

## UMA REFLEXÃO ALTERNATIVA

Jônatas da Silva\*

1. Inegavelmente, para uma melhor compreensão do significado da posição teórica de Hans Kelsen no contexto social da Filosofia do Direito é imprescindível fazer um breve relato histórico sobre o autor e sua obra. Sabe-se que Hans Kelsen nasceu em Praga em 11 de outubro de 1881. Seus estudos foram realizados em Heidelberg, Berlim e Viena, onde fez o seu doutorado em Direito. Entre os anos de 1905 e 1911, começa a elaborar sua *Teoria pura do direito*. É em 1911 que vem à luz sua obra *Problemas fundamentais da teoria do direito do estado*, e em 1917 é nomeado professor de Direito Público e de Filosofia do Direito na Universidade de Viena, cargo que ocupou durante muitos anos. Foi um dos redatores da Constituição Austríaca de 1920, documento legislativo que reflete sua concepção de Estado Federal. Perseguido pelos nazistas, refugia-se em Genebra. Da Suíça transfere-se para os Estados Unidos, onde reside até sua morte, em 1973.

2. Toda a atividade científica de Kelsen evidencia uma questão epistemológica bastante atual, qual seja a problemática da neutralidade científica, já que toda a sua obra visou à construção de uma teoria científica do Direito como uma teoria unitária, autônoma e sistemática. Sendo filho do cientificismo, Kelsen acreditava em um modelo de ciência talhado pelo positivismo e fundamentado na objetividade e na neutralidade. Como Kantiano que era, não olvidou que foi o seu mestre quem historicamente estabeleceu as primeiras bases ou os primeiros fundamentos epistemológicos para a teoria cientificista do conhecimento. Japiassu assim comenta a posição de Kant:

*Como procedeu Kant? Simplesmente, ele reservou o título de "conhecimento" única e exclusivamente a essa espécie de determinação da vida mental que são, de um lado a experiência sensível, do outro, sua elaboração compreendida mais ou menos previamente pelo entendimento; e o produto aca-*

---

\* Professor do Depto. de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Goiás e da Faculdade de Direito da UFG.

*bado do entendimento não pode ser outra coisa senão o conhecimento científico, isto é, a ciência propriamente dita. E o suporte de base de todo esse conhecimento, inteiramente destinado a converter-se em conhecimento científico, não é outro senão o dado fenomenológico, isto é, a atualidade da manifestação sensível que Kant chama de "fenômeno" (1).*

Vê-se pois, que Kelsen refuta tanto a concepção de Direito de Del Vecchio quanto a de Stammler. Ambos combinaram a distinção Kantiana entre forma e matéria com uma ideologia jurídica. O primeiro com ideal pseudo-formal do direito, derivado da ética de Kant; enquanto que o segundo com sua idéia intuitiva de justiça, baseada na consciência do homem (2).

A teoria do Direito pretendida por Kelsen rechaça posições idealistas como tais, vez que a sua característica essencial é ser formal. Ainda que kantianos, são disidentes. A esse propósito, assim se manifesta o professor Alberto Brimo em sua obra *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*:

*La doctrine de Kelsen pose d'abord, dans l'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat, un problème de classification. Certes, Kelsen est kantien et la tentation est grande de classer sa doctrine dans la vaste courant du rationalisme kantien qui a donné naissance à cette école de Vienne, dont il est le plus illustré représentant. Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit que si Kelsen subit l'influence directe de Kant, d'autres influences très profondes ont agi sur lui, à côté même de celle des néokantiens, et qu'il, est plus juste de donner à la doctrine kelsénienne une place originale et unique dans l'histoire de la science juridique, en la caractérisant par cette expression de "normativisme", qui, avec le positivisme méthodologique, suffit à le caractériser (3).*

Portanto, como kantiano e positivista, Kelsen reavivou os princípios fundamentais do cientificismo com sua teoria pura do direito. Abalado no início deste século por crises de dúvidas e por conflitos de natureza epistemológica, surge hoje um novo cientificismo vazado em bases epistemológicas na linha da teoria kantiana do conhecimento. Segundo Japiassu, trata-se de "um novo tipo de cientificismo, muito mais radical e poderoso que o precedente (e que) comporta uma pluralidade de dimensões" (4). Constituindo uma espécie de denominador comum à es-

mentalidade cientificista, Japiassu enumera uma série de dimensões, entre as

1. O cientificismo atual afirma uma consciência clara e explícita da total autonomia intelectual da ciência e do entendimento científico, quer dizer, não podem depender de nenhuma instância racional que seja exterior à ciência. Isso vai implicar no domínio autônomo da lógica e da linguagem da ciência.

2. Afirma solenemente que só o conhecimento científico é verdadeiro e real. Os conhecimentos que não forem expressos quantitativamente ou que não puderem ser formalizados, ou que se mostrarem absolutamente refratários a uma repetição em condições de experiência em laboratório não podem ser considerados válidos sob o ponto de vista epistemológico. O conhecimento "verdadeiro", também chamado de "real" ou de "objetivo", deve ser universal, quer dizer, válido em todo

tempo e lugar, independentemente das condições sociais e das formas culturais.

3. Deixa entender que o ideal da ciência é atingir uma concepção “mecanicista”, “formalista” ou “analítica” da natureza. Em outras palavras, toda a realidade, inclusive a experiência e as relações humanas, os acontecimentos, as forças sociais e políticas, tudo isso deve ser expresso numa linguagem formalizada em termos de sistema de partículas elementares. No fundo, o mundo não passa de uma estrutura particular no seio das matemáticas (5).

Percebe-se na obra de Kelsen, de forma nítida, algumas direções marcantes do cientificismo moderno. Logo no início de sua obra, assevera: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo – do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial” (6). E explicita:

*Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (...) Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos séculos XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer a exigência de pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política (7).*

Entre inúmeras críticas ao purismo kelseniano, parece-me válida a da impossibilidade da neutralidade científica pretendida pelo jusfilosófico de Viena em sua Teoria Pura do Direito. Ora, o postulado da neutralidade científica será melhor atendido na medida em que se conceber a ciência como um processo. Para tanto, adverte Japiassu, é preciso que se levem em consideração certos elementos epistemológicos como:

- a. A historicidade da ciência, o que faz com que a verdade científica também seja um conceito histórico.
- b. A participação da ciência na ação social, o que torna impossível a existência de uma ciência desvinculada de ideologias e de valorizações.
- c. A impossibilidade de se fixar “a priori” parâmetros que identifiquem o que é e o que não é científico.
- d. O novo enfoque dado ao erro, a partir de Bachelard. Na lógica formal, o erro tinha um valor negativo. Bachelard, contudo, mostrou-lhe o valor positivo, asseverando que teoria sem erro é dogmatismo. “O primado teórico do erro significa que a objetividade será mais clara e distinta na medida em que aparece sobre um fundo de erros” (8).
- e. A impossibilidade de se formular um critério absoluto e universal de verdade, visto que a atividade científica se fundamenta no pluralismo das concepções, e não num modelo de concepção que sirva de parâmetro de objetividade.

Também o professor López Calera manifesta seu ceticismo com relação à chamada neutralidade científica:

*(...) toda ciência de lo humano implica positiva o negativamente una opción ideológica. Se podrá defender o negar un determinado esquema valorativo, o se podrá marginar también el análisis valorativo de una realidad que por sí misma puede favorecer o contradecir unas opciones ideológicas y otras. Sin embargo, en la defensa, en la crítica o en la indiferencia siempre hay una actitud ideológica, por mucha neutralidad que se pretenda (9).*

Ainda mais, o mestre espanhol adverte que uma atitude supostamente neutra pode estar, de fato, servindo para o mascaramento de determinadas posições ideológicas, para a defesa de determinados interesses. Segundo ele, a teoria de Kelsen correu este risco:

*Hay momentos de crisis políticas y sociales, en los que tal vez no interesa ideológicamente dar una batalla directa y frontal ante otras opciones ideológicas, sino que resulta más eficaz plantear la batalla en el terreno de una asepsia o de una neutralidad científica. La teoría pura del derecho, con mejor o peor intención, cayó en este peligro. La teoría pura del derecho responde a un momento en que un ataque a la ideología marxista o una defensa de la ideología burguesa no tendría mucho éxito, como lo estaba demostrando, por ejemplo, el iusnaturalismo, desde unas claras opciones ideológicas. Sin embargo, se podían conseguir aceptables resultados recuperando el carácter científico y el carácter neutral para el análisis de la realidad social y marginando de modo directo todo aquello que significara una definición o un análisis de los auténticos problemas de valor e interés que se debatían (10).*

López Calera conclui, assim, que a neutralidade científica, ou a defesa da

neutralidade de uma ciência social é, possivelmente, uma forma mais perigosa e mais ideológica de engajamento na luta política, ética, ou na defesa de determinados interesses.

3. Tanto as contribuições da Escola de Frankfurt quanto as do marxismo moderno foram excelentes subsídios questionadores do modelo de ciência positiva. A primeira, com a sua teoria crítica da sociedade, como faz ver o Professor Antônio Cappi, firmou alguns postulados básicos: criticava a Razão Instrumental, tendo em vista que no projeto capitalista ocidental o homem reduziu as dimensões humanas apenas à racionalidade operacional, transformando a razão objetiva em razão instrumental vislumbrando apenas o útil e o possível; criticava as ciências como uma técnica de manipulação da sociedade já que, sendo preocupação da ciência saber como o objeto funciona, aplicando-se tal procedimento ao estudo do homem, fá-lo um objeto de manipulação, o que vem a eliminar considerações sobre dignidade, justiça, liberdade; acusava os cientistas de alienação social e política, visto trabalharem "sob encomenda", sem questionamentos éticos ou políticos (11). No que se refere ao marxismo, sua grande contribuição foi a de ter criticado o modelo de ciência e de filosofia reinantes na sociedade europeia no final do século XIX, pelo materialismo histórico e dialético.

Especificamente no campo jurídico, o marxismo moderno propõe o uso alternativo do direito, o que se constitui, sem dúvida, numa atitude anti-kelseniana. Como bem lembra López Calera, as teses sobre o uso alternativo do direito devem ser compreendidas em um contexto mais amplo de problemas, como seria a crítica marxista ao direito burgues. Neste sentido convém assinalar que para seus defensores, o direito alternativo cumpre uma função política e está em estrita dependência com a realidade econômica e política. Seus principais partidários são os juristas italianos Pietro Barcellona e Luigi Ferrajoli que asseveram ser fundamental reconhecer a função política do direito. Argumentam que, de fato, o direito não é um instrumento puro, objetivo e ético de justiça, mas serve à dominação de classe, visto que existe uma íntima interdependência entre as relações jurídicas e econômicas. Por conseqüência, concluem eles que a interpretação jurídica e a atividade judicial não têm caráter científico, mas, ao contrário, têm comprometimento ideológico e político. Sustentar a natureza científica da interpretação jurídica ou a independência da função judicial seria uma alternativa ideológica para mascarar a realidade. Ainda a esse respeito assim se pronuncia o professor Modesto Saavedra López:

*se entiende por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; o, lo que es lo mismo, de ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de una sociedad determinada. Para ello se trataría de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes a fin de, sin romper la legalidad establecida, privilegiar en el plano jurídico – especialmente en el plano judicial – unos determinados intereses: o una determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos "sujetos jurídicos" que se encuentran sometidos por unas relaciones sociales de dominación (12).*

O mesmo mestre de Granada conclui que a possibilidade de um uso alternativo do Direito é estranha ao modelo positivista da teoria do método jurídico, porque este não aceita que o conhecimento de estruturas e relações sociais tenha necessariamente um caráter ideológico ou político. Em tal contexto, positivismo equivale a cientificismo.

Entretanto, apesar do renascimento teórico do uso alternativo do Direito como uma reflexão crítica para o jurista brasileiro, é necessário reconhecer que o trabalho teórico de Kelsen tem um alto significado na história do pensamento jurídico do século XX. Parafrazeando o professor Alberto Calsamiglia, é fato que a obra de Kelsen apresenta várias sugestões críticas e hipóteses de trabalho que continuam vigendo e que constituem uma das bases mais importantes da reflexão jurídico-teórica atual. Por outro lado, a nível pessoal, afirma Calsamiglia, em sua atitude crítico-filosófica, o jurista de Viena sempre se conduziu por um processo de autocritica e pela revisão e correção de sua posição teórica. Nas suas últimas obras isso é manifesto. Comprova-se assim a honestidade intelectual, científica e humana de Kelsen (13).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. JAPIASSU, Hilton – *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro, Imago, p. 76-77.
2. FRIEDMANN, W. – *Théorie Générale du Droit*. 4a. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 230.
3. BRIMO, Alberto – *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Paris, A. Pedone, 1968, p. 279.
4. JAPIASSU, op. cit. p. 82.
5. Idem, p. 83.
6. KELSEN, Hans – *Teoria pura do direito*. 4a. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra, Armênio Amado, 1976. p. 17.
7. Idem, *ibidem*.
8. JAPIASSU, op. cit. p. 27.
9. CALERA, Nicolás María López – *Filosofia del derecho*, Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
10. Idem, *ibidem*.
11. CAPPI, Antônio – O mito da neutralidade científica (conferência proferida na I Semana de Debates Universitários, UFG, 25.10.79).
12. LÓPEZ, Modesto Saavedra et alii – *Sobre el uso alternativo del derecho*. Valencia, Fernando Torres, p. 40-43.
13. CASAMIGLIA, Alberto – Hans Kelsen: Ensayo para una crítica Interna. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 28 (50-51): 356, 1974.