

RAZÃO JURÍDICA, DIREITOS HUMANOS E IDEOLOGIA: RELAÇÕES ENTRE LÓGICA, CIÊNCIA, DIREITO E JUSTIÇA

Fernando Pavan Baptista¹

Resumo

Os Direitos Humanos, aqui analisados no aspecto da certeza e da segurança jurídicas, implicam na imposição de critérios objetivos para uniformizar a criação, a interpretação e a aplicação das normas. A possibilidade desse cenário ideal se materializar exige que o Direito se adapte aos modelos rígidos da lógica e da ciência. A prática jurídica evidencia que o Direito é constituído essencialmente de valores que comprometem o método lógico-científico. A idéia de Justiça abrange todos esses valores que fundam o conceito de Direitos Humanos, cuja função, oculta atrás do dogma, é o controle do poder pela classe dominante.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Lógica Jurídica. Ciência do Direito. Justiça. Ideologia.

INTRODUÇÃO

Elegemos como ponto de referência crítica desta análise a doutrina jurídica positivista de Hans Kelsen (sustentada e aperfeiçoada pelos estudos teóricos de Norberto Bobbio), tanto em razão de sua fundamental importância para o desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, como por sua constante preocupação sobre as relações entre lógica, ciência e direito, presente em suas diversas obras que abordam o assunto, sem, contudo, jamais se conformar diante de todos os desafios enfrentados e não superados.

A questão que ainda permanece irrespondível é se o fenômeno jurídico pertence ao âmbito da especulação metafísica ou ao âmbito da sistemática científica. Quais as razões de não se ter conseguido atingir no direito a mesma objetividade das ciências em geral, com o mesmo grau de certeza na interpretação (conhecimento) e o mesmo grau de segurança na aplicação (previsibilidade)? (BAPTISTA, 2005)

Nossa hipótese parte da constatação de que os Direitos Humanos consagrados nas declarações universais e nas constituições estatais, apesar de positivados e petrificados, não se alinham aos critérios objetivos de verificação lógica ou empírica que sustentam as bases veritativas das ciências exatas e naturais. Trata-se de proposições impregnadas de valores subjetivos, que não se submetem ao teste veritativo fático (verdadeiro ou falso) e, portanto, admitem diversas conclusões subjetivas, ainda que partindo das mesmas premissas.

Assim, a certeza e a segurança jurídicas não podem ser equiparadas, nem em método nem em grau, à certeza e à segurança científicas. E por essa razão, o esforço para equiparar o direito a um ramo da ciência se frustra na incapacidade de se obter proposições verdadeiras, mesmo que provisórias.

¹ Professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Graduação e do Mestrado em Direito. E-mail: fepb@globocom

A imposição de amplas classificações de direitos humanos universais, com aparência de proposições científicas, camufla um aparato ideológico capaz de padronizar, dogmatizar e universalizar os valores e privilégios das classes economicamente dominantes sobre toda a humanidade, valores estes que justificam, ético e juridicamente, tanto a paz quanto a guerra como atos legítimos e legais.

A investigação que iremos percorrer a seguir procura questionar inicialmente as relações entre o direito e o método científico, para depois verificar se os direitos humanos podem ser racionalizados e comprovados como proposições verdadeiras, tal qual proposições científicas aptas a se submeterem aos testes veritativos lógicos e experimentais.

DIREITO E VERDADE

Se avaliarmos sob a ótica estrita da ciência do direito, enquanto teoria, teremos um sistema coerente de proposições jurídicas que difere do sistema de normas, pois este último é seu objeto de investigação. A ciência do direito, para Kelsen, é descritivo-normativa, ou seja, descreve normas e não fatos. A proposição jurídica, em nível de metalinguagem, possui sentido teórico ao descrever a norma jurídica, desde que seu valor de verdade possa ser verificado, tal qual qualquer proposição científica, isto é, sob a condição de que possibilite a comparação de seu conteúdo (a descrição de uma norma) com a norma propriamente dita (sua referência), constatando-se como verdadeira ou falsa, conforme descreva correta ou incorretamente a norma. Em poucas palavras, usamos uma proposição descritiva para mencionar uma proposição prescritiva.

É importante distinguir-se duas noções de linguagem: a primeira sob uma perspectiva interna, como meio de representação do mundo, e a segunda sob uma perspectiva externa, como um objeto entre outros objetos do mundo. Percebemos que, se analisada internamente, uma proposição pode ser verdadeira ou falsa, segundo sua comparação com o mundo; porém, se analisada externamente, a mesma proposição transfere para a proposição que a descreve o valor de verdade correspondente (aqui, a proposição-objeto é apenas mencionada como uma entidade lingüística).

As proposições jurídicas prestam-se ao conhecimento da dogmática jurídica, traduzindo em seus enunciados o conteúdo das normas e identificando seu fundamento de validade. Porém, diversamente das normas propriamente ditas, não implicam qualquer dever ser nem vinculam os comportamentos descritos, apenas pressupondo uma força vinculante, inerente ao conceito de imputabilidade normativa.

Sob o ponto de vista ontológico, se considerarmos a existência de uma norma como sendo um fato, sujeito a verificação empírica, então os fundamentos de verdade das proposições jurídicas que descrevem as normas repousam em determinados fatos, mais especificamente, nas fontes da validade. Para a corrente juspositivista, entretanto, a única fonte do direito é o próprio direito, que se auto-reproduz, regulando sua própria

criação. Em última análise, a fonte das fontes é a norma fundamental. Na Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen simplifica a questão verificacional do seguinte modo:

Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem. Enquanto um enunciado de “ser” é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de “dever ser” é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida. (KELSEN, 2000: 163)

Apesar de estarmos condicionados a reificar o direito positivo tal como um objeto real, a norma kelseniana é uma entidade ideal e sua descrição não reflete a realidade sensível, ou seja, não é o enunciado normativo, mas o sentido do enunciado que é o objeto da descrição. Isto leva a uma indagação decisiva para a ciência jurídica: será o sentido da norma, na sua existência ideal, apto a submeter-se ao teste de verificação empírica?

Admitindo-se que qualquer procedimento verificacional somente pode ocorrer por intermédio de proposições com valor veritativo, a condição primeira do teste da verdade é a compreensibilidade das próprias proposições, o que exige o domínio de técnicas léxicas e sintáticas que definem, num contexto pragmático, o sentido proposicional.

Conforme observa com acuidade Alaôr Caffé Alves “o sentido é a condição de possibilidade de qualquer experiência possível”, ressaltando que o sentido de uma proposição não é sua verdade, mas a condição de sua verdade (2000: 93-94).

Por outro lado, a verdade não é uma propriedade inerente às proposições, tampouco aos fatos, mas sim um critério que estabelece quais as condições e circunstâncias para que uma proposição mantenha uma relação de conformidade com um fato.

Inferimos, então, estes dois postulados convergentes: (1) não há como se verificar a verdade de uma proposição sem sentido; (2) o objeto de verificação é sempre um fato perceptível na experiência.

Não obstante, considerando-se a norma como expressão de um ato comunicativo, o que é verificável pela proposição jurídica é o sentido deste ato, e não o ato em si. Mas como submeter ao teste empírico algo especificamente não empírico, como o sentido da norma? Esta questão nos conduz naturalmente a uma segunda pergunta: se o enunciado normativo não possui valor de verdade, teria a norma apenas sentido e não referência?

Kelsen aventou, na publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960), uma solução parcial para superar o problema verificacional do direito, que não compromete o viés racionalista de seu modelo transcendental, sem, contudo, desenvolver o tema na profundidade que merece:

A resposta à questão de saber se uma tal norma jurídica vigora ou não dentro de determinada ordem jurídica é – não direta mas indiretamente –

verificável, pois uma tal norma tem – para vigorar – de ser produzida através de um ato empiricamente verificável. (KELSEN, 1987: 81)

Caffé Alves, acima citado, problematizou esta questão no âmbito da semiótica jurídica, antevendo a criação de um impasse para as teorias referencialistas:

A norma jurídica, por exemplo: qual a realidade a que ela corresponde? Existe algo no mundo a que se possa apontar e dizer “isto é uma norma”? Evidentemente, não se pode apontar um texto lingüisticamente composto, podendo ser interpretado de muitas maneiras. Para algumas correntes da Teoria Jurídica, a norma jurídica é apenas um dos sentidos (daquele texto) que o órgão jurídico escolhe para resolver (decidir) um caso ou um tipo de caso. Se a norma jurídica é um sentido possível (sentido objetivo da vontade, segundo Kelsen) de um texto legal e não o próprio texto legal (complexo sógnico), então ficamos com o problema de apontar, no mundo real, aquele objeto, coisa ou ser a que corresponde o referido sentido. Que coisa no mundo pode ser apontada como sendo o “sentido”? Parece não haver nada material do qual se possa dizer que é um sentido. (ALVES, 2000: 35)

A referência da norma jurídica, por certo, não se busca em seu valor de verdade, pois a norma não é verdadeira ou falsa, mas válida ou não válida, portanto, o ponto referencial apontado como critério de validade encontra-se na norma superior que lhe emprestou sentido objetivo, ou seja, não exatamente no ato de vontade expresso pela norma superior, mas no sentido jurídico do ato, que lhe conferiu validade.

A proposição jurídica, como qualquer proposição descritiva de fatos, é uma proposição sintética, cujo valor de verdade produz conhecimento, uma vez que, em seu enunciado, o predicado acrescenta informações ao sujeito, e. g.: “A pena para o crime de latrocínio é de vinte a trinta anos de reclusão”, ou, nos termos de um juízo hipotético, “Se alguém cometer latrocínio, deve ser condenado de vinte a trinta anos de reclusão”. Sob tal aspecto, seria passível de verificação empírica: a proposição é verdadeira se uma norma com este conteúdo foi posta de acordo com a Constituição e não foi abolida por derrogação ou desuetudo. O mesmo não ocorre com a norma jurídica descrita pela proposição, que não pode ser verificada diretamente, pois não é o ato psicológico de vontade em si, que a emanou, fato metajurídico verificável empiricamente, que lhe confere a qualidade jurídica, mas é o sentido objetivo deste ato, que constitui uma realidade suprasensível, não captada pelas sensações e sim pela razão, o fator determinante que qualifica a norma como válida, portanto, como juridicamente obrigatória, segundo a construção idealizada da vontade, sob o conceito de imputação.

A este ponto obscuro da ciência do direito, ou seja, de como se dá a verificação da validade da norma, a Teoria Geral das Normas, último livro de Kelsen, publicado após sua morte, não traz muita luminosidade. Antes de tudo, assegura que a validade de uma norma não é verificável, mas sim o enunciado sobre sua validade, dado que a validade significa a existência da norma, fato que corresponde ou não ao sentido do enunciado, conforme este seja verdadeiro ou falso. Depois, insinua uma espécie de implicação material entre a proposição sobre o ser (estabelecimento da norma e sua eficácia) e a proposição sobre o dever ser (existência - validade - da norma),

salientando que ambas possuem valor de verdade, mas a verdade da última é condicionada pela verdade da primeira:

Mas, como já foi anteriormente acentuado, o estabelecimento de uma norma e sua eficácia são, na verdade, condições de sua validade, não porém sua validade. O ato de estabelecimento e a eficácia são um ser, a validade é um dever ser. O enunciado de que uma norma é posta e eficaz, e o enunciado de que uma norma vale, são dois diferentes enunciados. Mas a segunda proposição apenas é verdadeira se a primeira proposição for verdadeira. Pode-se provar a verdade das duas proposições, e pode-se verificar esta proposição ao demonstrar-se a verdade da primeira proposição, ao verificar-se a primeira proposição. Quer isto dizer: pode-se verificar, não só diretamente como também indiretamente, o enunciado sobre uma norma, o enunciado de que uma norma vale. (KELSEN, 1986: 229)

Se é a busca da verdade o que conduz do sentido à referência, ocorre um processo semelhante na busca da validade: quanto ao sentido subjetivo do ato de vontade, a norma refere-se a comportamentos sociais desejáveis pelo legislador, mas quanto a seu sentido objetivo, o referencial está nas normas superiores que constituem as fontes de sua validade, tornando obrigatórios aqueles comportamentos prescritos. A constatação de que o fato prescrito na norma se realizou efetivamente não significa que a norma é verdadeira, nem mesmo que é válida, mas apenas atesta seu grau de eficácia. Podemos acrescentar, através do prisma kelseniano, que a eficácia é a característica empírica da norma, ou, em outros termos, que é a condição, mas não o fundamento da validade.

Em poucas palavras, o sentido da norma é sua própria validade, cuja referência se busca na norma superior. Uma proposição jurídica é verdadeira desde que seu conteúdo corresponda à realidade, isto é, desde que descreva corretamente a norma; não obstante, uma norma é válida, desde que seu sentido objetivo tenha sido atribuído por uma norma superior. O sentido da proposição decorre de sua qualidade de ser verdadeira ou falsa; o sentido da norma, por sua vez, traduzido em sua validade, apesar de também ser uma qualidade extrínseca, cuja constatação remete à relação hierárquica entre as normas do sistema que lhe dão significado jurídico, se incorpora à sua própria existência. Neste caso, os princípios lógico-veritativos não são aplicáveis, pois enquanto produtos de atos de vontade, podem coexistir no ordenamento duas normas válidas cujo conteúdo seja contraditório, comprometendo a coerência do sistema, mas não a existência das normas.²

Entre a vontade livre de um legislador e a vontade livre de outro legislador, no ato subjetivo de produção normativa, não há vínculo necessário, tal qual a inferência lógica determina entre duas proposições de um silogismo. Não se pode admitir um paralelismo entre a verdade de uma proposição, enquanto ato de pensamento, e a validade de uma norma, enquanto ato de vontade, não havendo, por isso, razões para se conceber uma contradição lógica entre duas normas em conflito, analogamente a que existe entre as duas proposições que as

² Kelsen considerava o ato de vontade como sendo arbitrário, produto da irracionalidade, contrariando, neste aspecto, a razão prática kantiana. Perelman, Siches e Viehweg propuseram uma vontade não arbitrária, mas discricionária, fundada, segundo estes autores, na argumentação, na razoabilidade e na tópicos, respectivamente.

descrevem, mesmo porque, este conflito não pode ser solucionado pelo princípio da não-contradição, mas apenas pela perda da eficácia (desuetudo), ou por outro ato de vontade, produzido pelo legislador superior na ordem hierárquica, cujo sentido decide o conflito, mediante derrogação, ambas as vias fazendo cessar a validade de uma, ou até das duas normas conflitantes.

Kelsen, em seu manuscrito sobre direito e lógica de 1965, ilustra com um exemplo definitivo a questão da inaplicabilidade dos princípios lógicos à reprodução escalonada do direito positivo (embora os tenha admitido antes, na segunda edição da Teoria Pura do Direito), exatamente porque as normas são representações de atos de vontade, e por isso não podem ser deduzidas umas das outras:

Com efeito, como já se observou, a validade de uma norma é condicionada pelo ato de vontade que ela significa. A norma individual: 'O ladrão Schulze deve ser preso' poderá estar implícita na norma geral 'todos os ladrões devem ser presos' tão-somente se o ato de vontade, significado pela norma individual, estiver implícito no ato de vontade, cujo significado a norma geral representa. Mas o legislador que quer que todos os ladrões sejam presos, não pode desde logo querer que Schulze, que furtou de Meier um cavalo, deva ser preso, pois ele não pode saber que exista alguém chamado Schulze nem que um cavalo será furtado a Meier. Com efeito, não se pode querer aquilo sobre o qual nada se sabe, e a vontade significada pela norma: Schulze deve ser preso, é a condição de validade desta norma como norma positiva. Somente o tribunal, que averiguou que Schulze furtou de Meier um cavalo pode querer que o ladrão Schulze seja preso. E o juiz é um homem distinto do legislador. Seu ato de vontade não pode estar implícito no ato de vontade de outro homem. (KELSEN - KLUG, 1984: 76)

Assim, ocorre uma espécie de paradoxo: uma metalinguagem que persegue os parâmetros lógicos (ciência do direito) descrevendo uma linguagem-objeto que não segue os parâmetros lógicos (norma jurídica).

Poderá a ciência do direito construir um sistema coerente de proposições descritivas se, em realidade, o objeto de sua descrição, i.e., a respectiva ordem jurídica, é incoerente? Suponhamos duas proposições jurídicas contraditórias entre si: "Na ordem jurídica L há uma norma válida em que A deve ser" e "Na ordem jurídica L há uma norma válida em que não-A deve ser". Indiretamente, as normas correspondentes "A deve ser" e "não-A deve ser" também estariam em contradição, ou melhor, em oposição (se uma das duas normas for cumprida, a outra será violada, e vice-versa, estabelecendo-se uma relação irracional, que carece de sentido normativo). No entanto, procedendo a uma simples análise lógica, podemos demonstrar que as referidas proposições jurídicas não constituem uma contradição formal: se a ordem jurídica L contém, de fato, as normas "A deve ser" e "não-A deve ser", então ambas as proposições que as descrevem são verdadeiras, precisamente porque a ordem jurídica inclui em seu corpo estas duas normas incompatíveis.

A ocorrência de conflitos entre duas normas válidas de um mesmo sistema jurídico, sejam de mesmo escalão ou de escalões diferentes, no caso de satisfazerem, simultaneamente, todas as condições formais para a produção normativa, mas prescreverem conteúdos incompatíveis entre si, decorre, segundo Kelsen, da natureza

irracional do ato de vontade, cujo sentido subjetivo coincide com o sentido objetivo da norma dele derivada. A dinâmica jurídica, consistindo de atos de vontade autorizados para produzir normas, é, portanto, independente de relações lógicas. Partindo deste diagnóstico pessimista, Ota Weinberger rechaça a possibilidade de uma construção lógica do sistema jurídico, a ser edificado pela ciência jurídica:

Coerência do conteúdo de um sistema jurídico é um postulado lógico. Para ser significativo, todo sistema normativo deveria ser coerente. Em minha opinião – e seguindo a concepção puramente cognitiva de Kelsen da interpretação jurídica – a ciência jurídica não pode estabelecer um sistema coerente de normas se, de fato, a respectiva ordem legal é incoerente. Apenas se a interpretação chega a duas alternativas em que uma delas é incoerente com o restante do sistema, mas não a outra, pode a interpretação auxiliar a estabelecer a coerência. (WEINBERGER, 1986: 191) [tradução livre]

Kelsen, em sua trajetória racionalista, pretendia construir um modelo ideal que representasse uma estrutura lógica comum a todos os ordenamentos jurídicos positivos, mas sua tentativa esbarrava nas anomalias da realidade jurídica. Estava ele convencido de que a dificuldade era decorrente, principalmente, do caráter irracional da produção normativa.

LÓGICA E SISTEMA JURÍDICO

A concepção juspositivista inspirada na escola kelseniana pareceu inspirar-se no modelo lógico introduzido pelo neopositivista Neurath, que preserva a coerência formal entre as proposições: a função de verdade de uma proposição dependeria de sua correlação com o sistema de proposições e não mais de sua correspondência direta com a realidade:

En la Teoría Pura del Derecho aplica Kelsen (sin decirlo, acaso intuitivamente) el criterio, propiciado por Neurath, de comparar los postulados con otros postulados. Para determinar la validez de una norma se la compara (verifica) con la superior, declarándosela válida en el caso de que se produzcan determinadas coincidencias; el proceso continúa hasta encontrar la norma básica o fundamental. (GRÜN - FARRELL, 1976: 62)

Kelsen elabora sua teoria científica defendendo a hipótese de um conjunto hierárquico de normas que se relacionam entre si em um processo contínuo de criação e aplicação do direito, constituindo, desta forma, um sistema dinâmico, que busca a unidade na completude e na coerência internas, desejáveis tanto para a cognição quanto para a funcionalidade de qualquer sistema.

Assim sendo, conforme deixou explícito na segunda edição da Teoria Pura do Direito, os princípios lógicos do terceiro excluído e da não-contradição devem ser aplicados, não só às proposições da ciência jurídica, como também, ainda que indiretamente, às normas da própria ordem jurídica, sendo rejeitadas lacunas (ausência de normas) e antinomias (normas incompatíveis entre si).

Conforme analisa Bobbio (1991: 116-117), citando a noção de sistema de Savigny, o sistema jurídico concebido por Kelsen, examinado através do enfoque científico, busca a unidade: unidade negativa, com a eliminação das contradições, e unidade positiva, com o preenchimento das lacunas:

Portanto, o nexa entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos “incoerente” um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite. (BOBBIO, 1991: 116)

Em relação ao sistema jurídico, enquanto complexo ordenado de normas, estes critérios de coerência e completude podem ser resumidos nas seguintes fórmulas: há coerência quando, entre duas proposições jurídicas contraditórias, que descrevem respectivamente duas normas incompatíveis entre si, ao menos uma das proposições não for verdadeira; e há completude quando, entre as duas proposições contraditórias, ao menos uma delas for verdadeira. Portanto, temos um sistema jurídico unitário, isto é, um ordenamento jurídico coerente e completo ao mesmo tempo, se, entre quaisquer proposições jurídicas que sejam contraditórias entre si, uma delas, e somente uma, for verdadeira ou, em outros termos, se a classe das proposições que se contradizem for vazia, o que se traduz na inexistência de antinomias e de lacunas no ordenamento.

Kelsen afirma, na primeira edição da Teoria Pura (TPD: 30), que uma contradição lógica não pode existir entre uma proposição do dever ser e uma proposição do ser (“A deve ser e não-A é”), no sentido que um ato ilícito não representa uma contradição em relação à norma que estabelece o comportamento contrário como obrigatório, mas é a própria condição de aplicabilidade da sanção. Uma contradição lógica genuína somente existiria entre duas proposições do ser (“A é e não-A é”), ou entre duas proposições do dever ser (“A deve ser e não-A deve ser”).

Pouco mais de uma década depois, na Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen argumenta que é função da ciência jurídica tornar a ordem jurídica um todo significativo, passível de uma interpretação racional. Portanto, a possível ocorrência de contradições deve ser solucionada:

O princípio de não-contradição, como veremos mais tarde, aplica-se igualmente à esfera normativa (“dever ser”) e à esfera concreta (“ser”). Em ambas, os julgamentos “A deve” e “A não deve” são tão mutuamente exclusivos quanto “A é” e “A não é”. Se a cognição se depara com tal contradição destruidora de sentido em materiais jurídicos, se atos jurídicos surgem com esses significados subjetivos, tal contradição num mesmo sistema deve ser resolvida. Um significado subjetivo autocontraditório não pode se tornar um significado objetivo. (KELSEN, 2000: 574)

Na segunda edição da Teoria Pura do Direito, reafirma categoricamente aquilo que já havia prenunciado na primeira edição, ou seja, que o cientista do direito nega validade simultânea a duas normas conflitantes, por discernir uma incompatibilidade lógica:

Dizer que A deve ser e que não deve ser ao mesmo tempo, é tão sem sentido como dizer que A é e não é ao mesmo tempo. Um conflito de normas representa, tal como uma contradição lógica, algo sem sentido. (KELSEN, 1987: 221)

Não obstante, como as normas, enquanto comandos, não aceitam valores de verdade, porque não descrevem condutas, pois as prescrevem, a eliminação de uma dentre duas normas que porventura prescrevam condutas opostas, portanto, incompatíveis, não advém da necessidade lógica, mas de um ato de decisão da autoridade competente. As chamadas “antinomias jurídicas” ameaçam a aspiração de coerência do sistema, porque podem conviver, enquanto válidas, e mesmo serem eficazes, até que uma norma superior, mediante um ato de vontade, revogue a validade de uma delas, suprimindo seu sentido objetivo.

Os conflitos entre normas de diferentes escalões não ocorrem somente na esfera das normas de comportamento, mas também na esfera das normas de competência e de procedimento, pois a relação de compatibilidade da norma inferior com a norma superior se verifica na comparação de três elementos: (1) o órgão competente, (2) o processo de criação e (3) o conteúdo fático.

Como mera ilustração dos possíveis conflitos entre normas aludidos por Kelsen, podemos conceber duas normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico, mas não do tipo que prescreve comportamentos, e sim do tipo que atribui competências, sendo ambas válidas, porém antinômicas, e.g.: suponhamos um equívoco legislativo, pouco provável, que possibilite a coexistência de uma norma constitucional, que delegue ao Congresso Nacional a competência exclusiva para legislar em matéria penal, com outra norma, também constitucional, que delegue a mesma competência à Presidência da República, quando a matéria envolver segurança do Estado, mediante instrumento de exceção. Pergunta-se: se fossem simultaneamente emanadas, por ambos os órgãos, normas penais com conteúdos incompatíveis entre si (digamos que uma estabeleça, para o seqüestro de prefeitos e governadores, como pena máxima, cinco anos de prisão, e a outra, como pena mínima, dez anos), seriam elas igualmente válidas, podendo qualquer uma das duas ser aplicada pelo juiz criminal? Segundo a Teoria Pura do Direito, a resposta é afirmativa. Neste caso, teríamos uma antinomia de caráter formal, gerando uma antinomia de caráter material. A decisão do juiz (destinatário da norma sancionatória), em um caso concreto, qualquer que fosse sua escolha, estaria de acordo com a ordem jurídica, mas, obviamente, não poderia estar fundamentada nos princípios lógico-formais, pois a aplicação de uma das duas normas penais em conflito implicaria na transgressão da outra e vice-versa (por conseqüência, uma das duas normas constitucionais antinômicas também estaria sendo indiretamente aplicada e a outra transgredida)³. Ainda que seja concebível, em uma ordem jurídica deficiente, que um mesmo homem possa ser condenado a menos de cinco e a mais de dez anos de prisão pelo mesmo crime, não é logicamente possível que um mesmo homem, na mesma ocasião, cumpra menos de cinco e mais de dez anos de

³ Mesmo que o juiz fixasse a condenação em sete anos de prisão, ou seja, transgredindo uma e outra norma penal concomitantemente, a ordem jurídica estaria sendo observada, pois Kelsen admite a aplicação da “norma alternativa”.

prisão. É relevante notar, contudo, que, eliminado o critério lógico-formal, nenhum dos critérios tradicionais para solução de antinomias jurídicas (*lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*, *lex specialis derogat generali*) seria aplicável a esta hipótese. A incompatibilidade se prolongaria mesmo que uma das normas constitucionais que geraram o conflito inicial fosse declarada nula por um órgão superior competente para tal, através de procedimento jurídico apropriado, previsto no próprio sistema. Ocorre que, segundo a concepção kelseniana, sendo anulada uma das normas constitucionais antinômicas, a norma penal, cuja validade estava nela ancorada, não é revogada automaticamente, por efeito da anulação da norma que lhe conferia validade, havendo necessidade de outro ato específico do órgão competente, interpretando e declarando sua nulidade. Mas o problema não termina aí. A sentença do juiz, fundada na norma penal anulada que, por sua vez, estava fundada na norma constitucional, também anulada, permanece válida enquanto não perder sua validade mediante procedimento de anulação semelhante aos anteriores, respeitado o trânsito em julgado.

Kelsen, ainda na segunda versão de sua Teoria Pura do Direito (1960), propõe uma solução pragmática para o dilema, reputando à eficácia, no campo extralógico, o ônus da superação deste impasse, a partir da análise de um exemplo singelo:

Uma lei pode conferir competência a dois tribunais para decidir o mesmo caso, sem emprestar à decisão de um dos tribunais o poder de anular a decisão do outro. Esta é, na verdade, uma técnica jurídica muito imperfeita. Não é, porém, impossível e surge por vezes. Então pode acontecer que um réu seja condenado por um dos tribunais e seja absolvido pelo outro, quer dizer: que ele, segundo uma das normas, deva ser punido, e, segundo a outra, não deva ser punido; ou que um dos tribunais dê provimento ao pedido e que o outro o rejeite, quer dizer: que, segundo uma das normas, deva ser feita execução do patrimônio do demandado e, segundo a outra norma, não deva ser feita execução do patrimônio do demandado. O conflito é resolvido pelo fato de o órgão executivo ter a faculdade de escolher entre observar uma ou outra das decisões; quer dizer: efetivar ou não efetivar a pena ou a execução civil, observar uma ou outra das normas individuais. Se é executado o ato coercivo que põe a primeira norma como devida, a outra norma permanece por muito tempo ineficaz e, assim, perde a sua validade; se o ato coercivo não é executado, observa-se a norma que absolve o demandado ou rejeita a pretensão, e a outra norma, que põe o ato coercivo como devido, permanece por longo tempo ineficaz e perde, assim, a sua validade. (KELSEN, 1987: 222)

Assim sendo, nem mesmo uma cadeia de silogismos, cujas premissas e conclusões se referissem exclusivamente à fundamentação de validade do ordenamento, construindo uma concatenação lógica entre as sucessivas delegações de autoridade, estaria imune à dimensão prática da autonomia da vontade? Haveria margem para o arbítrio em todas as fases da criação normativa?

O polêmico jurista, ainda na versão reformulada da obra, ao discorrer sobre a característica lógico-transcendental da norma fundamental, reafirma que o fundamento de validade de uma norma positiva pode ser

deduzido através de um processo silogístico, aplicando-se a regra da conclusão, segundo os parâmetros da lógica formal:

A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir em harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. (KELSEN, 1987: 215)

Como, então, podemos acatar a seguinte afirmativa de Kelsen, abaixo transcrita, que, talvez com o propósito de garantir um patamar de coerência ao sistema jurídico, sem o qual seu modelo teórico perderia o status científico, ignora o componente alógico do processo de delegação de competência, enquanto produto da vontade, após tê-lo sugerido em outras passagens?

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. (KELSEN, 1987: 223)

Neste trecho, extraído da primeira edição da Teoria Pura do Direito, Kelsen sugere que a conformação da ordem jurídica com o princípio da não-contradição, postulado da ciência jurídica, se dá em função da própria operacionalidade interna do sistema e não da necessidade lógica, isto é, por via volitiva e não cognoscitiva:

Ou a 'norma contrária à norma' é simplesmente anulável, isto é, válida e, como tal, uma norma jurídica até sua anulação, ou ela é nula e inútil, e como tal, não é nem mesmo uma norma. O conhecimento normativo não tolera contradição entre duas normas do mesmo sistema. O possível conflito, entretanto, entre duas normas válidas em níveis diferentes é solucionado pelo próprio direito. A unidade da estrutura hierárquica do sistema jurídico não fica a perigo por contradição lógica. (KELSEN, 1992: 75) [tradução livre]

Por este argumento, se no âmbito da ciência, a lógica cumpre sua função formal, ao diagnosticar e rejeitar as antinomias jurídicas, classificando certas proposições, que descrevem normas incompatíveis entre si, como sendo contraditórias, não cabe a ela apontar qualquer critério de solução, que só se materializa no âmbito volitivo extralógico da decisão judicial, conforme assevera Vilanova:

A lógica, por si só, apenas declara que duas proposições normativas contraditórias não podem ser ambas formalmente válidas. Mas não prescreve que o Direito positivo, contendo contradições, as solucione de tal ou qual maneira. É o próprio Direito positivo que estatui o modo de solucionar as antinomias internas. A Lógica, por si só, não tem critério para

decidir, ante duas proposições descritivas contraditórias, qual a verdadeira e qual a falsa. Nem, tampouco, qual a válida e qual a não-válida entre duas proposições normativas. A é tão contraditório de não-A, quanto não-A de A. Apenas a Lógica é potente para dizer que nem ambas proposições podem ser válidas, nem ambas não-válidas. Se uma é válida, a outra é não-válida. E reciprocamente. Isso e somente isso é que a Lógica pode informar. (VILANOVA, 1997: 315)

Kelsen, no entanto, voltou a abordar este tema no seu Manuscrito – Direito e Lógica, mas agora, em oposição à Teoria Pura, esboça uma espécie de rejeição quanto à possibilidade de serem aplicados os princípios lógicos à estrutura da ordem jurídica, fato que nega sua posição anterior e compromete sua aspiração por uma ciência do direito:

Se a norma individual posta pelo tribunal corresponde à norma geral a ser aplicada por ele, pode a validade da norma individual ser fundamentada pela validade da norma geral. Isso não significa porém que a norma individual a ser posta pelo órgão aplicador do Direito se deduza logicamente da validade da norma geral a ser aplicada. Quando o tribunal, apesar da constatação de que um determinado homem furtou, absolve esse homem, ou seja, quando o sentido subjetivo de seu ato não é o de que esse homem deve ser preso, mas o de que ele não deve ir para a prisão, não se pode fundamentar a validade dessa norma individual mediante a validade da norma geral concernente ao furto. (KELSEN - KLUG, 1984: 78)

Se reconhecida esta hipótese teórica, o caráter de normatividade do sistema fica seriamente comprometido, uma vez que o dever ser passa a admitir qualquer forma ou conteúdo como válidos, estejam ou não de acordo com as prescrições positivadas na Constituição e demais leis superiores. Se entre norma e não-norma desaparece qualquer distinção, a “pirâmide” se desintegra em uma duna.

Em seu debate epistolar com Klug, sobre a admissibilidade de uma lógica jurídica, Kelsen finalmente admite uma mea culpa, capitulando diante da tentativa fracassada de aplicação do princípio da não-contradição ao conflito de normas e da regra da dedução à estruturação hierárquica do sistema. Comparemos sua evolução doutrinária de 1960 a 1965, em duas passagens que melhor representam esta mudança radical, conduzindo à sua postura irracionalista em relação às normas (Kelsen não mais seria um legítimo “kelseniano?”):

Os princípios lógicos podem ser, se não direta, indiretamente, aplicados às normas jurídicas, na medida em que podem ser aplicados às proposições jurídicas que descrevem estas normas e que, por sua vez, podem ser verdadeiras ou falsas. Duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem; e uma norma jurídica pode ser deduzida de uma outra quando as proposições jurídicas que as descrevem podem entrar num silogismo. (KELSEN, 1987: 82)

Daquilo que até agora se expôs, resulta que os dois mais importantes princípios lógicos – o axioma da não-contradição e a regra da dedução – não são aplicáveis nem direta nem indiretamente às relações entre as normas de um direito positivo, como eu todavia ainda em minha obra Teoria Pura do Direito (2ª edição, 1960) supusera. (KELSEN-KLUG, 1984: 103)

Este novo posicionamento teórico acompanhou o jurista até sua última obra, quando reforça sua concepção voluntarista do sistema jurídico e afasta qualquer tipo de analogia entre verdade da proposição jurídica e validade da norma jurídica (KELSEN, 1986: 214-216, 266), admitindo que, em um conflito entre duas normas, a validade de uma não implica a não validade da outra e vice-versa (tal qual duas forças opostas podem coexistir no sistema da natureza, duas normas conflitantes podem coexistir no sistema jurídico). Por conseguinte, repudia, definitivamente, a aplicação da lógica formal a enunciados não veritativos:

O pressuposto fundamental dos princípios da Lógica tradicional aplicados à verdade de enunciados é que existem enunciados verdadeiros e falsos, quer dizer: há enunciados que têm a qualidade de ser verdadeiros ou falsos.

Enunciados que são verdadeiros ou falsos são o sentido de atos de pensamento. Normas são, porém, o sentido de atos da vontade dirigidos à conduta de outrem e, como tais, nem são verdadeiras nem falsas e, por conseguinte, não subordinadas aos princípios da Lógica tradicional, contanto que estes sejam relacionados com verdade ou falsidade. (KELSEN, 1986: 263)

O pensamento jurídico, através da ótica cientificista, não tendo poder de validar ou de invalidar normas, revela-se inútil em relação ao controle lógico da ordem jurídica, limitando-se apenas em apontar suas incoerências internas, mas não sendo capaz de resolvê-las. O critério de validade, que a Teoria Pura concebe como um critério analítico, cuja objetividade atesta sua metodologia científica, passa a ter caráter meramente subjetivo, uma vez que reflete um ato de vontade da autoridade ao invés de um ato de conhecimento do cientista. Esta situação foi reconhecida na Teoria Geral das Normas, onde Kelsen praticamente abandona a visão de que a ordem jurídica deve ser interpretada como um sistema significativo de normas e se aproxima estranhamente de uma teoria decisionista do direito.

Assim, a partir da presente investigação, poderíamos classificar o critério de significação juspositivista como sendo “relacional hierárquico”, uma vez que a coerência lógica, em sentido estrito, não tolera nenhuma forma de incompatibilidade. Mas isto simplesmente não elimina as contradições internas que surgem da análise semiótica do modelo jurídico formal e que, em parte, são atribuídos aos problemas hermenêuticos próprios do direito, que passamos então a examinar.

CRIAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

A ciência do direito pode ser considerada uma ciência interpretativa, uma vez que, toda norma, ao ser aplicada na sua situação concreta, sofre um processo de interpretação, que define seu sentido jurídico.

Uma grande dificuldade encontrada na doutrina da norma elaborada por Kelsen na primeira edição da Teoria Pura do Direito é realmente o problema da interpretação, já por nós referido, que assume papel fundamental na criação e aplicação do direito:

Em resumo, há interpretação de todas as normas, na medida em que elas estão para ser aplicadas – isto é, na medida em que o processo de criar e aplicar o direito vai de um nível do sistema jurídico para outro. (KELSEN, 1992: 77) [tradução livre]

Vimos que Kelsen visualiza o sistema jurídico na forma piramidal, estruturado como um conjunto de normas sobrepostas em uma ordem hierárquica, começando, no vértice, com uma norma lógico-transcendental, necessária e axiologicamente neutra, e terminando, na base, com as inúmeras normas individuais que fecham o sistema. Nesta concepção unitária, a função do juiz equipara-se à do legislador, no que concerne ao poder de criação normativa, haja vista que a decisão do juiz tem caráter constitutivo de direito. Assim, se admitida a figura do juiz-legislador, cabe, de fato, ao juiz de última instância dar a última palavra sobre a validade e o conteúdo das normas, sobrepondo, de acordo com sua interpretação subjetiva, sua vontade à vontade do próprio legislador. (KELSEN, 1992: 82-83)

A teoria da interpretação fornecida pela Teoria Pura do Direito distingue claramente a interpretação da autoridade jurídica da interpretação da ciência jurídica: a primeira é autêntica, i.e., obrigatória juridicamente; a última é conhecimento puro, i.e., não tem efetividade jurídica.

No âmbito da análise semiótica, a norma, enquanto expressão de um ato comunicativo que visa modificar o comportamento das pessoas, manifesta sua materialidade em signos, que podem ser captados através da percepção sensível. Com poucas exceções, a classe de signos pertinente à função normativa é composta por palavras comuns da linguagem cotidiana e por termos técnicos, articulados em proposições prescritivas, sendo a escrita o instrumento que possibilita à norma sua permanência no tempo, sem o que ela se dissiparia tão logo fosse pronunciada, desestabilizando o sistema jurídico positivo, que ficaria adstrito a um direito consuetudinário.

Para os adeptos da Teoria Pura do Direito, desde sua primeira edição, a norma, expressa em linguagem, é o sentido do dever ser que lhe atribui o pensamento, por meio da interpretação do aplicador. Contudo, por mais precisos que sejam os preceitos da norma superior em relação à forma de criação e ao conteúdo da norma inferior, suas determinações nunca são completas, como se estipulassem uma moldura a ser preenchida pelo ato de interpretação, deixando margem para a discricção do aplicador. Outrossim, sendo a linguagem jurídica, em essência, a própria linguagem cotidiana, acrescida de termos técnicos, possui uma textura elástica, impregnada de palavras ambíguas e vagas, possibilitando leituras diversas:

Antes de tudo, há a ambigüidade de uma palavra ou uma frase usada para expressar a norma; o sentido lingüístico da norma não é inequívoco, e quem quer que seja o aplicador da norma, depara-se com várias possíveis leituras. (KELSEN, 1992: 79) [tradução livre]

Devido a estas propriedades lingüísticas, o processo de criação e aplicação das normas, segundo Kelsen, passa por um ato contínuo de interpretação do órgão competente, mediante sucessivas paráfrases, em que o sentido da norma é extraído de uma espécie de moldura lingüística, onde existem vários outros sentidos possíveis:

Em todos estes casos, a norma a ser aplicada é simplesmente uma moldura dentro da qual várias possibilidades de aplicação são oferecidas, e todo ato que se encontra dentro desta moldura, preenchendo-a com algum sentido possível, está em conformidade com a norma. (KELSEN, 1992: 80) [tradução livre]

Na segunda edição da *Teoria Pura*, Kelsen (1987: 369) radicaliza esta posição, afirmando que o órgão jurídico, titular da interpretação autêntica, tanto pode produzir uma norma que realize uma das possibilidades reveladas pela interpretação jurídico-científica (não autêntica), como também produzir uma norma que não corresponda a nenhuma daquelas possibilidades, ou seja, que esteja situada fora da moldura da norma a aplicar.

Por outro lado, e isto jamais mudou em seu pensamento, segundo o raciocínio kelseniano, não há nenhum método de interpretação que estipule uma leitura correta da norma jurídica, pois todas as possibilidades contidas na moldura permitem um sentido normativo diverso e não existe critério capaz de decidir de forma conclusiva, sobressaindo-se um ato subjetivo de vontade no lugar de um ato objetivo de cognição⁴:

Do ponto de vista do direito positivo, entretanto, não há critério com base em que uma das possibilidades oferecidas dentro da moldura da norma a ser aplicada possa ser favorecida em detrimento das outras possibilidades. Em termos do direito positivo, simplesmente não há método de acordo com o qual apenas uma das várias leituras da norma pudesse ser distinguida como ‘correta’ – assumindo-se, certamente, que varias leituras do sentido da norma são possíveis no contexto de todas as outras normas da lei ou do sistema jurídico. (KELSEN, 1992: 81) [tradução livre]

Os positivistas lógicos, referendando as idéias do *Tractatus Logico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, diagnosticaram esta dificuldade lingüística como sendo o problema fundamental do conhecimento e elegeram a clarificação das proposições da ciência como tarefa central da filosofia, então reduzida à crítica da linguagem:

4.112 O objetivo da filosofia é o esclarecimento lógico dos pensamentos.
A filosofia não é uma doutrina, mas uma atividade.
Uma obra filosófica consiste essencialmente em elucidações.
O que resulta da filosofia não é um número de “proposições filosóficas”, mas o esclarecimento das proposições.
A filosofia deve esclarecer e delimitar rigorosamente os pensamentos vagos e obscuros. (WITTGENSTEIN, 1994)

Wittgenstein, em sua obra fundamental sobre lógica, repeliu o uso não depurado da linguagem cotidiana no âmbito da filosofia, tema que inspirou também o Círculo de Viena. O sinal é aquilo perceptível do símbolo e, sendo arbitrário, dois símbolos diferentes podem ter o mesmo sinal e, vice-versa, dois sinais diferentes podem expressar o mesmo símbolo, resultando em equívocos que só uma notação artificial, nos parâmetros da lógica simbólica, poderia evitar (tome-se como exemplo a própria palavra “direito” em suas diversas acepções).

⁴ O viés voluntarista kelseniano ficou bem mais evidente na 2ª edição da *Teoria Pura*, quando o capítulo relativo à interpretação das normas foi deslocado da parte intermediária para o epílogo da obra.

A proposta de Wittgenstein se apresenta como definitiva para resolver todos os problemas da filosofia, ou seja, o uso de uma sintaxe lógica em que as proposições, em sua essência, são compostas exclusivamente por sinais unívocos, eliminando assim a plurissignificação endêmica das proposições metafísicas, que perdem o sentido.

Carnap, seguindo os passos de seu mestre Frege e contagiado pelo idealismo do *Tractatus*, se empenhou em descrever, por meio da sintaxe lógica (cf. CARNAP, 1963), uma linguagem artificial perfeita, fundada nos princípios matemáticos e reconstruída em algoritmos da lógica simbólica, na qual a linguagem da ciência pudesse ser traduzida, e onde cada sinal designaria um único objeto, não se admitindo dois sinais para designar um mesmo objeto, nem dois objetos serem designados por um mesmo sinal.

De fato, ao distinguir o sentido da referência em sua obra primaz, o “pai da filosofia analítica” problematizou a questão, sob o ângulo lógico-lingüístico, ilustrada através do famoso dualismo “A Estrela da Tarde é a Estrela da Manhã”, cuja referência é o mesmo planeta Vênus, mas os sentidos diversos.

Constatadas as dificuldades quanto à elaboração de uma linguagem científica em que todas as palavras e expressões designariam um único sentido conexo a uma única referência, Frege apresenta um desafio:

Numa linguagem logicamente perfeita (uma ideografia), deve-se exigir que toda expressão construída como um nome próprio, a partir de sinais previamente introduzidos, e de maneira gramaticalmente correta, designe, de fato, um objeto, e que nenhum sinal seja introduzido como nome próprio sem que lhe seja assegurada uma referência. Nos textos de *Lógica*, aponta-se a ambigüidade das expressões como uma fonte de erros lógicos. Considero igualmente oportuno advertir contra os nomes próprios aparentes que não têm nenhuma referência. A história da Matemática narra erros que se originaram desta maneira. O abuso demagógico se apóia facilmente sobre isto, talvez mais facilmente do que sobre a ambigüidade das palavras. “A vontade do povo” pode servir de exemplo, pois é fácil estabelecer que não há uma referência universalmente aceita para esta expressão. Não deixa, pois, de ser importante que se elimine definitivamente a fonte destes erros, ao menos na Ciência. Assim, objeções como a que anteriormente consideramos se tornariam impossíveis, pois não mais dependeria da verdade de um pensamento o fato de um nome próprio ter ou não uma referência. (FREGE, 1978: 76)

Se o intuito desses filósofos se concretizasse e pudessem adequar as fórmulas do cálculo puro às expressões lingüísticas, reduzindo seu sentido a um sentido lógico, não haveria mais lugar para a interpretação e todos os problemas do direito, que se circunscrevessem às deficiências da linguagem comum, estariam solucionados definitivamente.

A construção de uma linguagem jurídica rigorosa, que concede o teor de cientificidade ao direito, coincide com a atividade de interpretação da lei realizada pelo jurista, que Bobbio (1980: 187) identifica exatamente com a operação de análise lingüística.

Por seu lado, o mentor da Teoria Pura do Direito, desde 1934, admitia, de uma forma ou de outra, que a norma positiva não se manifesta por completo nas palavras escritas ou faladas de seu enunciado, pois somente adquire o sentido jurídico objetivo, que a caracteriza como norma obrigatória, a partir da interpretação dada pela autoridade competente no ato de sua aplicação, posto de acordo com a norma fundamental, ou seja, no exato momento em que um dentre os vários sentidos possíveis for explicitamente declarado por decisão discricionária dessa autoridade. (KELSEN, 1992: 83) [tradução livre]

Este impasse metodológico fragilizou consideravelmente a aspiração dos positivistas em obter um grau satisfatório de coerência interna da estrutura formal do Direito, por eles concebida, que não se revelou lógica, mas voluntarista, desmistificando o dogma da segurança jurídica e, com isto, desvendando a vulnerabilidade de seu modelo científico.

DIREITO E LÓGICAS ALTERNATIVAS

O ideal lógico-dedutivo da ciência jurídica, que tem como postulados teóricos a coerência e a completude do sistema, também se apóia em três princípios políticos: (1) a inevitabilidade da decisão judicial, que obriga o juiz a resolver todo caso que lhe é apresentado na esfera de sua competência; (2) a justificação judicial, que faz o juiz justificar as próprias decisões e demonstrar sua não arbitrariedade; e (3) a legalidade, que garante as decisões judiciais fundadas exclusivamente nas leis do Estado.

Ocorre que a busca desse ideal se mostrou infrutífera, uma vez que, conforme analisado acima, o direito jamais superou a dialética entre razão e vontade. Assim, o positivismo jurídico tem sido alvo de inúmeras críticas, exaustivamente formuladas por diversas correntes jusfilosóficas, e até em âmbito interno, por não admitir a inoperância dos métodos lógicos tradicionais na compreensão ou solução dos problemas jurídicos.

A crise do positivismo jurídico acompanhou a crise da própria lógica formal como instrumental das ciências humanas. Podemos falar, com relação à Filosofia do Direito contemporânea, em um “pós-positivismo”, que adota instrumentos lógicos não-formais, incorporando elementos valorativos ético-políticos a fatos sociais.

Ultrapassando-se o pragmatismo peirceniano, que inovou ao acrescentar a abdução aos raciocínios dedutivos e indutivos, e adotando-se as tendências da era pós-moderna, a lógica bivalente, formulada segundo o binômio verdadeiro/falso, é substituída por uma lógica polivalente, que admite três ou mais valores possíveis nas tabelas de verdade e ignora os princípios da lógica clássica (da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído), tal qual a mecânica quântica desafia as leis da física clássica.

Assim justifica Haack o aparecimento de lógicas alternativas em substituição ao raciocínio matemático puro:

As pressões para mudar os cálculos bivalentes clássicos, o sentencial e o de predicados, têm vindo de preocupações com a aparente inadequação do aparato clássico para representar os vários tipos de argumento informal, e sobre a interpretação e aplicação desse aparato. (HAACK, 2002: 208)

Expressões como tópica jurídica (Viehweg), lógica material (Siches), nova retórica (Perelman), lógica informal (Toulmin), e argumentação jurídica (Alexy) passaram a fazer parte do vocabulário do raciocínio jurídico. As correntes paralógicas aparecem como uma reação às críticas que os lógicos faziam à possibilidade de uma Ciência do Direito baseada nos critérios rigorosos da lógica clássica, cujos métodos foram consagrados nas Ciências Naturais.

Do método demonstrativo passou-se ao método argumentativo, que admite a formulação de uma argumentação correta, desde que possa ser justificada racionalmente de acordo com determinadas regras presentes na estrutura discursiva, necessárias para garantir a certeza do direito e evitar a arbitrariedade da interpretação judicial. No lugar da arbitrariedade, propõe-se a discricionariedade. Algo como um código da razão dialética, ou seja, uma atividade dialógica, delimitada pelos parâmetros técnicos da linguagem jurídica, que transforma a interpretação em tarefa criativa, com função produtora de direito, e que faz uso de instrumentos persuasivos. Não se busca uma única resposta correta, mas aquela que tenha a justificação racional mais convincente.

Perelman esclarece as diferenças entre demonstrar e argumentar, apontando a inadequação dos modelos da lógica clássica no cenário da retórica:

Quando se trata de demonstrar uma proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela pode ser obtida como última expressão de uma sequência dedutiva, cujos primeiros elementos são fornecidos por quem construiu o sistema axiomático dentro do qual se efetua a demonstração. De onde vêm esses elementos, sejam eles verdades impessoais, pensamentos divinos, resultados de experiência ou postulados peculiares ao autor, eis questões que o lógico formalista considera alheias à sua disciplina. Mas, quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Pois toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual. (PERELMAN - OLBRECHTS-TYTECA, 1996: 16)

Esses procedimentos tornam-se uma precondição da própria legitimidade do poder, no sentido em que se apóia em valores de justiça substancial, próprios de cada comunidade social em particular, ou em princípios, ditos universais. Para que uma decisão possa ser considerada justificada, deve ser construída sobre uma estrutura argumentativa que respeite tais valores e esteja coerente com o direito vigente, harmonizando-se com o ordenamento jurídico e com as interpretações judiciais precedentes.

No rol de argumentações jurídicas, técnicas da antiga retórica são resgatadas, com o fim de se estabelecer

uma classificação objetiva entre argumentos fortes e fracos, para que as decisões judiciais estejam apoiadas em critérios, se não universais, ao menos racionalmente aceitos.

Princípios jurídicos são diferenciados de regras jurídicas e adquirem papel de justificação valorativa da decisão judicial e da própria lei, pairando acima desta e escalonando a coleção de argumentos.

Por sua vez, ressurgem figuras de linguagem que definem parâmetros de valores, ou lugares-comuns, como os topoi da Grécia antiga, que passam a fundamentar os princípios jurídicos, com implicação pragmática.

JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS

Este epílogo confronta as relações da justiça com a moral e as relações da justiça com o direito, portanto, em última análise, refere-se à racionalidade, à materialidade e à própria possibilidade dos Direitos Humanos.

A problemática tem caráter axiológico, pois trata de juízos de valor que incidem sobre normas de conduta, porém, se podemos afirmar que a justiça se confunde com a moral, podemos concluir que a justiça se confunde com o Direito? E sendo assim, a moral também se confunde com o Direito?

Antes de examinar as relações entre justiça, moral e Direito, é preciso reavaliar brevemente as duas principais teses reducionistas que polarizam o debate e definem a justiça, segundo critérios absolutos ou relativos.

A primeira é a doutrina do Direito Natural, inspiradora da concepção atual dos Direitos Humanos, que estabelece valores de justiça absolutos (o justo por natureza); a segunda é a doutrina do Positivismo Jurídico, que defende o relativismo dos valores de justiça (o justo por convenção).

A positivação dos direitos naturais nas principais Declarações internacionais de direitos humanos e no tópico dos direitos fundamentais das Constituições estatais, embora aparentemente supere essa dicotomia, não encerra o debate, que permanece atual na agenda da ciência jurídica, conforme veremos a seguir.

O Direito Natural designa inúmeras correntes do pensamento jurídico que admitem, além da ordem jurídica estabelecida pelo Estado, a existência de uma outra ordem, superior ao Direito Positivo, expressão da justiça universal e imutável, que deve guiar objetivamente a obra do legislador. Existiria uma lei natural que corresponde às exigências elementares da natureza humana e pode ser apreendida através da fé ou da razão.

Assim, o Direito Natural fundamenta o Direito Positivo, porque fornece os princípios de justiça universais que devem ser positivados na ordem jurídica para o bem comum.

A concepção de um Direito Natural vem da antiguidade pré-socrática, com Sófocles, chega a Roma de Cícero, passa pela Idade Média com Santo Agostinho e depois São Tomás, ressurgue no séc. XVII com Grócio, despontando finalmente no séc. XVIII, com os iluministas, que pretendem criar um sistema codificado completo de normas, emanadas da natureza do homem, que seriam expressão da razão humana.

Revisitado, mas sob os mesmos fundamentos doutrinários, o jusnaturalismo se renova na segunda metade do século XX, principalmente como reação à barbárie da Segunda Grande Guerra, traduzido agora na locução Direitos Humanos e incorporando uma dinâmica histórica.

O Positivismo Jurídico, por sua vez, nega ao Direito qualquer princípio universal e permanente e afasta qualquer fundamento de ordem moral ou axiológico (como a justiça), concebendo um relativismo ético.

O Positivismo Jurídico tem raízes na filosofia política de Hobbes (séc. XVII) e se desenvolve no séc. XIX a partir da Escola Histórica alemã de Savigny, consistindo na identificação do Direito com a lei positiva, e considerando que conceitos valorativos como a moral, a justiça ou o próprio Direito Natural sejam elementos subjetivos, excluídos da pretendida objetividade jurídica.

No séc. XX, Kelsen sistematiza a teoria juspositivista até as últimas conseqüências, desprezando o conteúdo valorativo das normas e reduzindo o Direito apenas à ordem jurídica positiva, sem necessidade de qualquer relação com a justiça.

Portanto, o Direito Natural tem seu fundamento no conceito de justiça (valor), enquanto o Direito Positivo tem seu fundamento no conceito de validade (forma). Genericamente, o Direito Natural reduz a validade das normas à justiça, enquanto o Positivismo Jurídico reduz a justiça à validade, ou seja, para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa, mas para um juspositivista, a norma só é justa se for válida.

O debate aqui gira em torno da possibilidade do Direito Natural estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universal, viabilizando assim o conceito de Direitos Humanos e sua realidade fatural.

O instrumento de que se serve o Direito Natural, em seu viés mais aceito na atualidade, para valorar as normas como justas ou injustas é a razão, porém, os positivistas contestam a universalidade dos valores de justiça, destacando que não pode ser demonstrada, nem racionalmente nem empiricamente.

Perguntam os positivistas: Se a distinção entre o justo e o injusto não é universal, a quem compete estabelecer o que é justo ou injusto? E eles mesmos respondem: a norma é justa pelo único fato de ser válida.

Kelsen afirma que o conceito de justo não pode ser determinado senão como aquilo que deve ser, o que corresponde a uma norma: se definirmos o Direito como norma, isto implica que o que é “conforme ao Direito” é justo.

Desse modo, o Direito positivo passa a ser o critério exclusivo para a valoração do comportamento do homem, e a lei se transforma numa norma moral, diante do dever de obediência incondicional. Se na moral, há o dever de obedecer às leis enquanto justas, na concepção juspositivista há o dever de obedecer às leis enquanto leis.

Resumidamente, o jusnaturalismo deduz a validade de uma lei da sua justiça; o juspositivismo deduz a justiça de uma lei da sua validade.

Os jusnaturalistas não compreendem a juridicidade indiferente à licitude ou à ilicitude moral da conduta prescrita ou proibida, vinculando o Direito à moral de forma absoluta. Para essa teoria moralista, se o Direito obriga, é porque possui um título de legitimidade que resulta de princípios universais superiores às contingências de lugar e de tempo, capaz de conquistar a adesão das consciências.

Por sua vez, a possibilidade de se obter valores de justiça absolutos na moral é criticada pela teoria relativista dos valores, incorporada pelo Positivismo Jurídico. Segundo essa teoria, os valores que formam a base dos nossos juízos não podem se apresentar com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos: quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser considerada como justa se julgada pelo critério fornecido por outro sistema moral.

A concepção juspositiva é a de que não há uma única moral, mas vários sistemas de moral diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos. A realidade social mostra que as concepções sobre o que é moralmente justo ou injusto têm um caráter dinâmico e estão submetidas a uma permanente mutação.

A questão remete à própria diversidade dos valores de justiça através dos tempos, diante dos inúmeros tipos de normas de justiça que servem como parâmetros para qualificar as condutas como justas ou injustas.

O *suum cuique* (a cada um se deve dar o que é seu), a regra de ouro (não faças aos outros o que não queres que façam a ti), o imperativo categórico (age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa ser querida por ti como lei universal), o princípio retributivo (àquele que faz bem, se deve fazer bem, e àquele que faz mal, se deve fazer mal), o princípio da igualdade (todos os homens devem ser tratados por igual) e a máxima comunista (cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades) são alguns exemplos das muitas normas de justiça, ambíguas em seus enunciados, diferentes umas das outras e eventualmente contraditórias (cf. KELSEN, 1979).

Haveria critérios objetivos para se estabelecer qual norma de justiça deva prevalecer sobre as outras, no caso de apontarem para valorações divergentes diante de condutas humanas?

Conforme já foi discutido acima, Kelsen apresenta esse problema no derradeiro capítulo da Teoria Pura do Direito, quando desiste de formular uma teoria hermenêutica jurídica, diante das dificuldades em se determinar a interpretação verdadeira dentre todas as possibilidades oferecidas pelo texto normativo.

A transposição de juízos de valor (justo/injusto) para juízos de fato (verdadeiro/falso) mostra-se inoperante, pois estão sujeitos a critérios diferentes de avaliação. As categorias lógicas não são aplicáveis aos juízos de valor, que não se submetem ao critério verdadeiro/falso, inviabilizando o teste veritativo.

Retomemos o instrumental da lógica não-formal como alternativa, utilizando-se de argumentos persuasivos a fim de superar o impasse criado pelo ceticismo positivista.

Autores supracitados, como Viehweg, Siches, Perelman, Toulmin, Alexy, dentre outros, apontam para lógicas não-formais, estabelecendo critérios objetivos para valorar eticamente o discurso jurídico e apontar a interpretação mais correta.

Substituindo o método demonstrativo pelo método argumentativo, a interpretação jurídica já não busca a única interpretação verdadeira ou correta, mas aquela que tenha a justificação racional mais convincente (versão semântica) ou que seja mais útil para a sociedade (versão pragmática). Para que uma interpretação possa ser considerada justificada, deve ser construída sobre uma estrutura argumentativa que respeite os valores de justiça próprios de cada comunidade social, e não um valor de justiça absoluto e universal.

Dessa forma, o niilismo kelseniano pode ser contornado, pois a fixação do conteúdo moral das normas deixa de ser arbitrária e passa a seguir critérios objetivamente aceitáveis.

No entanto, procedendo-se a um exame crítico dessas proposições, aspectos sombrios podem ser desvelados. O método argumentativo, na busca dos argumentos mais convincentes, recorre a valores morais convencionados que impõem uniformizações de sentido a princípios e regras do ordenamento jurídico. Cria-se um universo simbólico que funciona como meio de controle social, a partir da fixação de sentidos normativos homogêneos, capazes de criar consenso e amenizar conflitos. Símbolos como liberdade, igualdade e justiça ganham uma dimensão valorativa ideológica e se transformam em instrumentos de dominação, como conseqüência do poder de violência simbólica. Não é outra a função simbólica da consagrada expressão Direitos Humanos, assim idealizada como uma referência absoluta e universal, embora a experiência histórica demonstre que varia no tempo e no espaço, podendo abranger ou não direitos antagônicos como a propriedade, a greve, o aborto e até a pena de morte, para não citar exemplos ainda mais controversos, como a tortura ou o genocídio, transfigurados no direito de autodefesa do Estado.

Mesmo nos denominados Estados Democráticos de Direito, cuja democracia representativa se submete à regra da maioria, o ordenamento jurídico, de modo coercitivo, impõe padrões comportamentais a todos os membros da sociedade, universalizando e dogmatizando os valores morais das classes dominantes, que inevitavelmente entram em conflito com os valores opostos das minorias excluídas do poder estatal.

Os valores morais das classes dominantes, reflexos do seu poder econômico, que se propaga na cultura, nos costumes e nas tradições da sociedade, tornam-se legítimos e prevalecem na construção do Direito, dissimulando os conflitos sociais e aplicando os conceitos de justo e de injusto de acordo com a ideologia do poder. A linguagem jurídica abriga uma arena política onde se controla a luta de classes através da imposição de significados ideológicos (cf. BAKHTIN, 1999). O discurso das classes dominantes monopoliza o discurso jurídico, que simplesmente reproduz seus valores na criação, interpretação e aplicação das normas.

Portanto, o método argumentativo nada mais é do que uma tentativa de se fixar critérios valorativos socialmente aceitos (topoi) e racionalmente justificados (senso comum), mas que, no fundo, legitimam implicitamente a manipulação e a dominação de classes, ocultando qualquer expressão de violência arbitrária, seja física ou simbólica, embora ambas estejam presentes no ordenamento jurídico e se manifestem na forma legal.

Em síntese, a idéia de justiça é muito ampla, subjetiva e controversa, tanto na sua versão semântica (sentido abstrato do termo), quanto na sua versão pragmática (sentido concreto do termo), mas funciona como critério valorativo do comportamento humano, na busca da objetivação do conceito de Direitos Humanos, que representa um conceito operacional metafísico, ambíguo e sem referência explícita no mundo real, tal qual um dogma que se justifica como instrumento retórico de persuasão social e controle ideológico.

CONCLUSÃO

Concluimos pela impossibilidade de uma ciência do direito nos moldes tradicionais, que exigem coerência teórica e resultados empíricos previsíveis. Os rigores da metodologia científica não se aplicam eficazmente às chamadas ciências humanas em geral, aqui incluída a ciência do direito.

A lógica formal bivalente, que pretende separar as proposições verdadeiras das falsas a partir dos métodos indutivo e dedutivo, bem como o método experimental controlável, são estranhos ao mundo normativo, que distingue os atos objetivos de conhecimento dos atos subjetivos de vontade.

Por sua vez, a violência simbólica, dissimulada na aparente neutralidade da linguagem comum, abusa das propriedades proposicionais para inserir na sociedade de classes os valores das classes economicamente dominantes, como se fossem a ordem natural das coisas.

O poder político-econômico constrói uma linguagem jurídica impregnada da moral conservadora e estabiliza significados ideológicos que legitimam a estratificação das classes sociais, utilizando-se de um sofisticado aparato argumentativo que se confunde com a racionalidade científica.

Assim, as Declarações Internacionais de Direitos Humanos e as Constituições democráticas enumeram diversos direitos e garantias individuais e sociais, sob inspiração da justiça naturalista, de caráter universal, imutável e irrevogável.

Esses direitos petrificados correspondem aos valores conservadores das classes dominantes e se sustentam em falácias imperceptíveis que enganam a razão e se impõem como valores universais, sob a denominação de Direitos Humanos.

Direitos como liberdade e igualdade têm amplos sentidos, por serem conceitos vagos e ambíguos, mas adquirem, de modo quase espontâneo, um único núcleo semântico-pragmático, que impõe eficientemente à

liberdade e à igualdade as diretivas ideológicas que legitimam e legalizam o sistema econômico dominante, oculto sob o arcabouço racional dos Direitos Humanos.

LEGAL REASON, HUMAN RIGHTS AND IDEOLOGY: RELATIONS AMONG LOGIC, SCIENCE, LAW AND JUSTICE

Abstract

The Human Rights, here analyzed in the aspect of certainty and legal security, imply the imposition of objective criteria to standardize the creation, interpretation and enforcement of the rules. The possibility of this ideal scenario materializes requires the law to adapt to rigid models of logic and science. The legal practice shows that the law consists essentially of values that undermine the logic and scientific method. The idea of Justice covers all these values that underlie the concept of Human Rights, whose function, hidden behind the dogma, is the control of power by the ruling class.

Keywords: Human Rights. Legal Logic. Science of Law. Justice. Ideology.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

ALVES, A. C. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. São Paulo: Edipro, 2000.

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1999.

BAPTISTA, F. P. **O Tractatus e a Teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004

_____. A lógica da sentença judicial. In: **Prisma Jurídico**. São Paulo: Centro Universitário Nove de Julho, 2005

BOBBIO, N. **Teoria della scienza giuridica**. Torino: Giappichelli, 1950.

_____. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977

_____. **Contribucion a la teoria del derecho**. Org. e trad.: Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1991.

_____. **Diritto e potere: saggi su Kelsen**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad.: Fernando Pavan Baptista, Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

CARNAP, R. **Filosofia y sintaxis lógica**. Trad.: César N. Molina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

FARIA, J. E. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: USP, 1988.

FREGE, F. L. G. **Lógica e filosofia da linguagem**. Trad.: Paulo Alcoforado. São Paulo: Cultrix, 1978.

GRÜN, E.; FARRELL, M. D. Problemas de verificación en el derecho. In: **Derecho, filosofía y lenguaje (Homenaje a Ambrosio L. Gioja)**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

HAAK, S. **Filosofia das lógicas**. Trad.: Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

KELSEN, H. **A justiça e o direito natural**. Trad.: João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

_____ **Teoria geral das normas**. Trad.: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____ **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____ **Introduction to the problems of legal theory**. Trad.: B. L. Paulson e S. L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1992.

_____ **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H.; KLUG, U. **Normas jurídicas e análise lógica**. Trad.: Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEIRCE, C. S. **Semiótica**. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1995.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova etórica**. Trad.: M. Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____ **Lógica jurídica**. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROSS, A. **Critica del diritto e analisi del linguaggio**. Org. e trad.: Alberto Febbrajo, Riccardo Guastini. Bologna: Società editrice il Mulino, 1982.

SICHES, L. R. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Ciudad del Mexico: Editorial Porrúa, 1973.

TOULMIN, S. E. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência**. Trad.: Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979

VILANOVA, L. **Lógica jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1976

_____ **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997

WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995

WEINBERGER, O. **Logic and the pure theory of law**. Trad.: Alfred Schramm. In: Essays on Kelsen. Org.: Richard Tur, William Twining. Oxford: Clarendon Press

WITTGENSTEIN, L. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad.: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 2ª ed. São Paulo: Edusp

WRIGHT, G. H. V. **Normas, verdad y lógica**. Trad.: Carlos Alarcón Cabrera. 2ª ed. Coyoacán: Fontamara

Trabalho enviado em 06 de maio de 2015.

Aceito em 22 de julho de 2015.