

UMA VISÃO CRÍTICA DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN

Renata Albuquerque Lima¹
Átila de Alencar Araripe Magalhães²

Resumo

O presente artigo faz uma análise crítica da Teoria Pura do Direito na visão da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman. Analisou-se que o positivismo jurídico kelseniano sofreu influência do método cartesiano, onde o homem, com seu formalismo e cientificismo, fechou-se para dentro de si em seu mundo, tornando-se incapaz de processar raciocínios com base no senso comum, possuindo, portanto, a Teoria Pura do Direito como principal característica a pureza metodológica, em que a Ciência Jurídica deverá abster-se de qualquer elemento extrajurídico, de quaisquer interesses políticos ou ideológicos, tendo como objeto de estudo a estrutura lógica do ordenamento jurídico. Assim, verificou-se que a teoria da argumentação de Chaïm Perelman parte do pressuposto de que, em se tratando da ciência do Direito, não se podia conceber o raciocínio jurídico como verificação de uma verdade normativa pré-existente e absoluta, não admitindo questionamentos e posicionamentos contrários. Portanto, o pensamento retórico de Perelman nasceu no período de crise da epistemologia clássica, no momento de insatisfação jurídica, em que o papel do intérprete se limitava a aplicar a norma inteiramente descrita pelo legislador, assim como pregavam as escolas positivistas, a exemplo da Escola da Exegese e, posteriormente, da Teoria Pura do Direito.

Palavras-chaves: Teoria Pura do Direito. Visão Crítica. Teoria da Argumentação. Retórica. Chaïm Perelman.

Introdução

O presente estudo visa analisar a crise epistemológica sofrida pelo pensamento positivista, mais especificamente, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na perspectiva

¹ Renata Albuquerque Lima é doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza/UNIFOR. É mestra em Direito Público/UFC. É graduada em Direito/UFC e Administração de Empresas/UECE. É professora efetiva do curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, ministrando as disciplinas: Direito Comercial IV, Hermenêutica Jurídica e Ciência Política. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

² Átila de Alencar Araripe Magalhães é advogado. Mestrando em Administração de Empresas pela UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. É professor das disciplinas de Direito Processo Civil II e III da Universidade de Fortaleza – UNIFOR e coordenador da monitoria da Faculdade Luciano Feijão. E-mail: atila@leiteararipe.adv.br

crítica da Retórica de Chaïm Perelman. O positivismo jurídico kelseniano tem como principal característica a pureza metodológica, em que a ciência jurídica deverá abster-se de qualquer elemento extrajurídico, de quaisquer interesses políticos ou ideológicos, tendo como objeto de estudo a estrutura lógica do ordenamento jurídico, em que o operador do direito deve estar isento de valorações, não tecendo considerações sobre o conteúdo das normas de direito positivo, pois o que deve prevalecer é o pensamento de que determinada norma jurídica possui validade, ou seja, está de acordo com a norma hipotética fundamental.

Nesse contexto de oposições ao pensamento positivista, devem-se levar em consideração as conseqüências malélicas das duas grandes guerras, encontrando nos juristas e nos hermeneutas grandes obstáculos em aceitar a idéia de que qualquer conteúdo pudesse ser direito, causando, dessa forma, um breve renascimento do jusnaturalismo na Alemanha. Nessa visão, renasce a preocupação com a ligação da ciência do Direito com os elementos fáticos e valorativos, tão esquecidos pelo formalismo jurídico, que orientam a ação do homem, através de estudiosos como Viehweg, Recaséns Siches e Perelman, e, posteriormente, Dworkin e Habermas.

Portanto, o pensamento retórico de Perelman, verificando não ser possível enquadrar uma resposta certa e irretocável para cada situação específica, busca realizar valorações que vão condicionar a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto. De acordo com os referidos posicionamentos, o raciocínio jurídico assume uma postura comunicativa, possuindo um caráter discursivo e intersubjetivo, defendendo o pensamento de que as normas gerais elaboradas pelo legislador não são sempre racionais e não podem oferecer resposta a quaisquer problemas jurídicos.

I. O pensamento jurídico positivista de Hans Kelsen

Preliminarmente, antes de adentrar-se especificamente no pensamento positivista de Hans Kelsen, é necessário perquirir qual o fundamento do Direito, podendo este encontrar-se na própria Ciência Jurídica, ou mais precisamente, em sua intrajuridicidade, ou, podendo também encontrar-se fora dele, falando-se, por conseguinte, em extrajuridicidade do Direito. Assim, essa questão a respeito da insuficiência da

necessidade de fundamentação exterior ao Direito tem colocado em posições contrárias positivistas e naturalistas.

Os primeiros defendem a idéia de que o fundamento da Ciência Jurídica encontra-se materializada no próprio Direito. Pode-se citar como principal defensor da teoria positivista, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen, tendo este tentado, por todos os meios, dar fundamento ao Direito através de sua Norma Hipotética Fundamental (NHF), pois achava ser este modelo auto-suficiente, não necessitando, para isso, de nenhum fundamento exterior ao Direito, mas, pelo contrário, achava que o certo seria um sistema jurídico fechado. Entretanto, depois reconheceu a necessidade e imprescindibilidade do Direito Natural para dar respaldo e fundamentar suas normas jurídicas.

Além da posição positivista de Kelsen, logo depois, surgiu a teoria do Direito como um sistema autopoietico, que teve como um dos principais defensores, Gunther Teubner, significando ser o Direito auto-suficiente, em que as próprias normas existentes no sistema se auto-fundamentavam, não necessitando de nenhum fundamento transcendental, que fosse exterior e superior ao Direito.

Pelo lado oposto, que é a corrente transcendentalista, defendida pelos jusnaturalistas, procuram o fundamento do Direito fora dele, em uma instância que lhe seja exterior e superior, ou seja, aquilo que dá fundamento ao Direito Positivo, pode-se chamar de Direito Natural. Entretanto, nos casos em que este (Direito Natural) não for invocado para fundamentar o Direito Positivo, em seu lugar são chamados o espírito do povo, na visão de Savigny, a vontade geral, por Rousseau, Deus, para as doutrinas religiosas, dentre outros fundamentos existentes.

Já a Teoria Pura do Direito defende que o objeto da Ciência Jurídica é o próprio Direito, devendo este estudar assuntos pertinentes apenas a seu objeto, não sofrendo influências de outras ciências, pois sua pureza está ligada a especificação de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico). (COELHO, 2001) O que se acaba de explicar pode ser comprovado nas palavras do próprio Hans Kelsen a seguir expostas: “São temas de uma teoria geral do Direito as normas jurídicas, os seus elementos, a sua inter-relação, a ordem jurídica como um todo, a relação entre as diferentes ordens jurídicas, e, finalmente, a unidade do Direito na pluralidade das ordens jurídicas positivas.” (KELSEN, 1990, p. 01)

Hans Kelsen entende que a Ciência Jurídica só pode ser tratada como tal, se os seus fundamentos estiverem encerrados no mundo jurídico, a partir de um método próprio

de análise e pesquisa (lógico-formal), pautado na norma posta, apropriado para seu estudo. A norma jurídica será sempre válida, desde que integre a ordenação lógica de um sistema, seja essa norma oriunda de um golpe de Estado, do Poder Legislativo, seja qualquer for a sua origem (REALE, 2002).

De acordo com a visão positivista, a atuação do operador do direito não é analisar os motivos e valores que levaram a norma ser positivada, pois tal atividade deverá ser realizada pelas outras ciências, a exemplo da Filosofia, Sociologia, mas não do Direito. Assim, Kelsen procurava estudar a ciência jurídica com uma pureza metodológica, buscando banir qualquer elemento externo, como fatos e valores, visando a não interferência dessas ciências na criação e aplicação do direito positivo.

Para o positivismo jurídico kelseniano, o ordenamento jurídico tinha forma de uma pirâmide, em que a norma teria sua validade fundada em outra norma hierarquicamente superior, tendo como última instância, a denominada Norma Hipotética Fundamental – uma ficção kelseniana, a qual não era uma norma posta, mas pressuposta. Logo, para a norma jurídica ser válida deve estar em consonância com a Norma Hipotética Fundamental ou ser emanada de poder competente. Dessa forma, pode-se verificar que, para o positivismo jurídico kelseniano, a norma jurídica só existe quando a mesma é considerada válida, conforme se depreende de suas palavras: “Se dizemos que uma norma existe – afirma Kelsen – queremos dizer que uma norma é válida”. (VASCONCELOS, 1993, p. 263).

Assim, de acordo com o ordenamento jurídico kelseniano, o seu sistema escalonado de normas comportava desde a norma hipotética fundamental até a norma que se localizava na base da pirâmide, que seria a sentença judicial, sendo esta a norma mais concreta, individualizada e fundamentada. (VASCONCELOS, 1993, p. 83) Para Hans Kelsen, tanto as normas constitucionais quanto a sentença judicial são Direito.

Fazendo uma breve análise sobre a teoria da interpretação na perspectiva positivista de Kelsen, este defende que a lei aplicada ao caso concreto não pode fornecer mais do que uma única decisão correta, fundada no próprio conteúdo da lei, julgando impossível estabelecer qualquer critério para orientar a escolha da interpretação correta, pois, ainda fiel ao positivismo, crê ser cientificamente inviável um juízo racional acerca de opções quanto a valores. Dessa forma, não desenvolveu nenhum critério interpretativo ou método hermenêutico.

Como se vê, a impossibilidade do normativismo kelseniano em oferecer critérios para a valoração jurídica decorre de um ceticismo acerca da fundamentação que não pode ser provada em termos definitivos e inquestionáveis, dando valor a um saber não controverso, que tem como fundamento dados da experiência, desprezando por completo a dialética, a retórica e a argumentação, pontos estes relevantes para a Teoria da Argumentação de Perelman. Referida Escola, assim como todas aquelas que utilizam a retórica no pensamento jurídico, pretendem ir muito mais além do normativismo, pois possuem como objetivo primordial realizar uma reflexão concreta acerca de questões que não podem ser resolvidas exclusivamente com os métodos do positivismo. Portanto, pode-se verificar o cerne das críticas dirigidas ao positivismo kelseniano, tendo como autoria Perelman. Agora, passa-se a estudar a Teoria da Argumentação de Chaim Perelman, para poder entender o motivo pelo qual referida escola se chocou com a Escola de Viena.

II. A Teoria da Argumentação Jurídica de Chaim Perelman

Na perspectiva da teoria da argumentação defendida por Perelman, a teoria pura do direito pregada por Kelsen é insuficiente e superficial, pois a mesma separa o direito de seu meio externo, das reações sociais desse ambiente. Assim, as idéias de razão e racionalidade se ligaram a modelos lógico-matemáticos, já a noção de razoabilidade está atrelada à reação do meio social.

Nesse sentido, afirma Perelman (1999, p. 436): “Enquanto as noções de “razão” e de “racionalidade” se reportam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais como as idéias de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o desarrazoado são ligados a uma margem de apreciação admissível e ao que, indo além dos limites permitidos, parece socialmente inaceitável.”

Como é sabido que o Direito é uma ciência do DEVER-SER, que regula e disciplina a conduta do homem e que tais relações humanas não se subordinam ao argumento da indiscutibilidade, por serem essencialmente subjetivas. Assim, a conduta prática comporta mais de um resultado ou significado, conforme sua aceitação por uma ou outra escala de valores. Por isso, a conduta mais adequada será aquela que se apresente como a mais razoável, mediante uma justificativa convincente. Para tanto, será utilizado o raciocínio dialético, privilegiando a *praxis* em detrimento de uma solução imposta

previamente. A arte da discussão é, portanto, o melhor método para a solução de problemas práticos que envolvem valores, conforme Perelman (2000, p. 139): "A dialética, a arte da discussão, se mostra o método apropriado à solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores; é no exame de tais questões que é empregada nos diálogos socráticos, e esta razão da estima que Platão tem por ela [...]."

Contrariamente ao pensamento positivista, Perelman passa a estudar o ordenamento jurídico sobre um aspecto valorativo. Nem o próprio fundamento de justiça seria absoluto e passível de ser fundamentado unicamente na razão lógica. Ele é relativo, porque é fruto da vontade de quem o produz. Dessa forma, Chaïm Perelman (2000, p. 136) nos apresenta uma crise epistemológica na Teoria Pura do Direito, pois somente o acordo sobre os valores é que nos permite justificar as regras, conforme se vê adiante:

O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e de certas proposições, lógica, matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles.

A Nova Retórica pode ser assim definida como sendo "o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas" (PERELMAN, 2000, p. 141). Para se recorrer à técnica da retórica, tem-se a prática da persuasão por meio do discurso, do diálogo e da argumentação. Assim, para se chegar a uma solução ao caso concreto, o intérprete deverá justificar as razões pela escolha de determinada decisão, tendo em vista que se tratam de valores e não de verdades ou dogmas e isso só será possível, de acordo com Perelman (2000, p. 141), através do estudo dos argumentos utilizados.

Na visão de Perelman, o raciocínio valorativo viveu, por algum tempo, repudiado da filosofia ocidental pela predominância do método cartesiano (lógico-dedutivo), admitido como o único realmente científico. Nesse sentido, são suas as seguintes palavras: "A concepção positivista tinha como conseqüências inevitáveis restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão [...]."

(PERELMAN, 2000, p. 136).

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, no entendimento de Perelman, visou estudar e pesquisar um saber não controverso, fundado na experiência e na prova

demonstrativa, desprezando, por completo, a argumentação e a interpretação jurídica, além de seu dualismo não corresponder nem à metodologia jurídica nem à prática judiciária. Tal raciocínio expressou a seguir: “Se uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de uma forma razoável, graças a uma argumentação cuja força e pertinência reconhecemos (PERELMAN, 1999; p. 480)

Portanto, pelo que se acaba de explanar, é que, no discurso retórico, em que estão em jogo valores e não dogmas, tudo é relativo, não podendo ser tratados através de uma lógico-formal, como era previsto pela visão positivista da teoria pura, em que a norma jurídica é disponível para receber qualquer conteúdo, sendo consideradas como verdades absolutas. Pelo contrário, tanto a tópica de Viehweg, como a teoria da argumentação de Perelman, partem de premissas baseadas em raciocínios prováveis, sendo necessário recorrer à dialética, à retórica, em que seus argumentos serão valorados de acordo com a situação específica, o que já não ocorre com o posicionamento positivista da teoria pura de Hans Kelsen.

CONCLUSÃO

Pelo presente artigo, compreendeu-se que o positivismo kelseniano defendia a pureza metodológica, ou seja, o Direito não deveria sofrer influência de qualquer elemento extrajurídico, de fatos e de valores, pois tal função seria exercida por outras ciências, a exemplo da Sociologia, da Filosofia etc. O fundamento da Ciência Jurídica estava pautado na norma jurídica posta, tendo esta validade, por estar de acordo com a norma hipotética fundamental, norma esta que dava fundamento a todo o ordenamento jurídico. A estrutura desse ordenamento tinha o formato de uma pirâmide, em que no topo ficava a norma mais geral e abstrata e, na base da pirâmide, a norma mais específica e concreta.

Assim, com esse objetivo de purificar a Ciência Jurídica, Kelsen não viabilizou a atividade do jurista, tendo em vista que este não poderia analisar os motivos e valores que levaram a norma ser positivada, realizando apenas uma interpretação literal. De acordo com a teoria pura do direito, o raciocínio jurídico era concebido como verificação de uma verdade normativa pré-existente e absoluta, não admitindo questionamentos e posicionamentos contrários.

Com tudo que foi elencado acima, abriu-se terreno para que teorias e escolas se conflitassem com o positivismo jurídico até então reinante. Contrariando todos esses postulados pregados pela Escola de Viena, pode-se verificar a existência da Teoria da Argumentação de Perelman. Esta teoria reagiu à concepção de sistema fechado prevalecente no positivismo jurídico, enfocando um raciocínio jurídico mais aberto, pragmático e dialógico. Surge uma nova compreensão do Direito, assumindo uma postura comunicativa, com um caráter discursivo e intersubjetivo.

Por fim, os pensamentos tópico-problemático e retórico rejeitam o paradigma positivista, recuperando o conceito de razão prática, em que o raciocínio jurídico deva utilizar uma postura dialógica, possuindo um sentido argumentativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. Trad. De João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: *Éthique et Droit*.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3ª. ed. Revista. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2.ed., rev., e ampliada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.