



TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS Kelsen E A CRÍTICA DE LUIS ALBERTO WARAT

PURE THEORY OF HANS Kelsen AND CRITICISM OF LUIS ALBERTO WARAT

¹Thaís Haber Faleiros

²Richard Crisóstomo Borges Maciel

RESUMO

A maioria dos cursos jurídicos no Brasil se encontra em descompasso com os atuais paradigmas teóricos e metodológicos propostos pela área da educação. Mais que orientar os alunos para que compreendam as leis em perspectivas éticas, sociológicas, filosóficas, políticas e críticas, buscam assegurar que conheçam bem as leis e sua estrutura lógica no sistema. Ensinam que o ordenamento jurídico é um sistema autônomo, pleno e lógico, recortado por outro sistema a sociedade. Este estudo se propõe a apresentar outra perspectiva pedagógica para o ensino do direito a teoria de Luis Alberto Warat que busca contribuir para a construção de um modelo de prática de ensino fundada na reformulação de premissas antigas à luz de um direito crítico e reflexivo que não permita, à ausência de raciocínio crítico e problematizador, mumificar o conhecimento jurídico e impedir sua adaptação completa a situações e conflitos sociais que se renovam e nunca cessam. Para delinear o contexto em que se insere a abordagem desse autor, apresenta-se previamente a proposta teórica jurídico-positivista, cujo expoente central é Hans Kelsen. Afinal, estudar Warat pressupõe verificar que caminhos ele percorreu até chegar à sua proposta atual. Além disso, aproximar-se do tema ensino jurídico exige entender a trajetória da legislação que o regulamenta desde sua criação, em 1827, até o presente. Para tanto, desdobramos, basicamente, no contexto histórico do ensino jurídico, a teoria pura do direito de Hans Kelsen e seus reflexos no ensino jurídico e o pensamento de Warat sobre o direito e sua proposta pedagógica.

Palavras-chave: Ensino jurídico, Luis alberto warat, Positivismo jurídico

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC, Belo Horizonte – MG (Brasil). Professora da Universidade de Uberaba – UNIUBE, Brasília – DF (Brasil).

² Mestre em Educação pela Universidade de Uberaba, UNIUBE, Brasília – DF. Professor na Universidade de Uberaba, UNIUBE, Brasília – DF (Brasil).



ABSTRACT

The majority of Law colleges in Brazil is in a pace which differs from the educations current theoretical and methodological paradigms. Rather than guiding students so that they understand laws according to ethical, sociological, philosophical, political, and critical perspectives, these colleges try to make sure they learn well both laws and its logical structure in the legal system. They are taught that the legal system is autonomous, complete, logical, and cut out by other system that is, society. This study aimed to introduce Luis Alberto Warats pedagogical perspective for law teaching. A theorist that searches to help building a new model for learning practices based on a remaking of old premises according to a critical and reflexive law, Warat aims at preventing law knowledge from being mummified and completely adapted to renewable and ceaseless situations and conflicts because of lack of critical reasoning. To contextualize this authors approach, this study presents previously the positivist theory of law, whose exponent is Hans Kelsen. After all, studying Warat means verifying the ways he followed to reach his approach. Besides, delating with law teaching requires tracing back its legislation since its creation in 1827 to the present. For that, Kelsen laws pure theory, its influence on law teaching and Warat ideas on law and his pedagogical approach are unfolded in the context of law teaching history.

Keywords: Law teaching, Luis alberto warat, Positivist law



1 CONCEPÇÕES DE DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO

Segundo investigações de Ernst Kantorowicz, foi Abelardo, filósofo medieval do fim do século IX, quem primeiro empregou a fórmula “direito positivo”.¹ Mas é provável que pesquisas mais acuradas permitam remontá-la a períodos anteriores. Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 19), Abelardo escreveu, em seu *Diálogo entre o filósofo, o judeu e o cristão*: “Importa, portanto, que, naquilo que se refere à Justiça, não omitir somente o que é natural, mas também não omitir verdadeiramente o caminho da justiça positiva. O direito se diz igualmente que é natural e positivo” (tradução nossa).²

Após haver definido o direito natural, esse filósofo definiu o direito positivo: “Portanto, da justiça positiva se diz que é aquilo que é instituído pelos homens, para sua utilidade. Até mesmo tudo aquilo de que se deve munir a honestidade, para que somente pelo costume e pela autoridade seja fundada a lei (Patr. Lat. 178, p. 1656)” (tradução nossa).³ Para Abelardo, o direito positivo “[...] é o que foi inventado pelos homens” (tradução nossa),⁴ isto é, sua característica é ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural, que não é posto por eles, mas por algo ou alguém que está além deles, como a natureza ou Deus.

Conforme estudiosos do direito, a crença na existência de um direito natural que fixasse critérios de justiça sempre motivou análises. As primeiras noções de direito se fundavam em concepções de um direito místico, emanado de autoridades superiores e anteriores ao homem e à sua vontade. A existência de um ordenamento extra-humano foi, por longo período, objeto de estudo de juristas, pois se acreditava alcançar a justiça só após o descobrimento do “verdadeiro” direito. Para Hans Kelsen (1946, p. 17):

Um ordenamento “natural” se pensa numa ordenação não embasada na vontade humana, insuficiente para sê-lo; não criada “arbitrariamente”, mas sim dada “por si mesma”, e de algum modo objetiva, ou seja, existente com independência do querer humano subjetivo, porém acessível ao homem como fato fundamental, suscetível de ser conhecido pelo homem; de um princípio fundamental produzido originariamente não pelo entendimento ou pela vontade humanos, mas suscetível de ser reproduzido por estes.⁵ (Tradução nossa).

¹ Original em latim: *Jus positivum*.

² Original em latim: *Dialogus inter philosophum, judaeum et christianum*: “Oportet autem in his quae ad justitiam pertinent, non solum naturalis, verum etiam positivae justitiae tramitem non excedere. Jus quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur”.

³ Original em latim: “Positivae autem justitiae illud est quod ab hominibus institutum, ad utilitatem scil. Vel honestatem tutis muniendum, aut sola consuetudine aut scripti nititur auctoritate.

⁴ Original em latim: “Illud est quod ab hominibus institutum”.



Esse entendimento do direito natural nasceu na Grécia Antiga e foi defendido pela Escola do Direito Natural e das Gentes.⁶ Nesse trajeto, a palavra natureza teve várias acepções, ora quanto ao caráter individual do homem, ora quanto ao caráter geral — social. Na Grécia já existia uma preocupação evidente com o que havia de ser o direito, o justo, a justiça. Buscavam-se justificativas para o que haveria de ser o justo consultando-se os deuses, os quais ditavam o direito que realizaria a justiça entre os seres humanos. O direito tinha um caráter místico: derivava da vontade dos deuses. Em sua recapitulação da evolução do direito natural, José Luiz Quadros de Magalhães (2010, p. 92) cita as obras dos poetas gregos Hesíodo e Homero:

[...] começemos por Hesíodo (poeta do período heróico grego — séc. VIII e séc. VII a. C.). Segundo Oliveira Litrento, Hesíodo dará melhor caracterização jurídica à idealização de Homero em sua “A Ilíada”, simbolizando *Dike* como a filha de *Themis* (entenda-se *Themis* com a deusa da justiça com vistas a “normas *agendi*”). No poema “A Teogonia”, *Dike* governa com suas irmãs: a *Eumonia* (boa ordem) e *Eirene* (a paz), todas filhas de *Themis* e Zeus. *Dike*, que tem a missão de realizar a concretização do intrinsecamente justo através dos juizes, combate três opositores: *Eris* (como pendência, que subverte a ordem), *Bia* (como a força que desafia o Direito) e *Hybris* (como a incontinência, que transforma o justo em injusto, uma vez ultrapassados os limites do Direito).

Logo, podemos apreender que, assim como a vida era representada miticamente pelos gregos, a fundamentação do direito — *o justo* — advinha de uma instância superior derivada da revelação dos deuses. Podemos recordar aqui o episódio de Antígona: quando indagada pelo rei Creonte sobre sua audácia de haver desobedecido a suas ordens, ela respondeu ao poderoso rei, conforme passagem citada por Nazareth (2005, p. 39):

[...] porque não foi Júpiter quem as proclamou e a justiça da terra não pode prescrever ordens dessa natureza. Não creio que os teus éditos tenha tanto poder que permitam a um mortal violar as leis divinas, leis não escritas mas que são eternas. Não é de hoje nem de ontem que essas leis existem. Existiram sempre e ninguém sabe a que tempo remontam. Desobedecer a essas leis por um covarde respeito à autoridade de um homem, não seria incorrer na cólera divina?

⁵ No original: “*Un ordenamiento ‘natural’, se piensa en una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo; no creada ‘arbitrariamente’, sino dada ‘por si misma’, y en algún modo objetiva, es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo, pero no obstante accesible al hombre como hecho fundamental, susceptible de ser conocida por el hombre; de un principio fundamental no producido originariamente por el entendimiento humano o la voluntad humana pero susceptible de ser reproducido por ellos*”.

⁶ No Renascimento e na Reforma, direito e teologia se separaram, e nessa separação Hugo Grócio se fundamentou para construir uma doutrina de direito natural fundada na razão humana. No século XVII firma-se a escola do direito natural e das gentes, fundada num racionalismo eminentemente abstrato, que, partindo dos fundamentos do direito, elaboraria a moderna concepção de Estado de Direito liberal-burguês. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/6754/632>>.



Segundo a professora Elza Maria Miranda Afonso (1984, p. 90), esse episódio da heroína de Sófocles merece ser lembrado pelo que simboliza: “Antígona é a voz da consciência que se eleva contra a prepotência, é a liberdade que se opõe à tirania, é o sentimento de justiça que se insurge contra as ordens cegas do autoritarismo”. Isso sugere que o direito posto e ensinado só encontraria validade se coerente com critérios de justiça fixados pelo direito revelado pelos deuses. Não havia a obrigação de obedecer a ordens não resguardadas pelos mandamentos superiores, isto é, que não realizavam o justo.

Para os pensadores pré-socráticos das colônias gregas do mar Jônico e sua preocupação com questões sociais e especulação filosófica, assim como em Pitágoras e suas considerações sobre a justiça,⁷ a ideia de um direito natural tem um caráter cosmológico: a observação do *cosmos* pode levar a uma definição dos critérios informadores do que há de ser o justo. Surgem, então, as primeiras noções de causa e efeito, das quais se deduzem os conceitos de retribuição, troca e correspondência entre o fato e o tratamento adequado a ele. Nessa concepção, também aplicável à pena, está o germe da futura doutrina aristotélica da justiça.

Nas cidades-Estado, surgiram as experiências de democracia, promovendo a igualdade dos cidadãos na tomada de decisões pertinente à *polis*. Assim, era necessário desenvolver técnicas para a participação cidadã nos debates das assembleias (NAZARETH, 2005, p. 42). Tentava-se dar ao direito um caráter convencional, porque o contato com povos diferentes mostrava variedade de costumes e crenças, bem como mutações das legislações entre cidades-Estado. Assim, o direito seria nada além do que foi convencionalizado pela assembleia. No auge dessas cidades, viveu Sócrates, que, como os sofistas — voltou-se a questões sociopolíticas.

Sócrates representa

[...] um marco na constituição de nossa tradição filosófica, e pode-se dizer que inaugura a filosofia clássica rompendo com a preocupação quase que exclusivamente centrada na formulação de doutrinas sobre a realidade natural que encontramos nos filósofos pré-socráticos. (MARCONDES, 2000, p. 33).

⁷ “[...] a justiça é, portanto [para Pitágoras] entendida [...] como harmonia, proporção, que une e concilia pacificamente os camponeses, o mais e o menos, que são pares opostos.” (DEL VECCHIO, 1979 apud GOMES, 2000, p. 21).



Acreditava que “virtude é ciência” e na existência de um mundo objetivo e cognoscível de valores: valores do bem, do belo e do justo. Para ele, justiça era algo apreensível pelo homem porque está ao alcance de sua inteligência humana; noutros termos, partir de um entendimento dado para “[...] ir além dele na busca de algo mais perfeito, mais completo” (MARC ONDES, 2000, p. 47). Acreditava ainda numa ordem objetiva de critérios do justo, isto é, num direito natural válido universalmente, supra- humano, um conceito de justo revelável pela lei, que deveria ser obedecida porque nunca cometia injustiça. Homens cometiam injustiças; a lei era sempre justa. Sua crença no poder do Estado — a lei — era tal que ele aceitou sua condenação — beber cicuta — mesmo ciente de que tal poder poderia ser usado injustamente. Para ele, sofrer uma injustiça é melhor que praticá-la. Afirmava que “[...] o melhor modo de viver, o viver feliz na sua alma é viver praticando a justiça, pois o justo supera todos os demais males, porque tem alma sadia e o equilíbrio necessário para superar outras dificuldades” (SALGADO, 1995, p. 25).

Discípulo de Sócrates, Platão dizia que a justiça só poderia ser encontrada quando o homem se libertasse dos grilhões que o acorrentam, isto é, transcendesse o mundo sensível e alcançasse o mundo das ideias — da perfeição — para de lá extrair conceitos e regras necessários à realização da justiça (NAZARETH, 2005, p. 48). Em Platão há uma concepção dupla de justiça: como virtude — prática individual — e como ideia (SALGADO, 1995). Em *A república*, a justiça aparece como ideia da razão que informa o próprio Estado: Platão acreditava que a justiça só seria alcançada pelo direito e pelo Estado e concebeu um “Estado ideal”: não o Estado como é, mas como deve ser. Nele, cada um assumiria certas funções na *polis* conforme suas aptidões; justiça como virtude e a justiça como ideia convergem; suas leis são justas porque quem as edita é praticante da virtude e da justiça (DEL VECCHIO, 1979 apud GOMES, 2000). Assim, se cada indivíduo cumprisse seu papel, servindo à sua comunidade e dela recebendo reconhecimento, haveria justiça e paz social. O direito natural em Platão — sua concepção de justiça — repousa, então, no mundo ideal, impermeável às mudanças, o mundo verdadeiramente real, do qual o mundo sensível é só uma imagem imperfeita (AFONSO, 1984).

Embora tenha sido discípulo de Platão, Aristóteles divergiu do mestre e formulou outra explicação para realidade — e para justiça. Haveria duas acepções de justiça: uma, de sentido amplo (justiça universal), equivale ao exercício de todas as virtudes referidas ao outro e determina a ação conforme a lei; a outra, de sentido estrito (justiça particular), é entendida como o hábito que realiza a igualdade (DEL VECCHIO, 1979 apud GOMES, 2000). Enquanto Platão atribuiu à lei a responsabilidade de concretizar o justo e reconheceu, no “Estado



Ideal”, como convergentes a justiça como virtude e a justiça como ideia, pois as “[...] leis [do ‘Estado Ideal’] são justas porque editadas por quem pratica a virtude da justiça” (DEL VE CCHIO, 1979 apud GOMES, 2000, p. 28); Aristóteles delegou ao juiz a incumbência de promover a justiça com base na equidade, pois “[...] o equitativo é superior ao justo, não ao justo em si, mas ao justo que em razão de sua generalidade, comporta erro. A função de juiz da equidade é que lhe confere a suprema qualificação de ‘justiça encarnada’” (AFONSO, 1984, p. 105). Aristóteles ainda contestava a existência de um direito natural imutável e invariável, pois “[...] tanto a lei que se fundamenta na convenção quanto o direito que se fundamenta na natureza pertencem à categoria das coisas igualmente mutáveis” (AFONSO, 1984, p. 105).

Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 17), Aristóteles diferencia o direito natural do direito positivo segundo dois critérios:

a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachôu*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em toda parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Com o surgimento do Império Romano, essa dicotomia entre direito natural e direito positivo fez despontar outro conceito de direito natural, baseado na reta razão, assim como a concepção de igualdade entre homens baseada na universalidade da razão.

Assim:

A justiça consistirá numa fórmula abstrata de a lei tratar a todos igualmente. De outro lado, justo é inserir-se na ordem, ou submeter-se à lei natural, ou seja, à reta razão (*recta ratio*), isto é, à razão “concorde com a natureza, difundida em todos os homens, constante e eterna. (SALGADO, 1995, p. 53).

A decadência da *polis* grega e a conquista da Grécia por Alexandre deram sinais de novos tempos. Antes tido como cidadão, o homem grego passou a ser visto como indivíduo (NAZARETH, 2005, p. 55); e passou-se a crer que a ordem natural contém as regras de conduta apreensíveis por essa lei que é a reta razão, “[...] conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, válida para todos os povos e em todos os tempos, que determina o objeto da justiça, que, também para Cícero, manda ‘dar a cada um o que é seu’” (SALGADO, 1995, p. 53). Essa concepção faz nascer a noção de igualdade no mundo romano: os homens são iguais e se submetem à mesma justiça (a *jus gentium*); a igualdade abstrata fundada em



Aristóteles dá lugar a uma igualdade em que todos são visto como iguais perante a lei (NAZARETH, 2005). As regras de direito natural são obtidas pelo uso da razão universal como caracterizadora da igualdade entre os seres humanos.

Para eles [os romanos] há uma razão eterna, uma lei da natureza que governa todo o cosmos: como o homem faz parte dessa natureza, a razão se encontra, também, em todos os seres humanos, independentemente de sua raça ou nacionalidade. Essa lei natural serve de base para o direito positivo e define o critério de justiça. (DEL VECCHIO, 1974 apud GOMES, 2000, p. 32).

No dizer de Cícero, a lei natural, a reta razão que se insere na ordem cósmica, é intangível pelo poder humano que é impotente para alterá-la. Sendo imutável e eterna, eleva-se acima das legislações positivas e se estende a todos os homens (AFONSO, 1984). Assim se introduziu a ideia de um direito de validade universal e comum a todos os homens, por isso deve ser observado e se sobrepõe ao direito positivo (NAZARETH, 2005). Bobbio (1995, p. 18) aponta três critérios para distinguir o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*): 1) o direito positivo é específico: limita-se a um dado povo; 2) o direito positivo é posto pelo povo, enquanto o direito natural é dado pela *naturalis ratio*; 3) o direito natural permanece imutável, invariável, enquanto o direito positivo muda. Essa corrente de pensamento influenciou o cristianismo, tanto que São Paulo, em sua *Epístola aos romanos*, afirmou que é justo quem faz o que manda a lei escrita nos corações dos homens.⁸

Para Kelsen (1946, p. 20), “À ideia de direito natural como ordenação ‘natural’ corresponde a de que suas normas sejam tão evidentes como as regras da lógica, porque provêm imediatamente da natureza, de Deus ou da razão”.⁹ Nessa esteira de pensamento, as normas jurídicas resultariam de dedução, de observação da natureza. O conteúdo de justiça no jusnaturalismo seria absoluto diante do direito positivo; e o critério de validade e justiça era analisado quanto ao conteúdo, conformava-se ao direito natural — “[...] na ordenação ‘natural’, está a ordenação ‘artificial’ positiva, a medida de seu valor ou desvalor” (tradução nossa)¹⁰ (KELSEN, 1946, p. 19).

⁸ “13 Porque diante de Deus não são justos os que ouvem a lei, mas serão tidos por justos os que praticam a lei. Os pagãos, que não têm a lei, fazendo naturalmente as coisas que são da lei, embora não tenham a lei, a si mesmos servem de lei; 15 eles mostram que o objeto da lei está gravado nos seus corações, dando-lhes testemunho a sua consciência, bem como os seus raciocínios, com os quais se acusam ou se escusam mutuamente.” (BÍBLIA SAGRADA, 1982, p.13–5).

⁹ No original: “A la idea de Derecho natural como una ordenación ‘natural’ corresponde el que sus normas sean tan evidentes como las reglas de la lógica, porque proceden inmediatamente de la naturaleza, de Dios o de la Razón”.

¹⁰ No original: “[...] en la ordenación ‘natural’ encuentra la ordenación ‘artificial’ positiva la medida de su valor o desvalor”.



Na idade média, o direito natural era tido como superior ao direito positivo, pois era visto não mais como simples direito comum, e sim como norma fundada na vontade de Deus e por este participada à razão humana. Tal concepção de direito natural encontra sua consagração oficial na definição que lhe é dada no *Decretum gratiani* (primeira grande recensão de direito canônico e que constituiria a primeira parte do *Corpus juris canonici*) (BOBBIO, 1995). Após o surgimento do movimento chamado “positivismo jurídico”, impôs-se a rejeição às teorias do direito natural. Esse movimento começou no século XIX e teve em Kelsen um de seus maiores defensores ao negar toda e qualquer doutrina do direito natural e reconhecer como “direito” apenas o que está posto na realidade, ou seja, positivo. No dizer de Bobbio (1995, p. 26):

Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.

Assim, o positivismo jurídico nasceu quando o “direito natural” e o “direito positivo” deixaram de ser tidos como “direito” no mesmo sentido; ou seja, quando só o “positivo” passou a ser visto como “direito”: direito é o direito positivo, não o direito natural. O termo final do contraste entre direito natural e positivo é representado pelas codificações, do fim do século XVIII, início do século XIX, através das quais o direito natural foi absorvido por completo pelo direito estatal. Na codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dita. Compreendê-lo supõe entender sua base filosófica: o positivismo.

O positivismo filosófico nasceu no século XIX, com Augusto Comte. Mas suas raízes remontam ao empirismo, cuja formulação remete à Antiguidade, mas cujas bases concretas e sistematizadas se consolidam nos séculos XVI, XVII e XVIII, com Bacon, Hobbes e Hume, em especial. É o positivismo “[...] uma tendência dentro do Idealismo Filosófico e representa nele uma das linhas do Idealismo Subjetivo [...]” (TRIVIÑOS, 1987, p. 33). Seu surgimento foi uma reação à filosofia especulativa, representada pelo idealismo clássico alemão de Fichte, Schelling, Kant e Hegel, imperantes na Europa pré-comteana. A filosofia positivista se pôs no oposto extremo da especulação pura ao exaltar, sobretudo, os fatos como base de pesquisa e epistemologia. Embora se embase nos “fatos”, o positivismo mostra ser claramente cético. No dizer de Auguste Comte (1978, p. 9),



[...] no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir.

Outra característica do positivismo de Comte é o uso da palavra positivo, por ele empregada para designar o real em oposição ao quimérico; o útil oposto ao ocioso. É tido como objeto de observação válido só o que for destinado ao aperfeiçoamento individual ou coletivo. Positivo indica, ainda, uma orientação sempre para a certeza, isto é, distancia o homem da indecisão para elevá-lo à exatidão e à concretude (o não vago), característicos da filosofia tradicional. Enfim, positivo como contrário de negativo, ou seja, como organização em vez de destruição.

Comte repensou, também, na relação entre teoria e prática. Para ele, o objetivo do estudo das ciências não se resume a atender ao interesse da indústria; antes, deve “[...] satisfazer à necessidade fundamental, sentida por nossa inteligência, de conhecer as leis dos fenômenos” (COMTE, 1978, p. 22) para neles intervir. A ciência positiva se caracteriza, assim, pela capacidade de prever; logo, com o exercício das funções intelectuais, o pensamento positivista exige “[...] combinação de estabilidade e de atividade, donde resultam as necessidades simultâneas de *ordem e progresso*, ou de ligação e extensão” (COMTE, 1978, p. 51). Nessa lógica, o positivismo refuta a cientificidade do estudo que não se volta aos chamados “fatos bem constatados” (COMTE, 1978, p. 35), ou seja, àqueles que são passíveis de pronta observação.

À lógica do fato observável se impõe um problema. Como os estados mentais diferem de fatos perceptíveis externamente, como o mundo material e a realidade social, por exemplo, então tais estados não expostos como fatos não poderiam ser estudados à luz do positivismo? Estudar os estados mentais com base positivista — a exemplo das ciências jurídicas no campo hipotético — exigiu eliminar a introspecção para se chegar à conclusão de que estados mentais de qualquer natureza ou complexidade se manifestavam no comportamento, que é externo, visível, palpável, enfim, um fato; logo, passível de observação. Nessa ótica, depois referendada pelo behaviorismo, o positivismo conservara incólume, no século XX, um de seus princípios básicos.

Um ponto essencial no positivismo é a noção de unidade metodológica para investigar dados naturais e sociais. Parte-se da ideia de que fenômenos da sociedade como o direito seriam regidos por leis invariáveis. Portanto, uma das maiores aspirações positivistas nas pesquisas



sociais é alcançar resultados que pudessem ser generalizados na sociedade. Mas a flexibilidade da conduta humana, a variedade dos valores culturais e das condições históricas e a participação inevitável do pesquisador, com sua contribuição pessoal involuntária (concepção de mundo, teorias, valores etc.), não permitiram chegar, no campo do direito, a conclusões positivista-generalistas com a objetividade própria de um estudo sobre o mundo material/natural.

Caracterizam o positivismo jurídico, sobretudo após o século XX, a tecnicização e o formalismo jurídicos. A máxima de Thomas Hobbes em *Leviatã* (2002, p. 24) de que “É a autoridade, e não a verdade, que faz a lei” esvazia as interrogativas sobre o sentido e a verdade, pois nesse caso a ordem jurídica imposta pelo poder soberano exige obediência formal e externa, característica da produção jurídica desse poder. Assim, não há preocupação com a validade ética da norma jurídica elaborada pelo poder soberano, visto que sua conduta exigida não se preocupa com a internalização/legitimação da norma em seu âmbito social. Está nessa caracterização impositiva da norma a sustentação da corrente denominada positivismo jurídico ou jusfilosófico, cujos defensores basilares incluem o austríaco Hans Kelsen. O estudo de sua *Teoria pura do direito* é o ponto de partida tanto para caracterizar o positivismo jurídico e o positivismo no ensino jurídico quanto, ao fim e ao cabo, mostrar a inadequação de parte desse modelo.

1.1 Hans Kelsen e a teoria pura do direito

Um dos filósofos centrais do direito no século XX, Hans Kelsen (1881–1973) nasceu em Praga, no então império austro-húngaro. Foi autor intelectual da Constituição republicana austríaca e juiz da corte constitucional da Áustria (1921–30). Judeu, sofreu perseguição nazista e emigrou para os Estados Unidos da América; tornou-se professor da Universidade de Berkeley, cidade da Califórnia onde morreu. Embora tenha sofrido perseguição intelectual ideológica de adeptos do fascismo e militantes da doutrina comunista, os princípios fundantes de seu raciocínio jurídico-científico ainda prevalecem, são respeitados e amplamente acatados como base para muitas instituições jurídicas que sustentam o Estado democrático de direito. Publicou quase 400 títulos, dentre livros e textos avulsos, dos quais se destacam *Teoria pura do direito* (1934), de grande difusão e influência, *Teoria geral do direito e do Estado* (1945), *O que é justiça* (1957) e *Teoria geral das normas* (1979).

Kelsen é visto como o representante principal da chamada escola positivista do direito. Suas propostas podem ser abordadas por ângulos e óticas diversos graças a sua vastidão e riqueza. Mas o ponto nuclear de seu pensamento está em *Teoria pura do direito*, obra publicada em Viena, em 1934, e onde ele adota o princípio metodológico da pureza. Tida como necessária



para determinar a autonomia da ciência jurídica, tal pureza consiste, conforme Kelsen, em afastar a possibilidade de interdisciplinaridade do direito com ciências não jurídicas, a exemplo da sociologia e da política. Em sua visão, o conhecimento jurídico deve ser dirigido ao direito, e dele se exclui o não determinável como tal. A obtenção dessa pureza metodológica parte da separação, proposta por Kelsen, entre ciência causal e ciência normativa, pois o direito é delimitável em relação à natureza; ou seja, é possível separar a ciência jurídica — normativa — das demais áreas do conhecimento com base na lei da causalidade. No dizer desse teórico, na natureza há uma ordem das coisas interligadas pelo princípio da causa e do efeito com escala infinita de observação: uma causa gera um efeito cuja concretização gera outra causa e outro efeito, indefinida e infinitamente. A ciência jurídica parte da imputação, expressa por Kelsen (1998b p. 190) nestes termos: “[...] sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecida”.

Essa diferenciação é apresentada por Kelsen na separação entre “ser” (*sein*) e “dever ser” (*sollen*) (1998b). Ele dizia que “[...] da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser não se segue que algo seja” (KELSEN, 1998b, p. 78). Logo, não se pode negar a afirmação de que algo é como descrição de um fato, distinto do enunciado de que algo deve ser como uma descrição da norma. No campo fático, o elo entre causa e efeito é o “ser”, um enunciado descritivo. Com “dever ser” se representa um juízo diretivo: a ordem jurídica liga o pressuposto à consequência, ou seja, o ilícito e a consequência do ilícito. Portanto, no pensamento kelseniano, a ciência do direito não se preocupa com a conduta efetiva do homem; apenas com a prescrição judicial. A pureza do direito só é atingida pelo afastamento dos elementos estranhos à ciência jurídica; deve ser eliminado qualquer apoio à ciência dos fatos, a exemplo de reflexões sociológicas e políticas. Na concepção kelseniana, o *ultrajurídico* e o *extrajurídico* estão fora dos limites da ciência do direito. Estariam nesse plano de não jurídicos os juízos valorativos sobre o conteúdo da norma jurídica, pois a preocupação se direciona à forma desta.

Kelsen ainda desconsidera o debate sobre a justiça no interior da proposta científica da teoria pura do direito, pois a justiça não poderia ser definida objetivamente. Não é o justo ou o injusto do conteúdo da norma que lhe dão caráter jurídico, e sim a forma como ela é produzida. Para Kelsen (1986, p. 92), uma teoria do direito positivista, isto é, realista, “[...] não afirma — e isto importa acentuar sempre — que não haja qualquer justiça, mas que de facto se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si”. Noutros termos, ele afirma ser impossível definir ou justificar absolutamente a justiça e que as concepções de Platão e Aristóteles relativas ao direito natural nas Escrituras Sagradas são como



fórmulas vazias extraídas pela razão humana e pela sabedoria popular de muitas nações, de sistemas filosóficos como “conceder a cada um o que é seu”, “o bem paga-se com o bem, o mal com o mal” e outros. Portanto, excluem a tentativa de definição de justiça ou discussão no âmbito da teoria pura do direito porque “[...] a determinação de valores absolutos em geral e a definição de justiça em particular, alcançadas dessa maneira, revelam-se totalmente vazias [...]” (KELSEN, 1998a, p. 75).

Segundo Kelsen, as teorias sobre a justiça se reduzem a dois tipos: metafísico-religioso e racionalista. Para ele, a concepção absoluta de justiça seria um sonho belo da humanidade, pois há uma posição relativa da concepção de justiça variando entre os indivíduos da sociedade. A busca pela justiça implicaria a felicidade social, com a satisfação plena de necessidades coletivas como alimentação, saúde, vestuário, moradia etc. Nas sociedades modernas, surgem outros questionamentos: qual dessas necessidades coletivas deve ser suprida primeiramente? Não há resposta racional, pois se enquadra no subjetivo pessoal e social. A afirmação “algo é justo ou injusto” se embasa em juízos de valor absoluto, subjetivo, recorrente a elementos emocionais da mente, sentimentos e desejos. Reside aí outro motivo para a base positivista kelseniana excluir da teoria pura do direito qualquer consideração sobre justiça.

Elaborada pelo próprio Kelsen, a máxima do positivismo jurídico é que “[...] a validade de uma norma de direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça [...]” (KELSEN, 1998b, p. 7). Outra característica kelseniana, também percebida no positivismo comteano, é a desconsideração da razão prática, que Kelsen entendia como a busca inata do homem ao saber das funções de objetos que lhe são dados ou propostos. O desafio ao “não sabido”. Com essa definição, ele demonstra contrariedade ao aceitar uma razão normativa fixada como “um dever ser” escapando da função do conhecimento.

A necessidade de “purificação” leva à negação da prática, que desempenha papel fundamental no direito natural e na ética — dois setores afastados da teoria pura do direito e do positivismo comteano. Segundo Kelsen, a função da ciência do direito é descrever a norma (objetivo), e não ditá-la ou criá-la; portanto, é um ato de conhecimento, e não de vontade (subjetivo). Eis a delimitação do objeto da ciência kelseniana: as normas jurídicas e as conexões de “validade”, através da adoção do chamado método normológico, que abstrai o fundamento sociológico do direito e qualquer conteúdo ético-jurídico, político-social, político-econômico e os fins desses preceitos. Nessa delimitação não entram conceitos subjetivos, variáveis e juízos de valor. Noutras palavras, permanece a norma em si e suas conexões. Kelsen conceitua o direito assim visto — objetivo do conhecimento jurídico — como sistema de normas postas pela autoridade jurídica que regulam o comportamento humano.



No dizer de Marcelo Minghelli (2001, p. 93),

Temos portanto, através da perspectiva kelseniana, uma ciência jurídica cujo objeto é o conjunto de normas postas pelas autoridades jurídicas, o Direito em sentido estrito, o Direito Positivo, e cuja única função é descrever o objeto, sem procurar justificá-lo ou qualificá-lo, ou seja, para Kelsen a ciência jurídica não prescreve, não cria, não modifica o Direito, não interage com seu objeto.

É visível na teoria kelseniana, seja pelo viés positivista ou pelo princípio da pureza metodológica adotada, que a teoria pura do direito se mostra insuficiente para impedir o processo de reflexão e crítica ideológica interna, transformando, inevitavelmente, numa dogmática jurídica (MINGHELLI, 2001, p. 93). Cria-se, pois, a ilusão de uma ciência jurídica exata e objetiva, livre de influência ideológica. Ilusão porque, na verdade, trata-se de um paradigma incapaz de realizar sua própria proposta, que não consegue sequer descrever a realidade, pois

Não se pode captar a complexidade da realidade social pela mera descrição do que é visível, pela simples experiência sensível. O pensamento positivista fracassado justamente por seu viés metodológico unilateral e limitado na tentativa de compreensão de um mundo complexo e contraditório. A realidade é movimento, processo constante. (CORRÊA, 1999, p. 80).

Assim, Kelsen busca a pureza para se libertar de considerações ideológicas ou julgamentos de valor quanto ao sistema jurídico positivo e para pôr as ciências afins à ciência jurídica (sociologia, política e economia) como “auxiliares”, ou seja, fora da caracterização específica de jurídica. Sua preocupação era formular uma ciência sem elementos valorativos e estabelecer um critério rígido de demarcação tanto entre a ciência e seu objeto quanto entre o mundo do “ser” e o do “dever ser”. Subjacente a esse objetivo havia uma preocupação clara com o rigor conceitual e questões metodológicas. Kelsen acreditava na necessidade de criar uma ordem social fundada na autoridade e que fosse legítima. Mas a ciência jurídica deveria se distanciar do processo de obtenção de tal legitimidade, pois essas considerações não eram pertinentes à análise do ordenamento jurídico.

Hupffer (2006) salienta que Kelsen descreve o sistema jurídico para então “purificá-lo”. Para ela, o procedimento adotado não leva à elaboração de uma teoria do direito, mas à construção de uma teoria em que o direito é descrito como ciência jurídica.



Seu argumento é que

[...] a partir das várias teorias existentes e da análise comparativa entre as diferentes ordens jurídicas, Kelsen vai recortando o que se pode pensar cientificamente como Direito: elabora conceitos, faz uma depuração linguístico-metodológica eliminando o que não é Direito para depois criar seu conceito de ciência do Direito a partir de um ponto de vista normativo excluindo os critérios valorativos que justificam e legitimam o sistema jurídico. (HUPFFER, 2006, p. 72).

O positivismo jurídico de Kelsen (1979) propõe uma solução para a justiça e, de forma oblíqua, uma forma de ensinar o direito. A pretensão teológica e jusnaturalista de estabelecer o certo e o errado não entra no contexto de análise e aplicação no ensino do direito por ser, na concepção kelseniana, externa à intenção purificadora do direito e de seu ensino. Sua teoria se apresenta como legisladora da episteme jurídica, de forma única, normativista e fiel à proposta de criação de uma ciência objetiva do direito, isto é, fundada no positivismo com imparcialidade e neutralidade axiológica e cujo valor central é a correção formal de procedimentos. Talvez essa objetividade e pretensão de neutralidade sejam as causas de um ensino do direito sem maiores reflexões docentes e discentes, dando azo ao dogmatismo jurídico.

Em vários momentos nas obras de Kelsen (1979) é patente o uso da linguagem-objeto e da metalinguagem para superar paradoxos lógicos. A primeira representa aquilo sobre o que se fala; a segunda é a linguagem que fala daquele objeto. Num primeiro momento, a norma jurídica funciona como esquema de interpretação do mundo (metalinguagem); num segundo momento, como linguagem-objeto para a ciência do direito — seu saber teórico. Na teoria kelseniana, essa distinção possibilita falar em pureza jurídica e reconhecer o caráter político e moral do sistema jurídico.

A criação da ciência jurídica pura, com rigor metodológico e objetivando ao conhecimento não valorativo da norma jurídica é a resposta de Kelsen à inevitável complexidade do mundo e à abertura infinita dos sentidos que acompanham o advento da modernidade. Na pré-modernidade, o poder emanava de Deus; após Hobbes, ela foi entregue ao soberano, senhor absoluto da autoridade. A fragmentação característica da modernidade vai implicar a impossibilidade de os homens se identificarem numa única possibilidade significativa, levando-os a se abrirem a infinitas opções de articulação de sentido. Na modernidade, cai a crença na autoridade última, no poder supremo legitimado por normas jurídicas capazes de agregar os homens em torno de um projeto coletivo.

O positivismo kelseniano parte da necessidade de estabelecer um sentido único capaz de estabilizar as relações sociais numa sociedade fragmentada e de possibilidades significativas múltiplas. A fragmentação social e o conseqüente esvaziamento de uma



concepção abrangente de bem, características da modernidade, levam à necessidade de estabilização de algumas expectativas, função que o ordenamento jurídico desempenha.¹¹

O positivismo kelseniano separa, distancia o indivíduo/sujeito do ordenamento jurídico; logo, validade, legitimidade e obediência seriam questões independentes. Como forma de oposição lógica à realidade indeterminada e contingente da modernidade, a teoria pura do direito é insuficiente para compreender a modernidade, que se caracteriza pela indeterminação de sentidos que atinge a lei, o conhecimento e os faz carecer de legitimação. Ante o colapso, na modernidade, dos pontos de certeza calcados em Deus, na razão e no Estado, a teoria kelseniana cria a interpretação pura do direito, pretensamente neutra, distante, transparente, segura e controlada.

Como universo temático, a teoria do direito sempre se associou ao positivismo e foi permeada pela ideia de um conhecimento descritivo do ordenamento. Assim, fica patente no pensamento do positivismo jurídico a negação absoluta da existência de um direito ideal, transcendente, preexistente e de validade absoluta e atemporal. Entre os juristas, esse modelo positivista de concepção do direito predominou do século XIX até as duas últimas décadas do século passado; nesse intervalo, as preocupações dos juristas se reduziram ao estudo das normas, isto é, o positivismo jurídico delimitou o estudo do direito às normas postas na experiência social e tem como vertente central o normativismo kelseniano, em que só interessa estudar o direito posto, concreto, materializado. Kelsen pode ter caído na própria armadilha, pois sua proposta serviu ao regime político instaurado na Alemanha em 1934, por Adolf Hitler, que empreendeu uma das maiores barbáries da humanidade, segundo historiadores do direito do século XX. A neutralidade, o distanciamento, a transparência, a segurança e o controle serviram aos interesses de quem detinha o poder, dominava e destruía. Mesmo quando escolhe o método, a ciência não se isenta de motivação por interesses, e a escolha se torna ideológica.

¹¹ “Em outras palavras e empregando a terminologia utilizada por Habermas em *Técnica e ciência como ideologia*, que se baseia, por sua vez em Weber, pode-se dizer que, as interpretações e fundamentos de legitimação inquestionáveis fornecidos pelo enquadramento institucional de sociedades tradicionais pré-capitalistas são explodidos pelo advento do modo capitalista de produção que, ao permitir uma expansão ilimitada dos sistemas do agir racional com respeito a fins, estoura o enquadramento até então imposto por cosmologias míticas, religiosas ou metafísicas.” (FALEIROS; GALLUPO, 2010, p. 146).



No estudo do direito, a liquidação do direito natural encerra a negação da justiça como seu objeto de estudo. Assim, a soma do positivismo jurídico com as codificações ocorridas no século XIX nos países da Europa continental e as lições da escola da exegese¹² vão originar o que se denomina de “modelo de ensino jurídico positivista-legalista”, responsável pela dogmatização do ensino jurídico; na perspectiva desse novo posicionamento epistemológico, o estudo do direito fica, então, reduzido à análise de juízo de validade da norma jurídica e ao culto do texto da lei, implicando — necessariamente — uma educação hermética, fechada e compartimentada. Segundo Mata-Machado (1986, p. 119), “[...] em cada ramo ou disciplina do Direito pouco mais se estuda, em nossas Faculdades, do que regras vigentes, nacionais, escritas e sua sistematização”.

O fenômeno jurídico passa a ser compreendido segundo um caráter eminentemente lógico-formal de análise das normas postas pelo Estado, e isso nos permite afirmar que, nesse modelo, não há escolas de Direito, mas escolas de legislação — sobre as quais pode ser vista como emblemática a afirmação de Bugnet, citada por Mata-Machado (1986, p. 116), de que não sabe direito civil porque a escolas se limitam a [...] ensinar o Código de Napoleão”. Para a maioria dos juristas do século XX herdeiros da escola da exegese francesa dos fins do século XIX, a transmissão da cultura jurídica estaria calcada na análise fria dos textos legais (BOBBIO, 1995) e nos comentários dos autores renomados — modelo de ensino que embota a capacidade crítica e reflexiva de seus cultores e alija o direito da realidade social e das discussões valorativas sobre a justiça (FERRAZ JÚNIOR, 1977).

No presente, essa postura é visível, por exemplo, na aplicação de exames e provas fundados no conhecimento dogmático, memorizado exigido para ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no Provão, no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e em provas de concursos públicos. Renato Cássio Barros (2008) detectou que esses exames exigem que o candidato decore o texto da lei, pois as questões se referem predominantemente a ela e, em menor grau, à jurisprudência e à doutrina. Dois pontos se destacam nesses exames: a) a existência de um instrumento de avaliação que não mede o conhecimento em profundidade, mas o bom uso da memória; b) a vinculação das aulas nas instituições de ensino superior às exigências de tais exames, o que faz o professor priorizar a memorização em detrimento da reflexão, porque, embora não oficialmente, o desempenho das

¹² “A escola da exegese põe a lei acima de todas as vontades, idolatrando-a, e lhe confere o atributo de instrumento de controle do poder, de tal modo que deixa como herança o princípio da legalidade e o da supremacia da lei. Supera a metafísica racional dos jusnaturalistas, trocando-a, contudo, por uma metafísica de cunho exageradamente formalista, à medida que concebe o direito como realidade posta, imune ao meio social, traduzida num positivismo avalorativo, estatal e legalista, equiparando o direito à lei. A escola exegética — importa dizer — tem, ainda nos dias atuais, uma legião de fiéis seguidores.” (BORGES, 2005, *on-line*).



instituições de ensino superior é medido pela aprovação de seus alunos nos quadros da OAB, por meio do selo de qualidade da instituição de ensino emitido pela ordem.¹³ Carlos Antônio Monteiro (2004, p. 57) esclarece que

A ordem dos advogados do Brasil – OAB avalia os cursos de direito do país para atribuir-lhes o selo de qualidade da Instituição. Para chegar aos resultados, a OAB realiza o cruzamento dos dados da média de pontos obtidos no Provão, com a aprovação das Instituições no Exame de Ordem, que permite ao Bacharel em Direito advogar. Este último critério pesou mais na avaliação.

No dizer de João Virgílio Tagliavini (2004, p. 45), “É comum, nos cursos jurídicos, que os professores se preocupem em ensinar aquilo que é perguntado nos exames da OAB, nos concursos públicos e, mais recentemente, nos Exames Nacionais de Cursos (Provão)”. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), pela publicação *OAB Recomenda 2007: por um ensino de qualidade* (TIMM, 2007), lista instituições de ensino superior aptas ao ensino do direito com base no índice de aprovação no exame da ordem e nas notas do Provão. Como se depreende, esses exames de base legalista se tornaram critério de avaliação do ensino do direito nas instituições de ensino superior, ajudando a perpetuar, na sala de aula, a formação positivista kelseniana e legalista do aluno e do ensino do direito (CARLINI, 2004).

1.2 A crítica de Luis Alberto Warat à teoria pura do direito

Em sua teoria, Kelsen analisou a ciência jurídica e o fenômeno jurídico pela ótica interna da própria ciência, ou seja, descartou qualquer valor externo. Para ele, a teoria pura

[...] se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo que não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1986, p. 15).

¹³ Selo “OAB Recomenda”.



Essa teoria se apóia na metodologia e nos critérios de ensino do positivismo científico para estabelecer um paradigma que impeça as influências ideológicas produzidas pelo núcleo teórico da dogmática jurídica, cuja guia é o direito natural. Noutras palavras, a teoria kelseniana isola de seu objeto a ideologia e a prática política, assim como contribuições advindas da “[...] filosofia da justiça, da moral, da religião e, ainda, crenças, princípios e categorias que regulam a constituição das ciências causais, como também as pseudo-categorias do pensamento jurídico-clássico” (WARAT, 2004b, p. 28). Buscar a pureza metodológica exige, por consequência, delimitar exatamente o objeto que integra a ciência do direito. Dessa forma, convém observar a localização do direito com base na distinção entre natureza e sociedade, entre ciências naturais e ciências sociais.

No dizer de Warat (1985, p. 148), ao refutar as relações entre direito, política e ideologia, Kelsen não só reduziu o sujeito de direito a um conjunto de normas, como também contribuiu para manter a função ideológica — que ele nega — do conhecimento jurídico. Afinal — pondera esse autor — espera-se que o conhecimento científico explique “[...] as significações ideológicas” (WARAT, 1985, p. 148), em vez de simplesmente negar sua existência. Na visão de Warat (1995b, p. 43), Kelsen considera

[...] a possibilidade de efetuar um processo de verificação (estipular a verdade de uma proposição jurídica) quando o conteúdo desta corresponder ao conteúdo da norma. Assim, para Kelsen, os enunciados da ciência do direito teriam um sentido semântico — sujeitos às condições de verdade — na medida que afirmam a validade de uma norma. Os âmbitos de validade das normas seriam, desta maneira, os referentes das proposições jurídicas.

Warat (1995b) entende que a teoria kelseniana supõe uma coisificação dos conteúdos das normas — na verdade, uma das formas de operatividade e reforço epistemológico das funções de “fetichização” das normas. Assim, para esse autor, a norma ensinada com base no pensamento de Kelsen enfoca especificamente a lei, nas ideologias legitimadoras dos poderes Legislativo e Judiciário. Essa abordagem positivista leva ao entendimento de que os critérios de significação que a dogmática constrói se vinculam mais à eficácia e legitimidade do poder legislador e do sistema jurídico, e menos às condições de validade e verdade. Esse discurso Warat (1985) chama de “senso comum teórico dos juristas”, isto é, “[...] conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico”. Tal senso comum é apresentado como realidade indiscutível, pronta e acabada, que abre uma estrada única a ser seguida pelo acadêmico do direito, pois é iniciado e



introduzido num processo único dominado pela dogmática jurídica e pelo positivismo jurídico. Numa palavra, a teoria kelseniana é tida como pedra fundamental da ciência do direito.

Caracterizar e explicitar esse “senso teórico dos juristas” requer uma análise crítica do saber jurídico à luz de “[...] uma sociologia política do conhecimento prático do direito” (WARAT, 1985, p. 49). Segundo o viés crítico, tal sociologia procura demonstrar o poder social desse senso comum e seu instrumental semiológico na análise discursiva, também chamada de “semiologia política” ou “semiologia do poder” (WARAT, 1985, p. 49). Esse entendimento de Warat se fundamenta no pensamento de epistemólogos para os quais é preciso demarcar o que deve ser visto — e o que não deve — como ciência. Para tanto, opõe-se o conhecimento científico à metafísica e a representações ideológicas; busca-se definir e significar o referencial em oposição ao conotativo, “[...] diferenciando as opiniões comuns (a doxa) do conhecimento científico (episteme)” (WARAT, 1985, p. 49). Nessa oposição de base metodológico-analítica, a doxa se caracteriza pelo metafísico, pelo ideológico e pelas conotações de referenciais semiológicos, e a “episteme” seria o conhecimento científico purificado, isento de tais características. Quando essa racionalidade científica purificada e epistêmica é aplicada à prática do direito, a “doxa” se manifesta nas opiniões valorativas latentes nesses discursos de “verdade”. Assim, o “senso comum teórico dos juristas” é constituído por valores extraconceituais num sistema dito epistêmico científico puro, ou seja, é “[...] uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme” (WARAT, 1985, p. 50). Para Warat (1985), pela prática jurídica é fácil estereotipar um discurso da episteme convertida em doxa pelo programa político das verdades. Assim, a visão crítica analítica do direito seria a doxologia, a procura do valor político do conhecimento científico do direito formado pela prática jurídica.

A análise dos conflitos entre teoria e prática na epistemologia tradicional não passa pelo crivo do valor político do conhecimento na prática, pois este seria doxológico na análise jurídica pura a que se propõe. Quando aplicada à prática, tal proposta de saber jurídico puro como teoria a contamina ideologicamente, dando a falsa impressão de atividade profissional exclusivamente epistêmica. Os juristas de ofício creem que advogados de fato atuantes na prática jurídica são como estrategistas e manipuladores de normas, supostamente sob cognição apolítica epistêmica, “[...] um técnico neutro de normas” (WARAT, 1985, p. 51). Sabe-se que isso é uma inverdade — mesmo que cheguemos a tal conclusão com base doxológica. No dizer de Warat (1985, p. 53),



[...] a prática jurídica, apresentada como um lugar fora do poder, serve para fazer uma observação crítica sobre os postulados metódicos da teoria kelseniana, já que seus efeitos ideológicos e políticos não provêm, isoladamente, dos valores que Kelsen propõe para a construção de uma ciência do direito em sentido estrito, senão pelos efeitos de seu discurso como guia e representação da práxis jurídica. É o discurso kelseniano, tornando senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador de relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais.

As palavras de Warat sugerem que a práxis jurídica ocupa, então, outro espaço que não só aquele que a perspectiva de Kelsen aponta: o de uma ciência imune a forças ideológicas subjacentes às relações de poder e cuja representação inequívoca seriam os textos legais — o discurso. Nessa ótica, reduzir o conhecimento legal — o saber jurídico — à repetição e manipulação de tais textos seria descaracterizar o direito como ciência social, isto é, situa-o no tecnicismo neutro de uma suposta exatidão e pureza na visão comportamental analítica social e humana. Contrapondo-se a essa visão kelseniana, Warat propõe, então, uma perspectiva que altere essa reprodução cotidiana de um conhecimento limitado imposto pela dogmática via imaginário jurídico dominante — o “senso comum teórico dos juristas” —, entendível como “a voz ‘*off*’ do Direito”, uma profusão de “[...] ecos legitimadores de um conjunto de crenças a partir das quais se pode dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam” (WARAT, 2004c, p. 32).

Uma questão polêmica em Kelsen na seara das crenças mitificadas é a “norma fundamental” como legitimadora do pacto social. Esse posicionamento é questionado — conforme Vilanova (1978 apud WARAT, 1995b) “[...] a partir de todas as posições teóricas”. Para os jusnaturalistas, a norma fundamental do sistema jurídico positivo não considera o domínio de “[...] valores absolutos como critério de constituição do conhecimento jurídico e também porque nega a possibilidade de usar a norma fundamental como um meio para implementar na realidade social um valor fundamental” (WARAT, 1995a, p. 277). Para os marxistas, seria uma fórmula idealista para encobrir a luta de classes, a negação do direito com o poder do Estado e ainda silenciar o direito diante do processo de reprodução capitalista. Na análise sociológica, há na norma fundamental a negação do papel da realidade social como constituinte da normatividade jurídica. Para os positivistas contemporâneos, a crítica à norma fundamental kelseniana seria a incongruência de recorrer a essa “metáfora tão ambígua e com tão pouca força explicativa” (VERNENGO, 1956 apud WARAT, 1995a, p. 278) ante as numerosas metodologias para constituir o campo teórico do direito de forma sistematizada.

Para Kelsen, a norma fundamental não é analisada senão por sua formação gnoseológica jurídica, com intenção purificadora do objeto temático da ciência jurídica. Pretende-se explicar,

pela norma jurídica fundamental, o processo interpretativo da norma subjetiva atribuído à conduta dos indivíduos, indicando-se as regras de constituição das propostas e visando a uma sistematização constituída como outorga do conhecimento jurídico ao dado empírico e como uma forma na qual isso ocorre. Assim, para Kelsen, a teoria da norma jurídica fundamental apresenta só a produção de um saber jurídico que “[...] produz enunciados reveladores de uma verdade material e não reprodutora de algumas visões metafísicas” (WARAT, 1995c, p. 281). Para afastar todo metafísico e suas “ilusões”, Kelsen fixa um limite teórico interpretativo e epistêmico, com objetividade nos dados normativos em sistematização, o que seria inalcançável “[...] sem a pressuposição de uma norma fundamental hipotética” (WARAT, 1995c, p. 281). Levada ao plano da práxis jurídica, a existência dessa norma fundamental equivale à constituição ou a normas constitucionais; é o fundamento de validade das normas posteriores e inferiores, cuja validade está condicionada à primeira.

Warat (1995c, p. 290–1), com base em Gioja, diz que há uma coincidência pressuposta entre os valores resultantes das ações voluntárias dos indivíduos e a norma fundamental gnoseológica, que adquirem sentido objetivo quando se reconhecem como derivadas de uma vontade geral.

A norma fundamental gnoseológica — para Gioja — expressa, precisamente, uma vontade pressuposta, constituinte do sentido objetivo das ações voluntárias normativas. Não falamos aqui — diz Gioja — de uma coincidência real de vontades humanas, senão simplesmente de uma coincidência pressuposta. (WARAT, 1995c, p. 291).

Admitir essa visão de Gioja sobre a norma fundamental kelseniana é admitir que há uma função política encoberta, uma versão nova, uma tradução para o plano metodológico positivista do pacto social em seu papel de legitimação do poder do Estado — legitimação voluntária pela “coincidência pressuposta” social de qualquer discussão sobre a análise jurídica e de direito “[...] como fator codeterminante dos processos de organização das condições de existência para a vida social” (WARAT, 1995c, p. 291).

Warat (1995a, v. II, p. 277) faz uma observação jocosa, simplificada sobre essa visão kelseniana do pacto social; diz ele: “Isto é o que nos sugere a norma fundamental, quando formulada da seguinte maneira: ‘se A manda e é geralmente obedecido, deve ser que A mande e seja geralmente obedecido’. Eis a versão kelseniana do pacto social”.

A perspectiva de Warat (2004a) propõe quebrar o mito do ensino tradicional de matriz kelseniana; e a proposta introduz a problemática do ensino segundo essa matriz. Esse autor cria um instrumental teórico-crítico que possibilita romper com o paradigma antigo limitador/legitimador da ciência jurídica (im)posta, traduzido no “senso comum teórico dos



juristas”. Warat deixa entrever que a ruptura tem de se valer de outros campos de reflexão, porque reformular imaginários arraigados exige muito; e tais campos tateiam a produção simbólica com os signos — do contrário ele não faria referência a uma semiologia. Para que o ensino do direito pudesse construir uma proteção contra modos patológicos de humanidade, na iminência de orientar um projeto de existência, a linguagem e a simbologia nesse ensino precisam ser revistas

A importância dada à simbologia permeia as fontes de pensamento a que Warat recorre ao formular os pressupostos filosóficos, epistemológicos e teóricos de sua pedagogia. Aí entram teoria da linguagem, literatura e psicanálise, para citarmos algumas, assim como o pensamento francês moderno de Barthes, Baudrillard, Deleuze, Foucault, Guattari, além da filosofia do alemão Nietzsche. Se isso indica o ecletismo de Warat ao buscar subsídios filosóficos-intelectuais e elementos simbólicos para traduzir seu pensamento em linguagem, também sugere que a combinação dessas bases não se faz sem dificuldade. Por exemplo, essa combinação de perspectivas supõe associações nas quais um dos elementos associados vem da ficção (literatura): da possibilidade de real, do conotativo — traços próprios da força polissêmica do texto literário; e não do referencial, do denotativo — próprios de linguagens como a do direito, aferível empiricamente.

Com efeito, Warat não escreve literatura. Mas ele se permite expressar seu pensamento com mais liberdade estilística, explorando a feição conotativa da linguagem e a intertextualidade. Tal liberdade aparece num uso poético-afetivo da palavra *versus* o uso objetivo-referencial quando discorre sobre questões teórico-conceituais. Isso fica patente quando ao se referir ao ensino do direito atual em termos metafóricos (“mortos que falam”, “fantasias perfeitas”), justamente, para fugir à linguagem “enganosamente cristalina” e “sem ousadias” do direito que o ensino jurídico tradicional replica (WARAT, 1997, p. 42). O próprio Warat (1985) se refere à literatura como estímulo a essa sua forma de expressão, sobretudo o romance de Jorge Amado *Dona Flor e seus dois maridos* — daí viriam associações entre elementos estranhos, junção de conotação com denotação, dentre outros exemplos. Essa força é tal em seu pensamento, que aparece no plano da intertextualidade neste título: *A ciência jurídica e seus dois maridos*.¹⁴

¹⁴ Segundo Maurício Batista Berni (1998, p. 50), trata-se de “[...] obra de filosofia que deve ser vista como pedagogia. Basta percorrer um pouco as suas páginas para sentir que se está diante de uma proposta de trabalho que pretende, antes de tudo, sustentar cumplicidades na aceitação das diferenças”.



Warat está ciente de que reformular qualquer imaginário arraigado requer trabalho árduo. Assim, além da importância do plano simbólico na reflexão a ser feita por quem se forma em direito, ele salienta a necessidade de uma revitalização do ensino jurídico, ou seja, sua carnavalização à luz de Bakhtin. “Carnavalizar” a aula — pensa Warat (1985) — poderia facilitar a construção de uma relação entre aluno e professor em que este pudesse se deslocar de seu lugar tradicional para um lugar em que seja “castrado” das certezas.

Essas conclusões sobre o que embasa a “filosofia” de Warat ao apresentar sua proposta pedagógica para o ensino jurídico são apenas pistas do que compõe a base de futura reflexão: como essas referências a outros campos da produção intelectual e simbólica se manifestam no pensamento waratiano? Em que momento suas ideias recorrem ao pensamento de quem fundamenta sua reflexão filosófica, epistemológica e teórica sobre o ensino do direito?

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AFONSO, Elza Maria Miranda. O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen. 1984. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984

ALONSO, Myrtes. Transformações necessárias na escola e na formação dos educadores. In: FAZENDA, Ivani et al. Interdisciplinaridade e novas tecnologias. Campo Grande: ed. UFMS, 1999.

BARROS, Renato Cássio Soares de. As implicações do positivismo jurídico no ensino do direito do trabalho. In: TAGLIAVINI, João Virgílio (Org.). A superação do positivismo jurídico no ensino do direito: uma releitura de Kelsen que possibilita ir além de um positivismo restrito e já consagrado. Araraquara: Junqueira & Marin, 2008, p. 137–66.

BAKHTIN, Mikhail. Marxismo e filosofia da linguagem. 9. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BERNI, Maurício Batista. Ensaio acerca da história de Luis Alberto Warat. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José. Alcebiades de. (Org.). O poder das metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BÍBLIA SAGRADA. N. T. Epístola de São Paulo aos Romanos. 34. ed. São Paulo: Cpad, 1995. cap. 2, p. 13–15.

BITTAR, Eduardo C. Direito e ensino jurídico. São Paulo: Atlas, 2001.



- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- CARLINI, Angélica Lucia. A aprendizagem baseada em problemas e ensino jurídico no Brasil: reflexões sobre a viabilidade desse novo paradigma. Anuário da ABEDI, ano 2, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- CARLINI, Angélica; CERQUEIRA, Daniel Torres de; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. 180 anos do ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Millennium, 2007.
- COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- CORDEIRO, Julieta Rodrigues Saboia. O ensino do direito: um projeto pedagógico. 2002. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.
- CORRÊA, Darcísio. A construção da cidadania: reflexos histórico-políticos. Ijuí: ed. UNIJUÍ, 1999.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia. Lisboa, Assírio & Alvim, 1995.
- EGGER, Ildemar. Cultura da paz e mediação: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: FUNJAB, 2008. v. 500. 233p.
- FALCÃO, Joaquim. Os advogados, ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1984.
- FALEIROS, Thaísa Haber; GALUPPO, Marcelo Campos. A formação do docente de direito: uma identidade desejada. ENCONTRO NACIONAL CONPEDI, 8. Anais... Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1658.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 1977.
- FERREIRA, V. M. História do Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1962.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento da Validade do Direito. KANT E
- KELSEN. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LIMA, Ana Karmen Fontenele Guimarães. Limitações da formação jurídica: da necessidade de um ensino crítico e humanista. In: ARAÚJO, Regis Frota. Metodologia do ensino jurídico: propostas e debates. São Paulo: ABC, 2010.



- LIBÂNIO, José Carlos. Democratização da escola pública: a pedagogia crítica-social dos conteúdos. 12. ed. São Paulo: Loyola, 1993.
- KELSEN, Hans. La idea del derecho natural y otros ensayos. Buenos Aires: Losada, 1946.
- KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979
- KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre: Safe, 1986.
- KELSEN, Hans. O que é Justiça? 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos humanos: evolução histórica. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/jose_quadros.htm>. Acesso em: 4 nov. 2010.
- MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- MARCHESE, Fabrizio. A crise do ensino jurídico no Brasil e as possíveis contribuições da educação geral. Dissertação (Mestrado em Educação) — Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.
- MARTINS, Carlos Benedito. Ensino superior brasileiro. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. Evolução do ensino jurídico no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>>. Acesso em: 12 set. 2010.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Elementos de teoria geral do direito. 3. ed. Belo Horizonte: ed. UFMG, 1986.
- MINGHELLI, Marcelo. Crítica waratiana à teoria do direito: os mitos do ensino jurídico tradicional. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba: UFPR, 2001, v. 36, p. 93–104, 2001.
- MONDARDO, Dilsa. 20 anos rebeldes: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- MONTEIRO, Carlos Antônio. Avaliação do ensino do direito no Brasil. Anuário ABEDI , Florianópolis: Fundação Boiteux, ano 2, 2004.
- MORIN, Edgar. Os sete saberes básicos da educação do futuro. São Paulo: Cortez, 2000.
- NAZARETH, Marconi Spínola. Veredas do ensino jurídico: um estudo sobre a educação jurídica à luz do jusnaturalismo, do positivismo jurídico e do pós-positivismo jurídico. 2005. Dissertação de mestrado — Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.
- PENA, Roberto Patrus Mundim. Responsabilidade Social da Empresa e Business Ethics: uma relação necessária? In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPAD, 2003.



PILETTI, Nelson. Sociologia Da Educação. São Paulo: Ática, 1997.

SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: ed. UFMG, 1995.

TAGLIAVINI, João Virgílio. A ousadia de um novo ensino jurídico: interdisciplinaridade e aprendizado por problemas. Anuário da ABEDI, ano 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 215–28.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.

WARAT, Luis Alberto. Manifesto do surrealismo jurídico. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Epistemologia jurídica na modernidade. Porto Alegre: Safe, 1995a.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Safe, 1995b.

WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 1995c.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Safe, 1997.

WARAT, Luis Alberto. Manifestos por uma ecologia do desejo. São Paulo: Acadêmica, 2000.

WARAT, Luis Alberto. Por que cantam as sereias. Florianópolis: UNOESC/CPGD-UFSC, 2003.

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito. O sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004a.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca. O ofício do mediador. Florianópolis: Boiteux, 2004b.

WARAT, Luis Alberto. Territórios desconhecidos. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Boiteux, 2004c.

WARAT, Luis Alberto. La universidad latinoamericana y la eclosión pedagógica. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 15, 1972. Disponível em: <<http://www.alvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/issue/view/545>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. São Paulo: Saraiva, 2006.