

O ambiente retórico da evolução do juspositivismo: uma análise do legalismo, do normativismo e do realismo

Resumo:

O texto aborda e insere em seu contexto histórico-filosófico as principais escolas representativas das teorias apresentadas por João Maurício Adeodato em *Adeus à separação de poderes?*, quais sejam: o legalismo, o normativismo e o realismo. Para tratar do legalismo, faz-se uma análise da escola da exegese inserida na tradição iluminista da França pós-revolucionária. Para o normativismo, aborda-se a doutrina kelseniana sob o paradigma do empirismo lógico do começo do século XX. Para o realismo, elenca-se o realismo escandinavo como vertente sociologista em reação ao normativismo kelseniano. O texto busca mostrar que as escolas só podem ser entendidas em sua dinâmica histórica de implicação e reação umas às outras assim como produtos de seu ambiente retórico.

Palavras-Chave:

Legalismo; normativismo; realismo; retórica; positivismo

INTRODUÇÃO

No texto a seguir trataremos da evolução do juspositivismo, da doutrina que prega a existência de apenas um direito, o positivo; de acordo com João Mauricio Adeodato, um dos primeiros registros de uma ideia de separação entre um direito que “acontece” (positivo) e um que “é” (natural) vem da celebre tragédia de Sófocles, *Antígona* (ADEODATO, 2009, p. 126). Na concepção juspositivista, não há razão de se falar em direito positivo, pois todo direito é direito positivo; destaca-se aqui a empiricidade do fenômeno direito. Mas também, não podemos tratar o juspositivismo como uma escola, ele engloba várias escolas e pensamentos diferentes; mesmo que todo positivista concorde que direito é direito posto, cada doutrinador dá sua versão para o que é direito posto.

O texto a seguir parte do capítulo *Adeus à separação de poderes?* (ADEODATO, 2008), contido na obra *A Retórica Constitucional* de João Mauricio Adeodato. Esse capítulo divide os positivistas e suas ideias em três tipos ideais, que se sucedem cronologicamente, mas não se substituem: o *legalismo*, o *normativismo* e o *realismo*. Nosso objetivo aqui não será explicar cada uma dessas tendências, pois já são muito claras no texto referido; também não pretendemos trazer um resumo do texto. Partindo da ideia de que não existe abiogênese filosófica (e muito menos jurídica), no sentido de que toda ideia surge num contexto comunicativo, tentaremos explicitar as “realidades retóricas” que possibilitaram a caracterização desses grupos.

Convém ressaltar duas observações que norteiam a exposição a seguir. Primeiramente aqui estamos tratando de três tipos ideais, e para melhor situarmos a ideia que Adeodato traz com esses tipos trataremos cada um deles através de “escolas paradigma”, escolas filosófico-jurídicas sinalizadas no próprio texto de Adeodato e que melhor representam os tipos ideais indicados. Essa escolha metodológica é feita para possibilitar um melhor corte epistemológico no objeto do texto, analisar o pensamento normativista, por exemplo, é muito mais amplo do que analisar o pensamento de Hans Kelsen; por isso, para cada tipo ideal escolhemos uma escola que servirá de paradigma para representar a corrente de pensamento.

Em segundo lugar é importante chamar atenção que no texto a seguir não será construída nenhuma perspectiva tendente a uma das escolas, não é objetivo aqui eleger uma teoria que melhor explique o direito, a obrigatoriedade das regras e a decisão

judicial, por isso a ordem a seguir é, como no próprio texto de Adeodato, simplesmente cronológica e não denota nenhuma escatologia histórica.

LEGALISMO

Desde o renascimento a Europa passou por uma inversão gradativa dos valores feudais culminando nas revoluções liberais; a ascensão da burguesia provoca mudanças em todas as estruturas da sociedade, não diferente ocorre com o direito. Não podemos falar de juspositivismo, que ganhou notoriedade com as grandes legislações, sem antes falar do jusracionalismo ou jusnaturalismo antropológico, que foi resultado do início dessa mudança de perspectiva, ou, como trata Franz Wieacker, de uma “nova antropologia” (WIEACKER, 1980, p. 288) que dá seus primeiros passos com o nominalismo e desemboca no humanismo, enquanto uma “técnica da vida cotidiana” que pretende encontrar nos antigos o Homem como um ser geral, impessoal e universal (MOUSNIER, 1958, p.24).

O jusracionalismo foi a ideologia que embasou a criação do Estado Nacional, mas por outro lado foi o primeiro passo do direito num sentido libertário da burguesia (especialmente na França); por mais que o jusracionalismo tenha exercido maior influência em processos de reformas políticas na Alemanha (WIEACKER, 1980, p. 311), que resultou em uma forma de absolutismo esclarecido, ater-nos-emos ao caso francês pois aqui nota-se melhor a influência do pensamento jusracionalista no surgimento do positivismo legalista.

Na França, num momento posterior à unificação do estado nacional, e quando este estava em seu auge, a ilustração atingiu sua maior expressividade; os iluministas se colocavam como preceptores do gênero humano e suas ideias se difundiram nas camadas baixa e alta da burguesia (DUPAQUIÊR; LACHIVER, 1970, p. 221)

O iluminismo foi um momento de maturação de uma *consciência normativa*, ou seja, a ideia de que o direito é um conjunto de regras, algo já perceptível na Escola dos Glosadores, mas que com a ilustração tomou forma mais definida; o objeto da jurisprudência é um sistema de regras jurídicas, expressões da racionalidade humana (REALE, 2002, p. 412). É fundamental destacar a base ideológica e intelectual desse momento histórico: o iluminismo, que equivalia a uma ruptura moral, uma necessidade de justificação racional para suas exigências humanitárias, que com a influência deísta,

especialmente de Voltaire e Wolff, criou para si uma ética racionalista (WIEACKER, 1980, p. 354).

O iluminismo é, desse ponto de vista, uma reação ao poder da Igreja Católica. A burguesia, para se consagrar como classe dominante, precisava se livrar dos grilhões morais da usura e da intolerância religiosa, por essa razão as ideias deístas e teístas foram tão incentivadas e logo passaram a ter status de verdade; tais ideias se expressaram na jurisprudência com a taxativa separação entre direito e moral. Pode-se destacar como expoentes desse pensamento Voltaire e Wolff, em especial aquele, que foi o grande crítico da dominação eclesiástica, que em seus escritos defendia que “*todo homem sensato, todo homem de bem, deve ter horror à seita cristã*”(VOLTAIRE, 2006, p. 157), como se percebe no trecho a seguir d’*O Túmulo do Fanatismo*:

Proponhamos a eles um Deus que não seja ridículo, que não seja desonrado por contos-da-carochinha, eles o adorarão sem rir e sem murmurar; temerão trair a consciência que Deus lhes deu. Têm um fundo de razão, e essa razão não se revoltará. (...) Em suma, o homem honesto (...) será verdadeiramente religioso esmagando a superstição. Seu exemplo influenciará a população, e nem os padres nem os velhacos terão de ser temidos (VOLTAIRE, 2006. p. 174).

Fica claro também que essa posição ideológica só se torna possível pela herança racionalista de Descartes, sendo por alguns considerado o filósofo maior de um “primeiro iluminismo”. Nomenclaturas a parte, Descartes foi quem precipuamente foi de encontro à escolástica, doutrina baseada na noção de que a natureza da razão e da fé são divinas e não podem se contradizer, tornando-se a fé (católica) uma limitadora da razão. Descartes, através de seu método, emancipou a razão do domínio da fé e tornou aquela o centro de todo conhecimento e de toda verdade. Não por menos foi lembrado por D’Alembert, o famoso enciclopedista difusor do iluminismo, como o pai das ideias iluministas do século XVIII:

Descartes teve pelo menos a ousadia de ensinar os espíritos bons a sacudir o jugo da Escolástica, da opinião, da barbárie; e por meio desta revolta, cujos frutos hoje recolhemos, prestou à filosofia um serviço talvez mais essencial do que todos os que deve aos seus ilustres sucessores. (D’ALAMBERT apud MOUSNIER; LABROUSSE, 1958, p. 17)

O jusracionalismo bebeu do inatismo cartesiano na procura pela ideia fundante, na noção de que certos princípios são inerentes a todo homem, na mais forte expressão de um racionalismo ontológico. Até aqui, pelo que foi exposto, observa-se um ambiente extremamente adequado para o jusracionalismo, como se este fosse uma expressão natural no âmbito jurídico de todo o pensamento iluminista. Um outro ponto a ser

observado é a teoria política advinda da ilustração, já que até agora tratamos do iluminismo em sua ideia ético-metafísica.

Em relação à perspectiva política deve-se menção especial à história francesa, foi neste país que as ideias iluministas tomaram força revolucionária e colocaram abaixo um governo centenário com a mais importante revolução liberal. A burguesia, classe que financiou e liderou a revolução, buscava a liberdade política e econômica, pregava-se a ideia iluminista da soberania do povo, que deve ser melhor entendida como a retirada de poder do déspota.

O mais influente autor dessa vertente política do iluminismo foi Montesquieu, célebre criador da teoria da tripartição dos poderes, que sob o mesmo espírito iluminista atacou a jurisprudência universal. Como o intervencionismo absolutista era uma realidade que já deixava de ser adequada, a economiaurgia por liberdade e o poder do monarca precisava ser limitado por uma força aparentemente impessoal e que estivesse nas mãos do povo, ou de seus líderes, e essa força era a lei.

Assim, Montesquieu ao separar o poder do Estado em três, deu a um deles uma atenção maior, o legislativo seria naturalmente o poder mais importante pois as leis obrigam a todos os homens e aos juízes não cabe interpretá-las, mas aplicá-las. Começa-se com Montesquieu a ascender uma ideologia, não necessariamente uma escola, mas uma tendência a supervalorizar as leis, e nos anos seguintes à sua obra, levando-se em conta todos os movimentos libertários, a Europa mergulha num verdadeiro fetichismo legal¹, pois só a lei pode limitar a liberdade humana.

O homem, (...) como criatura sensível, vê-se sujeito a mil paixões. Tal ser poderia a todo momento se esquecer das leis da religião; tal ser poderia a todo momento esquecer de si mesmo: os filósofos advertiram-no pelas leis da moral; feito para viver em sociedade, poderia esquecer os outros: os legisladores chamaram-no de volta ao dever pelas leis políticas e civis (MONTESQUIEU, 2010, p. 23).

Vale ressaltar que para Montesquieu as leis não têm pretensão de universalidade, as leis excluem a realização de uma jurisprudência universal não apenas de fato, pois os legisladores são imperfeitos, mas de direito, pois as leis adaptar-se-ão à sociedade que regerem. Entretanto, para Montesquieu, as leis serão a expressão da razão, em contraste

¹ Exceção clara se dá na Inglaterra. “*Esse desprezo pela lei é de caráter histórico, para o britânico, a lei foi um instrumento de dominação tirânica facilmente maleável, e sua restrição é uma restrição do poder despótico.*” FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do Common Law. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22816>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

com a vontade do monarca (PERELMAN, 1998, p. 21), assim se iniciou o mito (até hoje muito difundido) do legislador racional, um humano que se perfecciona através da razão, que consegue com suas leis abarcar todas as situações possíveis e que interessam ao direito, que elabora proposições tão claras que fazem cessar a possível interpretação, das quais brotam dedutivamente a decisão jurídica (GARCIA, 1992, p. 79).

Ainda foi muito difícil discernir entre os primeiros legalistas positivistas e os remanescentes jusracionalistas, afinal, ambos bebiam na mesma fonte: o iluminismo filho do racionalismo cartesiano. Da episteme cartesiana veio a necessidade de encontrar-se um objeto determinável para a jurisprudência, e da conjuntura política veio a necessidade de tal objeto ser certo, previsível. A solução encontrada pelos primeiros positivistas foi a lei, por ser escrita, com ritos previamente determinado e institucionalizados, por ser impessoal e por se justificar em um poder legítimo. Pela sua capacidade de determinar rigidamente o limite dos direitos de cada um, a lei se tornou instrumento de limitação do poder opressor do estado, e asseguradora dos direitos subjetivos dos cidadãos, especialmente a propriedade. O direito vira forma, esvazia-se de conteúdo. Como diz Alexandre da Maia:

A lei, como expressão máxima do direito e da verdade epistemologicamente aferida a partir dos ideais positivistas do direito, passa a ser sinônimo de estrutura jurídica racional. A racionalidade jurídica oriunda da episteme tradicional (cartesianismo e positivismo) reduz o direito à forma, à institucionalização, pouco importando os conteúdos que serão inseridos na forma da lei (DA MAIA, 2005)

Mas os primeiros movimentos codificadores ainda não eram positivistas, a criação de códigos é resultado político das ideias iluministas; Os códigos iluministas apresentaram todos o mesmo escopo de, nas palavras de Wieacker, “*planificação global da sociedade através de uma ordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica*”(WIEACKER, 1980, p. 366). Há a convicção, talvez ingênua, de que a movimentação racional da sociedade e de seus governantes levaria à descoberta de um direito justo, que poderia ser sistematizado num conjunto de leis escritas.

Frutos dessa onda codificadora foram o Código prussiano e o Código Civil Austríaco, mas o mais impactante para seu tempo foi o *Code Civil* francês de 1804, fruto de uma revolução e copiado ao redor do mundo por causa da grandeza napoleônica. O *Code Civil* surgiu como uma reação à multiplicidade de sistemas jurídicos que existiam à época, resultado de diferentes evoluções históricas, como atesta Miguel Reale:

Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das *Ordenações Regias, completadas pelos usos e costumes*, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural, concebido este de maneira abstrata, como que um Código de Razão do qual defluía uma duplicata ideal do Direito Positivo (REALE, 2002, p. 413).

Só na França operavam dois sistemas distintos, na parte setentrional vigorava o direito costumeiro e na parte meridional o direito comum romano (BOBBIO, 2006, p. 65). Ora, tal situação era incompatível com a ideia de planificação global da sociedade, de um direito racional, harmônico. O processo de codificação foi, assim, uma tentativa de criar um direito positivo condizente com a harmonia e perfeição do direito natural. A ideia de um código único para todo o reino veio também sustentada pela valorização do princípio da igualdade na revolução francesa. A ideia de coerência e completude eram pressupostas num código que era fruto da razão mesma, um código tal que acabasse com a insegurança e defendesse a propriedade e o individualismo econômico (REALE, 2002, p. 414).

Paralelamente, o código ganhou legitimidade nas ideias do *jusnaturalismo democrático*, conservando-se assim a ideia rousseauiana de que a lei é expressão da vontade geral, e assim era legítima e inquestionável, e ao juiz cabia apenas aplicar seu preceito geral aos casos particulares, pois a lei é sempre certa. Surge e ganha força na jurisprudência ocidental, a ideia de *principio da legalidade* como valor maior do ordenamento jurídico, que legitima todo ele. Atrelar legalidade e legitimidade ainda é o discurso dos juristas contemporâneos, conservado por conceitos como o de *legitimação pelo procedimento* de Niklas Luhmann (LUHMANN, 1980) e de *legitimação da dominação Legal-racional* de Weber (WEBER, 1979), marco dos Estados modernos e das sociedades complexas.

A França se tornou nos anos seguintes à revolução francesa o baluarte da legalidade, um Estado estabelecido na rígida separação de poderes, estabelecendo a necessidade de justificação legal para todos os seus atos; a lei deveria ser seguida fielmente, a justiça deve ter os olhos vendados, o direito deve ser algo cuja exatidão tranquilizadora proteja o povo de uma justiça corrompida como a do antigo regime (PERELMAN, 1998, p. 33). A França tornou-se lar de uma cultura legal iconizada no irrepreensível Inspetor Javert de Victor Hugo, aquele que leva a lei às suas últimas consequências, pois ela é inquestionável, em sua clareza não cabem considerações

morais: *dura lex, sed lex*², “A lei é a rainha de todos os mortais e imortais”(MONTESQUIEU, 2010, p. 21).

Porém, as leis não se aplicam sozinhas e os operadores do direito precisavam condizer sua aplicação com a exatidão e a racionalidade propostas na codificação. É assim que surge a Escola da Exegese, a primeira das grandes escolas positivistas (e maior expressão desse tipo ideal chamado *legalismo*), como resposta à necessidade de uma doutrina jurídica que fizesse a racionalidade da operação do direito (da lei) condizente com a racionalidade imanente das leis; ou seja, existindo um código harmônico e completo, como se tomava como pressuposto, a via mais simples e mais exata seria buscar dentro do próprio código a solução para todos os conflitos, sendo necessária a organização de uma jurisprudência em torno dessa técnica. Nas palavras de Reale:

Havia duas verdades paralelas: o Direito positivo é a lei; e, uma outra: a Ciência do Direito depende da interpretação da lei segundo processos lógicos adequados.

Foi por esse motivo que a interpretação da lei passou a ser objeto de estudos sistemáticos de notável finura, correspondentes a uma atitude analítica perante os textos segundo certos princípios e diretrizes que, durante várias décadas, constituíram o embasamento da Escola da Exegese (REALE, 1985, p. 81).

É importante, também, ater-se ao fator político representado pela pressão exercida pelo regime napoleônico para que as Escolas de Direito³, controladas diretamente pelas autoridades políticas, ensinassem apenas o direito positivo, o que foi fator fundamental para a perda de voz dos jusnaturalistas e a prevalência de teorias juspositivistas. Como explica Blondeau (BLONDEAU apud BOBBIO, 2006, p. 82): “a missão dos primeiros professores dessas escolas era substituir o vago ensino criado pela lei de Brumário por um ensino positivo e prático. Todos se compenetraram excessivamente desta missão; desprezaram a filosofia e a história...”. Dessa forma, deduz-se, como coloca Bonnacase:

... que o governo imperial quase que ordenou a exegese, tendo as Faculdades de Direito por primeiro objetivo lutar contra as tendências filosóficas que se manifestavam, precariamente, aliás, na maior parte

² “A lei é dura, mas é a lei.”

³ “As velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas Escolas centrais por obra da República, transformando-se posteriormente sob o Império em Escolas de Direito...” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 81

do tempo, no curso de legislação das escolas centrais (BONNECASE apud BOBBIO, 2006, p. 82)

Assim, diante de todos os fatores apresentados, a exegese surge como uma escola que prega um positivismo avalorativo, todo valor que importa ao direito já está encarnado na lei, única fonte legítima do direito emanada pelo Estado, que, fundado na estrita divisão de poderes, tem o poder de dizer o direito (AFTALIÓN; OLANO; VILANOVA, 1983, p. 778). O primeiro dever do jurista seria analisar o dispositivo legal para captar o valor literal de sua expressão, em seguida situá-lo no sistema, no código, para enfim posicioná-lo como premissa maior de um silogismo, cuja premissa menor é a constatação (após estabelecimento dos fatos) de que as condições fáticas previstas no dispositivo haviam ocorrido, e a decisão fluiria racionalmente desse silogismo em sua conclusão. Concluímos com as palavras de Chäim Perelman:

A doutrina devia limitar-se, nesta concepção do direito, a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo judiciário (PERELMAN, 1998, p. 33).

NORMATIVISMO

O positivismo exegético exerceu grande influência na jurisprudência ocidental, mas nenhuma outra escola surgiu com tamanho rigor formalista quanto a escola da exegese na França. O formalismo e a exaltação da codificação, não foram ideias que tiveram tanta força em Estados que ainda não haviam se unificado, em especial a Alemanha. Aliás, a própria unificação alemã acontece numa rejeição à França, e em vários aspectos a Alemanha surge como uma anti-nação francesa.

Com o tempo, porém, a exegese veio perdendo força, a grande ênfase dada ao legislativo, dependente de maiorias parlamentares incontroladas, levou a uma paulatina banalização da lei, tornando o direito perigosamente servo da política. Nas palavras de Hespanha: *“Tudo isto dá origem a uma perda de prestígio do direito, quando não a uma desconfiança em relação a ele, induzidas ambas pelo desprestígio da política e desconfiança que ela progressivamente suscita.”* (HESPANHA, 2003, p. 169 – 170).

A isso se junta o fato de que o iluminismo ganhou força numa França agrícola e se concretizou com uma revolução encabeçada por uma burguesia que urgia pela liberdade econômica e pelo industrialismo. Ora, numa nova situação, com o decorrer do

século XIX, as grandes nações europeias estavam cada vez mais industrializadas e a burguesia deixara de ser a classe revolucionária para se tornar a reacionária. Aos códigos burgueses e suas ações políticas reagiram movimentos socialistas, já visíveis na França nas revoluções de 1830 e especialmente de 1848, nas obras de grandes nomes como Saint-Simon, Charles Fourier, Pierre-Joseph Proudhon e Louis Blanc.

Como já dissemos, a Europa germânica sempre teve uma cultura que era a antítese da francesa; em lugar do já velho racionalismo francês, nas nações germânica (que chamaremos simplesmente aqui de Alemanha) ganhou mais espaço o romantismo desde suas origens nos fins do século XVIII, e com a paulatina perda de força do iluminismo no século XIX o romantismo tornou-se uma escola extremamente influente (SODRÉ, 1969, p. 189). Em contraposição ao Francês iluminista, o alemão ficou iconizado na imagem do jovem Werther de Goethe, como o erudito sensível e deslumbrado.

É nesse espírito que na Alemanha surge a Escola Histórica de Savigny, conceituando o direito como o *Espírito do Povo (Volksgeist)*, reclamando uma visão mais social do direito tal como o fenômeno espontâneo advindo dos diferentes interesses e tendências da coletividade que é; defendiam, conforme ensinamento de Alf Ross:

... que o direito não é criado conscientemente por deliberações racionais, desenvolvendo-se, sim, de forma cega e orgânica como uma expressão do espírito do povo e da consciência jurídica popular. O costume, e não as leis, é, portanto, a fonte suprema do direito (ROSS, 2000, p. 291).

Savigny protagonizou uma memorável polêmica em 1814 em volta da criação de um Código Civil único na Alemanha, sendo ele contra a ideia; do lado contrário Thibaut advogava a causa da codificação. Tal polemica leva Savigny a escrever um célebre livro intitulado *Da Vocaçãõ de nosso Tempo para a Legislaçãõ e a Jurisprudência* (ZEKOLL; REIMANN, 2005, p. 4).

O decorrer do século XIX foi marcado, entre os juspositivistas, pela influência da escola da Exegese e da Escola Histórica, traduzindo-se numa dissensão entre correntes formalistas e anti-formalistas, ou seja, mais segurança jurídica ou mais justiça material. Outra tendência que se deu no início do século XX por influência direta do positivismo de August Comte, foi a de cada ciência ser criteriosamente definida e autônoma (SALDANHA, 1977, p. 59 – 60).

Feitas essas observações, partamos para o *normativismo* em si. O principal representante dessa forma de pensar o direito foi Hans Kelsen. Kelsen nasceu em Praga,

em 11 de outubro de 1881. Quando contava de 3 anos de idade, seus pais, Adolfo e Auguste Kelsen, migraram para Viena onde seu pai montou uma oficina que viria a se tornar uma pequena fábrica. Em Viena se deu sua educação, e em 1911 passou a lecionar na Faculdade de Direito da Universidade de Viena até 1930, viveu então em Colônia até 1933 quando foi expulso pelo governo, daí foi ensinar em Genebra até 1940 quando se muda para os Estados Unidos. Em 1934 escreve sua obra paradigmática, a Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*)⁴. Sua teoria resultou numa mudança copernicana na jurisprudência, foi a teoria mais influente de sua época e talvez o seja até hoje (AFTALIÓN; OLANO; VILANOVA, 1983, p. 821).

De acordo com testemunho de Josef Kunz, do tempo que estudou e ensinou em Viena, Kelsen sofreu grande influência do clima intelectual que pairava na Viena do fim do século XIX e começo do século XX⁵, nas palavras de Kunz:

... Para comprender la Teoría Pura del Derecho, es necesario tener en cuenta que su autor es austríaco. No solamente austríaco de nacimiento, sino también política, histórica y culturalmente. (...) sus obras principales están escritas en alemán. Su doctrina se originó en la Universidad de Viena y es conocida en el mundo entero bajo el nombre de la “Escuela Vienesa”. Y aunque Kelsen sea hoy ciudadano norteamericano, los norteamericanos siempre se refieren a él como “el sábio austríaco (“The Austrian Scholar”), y los autores del mundo hispánico le llaman “el maestro de Viena” (KUNZ apud SICHES, 1963, p. 185-187).

No período entre guerras ficou famoso em Viena um movimento filosófico conhecido como Círculo de Viena, neopositivismo, ou positivismo lógico, cuja filosofia era baseada em um empiricismo lógico. Apesar de ter sofrido influências desse movimento, Kelsen não era exatamente um membro dele⁶. O principal fator que

⁴ Informações biográficas obtidas em: MÉTALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen, Vida y Obra**. México: UNAM, 1976.

⁵ As informações obtidas sobre o clima intelectual vienense foram obtidas especialmente em: JANIK, Allan; TOLMIN, Stephen. **La Viena de Wittgenstein**. Madrid: Taurus, 1974.

⁶ “In response to your letter of March 31, I would like to inform you that I did not belong to the so-called 'Vienna Circle' in the stricter sense of the word. I had personal contacts with this circle through my acquaintance with Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Philipp Frank and Prof. Victor Kraft. What connected me to the philosophy of this circle — without being influenced by it — was its antimetaphysical thrust. From the very beginning I rejected the moral philosophy of this circle — as is formulated in Schlick's 'Issues of Ethics'. However, the writings by Philipp Frank and Hans Reichenbach on causality did influence my view of this issue. The Journal 'Erkenntnis' published my essay 'Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip' in its 8th volume and an essay titled 'Causality and Retribution' in its 9th volume..” Excertos de uma carta que Kelsen escreveu para Henk Mulder em 5 de maio de

devemos ter em conta é a contribuição que o neopositivismo deu à teoria da linguagem pela ênfase dada ao fenômeno linguístico como a própria ciência. Nos termos de Warat:

... a primeira idéia que devemos reter do Positivismo Lógico é sua obsessiva preocupação com a linguagem da ciência: a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem. Desta forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem (WARAT, 1995, p. 38)

A esta época, a cidade de Viena, apesar de sua vida cultural rica, era margeada por terríveis problemas sociais, econômicos e políticos; a estabilidade social era um formalismo artificial e hipócrita que dominava a vida pública e a cultura. A censura e o desejo de evasão contribuíam para o uso de uma linguagem artificial, os meios de representação não eram usados de uma maneira efetiva, e o espaço do público estava restrito a uma discussão sobre os fundamentos da ação coletiva. Por esse motivo, diz Saavedra, a melhor produção intelectual se dirigiu para os caminhos da crítica da linguagem e dos meios de expressão estéticos, ao mesmo tempo que reclamava uma atitude individualista nas questões éticas e valorativas (SAAVEDRA, 1999, p. 35 – 36).

Por outro lado, Kelsen é diretamente influenciado pelo *neokantismo*, o que é claro no maior pressuposto de sua obra, a intransponibilidade entre o ser e o dever-ser (REALE, 2002, p. 458). Do neokantismo vem a convicção de que não existe nenhuma “coisa em si”, e que o objeto do conhecimento se cria a partir do método usado para conhecer, assim Kelsen nunca propôs um direito puro, enquanto objeto, mas um método puro para a ciência do direito (VERDROSS, 1962, p. 188).

Não nos cabe aqui discutir sobre como se dão as influências neokantistas e neopositivistas na obra de Kelsen, nem sobre os diversos aspectos de sua teoria, o importante é destacar que essas duas correntes eram determinantes da produção intelectual da época. Aliando-se isso às mudanças sociais supracitadas, à necessidade de um direito que desse mais espaço para a chamada “justiça material” sem perder sua “segurança jurídica”, desligando-se aparentemente de outras ordens impopulares numa sociedade com terríveis problemas sociais, como a política e a economia, vem a Teoria Pura defender a ideia de uma “moldura de decisões”. Não nos deteremos muito nessa ideia, mas em suma quer dizer, nas palavras do próprio Kelsen, que:

A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades

1963 em resposta a um questionário enviado por este para estudar o plano de fundo do Círculo de Viena. In: JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. **European Journal of International Law**. Glasgow: n. 9, p. 368-385, 1998.

do caso concreto. (...) No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo (KELSEN, 1964, p. 337).

É importante observar que com essa concepção há uma quebra profunda na tradição iluminista de uma certeza, de uma fluência racional da decisão através da norma geral; pode-se falar até de um certo relativismo no sentido de que existem várias decisões corretas. Ademais, é dada enorme ênfase à linguagem e sua potencial vagueza, o que, como foi dito, era uma preocupação da época e que através da Teoria da Moldura recebe uma resposta adequada por parte do direito, admite-se assim a necessidade de interpretação.

Há em Kelsen a consciência, coerente com o espírito empirista radical do Círculo de Viena, de que as normas jurídicas podem ser descritas por meio de observações empíricas, que ajudariam a determinar os possíveis “significados” da mesma, e essa é uma tarefa importante dada à ciência jurídica (KELSEN, 1964, p. 472 - 473). Nesse sentido, a Ciência do Direito é uma metalinguagem em consequência do direito, como norma, ser uma linguagem (DA SILVA, p. 4).

Mas, mesmo com essa abertura significativa que Kelsen deu ao ato de decisão, ele deixa bem clara a necessidade de uma sujeição da norma individual à sua hierarquia de validade; Kelsen introduz uma ideia de ordenamento jurídico como um sistema dinâmico, um sistema de atos normativos escalonados hierarquicamente. A unidade desse sistema se baseia na norma jurídica fundamental da qual derivam todas as outras (KELSEN, 1964, p. 304).

Da norma fundamental se ramificam outras normas em uma relação de validade, dessas outras normas surgem novas e assim por diante, um erro no ato de elaboração de uma norma invalida todas aquelas que foram derivadas desta. A norma geral deixa em aberto a possibilidade de diversas decisões válidas, mas só o faz por ela mesma ser válida e estar em coerência com todo o ordenamento. Dessa forma, Kelsen também dá uma solução coerente para a discussão em torno da segurança jurídica.

REALISMO

As teses *realistas*, como aponta Adeodato, começam com o *realismo escandinavo*, escola que se inicia contemporaneamente a Kelsen mas ganha forma completa apenas com um ex-aluno seu: Alf Ross. O realismo escandinavo não deve ser confundido com o realismo americano, desenvolvido no sistema de Common Law, que associa o direito às decisões dos tribunais; diferentemente, o realismo escandinavo concebe o direito como um sistema de normas, de regras, como esquema de interpretação que o juiz apreende como socialmente obrigatório. Essa distinção leva Enrico Pattaro a classificar o realismo escandinavo como Normativismo Realista, e o realismo norte-americano como Empirismo Reducionista (BILLIER, 2005, p. 264).

A fundação do realismo escandinavo é atribuída a três grandes juristas: Axel Hägerström, Anders Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona; a ideia comum aos três é que o direito é primordialmente um fenômeno psíquico, a imperatividade das normas se dava por um constrangimento psicológico (BILLIER, 2005, p. 264). Dessa forma, todo conteúdo jurídico era relativizado, afastando-se de qualquer metafísica e da tradição iluminista.

O Realismo surge no mesmo dilema em que se desenvolveu a Teoria Pura do Direito, mas optou por uma solução diversa à kelseniana; trata-se aqui da dissensão entre os valores da justiça material e da segurança jurídica o que envolve diretamente a questão da fundamentação da obrigatoriedade das normas, discussão que ganhou relevo com a crise do Estado Liberal. Também, da mesma forma que o normativismo, o realismo se constrói na época de ebulição do Neopositivismo Lógico na Europa, corrente que apregoava um “empirismo radical”, que louvava o objetivismo científico como caminho apropriado para o conhecimento.

Porém, na mesma época, a Suécia era dominada por uma Filosofia Idealista encabeçada por Böstrom, catedrático de Filosofia da Universidade de Uppsala, que sustentava que todo conhecimento era uma mera construção subjetiva, um estado de consciência do sujeito cognoscente. Em um esforço dialético para se adequar a filosofia dominante sueca e as ideias empiristas que dominavam a ciência europeia, Hägerström, fundador da Escola Realista Escandinava, desenvolveu sua própria epistemologia anti-metafísica, concluindo que a lógica do pensamento não é diferente da lógica das

experiências sensíveis; a linguagem descritiva das experiências sensíveis e o pensamento construído sobre ditas descrições constituem um acesso ao mundo exterior livre do subjetivismo (SIERRA, 2004, p. 217).

De tal forma, e seguindo a tradição da Escola Histórica, Hägerström funda sua própria escola na contestação da ideia neokantiana de que a jurisprudência é uma ciência do “dever-ser”. Para ele, a natureza do direito deriva de sua operatividade no mundo do “ser”, são os sujeitos empíricos que com suas condutas convertem as normas em jurídicas, por obra de um complexo conjunto de fatores psicossociais que os impelem a fazê-lo (SIERRA, 2004, p. 217). Hägerström desviou o estudo do “dever jurídico”, como essa entidade metafísica com raízes na magia primitiva, para o fato psíquico de sentir-se obrigado, ele inicia assim uma crítica à maneira de se encarar a linguagem jurídica tal qual fosse mágica (SICHES, 1963, p. 304).

Hägerström sugere que o objeto da Filosofia do Direito não poderia ser sua finalidade, ou sua causa fundante, pois sempre se apelaria para juízos metafísicos; faz, então, um corte epistemológico empirista no objeto de estudo da Filosofia do Direito sendo ele apenas as ideias e os usos dos conceitos legais, não mais os conceitos em si como entidades próprias, mas, como dito acima, a sua operatividade no mundo dos homens.

Assim, ele inicia a Escola Realista Escandinava reduzindo a Filosofia do Direito à Sociologia, pois para ele apenas ideias reais sobre os conceitos jurídicos, como “dever” e “justiça”, podem ser objeto de investigação científica; como assevera Ari Marcelo Sólón: “Assim, em oposição a Kant, a consciência moral não é passível de conhecimento. Por outro lado, a consciência moral apresenta-se na forma de sentimentos e impulsos que podem ser conhecidos.”(SÓLON, 2000, p. 72).

Olivecrona dá continuidade ao sociologismo escandinavo ao estudar a obrigatoriedade das normas em sua operatividade; ou seja, desvinculando-se da ideia de as normas “habitarem” um mundo do dever-ser, ele sustenta que o sentimento de obrigatoriedade deriva de diversos nexos psicológicos entre certas ideias a respeito de ações e as expressões imperativas da norma relacionadas a essas ações, sendo o “dever-ser” apenas uma complicada situação psicológica (SICHES, 1963, 307).

O Realismo atinge sua maturidade com Alf Ross, pois ele vivenciou o auge da Teoria Pura do Direito e sofrendo influência direta de Kelsen vai de encontro a ele. Em 1924 Alf Ross vai para Viena estudar com Hans Kelsen, elaborando posteriormente uma tese – *Retskilkdernes teori* – resultado de seus anos de estudo em Viena. Em 1926

ele usa essa tese como requisito para obter grau de doutor na Universidade de Copenhague, que à época era fortemente influenciada pelo Jusnaturalismo de Vinding Kruses, e por isso sua tese foi rejeitada. Em razão da rejeição, Ross viajou para Uppsala, onde sua tese foi aceita e ele entrou em contato direto com o nascente Realismo Escandinavo (ANDAKU, 2005, p. 14 – 16).

Ross reage contra o esquema de validade kelseniano e, assumindo posição sociológica, diz que a validade de uma norma não pode ser definida a priori, observando-se sua hierarquia de imunização, mas sim pode ser demonstrada probabilisticamente pela Ciência do Direito através de uma investigação do comportamento judicial, ou seja, das decisões dos juízes. Sendo assim, as normas jurídicas não teriam um conteúdo predeterminado, nem delas pode-se extrair uma série de decisões corretas dentro de uma moldura semântica; se sua validade só se comprova a posteriori, também o faz o seu conteúdo, e a jurisprudência torna-se uma ciência experimental, que emite assertivas sobre o direito positivo que podem ser empiricamente verificados como assertiva científica (DALBERG-LARSEN in WAHLGREN, 2005, p. 44). Leciona Ferraz Junior:

Pode-se dizer, em certo sentido, que Ross tem uma concepção semântica da validade: a norma é um signo que prescreve uma realidade comportamental, e sua validade verifica-se por uma relação signo/objeto, norma/comportamento de aplicação por parte dos tribunais (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 150).

Nunca é possível uma verificação exata da validade de uma norma antes de sua manifestação física no mundo, que é a decisão pelo juiz; o conteúdo das normas é um fenômeno ideológico, sua validade é um elemento presente na mentalidade do julgador (RINCK, 2007, p. 89). Dessa forma, Ross refaz a distinção validade/eficácia de Kelsen segundo o sociopsicologismo escandinavo, a validade é um elemento de natureza psicológico e a eficácia um elemento sociológico, este serve para provar aquele, mas aquele não pode ser verificado antes da decisão, pode ser apenas esperado por meio de um juízo probabilístico.

Sendo assim, não há como definir o conteúdo das normas antes da decisão, e este conteúdo está diretamente ligado à história do interprete, à sua visão ideológica, suas inclinações, seu estado emocional, pois a própria validade da norma é um elemento psicológico de quem a aplica.

Nesse sentido, o conteúdo das normas é ilimitado e surge a partir da projeção que o juiz faz de uma fonte do direito em seu ideário, em consonância com os fatores

sociais que impelem sua decisão para um lado ou para outro (ROSS, 2000, p. 181 – 182).

Porém, por mais que a interpretação feita pelo juiz tenha caráter criativo, tal caráter não é explicitado em sua argumentação, ele procura fazer parecer que chegou a tal conclusão objetivamente e que sua escolha é abarcada pela vontade da lei ou a vontade do legislador, a fim de garantir a sua aceitação e assegurar o efeito legitimador de sua decisão. Nas palavras de Alf Ross:

Uma vez os fatores de motivação combinados – as palavras da lei, as considerações pragmáticas, a avaliação dos fatos – tenham produzido seu efeito na mente do juiz e o influenciado a favor de uma determinada decisão, uma fachada de justificação é construída, amiúde discordante daquilo que, na realidade, o fez decidir da maneira que decidiu (ROSS, 2000, p. 181 – 182).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é preciso ser um pós-estruturalista para perceber que não há comunicação “sozinha”, nem há que se perguntar quem (ou o que) primeiro comunicou. Na fértil alegoria luhmanniana, a comunicação sempre começa em “Alter” e ao ser compreendida por “Ego” vai gerar mais comunicação, ou seja, a comunicação de agora é sempre reação a uma comunicação anterior. O que aqui queremos mostrar é que toda comunicação pressupõe um ambiente em que se dá, pressupõe intersubjetividade, pressupõe mais comunicação. Como explica João Mauricio Adeodato (ADEODATO, 2008, p. 68):

A retórica material é “natural” no sentido de que se dá imediatamente antes de qualquer reflexão, ela faz parte da própria condição antropológica, é o “dado ôntico” da sociabilidade humana, no sentido de uma comunicação “real”.

Isso significa que conhecer apenas relatos sobre “o” mundo é a condição antropológica da retórica ou a condição retórica da natureza humana. O conhecimento não pode ser isoladamente obtido, como queriam Sócrates e Descartes. Depende da intersubjetividade. Aí se verifica que toda comunicação intersubjetiva é retórica, quer dizer, o ser humano, mais do que um animal racional, é um animal retórico.

O que se conclui da análise histórica que foi brevemente feita até aqui é que não é possível desvincular nenhum discurso de sua retórica material, das comunicações que o precedem e o envolvem, inclusive da própria realidade comunicada, da crença retórica. Dessa forma nós observamos como o legalismo, por exemplo, se formou como

uma doutrina própria do seu tempo, concatenada e quase que determinada pelo iluminismo da época.

Também que nem sempre as novas comunicações confirmam os relatos anteriores, mas também vem negando-os, reconstruindo-os através de uma retórica prática, como exemplificamos com a teoria realista, que se constrói em reação ao normativismo; porém, mesmo para negar algo é preciso que antes exista o algo, nem assim se comunica sem uma comunicação prévia.

Encerramos esse texto com a reafirmação daquela ideia que nos guiou até aqui: “*Realidade é comunicação, relatos sobre outros relatos, não há eventos ‘em si’*” (ADEODATO, 2008, p. 70), conhecer a “ambiência retórica” de cada ideia ou teoria com que nos deparamos é fundamental para entendermos seus limites, sua razão de ser e suas perspectivas de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

AFTALIÓN, Enrique; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, Jose. **Introducción Al Derecho**. 12ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

ANDAKU, Juliana Almenara. **Análise Jurídica da Teoria de Alf Ross**. Tese de Mestrado. São Paulo: PUC/SP, 2005.

BILLIER, Jean-Cassier. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de Mauricio de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65

DA MAIA, Alexandre. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes. In: **Mundo Jurídico**, 2005. Disponível em: <

http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=727> Acesso em: 09 de fevereiro de 2013

DA SILVA, Beatriz Braga. **A interpretação jurídica na teoria pura do direito de Hans Kelsen**. Minas Gerais: Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM, p. 4 Disponível em: <<http://www.fdsm.edu.br/IniciacaoCientifica/anaispdf/Beatriz%20Braga%20da%20Silva.pdf>> acesso em: 13 de fevereiro de 2013

DALBERG-LARSEN, Jørgen. Alf Ross and the sociology of law. In: WAHLGREN, Peter (Org). **Perspectives on Jurisprudence**. Essays in Honor of Jes Bjarup. Stockholm: Scandinavian Studies in Law, 2005.

DUPÂQUIER, Jacques; LACHIVER, Marcel. **Les Temps Moderns**. Paris: Bordas, 1970.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2011, p. 150

FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do Common Law. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 17, n. 3394, 16 out. 2012](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22816>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

GARCÍA, Manoel Calvo. **Teoria del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1992.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. 3. ed., Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. **European Journal of International Law**. Glasgow: n. 9.

JANIK, Allan; TOLMIN, Stephen. **La Viena de Wittgenstein**. Madrid: Taurus, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, 1964.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

MÉTALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen, Vida y Obra**. México: UNAM, 1976.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOUSNIER, R. Os séculos XVI e XVII. In: **História Geral das Civilizações**. São Paulo: DIFEL, 1958. Tomo IV, 1º vol.

MOUSNIER, R.; LABROUSSE, E. O séculos XVIII. In: **História Geral das Civilizações**. São Paulo: DIFEL, 1958. Tomo V, vol. 2.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de Verginia Popi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Licções preliminares de direito**. 12ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 1985.

RINCK, Juliano Aparecido. Positivismos: uma reflexão conceitual interna sobre Kelsen, Ross e Hart. In: **PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD**. Nº 3. Belo Horizonte, 2007.

ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini, Bauru: Edipro, 2000.

SAAVEDRA, Modesto. **Interpretacion del derecho y critica jurídica**. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 1999, p. 35-36

SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1977.

SICHES, Luis Recaséns. **Panorama del Pensamiento Jurídico em el siglo XX**. México: Porrúa, 1963.

SIERRA, Isabel Hoyo. **Introduccion a la psicociologia del derecho**. Madrid: Madrid Dykinson, Móstoles Universidad Rey Juan Carlos, 2004.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da Literatura brasileira – seus fundamentos econômicos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

SÓLON, Ari Marcelo. **O problema do dever jurídico à luz de uma teoria realista do direito**. Tese de livre docência, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

VERDROSS, Alfred. **La Filosofia del Derecho del Mundo Occidental – Visión panorâmica de sus fundamentos y principales problemas**. Traducción de Mário de la

Cueva. México: Centro de estudios filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.

VOLTAIRE. **O Túmulo do Fanatismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2.ed. (aumentada), 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p.38

WEBER, Max. **Sociologia**. Coleção grandes cientistas sociais, n. 13. São Paulo: Ática, 1979.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Mathias. **Introduction to German Law**. The Hague : Kluwer Law International, 2005.