atuação comunitária mais ampla. Se o legislador desencadeia esse processo, através da edição de normas gerais e os órgãos aplicadores definem a normação dos casos concretos, há um largo jogo de interações sociais, morais, econômicas e políticas que intermedeiam o início e o fim do processo constitutivo do direito. Por outro lado, os próprios pontos extremos do processo interagem entre si.

O processo real de constituição do direito positivo não se efetiva, assim, pela dualidade de órgãos estatais, mas é o produto de uma interação complexa e dinâmica entre o direito legislado, a interpretação jurisdicional e um conjunto de valorações sociais, morais e políticas, compartilhados por segmentos significativos da comunidade jurídica e do corpo social.

A falta de uma teorização adequada acerca do problema da passagem das normas legisladas, gerais e abstratas, para a normação efetiva e concreta, reduzindo o direito vigente à mera expressão do poder estatal, legislativo ou judiciário, mutila a realidade jurídica positiva de um dos seus componentes mais importantes, qual seja

o da relação entre os dois momentos de criação do direito positivo sem a qual o processo de constituição do direito perde toda a unidade e coerência.

Embora não se ocupando diretamente dos problemas referentes ao conteúdo de sistemas normativos determinados, cujo conhecimento e descrição cabe à ciência jurídica concreta, a teoria de Kelsen determina e limita a função dessa ciência à determinação dos significados normativos sem qualquer interferência de valorações metajurídicas. No contexto da teoria kelseniana, a ciência jurídica concreta, ou dogmática, deve reproduzir o seu objeto, ou seja, o conteúdo normativo criado por via legislativa ou jurisdicional, sem exercer qualquer função prescritiva nem participar do processo de constituição do direito.

A *Teoria Pura do Direito* se ocupa, também, explicitamente, da ciência do direito enquanto descritiva do conteúdo das normas, como resulta claro, dentre muitas outras, das seguintes passagens:

“A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.

Conforme o acento é posto sobre um ou sobre outro elemento desta alternativa. . . podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito.”<sup>3</sup>

Nessa linha de raciocínio, Kelsen consagra capítulos distintos, na *Teoria Pura*, a cada um dos aspectos. No capítulo IV, intitulado “Estática Jurídica”, analisa conceitos básicos, atinentes ao conteúdo das normas, e no capítulo V, sob o título “Dinâmica Jurídica”, trata dos fundamentos de vigência da ordem normativa.”<sup>4</sup>

Em relação à primeira função da ciência do direito, observa:

“Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes factos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de actos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por actos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas entre os factos por ela determinados.”<sup>5</sup>

A “Pureza”, tal como a concebe Kelsen, tem, assim, um sentido duplo: o da pureza metódica pela qual se delimita e fundamenta a vigência das normas, e o da pureza de conteúdo das proposições sobre normas, pela qual se excluem valorações metajurídicas na descrição das condutas normadas. Isso resulta claro do texto seguinte, além de outros:

“Na medida em que a ciência jurídica em geral tem de dar uma resposta à questão de saber se uma conduta concreta é conforme ou é contrária ao Direito, a sua resposta apenas pode ser uma afirmação sobre se essa conduta é prescrita ou proibida, cabe ou não na competência de quem a realiza, é ou

não permitida, independentemente do facto de o autor da afirmação considerar tal conduta como boa ou má moralmente, independentemente de ela merecer a sua aprovação ou desaprovação.”<sup>6</sup>

A duplicidade da função descritiva, atribuída por Kelsen à ciência do direito, impõe distinguir, com base no contexto em que o termo “descrever” é usado entre a descrição da vigência e a descrição do conteúdo das normas. Se não for considerada essa distinção, aparecerão, na obra de Kelsen e neste trabalho, contradições inexplicáveis.

4. Também, quando a ciência do direito procura descrever o conteúdo das normas, se mostra irreal a exclusão, ou mesmo a suspensão, de valorações metajurídicas. Na ciência do direito misturam-se enunciados descritivos e valorativos, colocando em cheque a radicalidade da distinção entre os juízos de valor e os juízos de facto, entre o valorativo e o descritivo.

Kelsen percebeu, até certo ponto, essa necessidade de categorias intermediárias de enunciados que se situem entre o puramente descritivo e o puramente valorativo, ao introduzir em sua teoria uma peculiar modalidade de juízos de valor, passíveis de verdade e falsidade. Esses juízos de valor são os consistentes na comparação (*Vergleichung*), mais literalmente, na determinação das relações de semelhança e dessemelhança, entre um facto singular e uma situação fáctica abstrata, prevista na norma. A verdade ou falsidade desses juízos de valor é verificável, não empírica mas racionalmente, porque expressam valorações objetivas, referíveis ao conteúdo de normas vigentes, de acordo a referentes semânticos, dados na linguagem ordinária.

Os juízos objetivos de valor competem, primariamente, segundo a teoria kelseniana, aos órgãos aplicadores da lei que editam as normas individualizadas, com base no conteúdo das normas gerais. Em face do dualismo entre as normas gerais e as normas individualizadas, é discutível, na teoria de Kelsen, a pertinência desses especiais juízos de valor ao âmbito da ciência jurídica. A *Teoria Pura do Direito* parece entender que tais juízos objetivos de valor são privativos da função aplicadora das normas. Para as ciências concretas do direito restaria a descrição conceitual das normas, sejam gerais, editadas pelos órgãos legiferantes, ou sejam individuais, estabelecidas pelos órgãos aplicadores do direito. Já a *Allgemeine Theorie der Normen*, teorizando mais amplamente, em seus últimos capítulos, sobre as relações entre as normas gerais e as individuais, questão não desenvolvida pela “Teoria Pura”, parece supor a inclusão dos juízos objetivos de valor no campo da ciência jurídica.

De qualquer modo, Kelsen exclui inequivocamente da ciência do direito quaisquer valorações metajurídicas, como as morais e as sociais. E, inobstante admitir-se que a ciência do direito deva se restringir ao conhecimento do direito positivo, ainda assim tal mister não se pode realizar sem a interferência de valores extrassistêmicos.

Efetivamente, a ciência do direito, enquanto indagação acerca do conteúdo de um determinado sistema normativo, não se reduz a uma descrição meramente conceitual da situação fáctica prevista pela norma como proibida, prescrita ou faculta-

da, mas inclui, em seu âmbito, a comparação inevitável entre as relações de vida, abstratamente normadas, e os fatos singulares. A possibilidade dessa comparação pressupõe que o fato, enquanto previsto abstratamente na norma, e o fato real, não são idênticos nem totalmente desiguais, mas semelhantes.

Ao contrário do que pensa Kelsen, esses juízos de semelhança, inseparáveis da ciência do direito, não são formulados mediante valoração exclusivamente intra-sistemática, mas sofrem a interferência de valorações metajurídicas. E, enquanto o problema da pré-validação moral, social ou política do direito estabelecido pelos órgãos legiferantes pode ser dissociado da ciência jurídica, distinguindo-se entre o direito que é e o direito que deve ser, as valorações metajurídicas, que se infiltram no interior do processo cognoscitivo do direito que é, são indissociáveis da tarefa científica.

Para referir mais claramente essas valorações metajurídicas, interiores ao processo cognoscitivo do direito e dele inseparáveis, convém dar-lhes uma denominação mais específica, chamando-as de valorações metajurídicas intrínsecas, para diferenciá-las das valorações metajurídicas extrínsecas, como tais entendidas aquelas que são exteriores à cognição do direito e dela dissociáveis.

Em verdade, o discurso jurídico e a realidade por ele expressada podem ser postos sob uma crítica valorativa extrínseca, cotejando-as com postulados morais, padrões sociais ou fins políticos. Essa modalidade de valoração se baseia na distinção entre o direito que é vigente e o que deveria ser de acordo com os critérios extrajurídicos mencionados. Trata-se de uma valoração do direito, feita de fora, por assim dizer, e, nesse sentido, a ele extrínseca. A valoração do direito, assim entendida, é dissociável do processo cognoscitivo da realidade jurídica e não colide com o caráter descritivo dos enunciados da ciência do direito, desde que não se restrinja a noção de descrever aos enunciados de conteúdo empírico, nos moldes do positivismo tradicional.

Já as valorações metajurídicas intrínsecas ao processo de conhecimento do direito se constituem no interior do mesmo embora pautando-se por padrões valorativos exteriores ao sistema normativo positivado, mesclando-se aos aspectos descritivos dos enunciados científicos. Essa modalidade de valoração não é compatível com a redução das proposições jurídicas a enunciados descritivos, em qualquer sentido do termo, filosoficamente admissível.

O reconhecimento e a explicitação das valorações metajurídicas intrínsecas importa em superar a distinção taxativa entre juízos descritivos e juízos valorativos, para admitir-se uma modalidade de juízos mistos em que os aspectos valorativos se enlaçam indissociavelmente com os aspectos descritivos.

Como se opera esse peculiar entrelaçamento na tarefa cognoscitiva do direito?

A ciência jurídica, para excluir as valorações metajurídicas intrínsecas, é colocada, pela teoria de Kelsen, numa perspectiva posterior à constituição do objeto a descrever.

Poder-se-ia objetar com a afirmação anteriormente feita de que, para Kelsen, a ciência cria o seu objeto, ao modo kantiano. Isso é certo mas é inteiramente dife-

rente do aqui referido. A ciência jurídica, enquanto teoria geral, cria o seu objeto no sentido de que o delimita de acordo com uma norma fundamental pressuposta, estabelecendo a categoria do dever ser (*Sollen*) como fundamento de sua inteligibilidade. Mas quando a ciência jurídica se ocupa em conhecer o conteúdo de sistemas normativos concretos — e essa é a tarefa que lhe reserva a teoria de Kelsen — ela se caracteriza pela descrição ou reprodução de uma normatividade preconstituída estavelmente.

Mas, se a positivação do direito, embora limitado em suas fronteiras externas pelo critério de vigência da norma fundamental pressuposta, for entendida, como o deve ser por respeito a sua realidade peculiar, como o resultado de um processo que se vai constituindo e reconstituindo constantemente, então a ciência do direito não pode contar com um objeto inteiramente predeterminado, mas com um objeto em elaboração e re-elaboração permanente.

Nessa perspectiva não se pode situar a ciência jurídica fora do movimento de constituição do seu objeto. A ciência jurídica não pode, assim, simplesmente descrever o direito vigente, mas se insere no interior mesmo de seu processo constitutivo, representando um dos fatores importantes de sua concreção.

No desempenho dessa função constitutiva, a ciência do direito, ao mesmo tempo em que descreve retrospectivamente o direito constituído, o valora, positiva ou negativamente, à luz de critérios metajurídicos, no sentido prospectivo de sua aplicação.

Mas o que impende aqui demonstrar é que a carga valorativa, inerente à ciência jurídica, é indissociável de seus aspectos descritivos, não havendo como separar-se, no processo cognoscitivo do direito vigente, as avaliações metajurídicas dos enunciados descritivos.

Para descrever o conteúdo das normas, as proposições jurídicas enunciam o seu significado, explicitando as relações concretas de vida que se enquadram ou se submetem na situação abstrata normada, expressam a sua modalidade deontica, determinam os destinatários da norma e constataam as condições de sua incidência.

Mas a polissemia dos termos lingüísticos que compõem as normas e a pluralidade de normas eventualmente utilizáveis para embasar uma solução jurídica concreta inserem, no próprio processo descritivo ou valorativo intra-sistemático, elementos valorativos metajurídicos que imantam, de carga valorante, os próprios enunciados descritivos.

Ao se “descrever” uma norma, constante do direito vigente, o seu significado é determinado valorativamente, à luz de princípios morais, padrões sociais, objetivos econômicos e fins políticos. Tome-se, por exemplo, o art. 3º da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), que estipula:

“Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação.”

Há, pelo menos, três "descrições" possíveis do conteúdo dessa norma:

a) Os bens do cônjuge, que não assinou título de dívida firmado pelo outro, não estão sujeitos à execução, independentemente de haver ele auferido, ou não, proveito do produto da dívida.

b) Os bens do cônjuge, que não assinou título de dívida firmado pelo outro, não estão sujeitos à execução, salvo se o credor provar que a dívida reverteu em proveito do casal.

c) Os bens do cônjuge, que não assinou título de dívida firmado pelo outro, não estão sujeitos à execução, desde que ele prove não ter auferido proveito.

Dos três enunciados, o que menos se aproxima do texto legal é o enunciado "c", que tem como equivalente o seguinte: "Os bens do cônjuge, que não assinou título de dívida firmado pelo outro, ainda assim estão sujeitos à execução, a não ser que ele prove não ter auferido proveito." Tem-se aqui transformado em exceção o que, no texto legal, aparecia como regra e erigido em regra o que na lei era exceção.

Mediante um trabalho de interpretação, que veio a ser consagrado nos tribunais de todo o País, a ciência do direito estabeleceu precisamente este último enunciado como o correspondente ao conteúdo da norma legal. Para se chegar a essa solução, recorreu-se, no plano técnico, ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa ou do locupletamento ilícito que ocorreria se o cônjuge, embora não firmando o título de dívida, dela auferisse proveito. Recorreu-se, ainda, à presunção de que as dívidas contraídas pelo marido no exercício da chefia da sociedade conjugal revertem, em regra, no proveito comum do casal.

Na realidade, é indisfarçável que esta solução foi estabelecida não por razões teóricas, mas porque se entendeu que representava a opção melhor do ponto de vista sócio-político. De acordo com os padrões sociais vigentes, seria considerado vexatório ao marido se, para contrair uma dívida, tivesse que colher a assinatura da esposa. Por outro lado, numa sociedade capitalista, a proteção do interesse dos credores tem uma relevância especial, explicando porque tenham obtido, no enunciado preferido, uma posição mais favorável do que nos outros.

Poder-se-ia multiplicar os exemplos e todos mostrariam a mesma realidade: o significado de uma norma é descrito ou reproduzido pela ciência do direito, valorativamente.

Pode-se alegar que a ciência do direito, como a concebe Kelsen, poderia se limitar simplesmente a enunciar descritivamente os possíveis significados das normas, sem optar por nenhum deles. Nisso há, contudo, um duplo equívoco. Desconsidera-se que o quadro de significados possíveis é também determinado valorativamente, e por outro lado, que uma tal ciência do direito seria incapaz de propiciar um conhecimento adequado do seu objeto, perdendo qualquer sentido prático.

Poder-se-ia, ainda, argüir que a carga valorativa somente adere aos enunciados da ciência jurídica quando há controvérsia na interpretação de uma norma. Aqui também não procede a observação. A circunstância de uma norma comportar, ou não, significados controvertíveis não depende do seu texto mas do grau de coincidência dos padrões valorativos, implicados pela norma, e os critérios valorativos metajurídicos de seus intérpretes e destinatários.

5. A ciência do direito, tal como é praticada, não se instaura, pois, após constituído o seu objeto, por via legislativa ou jurisdicional, mas se insere entre a origem e a aplicação da norma, filtrando para dentro do processo de concreção do direito vigente avaliações metajurídicas de cunho moral, social e político. Os seus enunciados, por isso, valoram quando descrevem, enlaçando inseparavelmente elementos descritivos e elementos valorativos.

A inseparabilidade dos fatores valorativos e dos elementos descritivos, nos enunciados da ciência jurídica, não os eiva de um subjetivismo arbitrário. É ilusório pensar-se que, se os textos legais têm o seu significado determinado, em última instância, por avaliações metajurídicas, qualquer interpretação possa ser possível. A interpretação do direito se limita por um contexto semântico, dado na linguagem ordinária a qual reflete, a sua vez, padrões valorativos, intersubjetivamente compartilhados por segmentos significativos da sociedade.

Não passou despercebido a Kelsen, como se viu no capítulo anterior, que o significado de uma norma é determinado em função de referentes semânticos, postos na linguagem ordinária, mas o autor entendeu que as avaliações cristalizadas na linguagem normativa deveriam ser objetivamente reproduzidas pela ciência do direito, sem que esta exercesse qualquer participação no processo constitutivo do direito. Excluiu-se, assim, do âmbito científico, quaisquer avaliações metajurídicas e preservava-se a origem puramente estatal do direito vigente.

Efetivamente, a inserção das avaliações metajurídicas no interior do processo de cognição das normas vigentes e, em consequência, no interior do processo de criação normativa, exclui o caráter puramente estatal do direito.

A identificação entre direito e Estado, pedra angular da teoria kelseniana, deixa de existir para dar lugar a uma relação muito diferente entre a sociedade e o poder e para atribuir ao direito uma função despercebida na constituição desse relacionamento.

Kelsen pressupõe uma relação de subordinação entre o Estado e a sociedade que lhe está submissa.

Em forma diametralmente oposta, outras teorias concebem essa relação como sendo de oposição ou dialética.

O ponto de vista exposto tem como consequência a rejeição de ambas as concepções referidas, para admitir entre a sociedade e o Estado, titular do Poder Político, uma relação dialógica. E o direito, em sua flexibilidade dinâmica, decorrente de sua permeabilidade às avaliações metajurídicas intrínsecas, representa um dos meios mais efetivos de comunicação entre a Sociedade e o Poder Político, expressando e realimentando um diálogo permanente entre os intentos do Estado e as aspirações sociais.

A relação de subordinação entre a sociedade e o Estado é repudiada, na época contemporânea, por uma crescente consciência libertária e a de oposição é transitória e anômala, se não em termos teóricos, pelo menos no plano real.

A relação dialógica é a que melhor tipifica a relação entre a sociedade e o Poder Político. Supõe um mínimo de pautas valorativas comuns mas implica divergên-

cias. O diálogo pode ser bem ou mal conduzido, comporta as mais variadas gradações de eficiência e pode ser deteriorado ou falseado. A sociedade não logra expressar-se, muitas vezes, pelos segmentos mais representativos de suas reais aspirações. Não se trata, pois, de uma relação idealizada mas realista, compatível com o "politicamente bom" e o "politicamente mau". O modelo relacional não determina, por si só, nenhum conteúdo, positivo ou negativo, ao relacionamento concreto que precisa ser formulado e reformulado constantemente.

E o direito, da forma como se o concebe neste trabalho, é um dos meios para expressar e assegurar essa relação dialógica. A ciência jurídica, enquanto participa do processo de constituição do direito positivo, incorporando, à sua tarefa, as valorações metalegais, desempenha papel, peculiar e insubstituível, na efetivação desse diálogo constante. O Estado estatui normas através de órgãos legislativos, o labor científico as descreve e interpreta à luz de valorações metalegais compartilhadas por setores significativos da sociedade e, novamente, o Estado as aplica através dos órgãos jurisdicionais ou administrativos.

A teoria kelseniana, na aguda observação de Roberto Vernengo, é uma teoria do Direito "anti-metafísica e anti-empirista".<sup>7</sup> Com justiça, convencionou-se designar a Hans Kelsen como o jurista do século vinte. Sua teoria marcou indelevelmente a ciência jurídica contemporânea. Demarcou definitivamente as fronteiras da juridicidade, delimitando o objeto específico da ciência jurídica e caracterizando-o como realidade cultural, racionalmente apreensível; emancipou a ciência do direito da metafísica tradicional e do empirismo; superou o sincretismo metodológico, estabelecendo bases para uma ciência especificamente jurídica.

Mas, repudiar a intermediação valorativa, de cunho metalegal, que se insere entre a edição das normas e a sua aplicação, elaboração valorativa da qual a ciência do direito é expressão das mais vigorosas, parece ter sido o pecado capital de Kelsen.

### Conclusões

Das considerações expendidas durante o desenvolvimento do trabalho, concluiu-se o seguinte:

a) O positivismo de Kelsen consiste, basicamente, na redução metodológica da realidade jurídica a sua vigência e no caráter descritivo da ciência do direito, assinado à noção de "descrever" o sentido peculiar de fundamentar a vigência das normas e de reproduzir o seu significado, enquanto objeto cultural, sem a interferência de quaisquer valorações metajurídicas.

b) Dentre as principais teses kelsenianas, é aceitável a circunscrição do objeto da ciência jurídica ao direito vigente porque assegura a especificidade do saber jurídico e evita as obscuridades e confusões do sincretismo metodológico.

c) Mesmo, porém, limitando-se a realidade especificamente jurídica ao direito positivo, mostra-se inevitável a interferência de valorações metajurídicas no interior do processo cognoscitivo do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. VERNENGO, Roberto. *La Interpretación Jurídica*, México, Universidad Nacional de México, 1977. p.110.
2. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz-Verlag, 1979. p.200.
3. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Ed. Armênio Amado, 1974. p.109-110.
4. Id. *ibid.* p.163 e 267.
5. Id. *ibid.* p.110.
6. Id. *ibid.* p.125.
7. VERNENGO, Roberto. *Op. cit.* p.99.