

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS
KELSEN AND THE SOCIAL: THEORY OF LAW AND METHOD, A LUKACSIAN ANALYSIS

Vitor Sartori

Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Adjunto do Departamento de Direito do Trabalho e Teoria do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Minas Gerais (Brasil).

E-mail: vitorbsartori@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0871083138441617>.

Submissão: 13.01.2016.

Aprovação: 05.10.2016.

RESUMO

Com recurso à teoria marxiana e lukacsiana, tratar-se-á da teoria de Hans Kelsen mostrando como ela remete a importantes questões metodológicas as quais, com recurso a um pensamento antinômico, ao final expressam uma posição concreta frente à realidade. Ela, em verdade, não pode ser acusada de desconsiderar a influência política e ideológica na conformação real e efetiva do Direito; simultaneamente, porém, traz, mesmo ao adotar uma postura normativista, certo realismo e voluntarismo, que acreditam ser possível ao Direito ser meio para qualquer conteúdo social.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen; Teoria pura; Normativismo; Lukács; Marx.

ABSTRACT

Recurring to Lukács and Marx, we intend to deal with Hans Kelsen's theory, which is incomprehensible without his method. This method leads to antinomies that – we intend to show – express a concrete attitude towards reality. The author cannot be accused of underestimate the influence of ideology and politics on Law; although, simultaneously, it brings certain realism and voluntarism, which is believed Law can be an instrument to any social content.

KEYWORDS: Kelsen; Pure theory; Normativism; Lukács; Marx.

INTRODUÇÃO: UM PONTO DE PARTIDA PARA A ANÁLISE DO PENSAMENTO KELSENIANO

No presente artigo pretendemos demonstrar como a teoria do Direito kelseniana dá centralidade à determinada concepção metodológica, sendo a sua teoria do Direito

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

indissolúvel, não só de uma concepção de mundo (*Weltanschauung*), mas também de determinada posição frente à realidade social. Procuramos provar, por meio da análise de aspectos centrais à teoria kelseniana, que a posição intermediária que ocupa a teoria do Direito - entre a filosofia e as exigências práticas imediatas da práxis jurídica (Cf. MACEDO, 2011) – faz com que ela tenha como horizonte a conformação do Direito sob a sociedade civil-burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*), que não é outra que a sociedade capitalista, eivada por todos os seus vícios e determinações. Essas últimas, por sua vez, segundo autores como Marx e Lukács, são marcadas pelo estranhamento (*Entfremdung*) do homem frente ao mundo e à sociedade, sendo, pois, passíveis de crítica. Aqui, procuraremos provar que Kelsen, ao assumir determinada posição em sua “teoria pura”, traz certo rigor à teoria do Direito e confirma a necessidade de uma crítica aos juristas que realizam de modo ingênuo a subsunção da norma ao caso concreto. Ao mesmo tempo, em verdade, expressa também a necessidade da crítica àquilo que dá base ao campo jurídico como tratado por Kelsen, ao substrato social capitalista. Analisaremos a teoria kelseniana sob essa luz, partindo de Marx e Lukács.

Para isso, partimos do suposto segundo o qual as formações ideais (dentre elas, as teorias do autor que aqui trataremos) são produtos de formas determinadas de consciência somente à medida que, como disseram Marx e Engels, “a consciência não pode ser jamais outra coisa que o ser consciente, e o ser dos homens é seu processo de vida real.”¹ Nesse sentido, a consciência não é um mero epifenômeno, possuindo uma função ativa na constituição da objetividade (*Gegenständlichkeit*), havendo uma necessária inserção das formações ideais na conformação da sociabilidade de uma determinada época.² E, neste sentido específico, concordamos com Lukács quanto diz em seu *A destruição da razão* que “não há nenhuma ideologia inocente”.³ Para uma posição materialista, como a que adotam Marx e Lukács, o Ser (*Sein*) tem uma efetividade (*Wirklichkeit*) que é, até certo ponto, autônoma frente ao sujeito, ao mesmo tempo em que, sob certos aspectos, esta última não é senão fruto da atividade consciente, uma atividade social e realizada em meio a condições

¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia alemã*. Tradução por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 94.

² Diz Marx sobre as formações ideais e sobre a própria linguagem (essa última essencial para a teoria de um Alexy, formulada em diálogo com Habermas) algo que é de grande relevo para que se elucide com cuidado essa questão, relativa à determinação social do pensamento: “não apenas o material da minha atividade – como a própria língua na qual o pensador é ativo – me é dado como produto social, a minha própria existência é atividade social; por isso, o que faço a partir de mim, faço a partir de mim para a sociedade, e com a consciência de mim como ser social.” (MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução por Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 107) Cf. também MÉSZÁROS, István. *Estrutura social e formas de consciência II*. Tradução por Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2011, bem como CHASIN, José. *Marx: Estatuto Ontológico e Resolução Metodológica*. São Paulo: Boitempo, 2009.

³ LUKÁCS, György. *El Asalto a la Razón*. Tradução Wenceslau Rocés. México: Fondo de Cultura Económica, 1959. p. 4.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

objetivas e materiais de existência.⁴ Portanto, mesmo ao se tratar de temas, por vezes, áridos como aqueles da teoria do Direito, só tendo em vista as condições concretas já efetivas - e a base real da sociedade - é possível analisar com o devido cuidado determinadas formações ideológicas, como a jurídica, indissociáveis da práxis social.⁵

1. KELSEN E A TEORIA DO DIREITO: A FILOSOFIA JURÍDICA COMO “DISCURSO DE MÉTODO”

A tendência da teoria do Direito representada por Hans Kelsen, que fora hegemônica durante considerável parte do século XX⁶, já foi muito criticada, e nem sempre, deve-se dizer, de modo honesto e criterioso. Isso se dá até mesmo porque atacar uma caricatura (algo muito na dogmática jurídica, mas também em alguns meios jusfilosóficos) é mais fácil que fazer uma análise cuidadosa de um pensamento. Com esta última, deve-se mostrar, com uma “análise imanente”⁷ como as determinações essenciais das formas de consciência, expressas na teoria, mesmo enquanto formações ideais, conformam uma determinada posição concreta frente à realidade efetiva.⁸

Para nossa análise, deve-se começar apontando que muito se disse, por exemplo, que o autor da *Teoria pura do Direito* desconsidera a relação existente entre as normas jurídicas e a realidade social; sobre o ponto, é verdade que Kelsen declara que “o problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema moral.”⁹ Nesse sentido, traz consigo o autor uma concepção - baseada na distinção entre enunciado de

⁴ Cf. TERTULIAN, Nicolas. *Nicolai Hartmann et Georg Lukács. Une alliance féconde*. In: Archives de Philosophie, Volume 66. Paris: 2003.

⁵ Como aponta Marx: “na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência.” (MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 46) No que diz respeito ao caráter ativo da consciência na conformação da realidade efetiva, vale mencionar a seguinte passagem: “convém distinguir sempre a transformação material das condições econômicas de produção – que podem ser verificadas fielmente com ajuda das ciências físicas e naturais – e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas e filosóficas, em resumo, formas ideológicas, sob as quais os homens adquirem consciência desses conflitos e o levam até o fim.” (MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Cit., p. 46)

⁶ Cf. ALMEIDA, Guilherme; BITTAR, Eduardo. *Curso de filosofia do Direito*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

⁷ Cf. CHASIN, José. *Marx: Estatuto Ontológico e Resolução Metodológica*. Cit.

⁸ Veja-se o que diz Ester Vaisman, partindo de Lukács e de Marx, sobre o assunto: “do ponto de vista ontológico, ideologia e existência social (em qualquer nível de desenvolvimento) são realidades inseparáveis. Ou seja, onde quer se manifeste o ser social há problemas a resolver e respostas que visam à solução destes; é precisamente nesse processo que o fenômeno ideológico é gerado e tem seu campo de operações.” (VAISMAN, Ester. *A ideologia e sua determinação ontológica*. In: Verinotio: Revista On Line de Educação e Ciências Humanas, n° 12. Belo Horizonte: 2010, p. 50.)

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 8.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

uma norma e a norma mesma;¹⁰ partindo dela, tem-se a posição segundo a qual “a ciência jurídica [...] apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais e individuais), *prescrever* seja o que for.”¹¹ É preciso, porém, ver as coisas com cuidado já que há uma concepção metodológica – central para o autor - que procura justificar o colocado acima que, de imediato, parece bastante despropositado.

Para Kelsen, o tratamento científico da teoria do Direito estaria restrito à descrição do fenômeno jurídico, em verdade do “Direito positivo em geral”, sendo o objeto desta a compreensão de um específico dever-ser (*Sollen*) conformado nas normas jurídicas.¹² Metodologicamente, pois, tem-se uma posição segundo a qual não haveria (do ponto de vista jurídico) um conteúdo específico que seria mais ou menos acertado, que traria relações sociais mais ou menos evadas de irracionalidade. O uso da razão em Kelsen não traz consigo a defesa de uma forma específica de sociabilidade de modo direito, portanto¹³; ao mesmo tempo, porém, tem-se que qualquer forma de sociabilidade, cientificamente, não poderia ser defendida – a irracionalidade efetiva em uma sociedade específica¹⁴, pois, pode ser tomada como dada de modo que, na teoria do Direito, a atitude kelseniana quanto à possibilidade de se prescrever quaisquer conteúdos à prática dos homens faz com que haja uma reconciliação entre o uso da razão (*Vernunft*) (entendida de modo neokantiano) e a posição cética quanto à moral. E isso, é bom apontar, é distinto do que defende Kant (defensor de uma moral universalista), que escreve em uma época em que a conformação e a estrutura da sociedade

¹⁰ “A função do enunciado é a de fazer outrem, além do enunciador, saber algo para enriquecer seus conhecimentos. A função da norma é a de fazer um outro querer algo, de determinar sua vontade, e precisamente fixar, de modo que sua conduta exterior causada por seu querer corresponda à norma.” (KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Tradução por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986, p. 208)

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2003. p. 82.

¹² Como diz Kelsen: “normas são sentidos de atos de vontade dirigidos à conduta de outros. O sentido desses atos – conquanto sejam mandamentos (imposições) – não pode ser manifestado de modo diferente da proposição de dever-ser no imperativo ou uma a ele equivalente. O dever-ser precisa tornar-se admitido como um conceito fundamental da Teoria do Direito.” (KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Cit., p. 459)

¹³ Sobre a relação entre a defesa direta e indireta de determinada forma de sociabilidade, Cf. LUKÁCS, György. *El Asalto a la Razón*. Cit.

¹⁴ Na sociedade capitalista, de imediato, ao “portador” (*Träger*) das relações econômicas, uma forma irracional, na medida mesma de sua irracionalidade, pode mesmo aparecer como a realização da razão: “as mediações das formas irracionais em que determinadas condições econômicas aparecem e praticamente se acoplam não importa nem um pouco para os portadores práticos dessas condições econômicas em sua ação diuturna; e já que eles estão acostumados a se movimentar no meio delas, não ficam nem um pouco chocados com isso. Uma perfeita contradição não tem nada de misterioso para eles. Nas formas fenomênicas que perderam a coerência interna e que, tomadas em si, são absurdas, eles se sentem tão à vontade como um peixe na água.” (MARX, Karl. *O Capital*, Volume V. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p. 241)

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

capitalista ainda não eram claras.¹⁵ Ou seja, a própria estrutura histórica da sociedade talvez precise ser levada em conta ao tratar da obra kelsenina.

Kelsen, porém, não diz que o Direito não sofre influência da moral, dos costumes e da política, etc. E, neste ponto, o autor austríaco não pode ser refutado por aqueles que acreditam atingi-lo ao afirmar a existência de relação entre o Direito e a moral, por exemplo. Deve-se notar que chega Kelsen a admitir a moral, a política e os costumes como o conteúdo das normas jurídicas em determinadas circunstâncias:

Normas jurídicas gerais, cujo conteúdo corresponde aos princípios da Moral, Política ou Costume, podem ser produzidas não somente pela via legislativa como também por via de um Costume constituído pela permanente judicatura dos tribunais.¹⁶

Pode-se afirmar que houve – e há - tendências que trataram o Direito de modo redutor, afirmando que as demandas imediatas advindas do funcionamento interno e técnico-normativo dos ordenamentos jurídico conformariam a real e efetiva especificidade da esfera jurídica.¹⁷ No entanto, em verdade, não foi essa a posição kelseniana quanto ao campo jurídico, ao menos quanto à prática deste. O Direito, como tal, não é “puro”, de modo algum. Kelsen procura tratar deste último de modo “científico” com base em determinada concepção filosófica, o que faz com que a questão tenha que ser vista por outro ângulo quanto ao aspecto mencionado.

Dialoga o autor com o positivismo lógico e com o neokantismo, buscando uma consideração rigorosa (sob os critérios positivistas) do ordenamento jurídico enquanto objeto de estudo analiticamente separado das outras dimensões do ser social.¹⁸ Esse rigor do autor (que faz com que ele não seja atingido por críticas rasteiras) torna-o indissociável de uma tradição filosófica específica (o neokantismo e a filosofia da linguagem), a qual fora muito criticada, por exemplo, no seminal *História e consciência de classe* de György Lukács (sendo a questão retomada no testamento filosófico do autor, a *Ontologia do ser social*), por um autor como Heidegger em *Ser e tempo* e, enfim, por autores que buscam aprofundar o positivismo filosófico, como aqueles ligados à tradição da filosofia analítica. Aqui

¹⁵ Segundo Lukács, em nível europeu, somente “depois de 1848 a sociedade capitalista se apresenta já com toda a sua fealdade consumada” (LUKÁCS, György. *Aportaciones a la Historia de la Estetica*. Tradução por Manuel Sacristan. México: Grijalbo, 1965. p. 106)

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Cit., p. 146

¹⁷ Neste sentido, diz Tércio Sampaio Ferraz Jr, “sobretudo no último século [XIX] e até meados deste [XX] vem prevalecendo a ideia de que o direito-ciência é constituído de teorias sobre os ordenamentos jurídicos vigentes e suas exigências práticas.” (FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 82)

¹⁸ Para tratar da tessitura das dimensões do ser social, Cf. LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social II*. Tradução por Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

procuramos abordar a questão tendo como pano de fundo a compreensão lukacsiana – se as críticas que partem da filosofia analítica redundam em teorias como as de Dworkin¹⁹, que buscam trazer a teorização moral para o campo do Direito, e aquelas que partem de uma fenomenologia existencial de influência heideggeriana, com mediação de Gadamer, chegam a uma revalorização da hermenêutica,²⁰ nós, tal qual Lukács e Marx²¹, acreditamos ser preciso uma crítica à conformação objetiva do Direito; ao tratar da teoria kelseniana, e da relação entre o social e o jurídico no autor, procuraremos mostrar porque isso é necessário.

O embate com a teoria do Direito de extração kelseniana passa por um diálogo com a filosofia, certamente.²² Ao menos que se pretenda realizar um ataque rasteiro ao autor, ou (o que talvez signifique o mesmo para uma perspectiva que vise à totalidade do ser social), um ataque que se atenha ao “aspecto interno”²³ do Direito, isso se mostra essencial. Buscamos, assim, compreender a metodologia do autor da *Teoria pura do Direito* em sua tessitura fundamental. Para isso, pode-se começar apontando algo de grande importância – e que deveria ser uma obviedade, mas, infelizmente não é: Hans Kelsen não escreveu uma teoria do Direito puro, mas uma teoria pura do Direito; o problema primordial, pois, ao menos neste nível da análise, não está na efetiva posição deste autor sobre a realidade efetiva do Direito, mas no fato de ele colocar essa questão como um falso problema. Em Kelsen, a “pureza” diz respeito ao método. E, assim, é preciso buscar compreender como este último liga-se à consideração da realidade social, da perspectiva da teoria pura do Direito, como um problema não científico. É bom que se veja também como isso, nesta medida, conforma também uma posição frente à realidade, aquela segundo a qual não há critérios para se julgar como injusta determinada ordem – Kelsen, assim, aproxima-se de uma posição realista segundo a qual “tal pessoa diz: ‘sou contra essa regra porque ela é injusta’. O que deveria dizer é: ‘esta regra é injusta porque sou contra ela.’”²⁴ Trata-se de uma posição dotada de certo “realismo” político

¹⁹ Cf. MACEDO, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁰ Cf. MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*. Ed. Quartier Latin. São Paulo: 2003.

²¹ Cf. SARTORI, Vitor. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. São Paulo: Cortez, 2010.

²² Podemos concordar em parte com Porto Macedo Jr. quando esse diz que: “o debate contemporâneo sobre a teoria do direito tornou-se [...] em especial a partir da década de 80, um debate de natureza metodológica e epistemológica.” (MACEDO, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à cortesia*. Cit., p. 20) Como resta pelo que trazemos nesse texto, essas preocupações e a centralidade delas já estariam presentes em Hans Kelsen, antes de Hart e Dworkin, em quem o autor brasileiro se apoia para tirar suas conclusões. A abertura da teoria do Direito à filosofia e às questões de método, em nossa opinião, deve ser vista com cuidado em Kelsen, antes de se poder tratar do chamado “debate metodológico” entre Hart e Dworkin.

²³ Nossa referência ao “aspecto interno” remete à teorização do mesmo por Herbert Hart. Cf. HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Tradução por A. Ribeiro de Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003. Para um debate sobre a importância de Hart para a teoria do Direito contemporânea, Cf. MACEDO, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à cortesia*. Cit.

²⁴ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução por Edson Bini. Edipro: São Paulo, 2003, p. 320.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

e que conflui com o ceticismo quanto aos valores, a moral e às posições políticas a serem seguidos, é bom apontar.

O método kelseniano parte do pressuposto filosófico segundo o qual “nada sabemos de um mundo exterior de *coisas em si*, nada podemos disto saber nem utilizar.”²⁵ E, nesse sentido específico, há uma postura essencialmente anti-ontológica segundo a qual não só a coisa-em-si (*Ding-an-sich*) é incognoscível²⁶; seria preciso traçar os limites do conhecimento possível na ciência, não sendo a realidade efetiva, em sua tessitura real, um objeto válido, já que o mundo “exterior” não é passível de apreensão racional, tal qual em Hegel e, de modo distinto, em Marx, autores ligados à tradição dialética.²⁷ A posição kelseniana, pois, é aquela de uma espécie de idealismo subjetivo na medida em que o sujeito cognoscente apreende os fenômenos e, com o entendimento (*Verstehen*), o compreende; nunca, porém, podendo chegar a uma apreensão racional da objetividade e da realidade efetiva.²⁸ Esse pressuposto faz com que seja preciso traçar uma cisão entre as formas de ser (*Daseinformen*) e a sua apreensão pela atividade intelectual, aproximando-se tal concepção do agnosticismo quanto à realidade efetiva.²⁹

Essa postura fora criticada de modo decidido pelos autores que usamos como base aqui, Marx e Lukács, para quem “as categorias são formas de ser, determinações de existência (*Existenzbestimmungen*).”³⁰ E, é preciso dizer, uma posição anti-ontológica, caso se tenha os autores mencionados por base, em verdade, traz consigo, para o campo em que é efetiva, as

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 374

²⁶ Quando remetemos à ontologia aqui, temos em conta o significado que a expressão adquire em György Lukács: “o objeto [da ontologia] é o realmente existente; a tarefa é a de investigar o ente com a preocupação de compreender o seu ser e encontrar os diversos graus e as diversas conexões em seu interior.” (LUKÁCS, György. *Conversando com Lukács*. Traduzido por Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, p. 15)

²⁷ Aqui não podemos tratar da relação entre Marx e Hegel, bastando ressaltarmos com Lukács que a questão é complexa: “não é possível - ao contrário do que muitos imaginam - proceder à inversão materialista da filosofia hegeliana limitando-se à simples incorporação das exposições concretas de Hegel, colocando no lugar do idealismo o materialismo, substituindo o sujeito-objeto idêntico pela teoria do reflexo, etc.” (LUKÁCS, György. *Arte e sociedade*. Tradução por José Paulo Netto e Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 59)

²⁸ Nesse ponto específico, Kelsen parte de Kant, para quem “a nossa representação das coisas, tais como no são dadas, não se regula por estas, consideradas como coisas-em-si, mas que são objetos, como fenômenos, que se regulam pelo nosso modo de representação, tendo conseqüentemente que se buscar o incondicionado não nas coisas, na medida em que não as conhecemos, enquanto coisas-em-si.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 30)

²⁹ Cf. LUKÁCS, György. *História e consciência de classe*. Tradução por Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Para uma análise da questão ligada ao Direito, cf. ALMEIDA, Silvio Luís. *O Direito no jovem Lukács*. São Paulo: Alpha-omega, 2006.

³⁰ MARX, Karl. *Grundrisse*. Tradução por Martin Nicolaus. London: Penguin Books, 1993, p. 106. Partindo dessa passagem, diz Lukács que em Marx: “o ser categorial da coisa constitui o ser da própria coisa, enquanto nas velhas filosofias o ser categorial era a categoria fundamental no interior da qual se desenvolviam as categorias da realidade.” (LUKÁCS, György. *Diálogo sobre o Pensamento Vivido*. In: Ensaio 15-16. Tradução por Equipe Ensaio. São Paulo: Ensaio, 1986. p. 85)

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

impossibilidade de compreensão acerca do todo social, que envolve a relação recíproca entre campos que efetiva e ontologicamente são inseparáveis.

Vejam os como a questão se delinea. Partindo explicitamente de David Hume, diz o autor da *Teoria pura do Direito* que “um dever-ser não pode ser deduzido de um ser”.³¹ Poder-se-ia, considerando a assertiva de modo isolado, até certo ponto, concordar com ela. Com isso, estar-se-ia compreendendo que seria equivocado e apressado utilizar um raciocínio dedutivo ingênuo para apreender qualquer espécie de dever-ser a partir do ser. No entanto, é preciso perceber que o autor austríaco busca estabelecer uma cisão em que ser (*Sein*) e dever ser, na esteira da filosofia de matriz kantiana³², conformando as oposições enquanto antinomias. E, como bem apontou Lukács, já em *História e consciência de classe* sobre o tema aqui abordado: “o dever pressupõe, precisamente sob a forma clássica e pura que recebeu na filosofia kantiana, um ser ao qual, por princípio, a categoria do dever *não pode ser aplicada*”.³³ Na esteira do que se deu com o neokantismo, criticado por Lukács na passagem, tem-se em Kelsen uma muralha entre ser e dever-ser, os quais não podem se conformar enquanto momentos, reciprocamente relacionados, da práxis social – antes, aparecem como campos absolutamente incomunicáveis do ponto de vista do conhecimento do sujeito transcendental. Buscar apreender a continuidade entre as formas de ser e dever-ser (dotadas de descontinuidade relativa, segundo Marx e Lukács) seria algo impensável para um pensador como Kelsen, – com isso, o recurso à epistemologia de matriz neokantiana faz com que o autor austríaco adote uma postura agnóstica quanto à realidade efetiva; seu tratamento atém-se à apreensão racional de uma esfera específica do dever-ser, isolando-a de sua gênese e função social, enfatizando a razão pura ao isolá-la da razão prática.

Para que não pareça que atribuímos a Kelsen algo que efetivamente não diz, veja-se o que estipula o próprio autor em sua *Teoria geral das normas*, obra póstuma em que é explicitada a fundamentação filosófica kelseniana:

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. cit., p. 109. Complementa o autor: “de um ser não pode logicamente resultar um dever-ser. Só uma norma que está em vigor pode estatuir que, o que em regra costuma acontecer, também deve acontecer.” (KELSEN, Hans. *Idem*, p. 5)

³² E, talvez, não da totalidade da filosofia do próprio Kant, em que há, em obras como *Crítica da faculdade de julgar*, e mesmo na *Crítica da razão prática*, uma tensão entre a razão e a vontade (*Wille*) e, em um nível de maior concretude, entre a atitude científica e a normativa. O próprio Kelsen, coerente com suas premissas, chega a criticar Kant neste ponto: “o conceito kantiano de razão prática é, assim, o resultado de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, essencialmente diferentes uma da outra e também por Kant mesmo diferenciadas.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Cit., p. 101)

³³ LUKÁCS, György. *História e consciência de classe*, cit., p. 327.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

“Ser” e “dever-ser” são dois modos fundamentalmente diferentes um do outro. O que é e o que dever-ser e o conteúdo do ser e o conteúdo do dever-ser, são um substrato modalmente diferente.³⁴

Para Kelsen, o dever-ser pode ser apreendido pelo entendimento na medida em que decorre da vontade de um sujeito, e não da conformação objetiva do real; o ser (e a realidade efetiva), por seu turno, da perspectiva da teoria pura do Direito, é considerado como incognoscível, tratando-se de “substratos modalmente diferentes”, sendo somente um deles descrito de modo adequado pelo teórico do Direito. No que é preciso destacar que, na medida mesma em que Kelsen busca escapar da coisa-em-si kantiana (em parte com recurso a Hume, e com algum tom de ceticismo), ele trata do seu objeto de estudo enquanto algo dado, não havendo efetiva relação entre o sujeito cognoscente e o objeto do conhecimento – se, em Kant, o fenômeno, até certo ponto, é uma representação produzida pelo sujeito, em Kelsen tem-se uma concepção de ciência que faz com que possa haver uma apreensão, em verdade, pré-crítica³⁵ das normas jurídicas, desconsiderando a tensão entre razão e vontade presente na concepção kantiana de razão prática e de juízo³⁶: “como Ciência, a Ciência do Direito apenas pode conhecer e descrever normas a ela *dadas*, e não estabelecer normas, e não prescrever alguma coisa.”³⁷ Portanto, aquilo que propicia Hegel criticar o próprio kantismo (a relação entre a crítica e a totalidade da razão), em um primeiro momento, a partir de Kant é o que o jurista austríaco que aqui tratamos procura extirpar.³⁸ Ao invés de levar a cabo uma análise que considere o conteúdo concreto da forma jurídica, o que levaria a uma análise da realidade efetiva, e, de um modo ou doutro, do próprio capitalismo enquanto modo de produção social, Kelsen, conscientemente, para no meio do caminho, e decreta como científica justamente essa atitude contemplativa frente à realidade. E, como apontou Lukács já em *História e consciência de classe*, se a apreensão do real é vedada, não é possível ter como horizonte o conhecimento que se ligue à práxis transformadora, restando aquilo de “dado” à consciência como uma espécie de fantasmagoria, que é fetichizada por aquele, como o jurista, que lida com o real de modo formalista.

Hegel aponta algo sobre a apreensão da objetividade em Kant, e o mesmo, acreditamos, é válido, com as devidas mediações, para o método kelseniano:

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 246.

³⁵ Aqui se utiliza a noção de crítica no sentido kantiano.

³⁶ Sobre esse ponto da teoria de Kant, Cf. FEEMBERG, Andrew. *A meta-teoria da filosofia: a formulação de Lukács*. Tradução por Vitor Bartoletti Sartori. In: Verinotio: Revista On Line de Educação e Ciências Humanas, nº 16. Belo Horizonte: 2014.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Cit., p. 195.

³⁸ Cf. HEGEL, Georg. *Introdução à história da filosofia*. Tradução por Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

[Ela] exprime o objeto na medida em que se *abstrai* de tudo o que ele é para a consciência, de todas as determinações do sentimento, como de todos os pensamentos determinados [a respeito] do objeto.³⁹

No autor da *Crítica da razão pura*, a objetividade é vista isolada de suas determinações (que, para Hegel, diferentemente de Marx⁴⁰, também são as determinações do sujeito, é bom apontar) – deste modo, é estabelecido um abismo entre sujeito e objeto na medida mesma em que Kant, em verdade, não deixa de focar o lado ativo da consciência. Marx, nas *Teses sobre Feuerbach*, destaca “o lado *ativo*, em oposição ao materialismo, [ter sido] abstratamente desenvolvido pelo idealismo”⁴¹, inclusive por Kant. Isso se dá, porém, na medida em que o objeto (*Objekt*) kantiano é algo abstrato e que, por estar separado – na atividade sensível – da atividade consciente do homem, aparece como algo carente de historicidade e de processualidade. Assim, se em uma posição dialética justamente por sujeito e objeto serem distintos há indissociabilidade entre eles⁴², para a Kant, e para Kelsen, a diferença traz consigo a impossibilidade de uma unidade entre identidade e diferença, conformada na contradição.⁴³ Nesse sentido, Kant, e, em sua esteira e de modo mais gritante o autor da *Teoria pura do Direito*, estão ao menos um passo atrás de Hegel e de uma concepção dialética. Os autores que aqui usamos como base, Marx e Lukács, em parte considerável, partem (em meio a um diálogo crítico) da relação entre a identidade e da diferença, da continuidade e da descontinuidade, desenvolvida por Hegel. E, em Kelsen, ao contrário do que se dá em pensadores de extração dialética, tudo que está interdito ao pensar é superar (*aufheben*) tais oposições estanques, relacionando-as enquanto

³⁹ HEGEL, Georg. *Enciclopédia das ciências filosóficas, V. I, A ciência da lógica*. Traduzido por Paulo Menezes. São Paulo, Loyola, 2005. pp. 114-115.

⁴⁰ Cf. LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social I*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho, Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.

⁴¹ MARX; Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia Alemã*, cit., p. 533.

⁴² Sobre o assunto, aponta Marx, após mencionar que “um ser-não objetivo é um não-ser” (MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Cit., p. 127), diz que “um ser que não tenha nenhum objeto fora de si não é nenhum ser objetivo. Um ser que não seja ele mesmo objeto para um terceiro ser não tem nenhum ser para seu objeto, isto é, não se comporta objetivamente, seu ser não é nenhum [ser] objetivo.” (MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Cit., p. 127) Para o tratamento da questão com base em Lukács, Cf. SARTORI, Vítor. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. Cit.

⁴³ Identidade, diferença e contradição conformam aquilo que Hegel chamou de determinações reflexivas e que foi retomado por Marx e por Lukács. Sobre ela, bem aponta Chasin: “se trata, obviamente, de uma figura que se manifesta no interior do processo de articulação, quando o foco recai em pares ou conjuntos de categorias cuja conexão é indissolúvel, de tal modo que a apreensão efetiva de cada um de seus membros depende da apreensão recíproca dos outros.” (CHASIN, José. *Marx: Estatuto Ontológico e Resolução Metodológica*, cit., p. 135)

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

determinações reflexivas (*Reflexionsbestimmungen*), que, para a dialética, são compreensíveis de modo relacional na totalidade social e da realidade efetiva.⁴⁴

Ao se tratar da objetividade de modo “abstrato”, como em Kelsen, perde-se – segundo uma apreensão dialética, a qual aqui seguimos - qualquer pretensão de conhecimento efetivamente racional⁴⁵, restando uma posição agnóstica quanto à conformação dos entes-em-si (*Ansichseienden*), sendo que esses últimos compõem o ser da totalidade das relações nas quais os homens se conformam em sua vida cotidiana (*Alltagsleben*) e na produção de sua base real de existência. Se para a dialética essa base é o essencial (até mesmo para se poder pensar na transformação real e efetiva da realidade), o oposto se dá em Kelsen. Para ele, resta uma atitude contemplativa frente ao real quando o último é tomado como dado e é visto enquanto um falso problema.

2. A RAZÃO EMPOBRECIDA, O SOCIAL E O POLÍTICO: O SUBSTRATO INDIFERENTE

Em Kelsen, a razão é, por assim dizer, empobrecida.⁴⁶ A especificidade das esferas do ser social⁴⁷ – calcada também na diferença entre cada esfera – é vista enquanto algo apreensível de modo isolado no autor austríaco. Kelsen sabe que, na realidade efetiva (embora veja esta como um “falso problema”), há uma relação indissociável entre Direito, moral, costumes e os mais diversos campos da prática social. Sua metodologia, porém, leva-o a considerar tal relação como algo ligado ao campo da efetividade, e não ao campo da ciência, de uma teoria pura. E isso significa que aquilo que, do ponto de vista materialista, realmente dá base ao Direito⁴⁸ é visto como algo abstrato e indiferenciado – da “cientificidade” mesma da teoria pura do Direito, que busca o peculiar ao campo jurídico, tem-se a indiferenciação absoluta do conteúdo político-social presente na práxis permeada pelo complexo jurídico.

⁴⁴ Um autor como Lukács aponta que “o único interesse da razão é o de ir além desses contrários ossificados” (LUKÁCS, György. *História e consciência de classe*. Cit p. 295) Para uma análise do Direito na obra, Cf. ALMEIDA, Silvio Luís. *O Direito no jovem Lukács*. Cit.

⁴⁵ LUKÁCS, György. *El Asalto a la Razón*. Cit.

⁴⁶ Sobre esse empobrecimento da razão, Lukács aponta grandes méritos em Hegel. Neste sentido, pode-se dizer que o pensamento kelseniano está muito aquém daquele de Hegel: “em face do caráter contraditório inerente ao ser histórico-social, a filosofia dispõe de três alternativas. A primeira delas é reduzir e empobrecer a razão, para que o reino da burguesia possa continuar aparecendo como reino da razão; a segunda é considerar a realidade irracional. [...]. Com Hegel se apresenta uma terceira alternativa, um *tertium datur*: se, em presença das contradições, a primeira alternativa busca escapar a elas, volatizando-as, e a segunda se refugia na negação da razão, Hegel coloca resolutivamente as contradições no centro da filosofia.” (LUKÁCS, György. *jovem Marx e outros escritos filosóficos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho e José Paulo Netto. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007, p. 42)

⁴⁷ Cf. LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social II*. Cit.

⁴⁸ Cf. SARTORI, Vitor Bartoletti. Lukács e a crítica ontológica ao Direito. Cit.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

Enquanto autores como György Lukács valorizam as determinações reflexivas tratadas por Hegel, afirmando a necessidade de se apreender a especificidade de cada esfera do ser social na medida mesma de sua indissociabilidade em relação às outras esferas e ao todo social, o mesmo não se dá, nem pode se dar, em alguém como o autor da *Teoria pura do Direito*. Se para o autor da *Ontologia do ser social* é preciso “afirmar, teórica e praticamente, a prioridade do conteúdo político-social em relação à forma jurídica”,⁴⁹ o jurista austríaco diz que, do ponto de vista da ciência jurídica, esse conteúdo não é mais que um “substrato modalmente indiferente da conduta existente na realidade”:

O que pode ser dito da relação do dever-ser de uma conduta determinada sobre o ser desta conduta [...] é que o substrato modalmente indiferente da conduta existente na realidade se parece com o substrato modalmente indiferente da conduta devida no comando, na norma; não, porém, que o dever-ser é ‘dirigido’ para o ser.⁵⁰

Kelsen, assim, não nega que o conteúdo específico posto pela atividade teleológica do sujeito, e presente no ato de vontade autorizado que produz determinada norma jurídica, seja indiferente ao aspecto político social. Antes, afirma que um conteúdo “parecido”, presente no dever-ser, pode, de certo modo, estar presente no campo do ser também. É infundado acusar o autor de negar a existência de um substrato social às normas, pois. Ao mesmo tempo, é preciso apontar que esse último é “modalmente indiferente”, e mais: há uma cisão traçada pelo autor austríaco. Não se trataria propriamente de um mesmo conteúdo, que seria transplantado com a mediação do ato de vontade concreto. Antes, haveria dois “substratos modalmente indiferentes” e eles, na melhor das hipóteses, seriam “parecidos”; tudo que o autor busca evitar, pois, é uma compreensão dialética em que ser e dever-ser são momentos da constituição objetiva da realidade efetiva apreendida em sua totalidade.⁵¹ Sua metodologia assim supõe. O pôr teleológico que se constitui com a mediação do ato de vontade não seria, nem poderia ser, dirigido ao ser social – tratar-se-ia, para Kelsen, de campos absolutamente distintos, do ponto de vista cognitivo e epistemológico. O modo como é efetiva determinada norma na realidade social, até mesmo como um requisito para uma cientificidade digna de respeito, seria estranho à teoria do Direito, a qual, enquanto teoria⁵², só trata de um campo

⁴⁹ LUKÁCS, György. *O jovem Marx e outros escritos filosóficos*, cit., p. 57

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 247.

⁵¹ Cf. SARTORI, Vitor Bartoletti. Cit.

⁵² No campo do querer, do ato de vontade, haveria influência, por vezes decisiva, de aspectos oriundos do campo do ser, ou mesmo de outras esferas do dever-ser. Porém, para o autor da *Teoria pura do Direito*, do ponto de vista científico, do pensar, essas influências não são nem podem ser decisivas. Como diz o autor: “pensar e querer são duas funções anímicas inteiramente diferentes uma da outra.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 421)

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

específico do dever-ser, isolando-o da realidade efetiva e dos outros campos ligados à constituição do aspecto normativo da práxis social da sociedade civil-burguesa. Essa última, assim, aparece também como “dada”.

Vejamos, assim, o que comenta o autor da *Teoria pura do Direito* sobre a relação entre Direito, moral e política, do ponto de vista da teoria pura:

Não se pode falar de uma “transformação” da Moral ou da Política Social em Direito. Moral e Política Social de um lado, e Direito de outro, são *diferentes planos de dever-ser ou diferentes esferas de norma*.⁵³

Ao tratar do conteúdo político social como algo disforme, do ponto de vista interno à teoria do Direito, tem-se por possível a ausência de continuidade na descontinuidade: Kelsen admite a diferença entre distintas esferas que permeiam a atividade teleológica humana a fim de conformar normas e, neste sentido, possui méritos inegáveis ao procurar a especificidade de cada esfera. Ao mesmo tempo, porém, tal diferença é hipostasiada e, assim, o movimento interno de cada esfera do ser social parece ser compreensível sem referência aos outros complexos e à própria reprodução da sociedade. A atividade sensível, destacada por Marx em suas *Teses sobre Feuerbach*, aparece, na melhor das hipóteses, como algo de um “substrato modalmente indiferente”, não sendo possível ao autor da *Teoria pura do Direito* estabelecer qualquer relação entre a dinâmica e o movimento engendrado na práxis social e a configuração de dado ordenamento jurídico. A moral, por exemplo, pode influir a atividade legiferante; porém, ela (ou seu conteúdo) não seria “transformada” em Direito, pois o sentido da norma e a vontade da autoridade competente para a produção de normas aparecem como algo, epistemologicamente, segregados, como modalmente distintos.⁵⁴

A dicção kelseniana não dá margem a engano: trata-se de uma substância a qual, em si, é carente de determinações, do ponto de vista epistemológico.

No autor, pois, de um lado, tem-se a ênfase na diferença, doutro, o substrato modalmente indiferente, em que não haveria como se tratar da identidade e da não-identidade, bem como da continuidade e da descontinuidade em suas relações recíprocas. Ao buscar a especificidade de cada esfera, vai-se à fetichização da diferença e da descontinuidade, inviabilizando qualquer compreensão relacional da realidade.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 153

⁵⁴ Como diz o autor: “o ato é um ser, a norma um dever-ser. Na Ciência do Direito esta distinção é perfeitamente corrente. O ato legiferante, o processo legislativo que pode compor-se de uma pluralidade de atos, distingue-se claramente da lei – como se exprime figurativamente – que é seu ‘produto’, por ele é ‘produzida’ - manifestada sem auxílio de uma metáfora – e que é seu sentido.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 194).

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

Tem-se, em verdade, da perspectiva que aqui adotamos, uma descrição estilizada do fato de a vontade da autoridade competente para a produção de normas jurídicas, em seu desenrolar, colocar-se como estranha (*entfremdet*) àquele que a produziu, o que é indissolúvel de uma posição que toma como suposta e dada uma forma de sociedade específica, aquela em que os produtos da atividade humana voltam-se contra os homens mesmos. As normas jurídicas, na medida mesma em que decorrem da vontade dos homens, colocam-se contra os atos desses como uma potência estranhada (*entfremdet*) posta, em verdade, na objetividade da sociedade civil-burguesa.⁵⁵ Deste modo, parece a Hans Kelsen ser possível separar de modo claro o ato de vontade, alocado no plano do ser, do sentido deste ato, cujo *locus* estaria no dever-ser – do fato de tais esferas se conformarem como planos antagônicos, até certo ponto, na sociedade capitalista⁵⁶, Kelsen retira um postulado geral de sua epistemologia. Neste sentido, tendo o conteúdo político-social como um substrato modalmente indiferente, relações reais de poder presentes na sociedade civil-burguesa aparecem, não como o resultado de conflitos concretos entre as distintas classes sociais, mas como algo (mesmo que não explicitamente mencionado) inerente à estrutura mesma da norma jurídica:

Uma ordem, e principalmente uma ordem como norma, pressupõe dois indivíduos: um que ordena, que dá a ordem, fixa a norma, e um outro, ao qual a ordem é dirigida, ao qual alguma coisa é imposta, um indivíduo cuja conduta a norma prescreve, estabelece como devida.⁵⁷

Na passagem, o autor da *Teoria pura do Direito* trata da norma de modo geral e, ao menos em sua concepção, universal. Isso se dá na medida em que abstrai desta todo o “substrato indiferente” de sua conceituação, procurando estabelecer as determinações essenciais de uma norma. Têm-se, assim, na estrutura da norma mesma, alguém que “ordena” e alguém que tem como prescrita e devida determinada conduta. Ao tratar do Direito, assim, é de se admitir que teríamos a autoridade estatal e os cidadãos (confirmados como sujeitos de direito) como supostos para que se possa falar de uma norma jurídica. E, de modo coerente com sua teoria, Kelsen não trata da emergência e do desenvolvimento do Estado e da noção de cidadania (algo essencial para Marx e Lukács); antes, toma-os, nesse ponto de sua obra, como um substrato indiferente - se uma abordagem materialista destaca a importância da conformação objetiva da base sócio-política de determinado complexo, a abordagem kelseniana, fundamentada na cisão entre cada esfera do ser e do dever-ser, descarta tal

⁵⁵ Cf. SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. Cit.

⁵⁶ Cf. LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social II*. Cit.

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., 1986, p. 37

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

abordagem no campo da teoria do Direito. Acontece, porém, que o autor austríaco não para por aí. Antes, destaca que os pressupostos da configuração objetiva do Direito não são, em verdade, senão fruto do próprio Direito – diz, nesse sentido, sobre o conceito de Estado: “o conceito sociológico [...] pressupõe o conceito jurídico, e não vice-versa.”⁵⁸ A conceituação acerca do Direito aparece como logicamente anterior à conceituação do Estado. Ou seja, de uma epistemologia de extração neokantiana que procura tratar o “objeto” Direito em sua “pureza” vai-se à concepção do aparato estatal enquanto algo que decorre da estrutura jurídica, e não da práxis social, o que, ontologicamente, é uma mistificação. A “pureza”, assim, torna os conflitos sociais um “substrato modalmente indiferente”.

A rigor, na teoria do Direito (e do Estado) kelseniana não é o Direito propriamente um fruto da atividade estatal, uma atividade política. Do ponto de vista epistemológico, haveria uma barreira intransponível entre um campo e outro – poderia, claro, a política influenciar na criação do Direito, mas esse último não seria um produto estatal nesse sentido específico. Antes, “a afirmação de que o Direito é criado pelo Estado significa apenas que o Direito regulamenta sua própria criação.”⁵⁹ O que prevalece, segundo Kelsen, é o caráter jurídico de qualquer ato que seja mediado pela esfera estatal e, assim, o momento preponderante (*übergreifendes Moment*) nas interações sociais, como tratadas por Kelsen, certamente é o jurídico.⁶⁰ Se o autor admite a influência de outros campos, isso só se dá na medida em que faz um recorte em que o momento composto pelo complexo jurídico tem estatuto diferenciado. De uma posição de “método”, pois, vai-se em direção a uma compreensão acerca da tessitura do real; mesmo que se diga que a realidade efetiva é um “falso problema”, uma posição concreta sobre ela aparece de modo pungente, e justamente nos momentos em que parece ser menos evidente. Na medida mesma em que pretende somente descrever os ordenamentos jurídicos vigentes, buscando uma “teoria do Direito positivo em geral”, Kelsen tem como substrato relações sociais concretas as quais, ao final, são vistas por lentes jurídicas e, até certo ponto, deformadoras.⁶¹

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 264.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 285.

⁶⁰ Lukács aponta que “nenhuma interação real (nenhuma determinação da reflexão) existe sem momento preponderante.” (LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social I*. Cit., p. 334) Não concorda com Kelsen partindo da teoria marxiana segundo a qual o momento predominante da reprodução do ser social é a produção da realidade efetiva, tratando-se da produção social como “o ponto de partida efetivo, [...] o ato em que todo o processo transcorre novamente.” (MARX, Karl. *Grundrisse*. Tradução por Mario Duayer. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 49).

⁶¹ Cf. SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. Cit.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

Tem-se, assim, uma inversão idealista característica: na teoria kelsenina, não é o Direito que aparece como fruto do conteúdo político-social, que se conforma na práxis dos homens, mas este conteúdo que aparece como algo subordinado à forma jurídica.

Com razão, o autor austríaco critica tomar o Estado como uma personificação hipostasiada; no entanto, para a crítica de tal aspecto enganoso, ele tem o Direito como momento preponderante desse conjunto de relações, cuja base, em verdade, de nossa perspectiva, calcada em Marx e em Lukács, encontra-se justamente naquilo que Hans Kelsen não trata: no “substrato indiferente”. Diz o autor austríaco:

Imaginamos por trás do Direito a sua personificação hipostasiada, o Estado, a divindade do Direito. O dualismo de Direito e Estado é uma superstição animista. O único dualismo legítimo aqui é o de validade e eficácia da ordem jurídica. Mas essa distinção [...] não nos autoriza a falar do Estado como um poder separado da ordem jurídica por trás dela.⁶²

Com razão, critica-se o hipostasiar o Estado. Não se pode, certamente, tratá-lo como algo dado e com uma sustentação em si mesmo. No entanto, o passo dado por Kelsen, que tem como suposto seu método e sua posição sobre a coisa-em-si, não é, para uma abordagem dialética, em absoluto, legítimo. Pode-se concordar que o Estado não figura como um Deus criador que teria as normas jurídicas por sua criatura; com isso, tratar-se-ia, efetivamente, de dar uma vida autônoma e uma espécie de alma, a algo que só tem sua existência real e efetiva por meio de relações sociais concretas; e, assim, é possível concordar que, no cotidiano, o campo estatal aparece com algo de animista. Daí não decorre, porém, que somente o Direito regulamenta sua própria criação – dizer isso seria ficar na superfície das coisas; há um invólucro jurídico nas relações que permeiam o Estado, mas ele não é nem o momento preponderante nem é aquilo decisivo para que se trate da regulação jurídica.⁶³ Em verdade, o “substrato indiferente” é essencial para tratar disso. Sob pena de se ater a um formalismo que não é só estéril e tautológico (uma norma jurídica é aquilo que é produzido de acordo com as normas jurídicas), mas também traz consigo certa supervalorização do Direito, deve-se ter isso em mente. E, vale mesmo acrescentar que, se Kelsen critica a aparência transcendente do Estado, pouco diz sobre a fetichização do Direito que, quer queira, quer não, pratica ao passo que, talvez, como aponta Engels sobre o discurso jurídico: “trata-se da secularização da visão teológica. O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a igreja pelo

⁶² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado, cit, p. 275.

⁶³ Cf. SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. Cit.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

Estado.”⁶⁴ A fetichização do Estado não só é inseparável do Direito; ela decorre, em meio à reprodução da sociedade civil-burguesa, da “visão jurídica de mundo”, inseparável da emergência, consolidação e desenvolvimento da burguesia enquanto classe dominante na sociedade moderna.⁶⁵

As relações sociais que são permeadas pelo Direito, vistas enquanto algo de um “substrato indiferente”, aparecem em Kelsen, *tout court*, como jurídicas. E, nesse sentido específico, se o esforço kelseniano para apreender o fenômeno jurídico em sua especificidade é digno de valoração, é preciso notar que, em seu texto mesmo, a confusão entre as distintas esferas do dever-ser, que o autor critica (como a confusão entre Direito e moral, e a confusão entre Direito e política, por exemplo) entra pela porta dos fundos na medida em que o “substrato” que compõe essas esferas é visto como “indiferente”. De um lado, pois, tem-se – “cientificamente” estruturada de modo positivista – a busca pela diferença; doutro, aparece a aceitação de algo como um “substrato indiferente” que comporia, ao menos do ponto de vista de uma *tertia pura*, o conteúdo concreto do Direito. É verdade que não se tem em Kelsen a busca de qualquer “Direito puro”, isso não se pode negar. No entanto, igualmente verdadeiro é que, como outra face da teoria pura, tem-se a indiferença quanto a todas as “impurezas”.

E, neste sentido, o Direito é compreendido de modo demasiadamente abstrato, tendo-se todo conteúdo por possível e enxergando qualquer espécie de regulamentação “globalmente eficaz” como um ordenamento jurídico. Veja-se: não dizemos aqui que um Direito como o nazista não seja “Direito” por não ser “justo” – não seguimos a orientação de um Radbruch, por exemplo. Ressaltamos somente que os limites históricos do fenômeno jurídico não são passíveis de apreensão quando se vê o campo jurídico pelo viés kelseniano e, neste sentido específico, a metodologia de Kelsen é ahistórica e, em verdade, vem a tonar certo “substrato modalmente indiferente da conduta devida no comando” como algo natural e evidente. Tem-se, pois, certo “realismo” quanto ao conteúdo jurídico, e esse “realismo” se conforma na aceitação acrítica, ao menos ao se tratar do Direito de modo “científico”, da sociabilidade vigente.

A posição concreta presente na teoria kelseniana é aquela de aceitação da ordem sociometabólica vigente em qualquer momento. No entanto, criticar o autor por isso, até certo ponto, não basta na medida em que as pretensões de sua teoria não passam sequer pelo tratamento da realidade efetiva. Assim, neste momento, é preciso ver como que, na medida

⁶⁴ ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. Tradução por Márcio Naves e Livia Cotrim. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 18.

⁶⁵ Cf. ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. Cit.

mesma da pureza da teoria kelseniana, tem-se como possível uma visão instrumental do Direito, que o torna prisioneiro de preferências políticas e ideológicas dos operadores do Direito. O modo como a razão é compreendida pelo autor austríaco faz com que a abstração de uma teoria geral do Direito (em sua dicção, de uma teoria pura do Direito) conviva com o mais crasso imediatismo da prática diuturna manipulatória.⁶⁶ Justamente na medida em que o conteúdo concreto que permeia a mediação entre a norma geral e a norma individual é desconsiderado enquanto objeto de uma teoria do Direito (Kelsen diz tratar-se de um ato de vontade, mas não aprofunda a questão com cuidado), tem-se no “substrato indiferente” algo essencial, mesmo para a compreensão do fenômeno jurídico do “ponto de vista interno”.

3. A “PUREZA” E O “SUBSTRATO MODALMENTE INDIFERENTE”: NORMATIVISMO E DECISIONISMO COMO DUAS FACES DO MESMO FENÔMENO

Esse último ponto foi tratado insistentemente por Ronald Dworkin em relação à teoria do Direito. O autor buscou expandir o objeto da última, ressaltando a indissociabilidade entre Direito e moral, sendo, também por isso, muito estudado hoje em dia.⁶⁷ Aqui, porém, não trataremos da questão neste importante autor que, entre outras coisas, estima muito a função do próprio jurista na busca de soluções para as questões que são mediadas pelo Direito. Não abordaremos aqui o autor de *Levando os direitos a sério* não só por acharmos sua solução insatisfatória enquanto alternativa ao positivismo normativista de Kelsen (sua teoria foi elaborada, sobretudo, em diálogo com a teoria de Herbert Hart e em um contexto diferente), mas porque seria preciso – assim como realizamos rapidamente no autor da *Teoria pura do Direito* – uma análise da fundamentação filosófica utilizada por Dworkin na esteira de Hart.⁶⁸ O espaço que temos aqui é pequeno, de modo que nos contentaremos, nessa última parte de nosso escrito, em traçar o modo como enxerga Kelsen os “princípios” que permeiam a prática jurídica – com isso, pretendemos mostrar que o autor austríaco não tem de modo algum uma posição ingênua quanto à relação entre moral e a esfera jurídica, ao mesmo tempo em que

⁶⁶ Cf. LUKÁCS, György. Cit.

⁶⁷ Veja-se o que diz o autor: “uma teoria geral do Direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Sua parte normativa deve examinar uma variedade de temas, indicados na relação que segue. Ela deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei. Essas três teorias tratam das questões normativas do Direito, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XIII-IX).

⁶⁸ Em uma perspectiva distinta, Cf. MACEDO Jr, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia. Cit.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

abre espaço para uma visão essencialmente irracionalista da decisão judicial.⁶⁹ Para tal análise, convém começarmos com uma passagem que mostra, de modo decidido, como o “substrato indiferente” aparece em meio à teoria kelseniana.

Os fascistas declaram-na liberalismo democrático. Os democratas liberais ou socialdemocratas consideram-na um posto avançado para o fascismo. Do lado dos comunistas é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desclassificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. Seu espírito é, asseguram muitos – aparentado à escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintas da teoria protestante do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísmo. Em suma, não há qualquer orientação política de que a *Teoria pura do Direito* não tenha se tornado suspeita. Mas isso só precisamente demonstra, melhor que ela própria o poderia fazer, a sua própria natureza.⁷⁰

Aqui não trataremos da pertinência de qualquer dessas críticas endereçadas à *Teoria pura do Direito*. Notamos, porém, que se tem uma relação dúplice com a determinação social⁷¹ das formações ideias em Kelsen: de um lado, o autor não nega que o Direito possa ter a influência de qualquer posição política e ideológica; doutro, justamente por sua teoria poder ser acusada de todas as formas possíveis, seria ela isenta de qualquer determinação social. Não há uma negativa quanto à influência do substrato social, pois. Esse, porém, é visto somente enquanto algo modalmente indiferente, do ponto de vista epistemológico. A duplicidade da questão, pois, aparece na medida em que, justamente por poder servir a qualquer ideologia e política, a teoria pura do Direito tem sua pureza. Ela é alheia à política e à ideologia justamente por poder servir a quaisquer políticas e ideologias. A descrição do “Direito positivo em geral” assim suporia, tendo-se, não uma versão do positivismo que exclua toda e qualquer papel da moral, da política, da ideologia, no desenvolvimento e na produção do ordenamento jurídico, mas uma teoria que admite essa função mas que, coerente com o método adotado, trata-a como algo que escapa àquele que trata da teoria do Direito.

Ter-se-ia algo distinto do fenômeno jurídico e, por isso, em um tratamento científico, não seria analisável em conjunto com o Direito. Enquanto a teoria do Direito o descreve, essas outras esferas do dever-ser prescrevem algo ao campo jurídico: “definir o que e como o

⁶⁹ A afirmação de Pachukanis, assim, pode ser considerada correta com as devidas ressalvas: diz o autor: “o formalismo extremo da escola normativista (Kelsen) exprime, sem dúvida alguma, a decadência geral do mais recente pensamento científico burguês, que se dissipa em artifícios metodológicos e lógico-formais estereis, ao glorificar seu total afastamento da realidade.” (PACHUKANIS, Evgeny. *Teoria geral do Direito e o marxismo*. Tradução por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 37) Se pensamos no método kelseniano, Pachukanis acerta; porém, não se pode considerar que o autor da *Teoria pura do Direito* vai, ao final, buscar um Direito que se afaste da realidade, pois sabe ele não ser isso possível.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Cit., p. XV.

⁷¹ Para um tratamento cuidadoso da determinação social, Cf. MÉSZÁROS, István. *Estrutura social e formas de consciência II*. Cit., bem como LUKÁCS, György. *El Asalto a la razón*. Cit.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

Direito deve ser, é *Política* do Direito, não *Ciência* do Direito.”⁷² Haveria, pois, ao lado da ciência do Direito, uma política do Direito de tal modo que, sem dúvida, o autor da *Teoria pura do Direito* admite um uso “progressista” – ou “reacionário” - da esfera jurídica, admitiria mesmo um uso “socialista” do mesmo. Uma posição que ataque Kelsen por, supostamente, não admitir a influência dos interesses classistas e das ideologias políticas na constituição objetiva do Direito como se conforma na realidade efetiva erra o alvo. Como mencionamos antes, caso se queira traçar uma crítica coerente e imanente a Kelsen, vale mais a pena buscar a consistência de seu pensamento para que, somente então, seja possível averiguar como este, enquanto uma formação ideal, tem uma função e uma gênese no próprio real.

O problema da teoria do autor, assim, não é tanto negar a relação existente entre o fenômeno jurídico e as contradições que marcam a sociedade; ele não o nega. A verdadeira questão é buscar compreender como, ao tratar esse fato como um falso problema para a teoria pura do Direito, o autor conforma determinada posição concreta frente ao real. O autor austríaco não concordaria com Ross quando este diz que se tem no Direito “o método da ciência moderna, que, mediante a interpretação matemática constrói um controle intersubjetivo para elevar o conhecimento acima da experiência individual.”⁷³ Kelsen, em verdade, busca um método próprio ao Direito, um método da própria teoria do Direito, não sendo sequer a lógica aplicável ao mesmo na medida em que para a produção de uma norma sempre haveria a mediação da vontade (que deteria sempre algum grau de arbitrariedade). Ou seja, a lógica seria aplicável para enunciados sobre a verdade ao passo que, no Direito, tem-se em tela a questão da validade, da produção de uma norma por meio de um ato de vontade competente estatuído mediante uma norma superior (o Direito sendo produzido pelo próprio Direito). Uma teoria do Direito, pois, deveria obedecer às leis da lógica, devendo suas descrições e seus enunciados ser verdadeiros; no entanto, o mesmo não se poderia dizer para uma norma:

As proposições da Ciência do Direito não são normas; a Ciência do Direito, como Ciência, i.e, como função do conhecimento, não é competente para estatuir normas que sejam obrigatórias para os destinatários das normas. As proposições da Ciência do Direito são, como as proposições de todas as Ciências, enunciados, descrições e, como tais, o sentido de um ato de pensamento. São enunciados sobre normas; e como enunciados precisam ser diferentes das normas que são seu objeto. Pois enunciados, como sentidos de atos de pensamento, são verdadeiros ou falsos, mas normas que, como o

⁷² KELSEN, Hans. Teoria geral das normas, cit., p. 410.

⁷³ ROSS, Alf. *Direito e justiça*, cit., p. 275.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

sentido de atos de vontade, são, em primeiro lugar, prescrições, nem são verdadeiras nem falsas, e sim válidas ou não válidas.⁷⁴

Para Kelsen, trata-se de buscar o fundamento de validade de uma norma, e isso deve ser feito na medida em que há uma cisão entre os “atos de pensamento” e os “atos de vontade”; somente assim se está no terreno do Direito e, complementa o autor: “o fundamento de validade de um dever-ser não pode constituir um ser e sim somente um dever-ser.”⁷⁵ Deste modo, os enunciados científicos são verdadeiros e não devem se contradizer⁷⁶, ao passo que a conformação concreta do ordenamento jurídico sequer admite o princípio lógico da não-contradição na medida em que “um conflito de normas não é uma contradição lógica e, em geral, nada que possa ser comparado com uma contradição lógica.”⁷⁷ No que se deve apontar, também aqui, que o rigor com o qual a teoria pura do Direito é construída tem como correlato um “realismo” pungente no que toca o “substrato indiferenciado”: esse último não é objeto de uma ciência do Direito, mas de uma política do Direito, a qual o autor austríaco, em tese, não busca elaborar.

E, assim, chega-se a um ponto do texto em que é preciso remeter, mesmo que rapidamente, a uma questão pungente na teoria do Direito contemporânea, especialmente, devido à influência exercida por Ronald Dworkin acerca da distinção entre “regras” e “princípios”.⁷⁸ Trata-se de ver até que ponto é, para Kelsen, a decisão arbitrária no “sentido forte”, segundo o qual não haveria critérios a serem seguidos no processo decisório. Trata-se de relacionar tal questão com sua metodologia e com a distinção que o autor traça entre o Direito e os outros campos do dever-ser, como a moral, a política e os costumes. É bom, assim, perceber que há uma ligação entre o normativismo kelseniano e certo “realismo”; ao mesmo tempo, porém, não se tem absoluta arbitrariedade, buscando-se descrever os critérios adotados na decisão.

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., pp. 240-241.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 495.

⁷⁶ Como diz Kelsen: “enunciados são verdadeiros ou falsos, são o sentido de atos de pensamento. Normas são, porém, o sentido de atos de 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 esses sejam relacionados com verdade ou falsidade.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 263).

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 159.

⁷⁸ Grosso modo, para Dworkin, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 39) Para outro autor contemporâneo, e de grande influência, a questão se coloca na medida em que princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, Robert. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90)

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

Um primeiro aspecto a ser destacado sobre a questão é que, para o autor austríaco, “não se pode falar, especificamente, de uma Lógica ‘jurídica’”.⁷⁹ E, assim, não se referindo a lógica à validade, e, sim, à verdade; tem-se que a lógica, com o famigerado exercício do silogismo jurídico, não é, em si, aplicável ao Direito. Nesse sentido, há algo de essencial (e ligado ao “substrato modalmente indiferente”) à conformação do Direito e que passa pelo ato de vontade; ao mesmo tempo, porém, as antinomias traçadas por Kelsen são fundamentais nesse ponto, já que a cisão entre vontade e pensamento se faz presente quando, segundo o autor, “a proposição cuja significação é um enunciado, descreve alguma coisa. É verdadeira ou falsa; [...]. A proposição cuja significação é uma norma prescreve alguma coisa. Não é verdadeira nem falsa.”⁸⁰ Neste sentido específico, a metodologia kelseniana é inseparável de sua conclusão segundo a qual “a decisão judicial não é uma conclusão lógica, mas uma vez proferida, a norma individual é posta em vigor, e se fundamenta na validade de norma jurídica geral a ser aplicada ao caso concreto.”⁸¹ Ou seja, não há algo como um silogismo lógico a ser “aplicado” de modo frio, neutro e calculista na medida mesma em que há uma muralha entre enunciado normativo e a própria norma – o primeiro, elaborado na ciência do Direito, descreve o “conteúdo indiferenciado” das normas de um ordenamento jurídico enquanto a última pode ter influências das mais diversas esferas do ser social, mas, sempre, se tratada de modo científico, deveria somente ser descrita, já que política do Direito e ciência jurídica muito se diferenciariam.⁸²

No que, agora, é preciso que se veja que o autor da *Teoria pura do Direito* não é totalmente indiferente quanto àquilo que dá conteúdo às normas jurídicas:

A decisão judicial de um caso concreto, a qual não é a aplicação de uma norma jurídica geral, materialmente definida, que já esteja em vigor, pode ser influenciada por um princípio Moral, Política ou Costume, que ainda não influenciou até agora, de nenhum modo, a produção do Direito. A norma individual que representa uma semelhante decisão judicial pode entrar em vigor em virtude do princípio jurídico-positivo-formal da coisa julgada. Esta força legal jurídico-positiva, a coisa julgada relativa à norma jurídica, não o

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 346.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit. p. 207.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 490.

⁸² Neste ponto, o que Bobbio diz do positivismo é válido para Kelsen: “característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, *uma tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 135)

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

princípio que é a proposição fundamental da Moral, Política ou Costume, o qual influencia a decisão judicial, é o fundamento de validade desta decisão.
⁸³

A decisão judicial não é a “aplicação” da norma geral; tratar-se-ia de uma norma individual e “o ato de vontade, cujo sentido é a norma individual, não pode [...] ser implicado no ato de vontade, cujo sentido é a norma geral, porque estes são dois atos de vontade completamente diferentes.”⁸⁴ Longe de se ter uma aplicação fria e mecânica da lei (uma norma geral), tem-se por essencial a mediação do ato de vontade da autoridade competente. Assim, pode-se criticar o autor da *Teoria pura do Direito*, não tanto por desconsiderar a influência político-social no funcionando concreto do Direito (isso aparece como possibilidade a Kelsen), mas por acreditar que qualquer conteúdo pode ter sua forma resumida à forma jurídica o que, ao buscar uma abordagem que relacione de modo real e efetivo o complexo jurídico com a reprodução da sociedade, mostra-se impossível, como mostraram Marx e Lukács.⁸⁵ Ou seja, a cientificidade de Kelsen é criticável na medida mesma em que aceita qualquer conteúdo social como algo acoplável aos moldes dos ordenamentos jurídicos modernos. O que o autor, pois, é passível de críticas, não por negar a influência política no Direito, mas por acreditar que o ato volitivo que se conforma como momento pré-jurídico da norma possa trazer um conteúdo qualquer, mesmo um contrário à reprodução do sociometabolismo vigente.

Ou seja, Kelsen, por meio de seu método, e de sua teoria pura, ao final, vem a desconsiderar não só a conformação da realidade social por meio de determinações reflexivas; mesmo quando ele admite a ligação entre distintos fenômenos sociais, isso se dá de tal modo que o Direito, influenciado por qualquer esfera, passa a ser visto como momento preponderante. Ao traçar, epistemologicamente, uma cisão na realidade social, a posição concreta do autor é afetada também. A realidade efetiva em sua totalidade passa a ser incompreensível; ao mesmo tempo, porém, a mera descrição do funcionamento do direito positivo admite como algo “dado” a manipulação do conteúdo legal, figurando como parte do Direito aquilo que, ao final, é decidido recorrendo a quaisquer princípios que venham a ser convalidados pela coisa julgada.

Trata-se certamente de uma descrição, até certo ponto, precisa. No entanto, a natureza do “Direito positivo em geral” vem a confundir-se com a conformação do complexo jurídico

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 146.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 300.

⁸⁵ Cf. SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. Cit.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

no momento da história que Lukács chamou de capitalismo manipulatório.⁸⁶ Esse último, calcado nas mais diversas formas de aviltamento da personalidade, é tomado como algo dado que, ao final, passa a fazer parte da natureza mesma do Direito, mesmo em uma teoria pura. Não se tem em Kelsen, pois, o culto da frieza da lei e da subsunção que tem no jurista um agente passivo; trata-se de algo mais complexo. Os “princípios” mencionados por Kelsen trazem para o campo jurídico aquilo que é mais adequado às demandas políticas daqueles que compõem o judiciário e daqueles que têm real influência nos rumos político-institucionais de determinado país. O jurista, pois, tem uma função ativa na conformação do ordenamento jurídico, não sendo um mero portador da vontade legislativa; no entanto, com isso, na melhor das hipóteses, tem-se um elogio à possibilidade de transformação social “por cima”, o que é incompatível com uma posição que busque desestruturar as formas de dominação políticas que percorrem, para usar a expressão de Marx, a “pré-história da sociedade humana”⁸⁷, a “história de todas as sociedades que existiram”, “a história da luta de classes”.⁸⁸ E isso é insuficiente não só por haver esses limites, mas porque, mesmo se eles fossem contornáveis, as esperanças estariam lançadas sobre as costas dos juristas, dependendo as demandas sociais – não de um processo efetivamente democrático de constituição da sociedade, mas - da decisão de alguns poucos.

Para o autor austríaco, a moral, os costumes e a política podem ter importância considerável na conformação do Direito. Mas trata-se de algo que é distinto dele, e que não dá sua especificidade, não sendo sequer “transformados” – tem-se um conteúdo “modalmente indiferenciado”. Este conteúdo, assim, é veiculado no Direito por meio de “princípios”, de tal feita que, mesmo que seja lacônico quanto ao assunto, ao final, Kelsen é explícito ao tratar do modo como Direito e moral (e também política, ideologia e Direito), tal como aponta Ronald Dworkin⁸⁹, são inseparáveis no funcionamento real e efetivo da “perspectiva interna” do campo jurídico. Ao contrário do autor de *Levando os direitos a sério*, porém, Hans Kelsen busca mostrar como a moral não é parte do Direito – antes, mesmo sendo inseparável de sua efetividade, ela é essencialmente distinta desse e pode somente, enquanto algo distinto, influenciá-lo. É possível, pois, pensar o Direito, em uma teoria pura, sem a moral, a política, etc. Mas isso não quer dizer que ele não precise dessas para veicular conteúdos específicos. Isso se daria, inclusive, somente na medida em que se tem outro princípio em operação, o

⁸⁶ Cf. LUKÁCS, György. *Conversando com Lukács*. Cit.

⁸⁷ MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, cit., p. 48.

⁸⁸ MARX; ENGELS. Karl; Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Tradução por Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 9.

⁸⁹ Cf. principalmente DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

“princípio jurídico-positivo-formal da coisa julgada”. Diz Kelsen, assim, que, por meio dele, aquilo que influencia a decisão conformadora de uma norma individual pode passar a ser veiculado na forma de um “substrato modalmente indiferenciado”, que comporia o Direito, mas não seria objeto da ciência do Direito ou da teoria pura do Direito.

Como princípios do “Direito” podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das *normas* jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios do ‘Direito’, não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm caráter jurídico. O fato de que eles influenciam a produção de normas jurídicas não significa [...] que eles estejam ‘positivados’, i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo.⁹⁰

A passagem é clara no sentido de afirmar que a moral, a política, os costumes, influenciam o Direito. São, porém distintos deste, não sendo sequer parte dele depois de positivados – o que estaria presente no ordenamento jurídico seria um “substrato modalmente indiferenciado” e, deste modo, para o autor austríaco, pode-se efetivamente usar de alguma forma de ideologia e de moral para que se utilize o Direito. Como consequência, sob este aspecto específico, longe de Kelsen ser alguém que afirma o Direito - na realidade, e não no campo de sua cognição racional - reduz-se à norma, ele pode ser visto como alguém que admite, inclusive, o uso instrumental do campo jurídico. Admite ser possível um uso do Direito que se voltasse efetivamente contra a própria base real desse, o que, para um marxista como Lukács, é impossível.

Normas que são fixadas por atos de vontade humana têm – na verdadeira significação da palavra – um caráter arbitrário. Quer dizer: toda e qualquer conduta – com uma restrição que mais tarde se comprova – pode ser estatuída nos atos de vontade como devida.⁹¹

Assim, não é propriamente a concepção positivista kelseniana que – com sua influência na dogmática jurídica – imobiliza o judiciário. Admitindo a arbitrariedade das decisões judiciais, ao contrário de Dworkin neste ponto, não só Hans Kelsen admite que o juiz, ao final, tem uma função ativa: com recurso à analogia, por exemplo, “ele cria Direito novo.”⁹² Ao distinguir o enunciado normativo da norma jurídica, e ao traçar uma cisão entre moral e Direito, na teoria pura do Direito tem-se uma posição que afirma a neutralidade

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 148.

⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 6.

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, cit., p. 346.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

axiológica das ciências, e da teoria pura em especial, ao mesmo tempo em que admite a influência dos valores na conformação do Direito enquanto um corpo real e efetivo. Não se tem tanto um autor que enxerga o complexo jurídico como algo que se situa acima dos conflitos sociais. Ele é permeado por eles. No entanto, um tratamento científico (epistemologicamente conformado) deveria somente descrever as estruturas gerais do campo jurídico, não admitindo Kelsen necessariamente que “no presente o direito é técnico, frio, impessoal, calculista.”⁹³ Isso porque mesmo uma decisão irracional e inconsequente, se chancelada pela coisa julgada e pela hierarquia normativa, do ponto de vista do autor austríaco, seria também Direito.

O positivismo kelseniano, assim, embora possua, de modo geral, uma fundamentação neokantiana, traz consequências, admitidas pelo pensador, que o aproximam do realismo segundo o qual, dada a obediência a determinado procedimento, há direitos quando as cortes julgam que assim deve ser. E, neste sentido específico, se as normas aparecem pelo viés de uma racionalidade reificada e empobrecida, elas têm como outra face o irracionalismo da vontade, e, assim, pode-se concordar com Müller para quem “Kelsen se aproxima com isso de um aspecto do decisionismo de Carl Schmitt [...] também na perspectiva da hermenêutica jurídica.”⁹⁴ Mesmo que a fundamentação de Schmitt e Kelsen sejam muito distintas, deve-se perceber que esse aspecto, ligado à possibilidade de manipulação de um “substrato modalmente indiferenciado”, foi apreendido por ambos, o que, em nossa opinião, mostra que autores que se atém aos limites da sociabilidade vigente, buscando afastá-la com uma teoria pura, ou elevá-la a outro patamar com uma teologia política, vêm a reproduzir em suas teorias as vicissitudes da sociedade que dá base real ao Direito. Mesmo ao se tratar de Kelsen, um autor de rigor ímpar (dentro dos parâmetros positivistas), isso veio a se explicitar de modo que, ao final, seria preciso questionar, caso se busque uma teoria crítica do Direito, se não seria, em verdade, necessária uma crítica ao próprio Direito e à sociedade sobre a qual esse se assenta; e essa é a posição de um importante autor como György Lukács, que, aqui, nos serviu de base para nossos posicionamentos.

⁹³ MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do Direito*. Atlas: São Paulo, 2012. p. 188.

⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Tradução por Ana Paula Barbosa-Fohrmann, São Paulo: Editora dos tribunais, 2012, p. 46.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ALMEIDA, Guilherme; BITTAR, Eduardo. *Curso de filosofia do Direito*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.
- ALMEIDA, Silvio Luís. *O Direito no jovem Lukács*. São Paulo: Alpha-omega, 2006.
- CHASIN, José. *Marx: Estatuto Ontológico e Resolução Metodológica*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma questão de princípios*. Tradução por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FEENBERG, Andrew. *A meta-teoria da filosofia: a formulação de Lukács*. Tradução por Vitor Bartoletti Sartori. In: Verinotio: Revista On Line de Educação e Ciências Humanas, nº 16. Belo Horizonte: 2014.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.
- HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Tradução por A. Ribeiro de Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2003.
- HEGEL, Georg. *Enciclopédia das ciências filosóficas, V. I, A ciência da lógica*. Traduzido por Paulo Menezes. São Paulo, Loylola, 2005.
- _____. *Introdução à história da filosofia*. Tradução por Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução por Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- _____. *Teoria geral das normas*. Tradução por José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1986.
- _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 2003.
- LUKÁCS, György. *Arte e sociedade*. Tradução por José Paulo Netto e Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

_____. *Aportaciones a la Historia de la Estetica*. Tradução por Manuel Sacristan. México: Grijalbo, 1965.

_____. *Conversando com Lukács*. Traduzido por Giseh Vianna Konder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

_____. *Diálogo sobre o Pensamento Vivido*. In: Ensaio 15-16. Tradução por Equipe Ensaio. São Paulo: Ensaio, 1986.

_____. *El Asalto a la Razón*. Tradução Wenceslau Rocés. México: Fondo de Cultura Económica, 1959.

_____. *História e consciência de classe*. Tradução por Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O jovem Marx e outros escritos filosóficos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho e José Paulo Netto. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

_____. *Ontologia do ser social I*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho, Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. *Ontologia do ser social II*. Tradução por Lya Luft e Rodnei Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013.

MACEDO, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*. Ed. Quartier Latin. São Paulo: 2003.

MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

_____. *Grundrisse*. Tradução por Mario Duayer. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *Grundrisse*. Tradução por Martin Nicolaus. London: Penguin Books, 1993.

_____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução por Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *O Capital, Volume V*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia alemã*. Tradução por Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *O Manifesto Comunista*. Tradução por Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MASCARO, Alysson. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Introdução ao estudo do Direito*. Atlas: São Paulo, 2012.

KELSEN E O SOCIAL: TEORIA DO DIREITO E MÉTODO, UMA ANÁLISE A PARTIR DE LUKÁCS

MÉSZÁROS, István. *Estrutura social e formas de consciência II*. Tradução por Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Tradução por Ana Paula Barbosa-Fohrmann, São Paulo: Editora dos tribunais, 2012.

PACHUKANIS, Evgeny. *Teoria geral do Direito e o marxismo*. Tradução por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução por Edson Bini. Edipro: São Paulo, 2003.

TERTULIAN, Nicolas. *Nicolai Hartmann et Georg Lukács. Une alliance féconde*. In: Archives de Philosophie, Volume 66. Paris: 2003.

VAISMAN, Ester. *A ideologia e sua determinação ontológica*. In: Verinotio: Revista On Line de Educação e Ciências Humanas, nº 12. Belo Horizonte: 2010.