

# SABER OU PODER? A FUNÇÃO SOCIAL DO JURISTA E A TEORIA PURA DE HANS KELSEN

Néviton Guedes

## INTRODUÇÃO

Já foi por demais discutida e acentuada, pelo próprio Kelsen, a diferença entre Ciência Jurídica e Direito. Mas devemos repeti-la, com o intuito de melhor sistematizar esta exposição e delimitar o nosso campo de estudo.

*Grosso modo* poderíamos dizer que, para Kelsen, o "Direito prescreve" e a "Ciência do Direito tem por missão conhecer".<sup>1</sup> A função do primeiro, portanto, é prescrever; a da segunda, descrever.

Em Kelsen os dois — Ciência Jurídica e Direito —, como explica Bobbio,<sup>2</sup> caracterizam-se por uma categoria gnoseológica fundamental: o *dever-ser* (*Sollen*), como nexo de imputação. Diferenciando-se, assim, da natureza e suas ciências, que têm como fundamento: o ser (*Sein*) como nexo de causalidade.

Há, entretanto, uma diferença de significação do *Sollen*, para dar lógica à separação entre Ciência Jurídica e Direito. Neste último o *dever-ser* tem caráter prescritivo, imperativo: o nexo de imputação se refere a uma *norma jurídica*. Naquela, Ciência Jurídica, o *dever-ser* tem caráter descritivo, o nexo de imputação refere-se a uma *proposição jurídica*.<sup>3</sup> Para ficar na interpretação de BOBBIO, no Direito: *dever-ser* ou melhor, *Sollen-prescritivo*; na Ciência do Direito: *Sollen-descritivo* (*Sollsätze*).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2 ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 78 e seguintes.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia (Espanha): Fernando Torres Editor, 1980. p. 215.

<sup>3</sup> KELSEN, op. cit., p. 81 e 89.

<sup>4</sup> BOBBIO, op. cit., p. 215 e 216.

De tudo quanto estabelecido acima, para a demarcação de nosso objeto, o que de perto nos interessa é a clara separação, em Kelsen, entre Direito e Ciência do Direito (Jurisprudência), norma jurídica e proposição jurídica, *Sollen* e *Sollsätze*, *dever-ser prescritivo* e *dever-ser descritivo*. Pois dessa divisão nasce a diferença kelseniana entre a função do juiz (a autoridade jurídica) e a função do jurista (o cientista do Direito), que é, enfim, o assunto deste trabalho.

Ao juiz, ao tribunal e a toda autoridade jurídica, assim entendida "quando uma norma superior do sistema positivo lhe delega competência para produção de normas inferiores"<sup>5</sup>, cabe a função de aplicar e criar o Direito, a norma jurídica, o *Sollen* prescritivo. Ao segundo, cabe conhecer o Direito, operar a partir de proposições jurídicas (*Sollsätze*). Constrói, sim, seu objeto, mas apenas como categoria do conhecimento.

Assim entendemos ter delineado o campo precípuo (nunca o único) de nossos questionamentos: função social do jurista, do cientista do Direito. Cumpre agora um esclarecimento. Nosso objetivo é simplesmente o confronto e a convergência do pensamento kelseniano (sobretudo, o capítulo da *Teoria Pura sobre Interpretação*) com outros autores, tentar estabelecer uma outra referência sobre a questão.

Nesse caminho deixamos claro: as perguntas que aqui se levantam partiram de Kelsen, mas pertencem também ao rol das nossas preocupações. Se apenas repetíssemos as perguntas desse jurista, melhor seria que nada fizéssemos, pois duvidamos elaborássemos melhores respostas.

Uma advertência necessária para a compreensão deste artigo. Quando aqui se fala em "função social do jurista" em Kelsen, devemos nos munir de todas as precauções possíveis, para não adulterarmos o pensamento do pai da *Teoria Pura*.

Em nenhum momento se procurou descuidar de que o pensamento kelseniano é "uma tentativa de entendimento da ordem jurídica, pela análise exclusiva de sua estrutura", como assinala Warat.<sup>6</sup> Em outras palavras, estamos conscientes de que Kelsen privilegiou em suas questões o estabelecimento de uma estrutura lógica e sistemática para o pensamento jurídico, na busca do conhecimento do Direito, e não qual deva ser a sua função, do Direito ou da Ciência Jurídica.

<sup>5</sup> WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise da teoria jurídica*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983. p. 28 e 37, nota (7).

<sup>6</sup> WARAT, op. cit., p. 91.

Por conseguinte, quando discutimos uma *função* do jurista em Kelsen, é muito mais uma leitura implícita de sua *Teoria Pura do Direito*, tentando captar o sentido de seus *silêncios latentes*,<sup>7</sup> contanto, para isso, com o apoio "logístico" de pensadores críticos de sua obra: L. A. Warat, N. Bobbio e T. S. Ferraz Jr., por exemplo.

## REVISÃO E DISCUSSÃO DO TEMA

"Como todas as classificações bem pensadas, é esta útil e clara; como todas as classificações, é falsa." (Fernando Pessoa, in *Obra Poética*)

Utilizando uma distinção, invocada por Bobbio<sup>8</sup> para a avaliação da Ciência do Direito em Kelsen, pensamos estabelecer melhores condições para o desenvolvimento do tema proposto.

Poderíamos, então, em função de nossas investigações, dizer que a argumentação kelseniana opera em três níveis de discurso: o discurso-objeto (*Direito*); o discurso-linguagem desse objeto (*Ciência do Direito*) e, por fim, um discurso-metalinguagem (*Teoria da Ciência do Direito*). Ou seja, a metalinguagem, ou metajurisprudência, como quer Bobbio, é o momento epistemológico não *problematizado*<sup>9</sup> por Kelsen, em que ele sistematiza o *como* e o *quê*, respectivamente, metodologia e objeto da Ciência Jurídica.

Falar de metajurisprudência torna-se importante à medida que, ao alcançarmos esse nível do discurso kelseniano, transgredimos as normas estabelecidas pelo próprio Kelsen para a compreensão de sua teoria. Não apenas questionamos sobre a função da autoridade jurídica — aplicar ou criar o *Direito* — como também não nos conformamos aos horizontes de uma jurisprudência (aqui sempre compreendida como Ciência Jurídica) que é monopolizada pelos interesses positivistas de

<sup>7</sup> WARAT, op. cit., p. 22.

<sup>8</sup> BOBBIO, op. cit., p. 204 s.

<sup>9</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 64.

neutralidade e imanência significativa,<sup>10</sup> ou, como argumenta Leonel Severo Rocha<sup>11</sup> a respeito da dogmática jurídica (que "recuperou ideologicamente"<sup>12</sup> a teoria kelseniana):

"um saber autônomo e auto-suficiente (sistemático), encontrando explicação em si mesmo (egocêntrico) e sendo suscetível de uma análise imanente, que não se pode remeter a elementos extranormativos."

Somos obrigados a avançar, de obstáculo em obstáculo, e a privilegiar o questionamento sobre a própria epistemologia de Kelsen. Qual o seu sentido? O que é que se silencia, na teorização kelseniana da Ciência, ao *prescrever* aos juristas, na "ditadura metodológica"<sup>13</sup> que tem exercido, que, ao teorizar, se limitem a descrever?<sup>14</sup>

Nietzsche<sup>15</sup> observa, com muita desconfiança, a respeito da busca do conhecimento e da verdade, que

"em toda filosofia as intenções morais (ou imorais) constituem a semente donde nasce a planta completa. Com efeito, se queremos explicar como nasceram realmente as afirmações... mais transcendentes de certos filósofos, seria conveniente perguntar-nos antes de tudo: a que moral querem conduzir-nos?"

Lógico, não lançamos julgamento tão severo à contribuição teórica dada por Kelsen. Tão-somente almejamos, como apontado acima, evidenciar os silêncios e buscar o sentido de sua *Teoria Pura*, percorrendo dessa forma um programa de trabalho crítico proposto por Warat.<sup>16</sup>

Kelsen propõe no último capítulo de sua *Teoria Pura* "duas espécies de interpretações": "a interpretação do Direito pelo órgão que aplica" e a interpretação do Direito feita, "especialmente, pela Ciência Jurídica".<sup>17</sup>

<sup>10</sup> WARAT, op. cit., p. 21.

<sup>11</sup> ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985. p. 41.

<sup>12</sup> Sobre recuperação ideológica, ver WARAT, op. cit., p. 36 e 38, nota (b).

<sup>13</sup> FERRAZ Jr., op. cit., p. 30 s.

<sup>14</sup> BOBBIO, op. cit., p. 204 s., principalmente 207 e 208.

<sup>15</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução de Márcio Pugliesi. Rio de Janeiro: Ediouro, s/data. p. 23.

<sup>16</sup> WARAT, op. cit., p. 39, nota (c).

<sup>17</sup> KELSEN, op. cit., p. 363 e 364.

Ele argumenta (no nosso entender, de forma correta) que a interpretação nunca pode ser unívoca, já que "a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções" o ato através do qual é concretizado (aplicada); a determinação de sentido, pois, de uma norma não pode ser completa. A norma de escalão superior surge para o intérprete como "um quadro ou moldura a preencher" pelas várias possibilidades de interpretação.<sup>18</sup>

Retomemos agora as nossas preocupações iniciais. Nos períodos acima, restam esclarecidas as posições de Kelsen sobre o significado da interpretação. A separação que corta toda a teoria kelseniana de Ciência e Direito mais uma vez se repete: uma divisão clara, já apontada, entre o discurso, a interpretação, a função da autoridade jurídica; e o discurso, a interpretação e a função do jurista, do cientista jurídico.

A autoridade jurídica concretiza-se na criação do Direito. Compete-lhe a decisão através da escolha de uma das possibilidades (e eliminação das outras) a ser aplicada, a partir da moldura que a norma superior representa.<sup>19</sup>

O jurista se coloca, no agir interpretativo, numa situação diversa. A sua atividade é limitada ao campo do conhecimento. Ele reconhece as várias possibilidades do *dever-ser*; localiza os contornos da moldura hermenêutica através de proposições jurídicas que podem, por exemplo, avaliar cientificamente a validade de uma norma;<sup>20</sup> mas se exime de escolhas.

Em poucas palavras, diríamos: o jurista descreve a forma da norma e deixa à autoridade a escolha (prescrição) do seu conteúdo.

Numa avaliação crítica, a chamada metajurisprudência, podemos dizer com Warat<sup>21</sup> que o jurista, para Kelsen,

"não deve tentar substituir os órgãos investidos de autoridade jurídica, sugerindo caminhos prescritivos ou valorando os já percorridos."

<sup>18</sup> Idem ibidem, p. 364 e 366.

<sup>19</sup> Uma posição interessante sobre o Direito, como processo decisório que reduz as possibilidades ou como "a estrutura de um sistema social que tem por função regular a complexidade do sistema", é dada por LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Ver, por exemplo, a *Introdução* e o *Capítulo III* (p. 167 e s.).

<sup>20</sup> KELSEN, op. cit., p. 226 e s., principalmente 230 e FERRAZ Jr., op. cit., p. 58.

<sup>21</sup> WARAT, op. cit., p. 41.

Sintetizariamos as informações aqui introduzidas, para efeito dos interesses da questão por nós privilegiada, com as seguintes proposições:

- em Kelsen, existe, em nível da Ciência Jurídica, uma necessária (imaneente) distinção entre saber e poder, ciência e ideologia;
- tal distinção se realizaria, na atividade dos juristas, através de uma sistematização de seu discurso (normativo) com duas orientações fundamentais que o estruturam:

a) não-intervenção do jurista na esfera de aplicação e criação da norma jurídica, ou seja, na limitação e escolha das possibilidades prescritivas, que são sempre políticas e ideológicas. Kelsen, portanto, não tem dúvida de que o Direito é uma esfera de poder e deseja resguardar a Ciência Jurídica de sua influência: "O Direito é, segundo a teoria aqui desenvolvida, uma ordem ou organização específica de poder";<sup>22</sup>

b) ao interpretar não pode o jurista "remeter-se a elementos extranormativos" (análise imanente).<sup>23</sup>

Feitas essas considerações não sobram dúvidas a respeito da camisa-de-força de que se deve servir o jurista para que, do ponto de vista positivista, possa fazer ciência.

Quais os limites dessa postulação?

No que diz respeito à primeira orientação kelseniana (da não-intervenção prescritiva do jurista), para Bobbio<sup>24</sup> está claro que

"em nossos ordenamentos a Ciência Jurídica não é imperativa no sentido estrito da palavra, está igualmente claro que sua função não é somente inventariar (relatar) as normas vigentes. Em maior ou menor medida, exercita uma pressão social: com a linguagem dos cientistas da política se diria que não tem poder, é certo, mas que tem influência."

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 1 ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes e Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990. p. 125 e WARAT, op. cit., p. 27—8 e Capítulo II; KELSEN. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 1.

<sup>23</sup> ROCHA, op. cit., 41; WARAT, op. cit., p. 21.

<sup>24</sup> BOBBIO, op. cit., p. 44.

Parece-nos, portanto, que seria ingênuo acreditar que uma variação, fosse qual fosse, no nível da Ciência Jurídica, mesmo que com umívoco sentido cognoscitivo, não tivesse nenhuma influência na esfera de decisão.

A distinção proposta por Bobbio entre "poder" e "influência", da atividade do jurista (Ciência do Direito), é fundamental para podermos dar uma outra interpretação ao discurso positivista sobre a função social do jurista e, por exemplo, retirar do próprio Kelsen uma aceitação (silenciosa, implícita) de uma outra dimensão social do cientista do Direito. Diz ele ao final de sua *Teoria Pura*.<sup>25</sup>

"É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita de tal maneira que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica."

Quanto à segunda orientação (imanência significativa), o expurgo de elementos extranormativos (e aqui nos interessa especialmente o poder), diz Warat:<sup>26</sup>

"A Teoria Pura, como epistemologia da Ciência Jurídica, legitimamente, pretende falar do poder como ideologia; inadequadamente, contudo, porque ao invés de analisar os efeitos significativos do poder nos discursos da Ciência Jurídica, pretende suprimi-los como uma condição de sua significação."

Assim é que, na tentativa de eliminar o elemento poder do discurso jurídico, objetivando possibilitar ao jurista uma avaliação *desideologizada* do seu objeto (o Direito), a Teoria Pura consegue exatamente o oposto.

O poder, sob o prisma jurídico-positivista, torna-se refratário e disperso. Transforma-se num astro de primeira grandeza, cuja luz (no caso, a Ciência Jurídica), ao invés de explicitá-lo (problematizando-o), apenas ofusca os olhos de quem tenta observá-lo.

<sup>25</sup> KELSEN, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 371.

<sup>26</sup> WARAT, op. cit., p. 44.

Como corolário dessas considerações lembramos a situação específica da soberania, na esfera do discurso jurídico, como dissimulação e técnica de poder. "Afirmar a cientificidade do discurso da soberania é neutralizar os seus componentes políticos",<sup>27</sup> ensina Leonel Severo Rocha. Nesse momento a Ciência Jurídica, ao "impedir a tematização do poder", apresenta-se como "a moderna forma de ideologia".

## CONCLUSÃO

Segundo Boaventura de Souza Santos,

"Do mesmo modo que, como diz Bachelard, a teoria do objetivo deve ser construída 'contra' o objeto, assim também só aplicando a ciência contra a ciência é possível levá-la a dizer não só o que sabe de si, mas tudo aquilo que tem de ignorar a seu respeito para poder saber da sociedade o que esperamos que ela saiba."<sup>28</sup>

Nesse período — pensamos — encerram-se as nossas intenções. Não tínhamos a pretensão de *sistematizar*<sup>29</sup> qualquer proposta nova sobre o tema "a função social do jurista". Queríamos simplesmente, ao dialogar com Kelsen, *problematizar* as suas próprias informações e, nesse sentido, sim, construir o nosso lugar teórico: o lugar da dúvida; lugar esse que, com essas ressalvas, pode-se dizer é construído contra o nosso objeto (a teoria kelseniana).

Se é verdade que "o círculo hermenêutico cumpre-se, desconstruindo um a um os diferentes objetos teóricos que a ciência constrói sobre si própria",<sup>30</sup> então, ao jogarmos a teoria da interpretação kelseniana, acima descrita, contra a proposta kelseniana de uma teoria *pura* e *única* de conhecimento (normativo) do Direito, talvez retirássemos mais luz de sua escuridão ou mais vozes de seus silêncios.

Se o trabalho teórico é também, e antes de tudo, uma atividade hermenêutica em que a todo momento o cientista põe-se a desvendar e

<sup>27</sup> ROCHA, op. cit., p. 103 e s., principalmente p. 112.

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 13, 14 e s.

<sup>29</sup> FERRAZ Jr., op. cit., p. 64.

<sup>30</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. op. cit., p. 13.

a interpretar o mundo real (dessa forma abstraindo-o) e o mundo teórico (dessa forma concretizando-o, ao menos em sua produção científica), então, se tudo isso é verdade, é perfeitamente desejável e mesmo necessário que nós "digamos" à *Teoria Pura do Direito*, no seu momento epistemológico, a orientação kelseniana a respeito da interpretação do Direito:

"Todos os métodos de interpretação até agora elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único possível."<sup>31</sup>

A formulação de resposta à pergunta "Por que Kelsen prescreve aos juristas descrever?" guarda um ângulo muito aberto de possibilidades. Desde as que procuram em Kelsen um ideólogo do *status quo* até a resposta dada por ele mesmo, ou seja, como sendo a potencialização da construção de uma ciência objetiva. Por isso, eximimo-nos de formular uma resposta.

Devemos, todavia, para finalizar, lembrar dos efeitos desse postulado.

Do apelo kelseniano por uma Ciência Jurídica e por juristas objetivos (neutros), além de suas orientações o que temos constatado é que a racionalização do Direito positivo tem permitido, através de uma sistematização do discurso jurídico, possibilitada pela Ciência Jurídica, "uma legitimação do monopólio do uso da força" (poder),<sup>32</sup> consequência para a qual o ideal de juristas neutros, desprovidos de qualquer ideologia ou influência na esfera de decisão, ao operar cientificamente o Direito tem, com certeza, contribuído.

## BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoria del derecho*. Valencia (Espanha) : Fernando Torres Editor, 1980. 404 p.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo : Atlas, 1986. 111 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2 ed. brasileira. São Paulo : Martins Fontes, 1987. 377 p.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 1 ed. brasileira. São Paulo : Martins Fontes; Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1990. 433 p.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução de Márcio Pugliesi. Rio de Janeiro : Ediouro, s/data. 220 p.

ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabre, 1985. 120 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro : Graal, 1989. 176 p.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise da teoria jurídica*. Florianópolis : Editora da UFSC, 1983. 134 p.

<sup>31</sup> KELSEN. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 367.

<sup>32</sup> WARAT, op. cit., p. 45.