

A TEORIA PURA DO DIREITO E A ARGUMENTAÇÃO *

Chaim Perelman

O notável esforço de Hans Kelsen em construir uma ciência do direito livre de toda ideologia, de toda interferência de considerações não jurídicas, que se concretizou em sua "*Teoria Pura do Direito*" (*Reine Rechtslehre*) é, talvez, o ponto onde estejam localizadas as maiores controvérsias entre os teóricos do direito na última metade deste século. As teses apresentadas por este incontestável mestre do pensamento jurídico, com a clareza e a força de persuasão que caracterizam todos seus escritos, colocam em xeque tantas idéias comumente aceitas e apontam para conseqüências verdadeiramente paradoxais - dentre as quais, destacam-se aquelas que se referem à concepção tradicional da interpretação jurídica e ao papel do juiz na aplicação do direito - que nenhum teórico do direito poderá ignorá-las ou abster-se de tomar algum posicionamento a seu respeito.

De acordo com Kelsen, a ciência jurídica, enquanto conhecimento de um sistema de normas jurídicas, somente pode ser constituída a partir da exclusão de tudo aquilo que seja estranho ao direito propriamente dito. Como o direito é um sistema de normas cogentes e válidas no interior de um determinado Estado, tem cabimento distinguí-lo, de um lado, das ciências que estudam os fatos de todas as espécies, isto é, dedicam-se ao estudo daquilo que *é* e não do que *deve-ser* (o *Sein* não se confunde com o *Sollen*), e, de outro, de sistemas diversos de normas - como os da moral ou de direito natural - aos quais se pretendia submetê-lo ou com os quais se pretendia confundí-lo.

Uma ciência do direito somente é possível se seu objeto for fixado com a exclusão dos elementos estranhos ao direito positivo, segundo Kelsen. Por esta razão é que a teoria pura do direito apresenta-se como "*uma teoria do positivismo jurídico*".

De acordo com esta perspectiva, um ato ilícito é a "*condição de uma reação específica do direito: o ato coativo*". A sanção é pronunciada pelos juízes, que são os competentes para aplicar as regras jurídicas, em cada uma das situações estabelecidas pela lei. A lei, por seu turno, é válida se e desde que elaborada e promulgada de acordo com as regras hierarquicamente superiores, determinantes das condições de funcionamento dos poderes legislativo e executivo. Tais condições são, em geral, fixadas em uma Constituição, que conterà

*. Tradução do francês por Cassio Scarpinella Bueno. A publicação do texto traduzido estava previsto para o vol. 4 da *Revista de Pós-Graduandos da PUC/SP*, que, infelizmente, nunca chegou a sair. Ficam registrados os agradecimentos à Professora Heloísa Brito de Albuquerque Costa, que reviu a primeira versão do trabalho, e ao Professor Fabio Ulhoa Coelho. O texto foi extraído de *Ethique et Droit*, Editions de l'Universite de Bruxelles, 1990, pp. 567-575, coletânea de estudos de Perelman organizada por Alain Lempereur. Originalmente, o texto foi inserido em livro dedicado a ensaios em homenagem a Hans Kelsen: *Law, State and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, publicado por The University of Tennessee Press, Knoxville, em 1964. A publicação, à época, foi autorizada pela Livraria Martins Fontes Editora Ltda., titular dos direitos de versão para o português daquela obra.

a lei fundamental do sistema jurídico, ou que conduzirá a outra lei que garanta a validade da Constituição atual.

Todo o sistema de normas e atos jurídicos é hierarquizado e dinâmico. Fala-se em hierarquia porque os atos jurídicos têm validade se e desde que conformes com as normas jurídicas, que, por sua vez, dependem de outras normas jurídicas e assim por diante, até que se alcance a norma fundamental. Esta norma, que não tem justificação jurídica, é pressuposta por todas as normas e todos os atos jurídicos do sistema. De outro lado, Kelsen defende a idéia de que um sistema jurídico diferencia-se de um sistema formal por não ser estático, mas dinâmico. As normas inferiores e os atos jurídicos não podem ser deduzidos das normas que condicionam sua validade. Estas fornecem somente uma moldura na qual as normas inferiores e os atos jurídicos que as aplicam podem ser inscritas validamente. O legislador, o juiz e o administrador recebem, cada qual em uma dada medida, a autoridade (competência) necessária para criar novas leis, obedecida a moldura constitucional, ou para aplicar concretamente (individualizar) uma norma genérica a um dado caso específico.

Em todas as hipóteses apontadas, a atuação daquelas pessoas é criadora do direito. Do mesmo modo que o legislador não interpreta a Constituição, e sim decide votar certas leis em virtude do poder legislativo que ela lhe outorga, o juiz, quando aplica a lei, não tem como objetivo dizer qual seu sentido correto (*richtig*), mas decidir qual dentre suas interpretações possíveis é a que quer privilegiar no caso em exame: a decisão do juiz, a exemplo daquela do legislador, não é ato de conhecimento, mas ato de vontade. A motivação de uma decisão judiciária, tal como a exposição de motivos de um projeto de lei, deve ser objeto de exame da política jurídica, não de teoria do direito. Uma e outra devem ser nitidamente distinguidas. Se é incontestável que o direito é um meio de realização dos fins sociais de toda espécie, a ciência do direito, enquanto conhecimento de um dado sistema de normas, tem, por objeto, somente o estudo destas normas e de suas significações, independentemente das conseqüências práticas de sua aplicação. Toda interpretação teleológica das normas jurídicas extrapola os limites da ciência e do direito tendendo, portanto, ao campo da política jurídica.

Ainda que breves, as colocações precedentes demonstram que a teoria pura do direito caracteriza-se por um dualismo intransigente que opõe, de uma parte, o *ser* ao *dever-ser*, a realidade ao valor, o conhecimento à vontade (e, conseqüentemente, as ciências naturais às do espírito, a natureza à sociedade, a causalidade à imputabilidade) e, de outra, o direito à moral e o direito positivo ao direito natural. Sendo a ciência do direito o conhecimento do direito positivo devem ser eliminados todos os elementos que, por sua essência, sejam estranhos a seu objeto e que introduzem, subrepticamente, por meio de ideologias de todas as espécies, definições de política jurídica, fazendo-as passar por resultados cognitivos cientificamente produzidos.

Foi a partir das conseqüências lógicas das teses expostas acima que Hans Kelsen concebeu sua teoria pura do direito cujo ponto de partida (a norma fundamental) e todos os

pontos de passagem (de uma norma geral a uma norma mais particularizada, de uma norma a um caso concreto e assim por diante), dependem de decisões, de atos de vontade, não baseados no direito, mas justificados por considerações de ordem política ou moral.

Pode, entretanto, o conhecimento orientar a vontade na moral e na política? Ao adotar o dualismo kelseniano (o mesmo utilizado por Hägerström), deve-se renunciar à ilusão da razão prática em todos os campos do saber e não apenas no direito. Esta é a conclusão a que chegou Alf Ross em seu *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (Leipzig, 1933).

Sendo assim, é possível cogitar seriamente de uma decisão razoável, de um julgamento bem motivado, de uma escolha que possa ser justificada, de uma pretensão fundada? Se tais assertivas destinam-se, tão somente, a ludibriar os incultos, toda a vida social exprime algo mais que as relações de força, e a filosofia prática, por sua vez, tem outra função que não mascarar, com alguma respeitabilidade, os interesses e as paixões que se impõem pela força física?

Parece-me que todos os paradoxos e implicações filosóficas da teoria pura do direito são fruto de uma teoria do conhecimento, cujo único compromisso é com o desenvolvimento de suas teses a partir de um saber incontroverso, inteiramente fundado sobre os dados da experiência e da prova demonstrativa, que desconsidera, por completo, o papel da argumentação. Com efeito, nem a experiência, e, tampouco, a demonstração lógica, permitem a passagem do *ser* ao *dever-ser*, da realidade ao valor ou dos comportamentos às normas. Portanto, como toda justificação racional das normas parece estar excluída na perspectiva kelseniana, sua fundamentação somente pode ter lugar a partir de imperativos religiosos e de revelações sobrenaturais. Os metafísicos racionalistas que tentaram encontrar um fundamento puramente humano às normas e aos valores, nada mais fizeram que ideologia. Seu esforço em substituir os fundamentos religiosos não-rationais foi em vão. Neste ponto específico é difícil deixar de seguir as lições de Kelsen: não existe, no campo das normas e dos valores que regem nossas vidas, possibilidade de demonstração impositiva, a menos que sejam consideradas comprováveis as intuições controvertidas. Todavia, desta impossibilidade de demonstração, segue, necessariamente, a renúncia à tentativa de justificar, através de uma argumentação tão convincente quanto possível, nossas escolhas e decisões, nossos valores e nossas normas? Mesmo em se tratando de uma ciência ou de uma teoria pura do direito, será juridicamente arbitrária toda a tentativa que não puder ser justificada por uma argumentação nesses moldes?

Para a construção de uma ciência do direito tal qual ela *é* - e não tal qual ela *deve-ser* - faz-se necessário, parece-me, renunciar ao positivismo jurídico, como concebido por Kelsen, para se dedicar a uma análise detalhada do direito positivo, na forma como se manifesta efetivamente na vida individual e social e, especificamente, no interior dos tribunais. Esta observação revela que o dualismo kelseniano não corresponde nem a qualquer metodologia jurídica e nem à prática judiciária.

Inicialmente, um sistema jurídico não é tão formal e impessoal quanto os sistemas axiomáticos, lógicos ou matemáticos. Constituído um sistema formal, existe a possibilidade de

um estudo objetivo de suas propriedades totalmente independente da vontade do lógico ou do matemático. A prova da coerência de um sistema formal (ausência de uma proposição e sua negação), ou de sua completude (possibilidade de demonstração da existência de qualquer afirmação ou sua negação), toma como base apenas sua própria estrutura.

Não é o que se passa, entretanto, no campo do direito. Nos sistemas jurídicos modernos, o juiz está obrigado a julgar e motivar suas decisões sob pena de ser sancionado. Este é o comando do art. 4º. do *Code Napoléon*: "*o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de omissão, obscuridade ou insuficiência da lei poderá ser processado como culpado de denegação de justiça*". Deverá dizer o direito em todos os casos relacionados com sua competência. Decorre, portanto, a necessidade de o juiz julgar e argumentar como se o sistema jurídico que aplica não tivesse lacunas e não comportasse antinomias. Para evitar denegação de justiça, o juiz deve tratar, obrigatoriamente, as lacunas e as antinomias como se fossem meramente aparentes, não deixando transparecer que decorrem do sistema. Demonstrando, sem ambigüidades, o percurso que fez para alcançar o resultado final, deverá fornecer a decisão motivada que dele se espera. Se o sistema jurídico não tem lacunas ou antinomias, é graças ao poder de decisão conferido ao juiz.

Este poder, entretanto, embora não seja limitado por uma moldura legal claramente definida (já que os termos de uma lei que se apresentam claros e sem ambigüidade em algumas circunstâncias deixam de sê-lo em outras), não é, também, um poder arbitrário de que se vale o juiz para perseguir seus próprios interesses: o juiz tem o dever de motivar suas decisões. As decisões e suas motivações contribuem para a elaboração da ordem jurídica, ao fornecer os precedentes para as decisões futuras. O sistema jurídico constitui-se progressivamente pois os precedentes permitem a aplicação da regra de justiça que exige o tratamento igual para situações essencialmente semelhantes. É verdade que esta regra não é nem unívoca nem, tampouco, de observância compulsória, já que há possibilidade de o juiz demonstrar que o novo caso, pelas suas peculiaridades, não se assemelha ao anterior. Mas não será suficiente sua mera vontade para apontar esta distinção: haverá necessidade de justificar seu ponto de vista. É por força do papel inegável dos precedentes e da regra de justiça que a jurisprudência fornece material à doutrina. A esta, por sua vez, cabe a tarefa de classificar as decisões judiciais, justificando suas construções teóricas e, também, fornecendo os argumentos que motivarão as decisões futuras.

Não é possível a concepção do que, realmente, é o direito sem reconhecer esta interação entre jurisprudência e doutrina, em que o conhecimento e a vontade colaboram intimamente para satisfazer, simultaneamente e na medida do possível, as necessidades de segurança e de equidade.

Como o poder de decisão do juiz varia na mesma proporção da vaguidade dos termos da lei, é normal que ele se utilize deste poder para conceber o direito como aquilo que é efetivamente: um meio para realização de certas finalidades políticas e sociais. Se tal poder de

interpretação é passível de limitação em certas matérias pelo órgão de cúpula do Judiciário, como se dá com o direito penal, por exemplo, é da maneira como aquele Tribunal compreende o papel do juiz no interior do sistema jurídico que depende a extensão deste poder. Não se pode negar que a concepção desta função tem se alterado muito nos últimos cento e cinquenta anos e que as Cortes de Cassação francesa e belga tomem em relação ao texto do *Code Napoléon* liberdades inimagináveis no início do século passado.

Do mesmo modo que a constante não aplicação de certos textos de lei os faz cair em desuso, a aplicação regular de certas teorias pode modificar completamente o sentido e o conteúdo dos textos legais e neles introduzir elementos estranhos ao direito. Alguém negará que, ainda neste caso, trata-se de direito positivo? Isto seria opor ao direito real e efetivamente aplicado uma concepção do direito tal como ele *deveria-ser*. Mas qual a ciência cujas teorias podem prevalecer contra os fatos, mesmo quando estes demonstram, em contrário, a constante interação entre o normal e o normativo? É uma realidade, outrossim, contrariamente às teses positivistas, a introdução, nas decisões judiciárias, de noções conotativas da moral; algumas foram baseadas, no passado, no direito natural, tidas, hoje, como conformes aos princípios gerais do direito. A partir de alguns poucos textos do Código Civil interpretados contra seu sentido literal, o direito internacional privado construiu um arcabouço de soluções para os conflitos da lei, em que a noção de ordem pública internacional foi elaborada com base em considerações de ordem moral e política. Pode-se negar que esta noção faça parte do direito positivo e que se trata, unicamente, de política jurídica?

A teoria pura do direito encontrou dificuldades derivadas da oposição inegável que existe entre a idéia de um sistema de direito identificado com a soberania do Estado, em que a norma fundamental é uma lei estatal, e as exigências da construção de um direito público internacional, no qual esta mesma norma seria supra estatal. As duas construções são arbitrárias, ou, ao contrário, há razões plausíveis para se preferir uma concepção nacional da norma fundamental a uma internacional? Cada teórico do direito deve tomar partido em relação a esta questão, se não se contenta na descrição de sistemas jurídicos possíveis, e sim, de um sistema jurídico que funcione efetivamente. Retomando uma comparação de que se valeu o próprio Kelsen, qual o astrônomo que deixou de optar entre seguir a teoria geocêntrica de Ptolomeu ou a heliocêntrica de Copérnico, após analisar os motivos que lhe pareciam válidos? Por que vedar, no campo do Direito, aquilo que é normal na astronomia, ainda que a ideologia também interfira nestas questões, como no caso de Galileu?

Se uma ciência do direito pressupõe tomadas de posições, estas não serão consideradas irracionais quando possam ser justificadas de maneira razoável, mediante a utilização de uma argumentação de força e pertinência reconhecidas. É verdade que as conclusões de que se vale tal argumentação nunca serão indisputáveis, mas as decisões então tomadas não podem, como a evidência, contrariar a vontade de todo ser razoável. Podem, somente, inclinar-se à decisão melhor justificada, àquela que se apóia sobre a argumentação mais convincente, ainda que não esteja excluída toda possibilidade de escolha. É assim que a argumentação reflete a liberdade

espiritual sem que o seu exercício seja arbitrário. Através da argumentação é que se pode conceber o uso racional da liberdade, ideal que a razão prática exige na moral na política e, também, no direito.