

C

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

FACULDADE DE DIREITO

Curso de Mestrado

Coordenador - Prof. Lourival Villanova

Ciclo de conferencias em homenagem a
Hans Kelsen

A SIMULAÇÃO LÓGICA E A POSIÇÃO DA SO-
CIOLOGIA NA TEORIA PURA DO DIREITO -
Prof. GLAUCIO VEIGA

R E C I F E

Outubro - 1973

1

11A

J U S T I F I C A Ç Ã O

Em homenagem a Hans Kelsen, o curso de Mes
trado, sob a supervisão do Prof. Lourival Villanova, estru-
turou um ciclo de conferencias com a participação de profes-
sores do Curso e convidados.

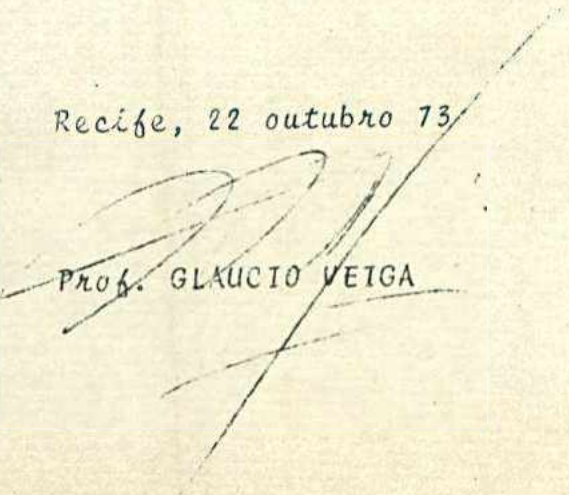
A primeira conferencia coube ao Prof. Tar-
cisio Burity, da Universidade Federal da Paraíba com um en-
foque da Teoria Pura através do Direito Internacional.

Responsabilizou-se pela segunda conferen-
cia o Prof. Nelson Saldanha que situou Kelsen na sua circuns-
tancia histórica.

A terceira palestra coube a Glaucio Veiga,
colocando em questão a lógica kelseneana e a posição da so-
ciologia na Teoria Pura.

Por fim, encerrando esse ciclo, estudarã
a lógica jurídica de Kelsen com a segurança e argúcia pecu-
liares, o emérito mestre desta casa, Prof. Villanova.

Recife, 22 outubro 73


Prof. GLAUCIO VEIGA

1 - A CIRCUNSTÂNCIA HISTÓRICA

Ao findar do sec. XIX e começos do presente, há uma efervescência de "pureza" em toda ciência condicionada pela estrutura burguesa, em crise.

Sem querer avançar em generalizações psicanalíticas, diríamos que os cientistas burgueses estavam sofrendo uma reação catártica, purgando suas ciências, inaptas e incapazes perante a crise, de possíveis erros, verdadeiros "pecados" científicos. E que a "purificação" dessas ciências, talvez, as transformasse num instrumental mais eficiente na melhoria da condição humana.

Husserl purifica a Lógica das impurezas / psicológicas. Bergson purifica a teoria do conhecimento através da intuição. Freud purificou a psicologia com o repuxo artesano do inconsciente.

Proust purifica a memória, a tal ponto, / que passa a encontrar uma memória involuntária. E não é, por coincidência que compara literalmente essa memória involuntária ao jorro de um poço numa visível covizinhança com o inconsciente de Freud.

Os surrealistas também pretendem purificar a arte, purificando-a de todo racionalismo, submergindo-se no inconsciente, no pre-racional, no caótico, livres de censura moral ou estética como, lisamente, o confessa seu Papa, André Breton, no "Premier Manifeste du surrealisme", em 1924.

Há, portanto, uma conspiração contra a existência, contra a mundanidade para usar o termo parateológico de / Troeltsch, uma conspiração contra a vida e contra o viver, em resumo, uma conspiração contra a Razão.

Neste dar às costas à dimensão existencial ou à impureza da vida, tentar voltar ao normativo em si sabemos / que é postura kelseneana e bem expressiva e melhor expressa, neste texto de Reinrechtslehre, ed. de 1934:

"O direito, como um ato psicofísico motivado e motivador de outros atos é força - a força do direito - e como tal, assunto da psicologia social ou sociológica".

Kelsen traduz juridicamente o que Rimbaud

Rimbaud da primeira fase, aos 17 anos, antes da experiência fatal africana, gemeu: "La vie est absente, nous ne sommes pas au monde".

Ou, traduz, por igual, juridicamente a / técnica do seu coetâneo Pirandello, em "Il fu Matia Pascal", a técnica e a estética de encarar a vida, fora da vida.

Ora, o que há de comum em Freud, Bergson, Proust, Husserl, Kelsen, Rimbaud, surrealistas e pirandeleanos é uma / espécie de sonambulismo parcial - e já explicaremos esse parcial - a passividade de um medium de hipnotismo, decorrente de repulsa ao racional.

Mas, poder-se-ia advertir que há uma contradição essencial no nosso argumento, pelo menos quanto a Kelsen e / Husserl que, ao contrário, teriam sido essencialmente lógicos, jamais / alógicos, ilógicos ou metalógicos.

Aqui o crucial do nosso tema: até que ponto há uma lógica em Kelsen e em Husserl?

Relembramos, aqui, a história verídica, / ou, anedota, com possibilidades de verdade, que, um estudioso de Salvador Dalí conta.

Visitava Dalí a Freud, em Londres, pouco / antes da morte deste; e, no diálogo, Freud teria dito ao pintor: " o que me interessa na sua arte não é o inconsciente senão o consciente".

O que poderia ser ampliado: não estou interessado em sua paranoia simulada, porém, no método de sua simulação.

Antecipando, o nosso tema desta mirrada / palestra, poderíamos dizer a Kelsen: não estamos interessados em sua / lógica simulada, mas, no método do seu suposto logicismo.

Como poderíamos paralelamente enfrentar / Husserl: não estamos interessados em seu antipsicologismo simulado, porém, no método desse suposto antipsicologismo.

Há um defeito fundamental em qualquer operação analítica, falha que tem fonte na lógica e na matemática clássicas. Referimo-nos ao postulado, ao postulado em si que contem, indisfarçável sabor teológico e quase imperceptível odor mítico.

Nesta altura, recordamos uma citação de segunda mão de Walter Burckhardt, jurista suíço de raízes stamlerianas e namoros kelseneanos quando alertava com entusiasmo de cruzado medieval:

"quem estuda o direito como um fato, exami

nando-o com os metodos das ciencias físi-
cas, não trata, não analisa o direito co-
mo nós o entendemos, isto é, um sistema/
coativo de significados, porê, estuda o
direito como uma conduta real. Ora, tal/
enfoque desconhece totalmente a única /
coisa que para nós juristas é a coisa /
principal: o postulado em direito".

Dogmatismo bem kelseneano que iria de -
pois causar dificuldades ao mestre austriaco quando aplicasse ao Di-
reito Constitucional - e mais especificamente - ao conceito de Consti-
tuição, a categoria da norma fundamental.

Bem lida a história da matemática e bem/
aprendida a história da lógica, o postulado perde o caráter religioso
de eternidade e irreversibilidade para se tornar tranquila e chãmen-
te, uma categoria histórica.

Para não nos alongar, bastaria tomarmos/
como referência a crítica de Leibnitz à intuição matemática cartesea-
na e, à sua recusa, em reconhecer os axiomas da geometria euclidiana/
como proposições evidentemente indemonstráveis. Daí, alguém já ter di-
to que a obra de Leibnitz vem marcada por uma necessidade de "provar/
axiomas".

Portanto, a definição famosa de Kant do
conhecimento matemático "com um conhecimento que detem uma certeza to-
talmente apodictica, isto é, uma necessidade absoluta e que, portan-
to, não descansa sobre fundamentos da experiência, o que significa di-
zer que é um produto puro da razão" - essa definição de conhecimento/
matemático estava colocada em questão, precipuamente após o livro de
Riemann, publicado em 1868, "Sobre as hipóteses que servem de base à
geometria".

Despenca-se a matemática de categoria de
"verité éternelle", para "verité de fait", como diria Leibnitz.

Mas, bem examinada, a definição de conhe-
cimento matemático de Kant seria, totalmente, transplantado por Kel-
sen para a sua lógica jurídica.

A norma fundamental de Kelsen não está /
promulgada porê, pressuposta. E estando pressuposta, ou melhor, postu-
lada, Kelsen confessa em Hauptprobleme (ed. p. XIV) que a norma funda-
mental é metajurídica.

Aqui, compromete-se pela base a decanta da "pureza" que esbarra frente a uma aporética insolúvel.

Kelsen chegará à mesma conclusão de Kant, na definição do conhecimento matemático: norma fundamental, um puro / produto da razão.

Esta aporética percebeu-a claramente / Koellreuter quando fulminou em frase curta porém cortante a Teoria do Estado de Kelsen: *Eine Staatslehre ohne Staat*, uma teoria do Estado / sem Estado.

Mas, voltemos a nossa posição metódica, / inspirada na resposta de Freud a Salvador Dalí. Não nos interessamos / pela lógica de Kelsen, mas concentramos nossa atenção no método, no / caminho, na técnica teórica que utilizou para concluir que o Estado é apenas um ordenamento jurídico, um sistema de normas, informadas e dependentes de uma norma fundamental que se coloca fora do próprio or denamento estatal, como um puro produto da razão, como um postulado.

A nossa posição metódica é importante / porque, pelo menos do nosso conhecimento, todos os expositores e crí ticos de Kelsen seguiram o que qualificariamos de método linear: acom panharam a exposição de Kelsen, quer genética, quer na sua sequencia / lógica, repisando seus caminhos, para, após esse trabalho de recons - trução, iniciar, especificamente, uma crítica demolitória.

Permitam-me um pequeno, todavia, aparen te desvio da linha mestra do nosso assunto.

Quando Lucien Febvre se dispôs a estudar a religiosidade de Rabelais, no livro hoje celebrado "O Problema da / Incredulidade no Século XVI", revolucionou o método histórico, inver tendo o sentido de pesquisa. Em lugar de pesquisar o possível ateísmo de Rabelais em sua obra, Lucien Febvre colocou uma problemática muito mais densa e profunda: seria possível o ateísmo no século XVI?

Não vamos perguntar, até que ponto Kel sen será um lógico do Direito, antes, recolocar a questão no seguinte nível: é possível uma lógica de Direito nos limites da lógica kelse neana?

2 - A MORTE DA SOCIOLOGIA

Contrasenso e contrasentido, falarmos de uma sociologia jurídica kelseneana.

Se, como sabemos, a "pureza" do direito/ foi o objetivo único e esforço máximo de Kelsen, a contaminação sociológica seria logicamente impossível.

Em artigo de 1912, no "Archiv für Sozialwissenschaft", epígrafado Zur Soziologie des Rechts, o jurista / austriaco ainda não se vacinara, nem expulsara a contaminação sociológica.

Kelsen então dizia que os "juristas não/ deviam, nem podiam se atrever a ignorar as conclusões da sociologia ; o ponto de vista especificamente jurídico percebe somente um aspecto/ do fenómeno do direito".

Aditava, ainda, que a função de uma sociologia do direito será "da maior importância para os juristas e tem por objeto examinar as causas das normas jurídicas na sociedade, a / que se aplicam".

Mas, depois da I Grande Guerra, em vários dos seus ensaios começa Kelsen a firmar a estrutura intelectual/ da Teoria Pura. E a primeira tarefa para alcançar a pureza da norma / como significação seria desbastar a área, onde a norma se apresentasse, como ato.

Essa área, outra não era senão o campo / da sociologia.

Assim, em 1920 em Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts era levantado o problema/ da natureza do Estado para concluir que este não podia ser enfocado / ora como um fato natural, ora como pessoa jurídica.

A dualidade de objeto conduziria sem dúvida à dualidade metodológica. E se o objeto do conhecimento estava / determinado pelo método cognoscitivo, dois métodos diferentes não poderiam se constituir numa analítica jurídica, única do Estado.

Em 1928, no ensaio "Die philosophischen/ Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus" revelará/ que o thema probandum moderno da Sociologia, chamou-se ética na cultura grega, teologia na Idade Média e posteriormente com o Renascimento direito natural.

Então, estaríamos nome novo dando a coisas velhas.

Mas, no século XIX, o desenvolvimento da Ciência Física, levou a lei da causalidade às ciências sociais., não se coloca mais o problema da conduta humana referida a um valor absoluto porẽm como deve se conduzir o Homem de acordo com as leis da natureza.

A irrupção da tēcnica especialmente da / tēcnica spenglerianamente batizada de tecnica faustica, torna-se definitiva nessa circunstancia historica. Realmente, para o ajuste e reajuste entre o Homem e a Natureza, desenvolveu-se a Tecnica, atē entāo pejorativa para o intelectual puro ou ao estilo grego.

É tão forte e surpreendente a presença / da tecnica que Husserl nos "Prolegomenos sobre a Logica Pura" ousaria falar de uma técnica teorica, incluindo os matemáticos como engenheiros técnicos teóricos.

Sacrificada a Sociologia o que equivale / dizer, colocada entre parenteses a realidade social, a Teoria Pura, iria operar num vācuo, no exato momento em que Heidegger partia para / o existencialismo.

3 - KELSEN, O PIANISTA

Como se sabe, a tarefa de Kelsen foi fixar o objeto da Ciência do Direito, valendo-se da construção neokantiana que dissociava Ciências de Natureza e Ciências do Espírito.

Apesar da existência milenar do Direito/ como fato histórico, ainda não havia sido colocada a questão da essência do Direito si et in quantum objeto de uma ciência específica.

Se o Direito é uma ciência social, dúvida não há de que ela não se estrutura como ciência natural.

O princípio reitor da Ciência Natural é o princípio da causalidade. Mas, nas Ciências do Espírito onde se encontra, em parte a conduta humana, o problema assume maior grau de / complexidade.

Não se pode negar a possibilidade da aplicação do princípio da causalidade à conduta humana. Se assim o fizermos, acentua Kelsen, teremos uma estrutura epistemológica que essencialmente será equivalente à estrutura epistemológica das ciências naturais.

Mas, como Kelsen persegue a especificidade do objeto da Ciência do Direito, esta solução além de insatisfatória, deixaria em aberto várias respostas.

Se a conduta humana pode ser concebida / em termos de causa efeito, paralelamente, há outro princípio essencial à norma da conduta, princípio este não devidamente analisado e / delimitado.

A regra jurídica estabelece na sua estrutura mais primária que, em havendo uma violação, há uma sanção.

A regra jurídica, portanto, à semelhança do princípio da causalidade faz a conexão entre dois elementos.

Mas, enquanto a relação causa-efeito é / independente da conduta humana, a conexão entre violação e sanção se estabelece por um ato ou vários atos de pessoas, atos estes que são / criadores de Direito.

Ora, a norma é a significação do ato do ser humano. Este ato pode manifestar-se por uma palavra escrita, por / um sinal ou por qualquer outro gesto significativo.

A significação do ato é uma norma, ou seja, se a conduta humana segue a norma, defrontamos uma conduta le -

gal; se a conduta se opõe ou viola a norma, deparamos uma conduta ilegal.

A norma, portanto, não define propriamente a conduta. Ou como esclarece Kelsen: a norma, apenas, é parte do / conteúdo de uma definição.

Ora, definir é a significação de um ato / de conhecimento.

Mas, os atos - isto é decisivo - os atos que têm uma norma como significação não são atos de conhecimento. Ao / contrário, são meros atos de vontade.

Aqui, chegamos a um segundo nível de distinção.

q O primeiro nível, como vimos, foi a distinção entre Ciência Natural e do Espírito, enquadrando-se o Direito, como Ciência do Espírito.

Agora, numa segunda etapa de separação, ou peneiramento, distingue-se ato de conhecimento e ato de vontade.

Ora, a função das autoridades que emitem normas jurídicas, a função legislante em seu sentido amplo e a atividade judicante não são uma atividade de conhecer e descrever o Direito, senão de criar Direito. O ato da criação do direito, na atividade legislante ou judicante, é, por si, um ato de vontade, ato de vontade emissor de normas que, por seu turno, disciplinarão outros atos de vontade.

O ato de conhecimento de Direito, empregada a palavra na sua rigorosa conotação gnoseológica, é a função da Ciência do Direito.

Daí porque Kelsen distingue regras jurídicas e normas jurídicas.

As regras do direito (Rechtssätze) não são criadas no curso de atividades legislante. As regras do Direito, no sentido descritivo das palavras, são a função da Ciência do Direito, enquanto ato de conhecimento.

É o jurisconsulto, desarmado de autoridade jurídica funcional, quem formula a regra de direito, "na tentativa de captar, em conjunto, o fenómeno do Direito, no qual se encontram" as normas jurídicas.

As normas jurídicas, como objeto da Ciência do Direito, são função das autoridades jurídicas competentes. / Assim, as autoridades jurídicas não pretendem conhecer algo, senão e

apenas, regularmentar condutas de individuos.

Assim, Kelsen deixou bem clara a separação entre ato de conhecimento e ato de vontade, entre Ciência do Direito e o Direito como conduta normada, ou seja, entre regra de Direito e norma jurídica.

Levada essa distinção às ultimas consequências, chega-se à conclusão de que a norma jurídica pode ser justa ou injusta, jamais falsa ou verdadeira.

Ao contrário, a regra de Direito não será nem justa, nem injusta porém, será ou falsa ou verdadeira.

Nesta altura, então, verificamos que Kelsen deixou firmemente sentado a distinção entre realidade jurídica e lógica jurídica. Por isto mesmo, as regras do direito que constituem/ o travejamento dessa logica jurídica são juízos hipoteticos.

Para distinguirmos didaticamente a regra do direito da norma de direito recorramos a uma imagem do proprio Kelsen, a imagem do piano.

Hã quem objete sobre a necessidade da / distinção regra/norma de direito, alegando que a regra do direito é / uma superflua duplicação da norma jurídica.

A regra do direito é, até certo ponto, / uma reprodução do conteúdo da norma jurídica; mas, se admitirmos que/ esta reprodução é superflua, teríamos que admitir como superflua, a interpretação, pelo pianista, de uma sonata criada pelo compositor.

Por seu turno, ao interpretar a sonata / o pianista também "cria"; e a interpretação de uma sonata, por dois / pianistas, poderá ser absolutamente diferentes: bem, mal ou, pessimamente, interpretada.

Ora, o jurista, frente à obra do legislador, é um pianista.

Daí, porque, podemos acrescentar, o jurista, isto é, o cientista do Direito pode até tocar de ouvido, sem obedecer, rigorosamente, à pauta da sonata.

Ora, pelo exposto, verificamos que Kelsen para assumir uma atitude científica perante o Direito, coloca-se/ fora da realidade jurídica e este se coloca fora da realidade jurídica é um pressuposto para o metodo da "purificação" do Direito.

Para "purificar" o Direito que, como ciência, é meramente descritiva e se ocupa de juízos hipoteticos - as / regras jurídicas - descarta-se Kelsen do princípio da causalidade. /

Realmente, a expulsão do princípio da causalidade da ordem normativa / é condição *sine qua* para a pureza científica do Direito. Caso contrário, vigente o princípio da causalidade, a separação Ciência Natural / Ciência do Espírito, em relação ao Direito, perderia todo e qualquer / sentido.

Então, há outro princípio que surge inerente à normatividade que é o princípio da imputação.

A Ciência do Direito descreve seu objeto mediante proposições que vinculam a violação à sanção pela copula deve. A esta conexão, a este tipo de conexão Kelsen chama de imputação.

Assim, precisa-se deixar explicitado que a sanção imputada à violação, melhor dizendo, a sanção não é de maneira alguma o efeito da violação.

Mas, surge uma dificuldade: a forma gramatical do princípio da causalidade; igualmente, como o princípio da imputação, é um juízo hipotético, isto é, uma proposição vinculante / de um elemento a outro como condição e consequência.

Todavia, adita Kelsen, a significação / desta conexão não é idêntica em ambos os casos.

A estrutura significativa da causalidade assim se enuncia:

"Se A é, existe (ou existirá) B".

A estrutura do princípio da imputação / significa:

"Se A é, deve haver B".

Aqui, fica perfeitamente transparente o pano de fundo kantiano, da distinção entre *Sein* e *Sollen*.

Todavia, para melhor diferenciar causalidade de imputação, lembra Kelsen que a relação causa/efeito estabelece uma cadeia de consequências que, pode ser infinita. Desta forma, é essencial ao princípio da causalidade que cada coisa concreta tenha origem num efeito de uma outra causa; e, que cada efeito concreto seja colocado, na série, como causa de outro efeito, e, assim, sucessivamente.

Ora, a cadeia sequencial da imputação ao oposto da causalidade, somente possui dois elos: a violação e a sanção.

Hã um ponto final na imputação, ponto final que a causalidade desconhece.

Em resumo, "Se A $\bar{e}$, deve ser B" $\bar{e}$ uma apofanse fundamental para a Ciência Jurídica e sobre esta estrutura apofantica monta Kelsen uma Teoria Geral do Direito e pretende travar uma lógica jurídica.

Ao dizer que a norma jurídica $\bar{e}$ uma significação - e Kelsen emprega significação no rigoroso sentido husserleano, como correlato de um objeto, jamais como correlato de expressão - ao dizer que a norma $\bar{e}$ uma significação (e não, tem significação) Kelsen elabora uma analítica apofantica, nada mais que uma analítica apofantica.

Ao proceder assim, Kelsen não se permitiu, ainda no campo formal, de fazer, pelo menos, uma concessão ao / que Husserl denominou de analítica ontológica que estuda o objeto em geral sob o ponto de vista puramente formal.

Melhor prova não há do que a reação do / seu discípulo, o Mestre Vilanova que ao se deparar com a problemática do objeto da Teoria de Estado, não se pautou por uma analítica apofantica, mesmo porque se tivesse tomado esse caminho, jamais conseguiria fixar o problema objetal, alvo de suas especulações.

Em verdade, a tese do Mestre Lourival Vilanova $\bar{e}$ um bem entretecido trabalho de analítica ontológica e onde a Teoria Pura do Direito surge apenas como um "a propósito".

Mais Husserleano que kelseneano - e, portanto, mais autenticamente lógico - Vilanova dá as costas a Kelsen e alarga a problemática objetal da Teoria do Estado.

Agora, chegamos à questão colocada inicialmente. Da mesma forma que Freud não se interessou pela paranoia / simulada de Salvador Dali, porém, no método dessa simulação, não nos ocuparemos da lógica simulada de Kelsen mas do seu suposto logicismo / que conduz a uma não menos suposta ou aparente "pureza" do Direito.

Como vimos, o princípio da imputação seria o princípio reitor da ordem normativa, em substituição ao princípio da causalidade. E elegendo o princípio da imputação como específico, conseguiu Kelsen autenticar o Direito como Ciência do Espírito.

Mas, este princípio da imputação, bipo-lar, portanto, finito, não o fundamentou Kelsen apofanticamente, como seria de esperar e ao mesmo tempo coerente consigo mesmo.

Ao contrário, resolveu superar sua apor $\bar{e}$

tica kantiana de irreducibilidade entre Ser e Dever Ser e estabeleceu uma ponte que é uma fatal e desconcertante contradição.

Lembremo-nos que esta imagem da ponte / foi utilizada, em sentido contrário, no auge da Teoria Pura, quando / Kelsen, na Teoria Geral do Estado escrevia dogmaticamente que

"... nenhuma ponte lógica comunica o Ser ao Dever Ser e vice versa".

Realmente, irreduzível o Ser e Dever Ser são por seu turno irreduzíveis as proposições descritivas às proposições prescritivas e vice versa.

Não sabemos se Kelsen tomou conhecimento da obra lógica de Jorgensen, divulgada a partir de 1938 e quando também surgiu sua contribuição para a Lógica com a denominação de aporética de Jorgensen.

Parece-nos que a chamada aporética de / Jorgensen tem origem na oposição SER/DEVER SER.

Não havendo redução do Dever Ser ao Ser, não seria legítimo nem lógico, ao defrontar as últimas consequências / do dualismo kantiano, Kelsen tentar derivar juízos prescritivos de / juízos descritivos.

Por isso dizíamos que estávamos interessados, como Freud em relação a Salvador Dali, na simulação lógica de Kelsen, na sua lógica simulada. E essa simulação, salvo engano, estamos demonstrando, ou tentando demonstrar, aqui e agora.

Em verdade, não atacamos uma posição inteiramente nova.

Suspeitou-a Vilanova na sua tese de cate-
dra. Ouçamo-lo:

"O dever ser não deriva, logicamente, do ser. Não há derivação lógica que conduza deste àquele. Mas, quando o dever-ser é positivo, quando o dever-ser é o de uma / ordem normativa em vigor, a validade depende do ser. Se o dever-ser não for possível de realizar-se, se o ser não oferecer possibilidade de corresponder ao dever-ser, este deixa de valer. São o dever

ser ideal - pensado, por exemplo, na ética pura - é indiferente à efetividade / no plano do ser. Mas esse dever-ser ideal é supra-positivo. Interessa-nos o dever-ser positivo, ao qual pertence o direito e o Estado. De sorte que o dever-ser exige um poder ser, ou requer a possibilidade objetiva por parte do ser. 28/ SCHELER (29) observa que o dever-ser não é indiferente ao ser. Leva consigo a pretensão de dar forma ao ser, de imprimir/ uma direção ao ser. O que é indiferente/ ao ser é o complexo de valores que serve de fundamento ao dever-ser. Mas, o dever-ser destina-se a interferir no ser, dirige-se para a existência ou para a realidade. Por isso, se o ser está de tal/ modo determinado que não pode deixar de ser como é, carece de sentido postular/ um dever-ser. Não tem sentido estabelecer prescrições jurídicas, por exemplo, para fatos reais sujeitos ao determinismo das leis naturais. Dada a destinação/ intrínseca das proposições de dever-ser/ jurídico para se realizarem, é que entra em conta a possibilidade objetiva dessa/ realização. O poder-ser é a possibilidade objetiva do ser. A condição de validade do dever-ser é esse poder-ser objetivo, poder-ser que, no domínio da realidade social, dá-se como liberdade dos atos de conduta (29)."

Observe-se que Vilanova é cauteloso no / texto e se socorre de uma passagem de Kelsen onde este deixaria implícita uma certa relatividade na oposição Ser e Dever Ser. E em nota / pondera Vilanova:

"Kelsen adverte que "o ser não é, necessariamente, o ser da "natureza", que é /

pensável um "ser" do Estado, cuja existência ou realidade é distinta da natureza e que a antítese ser e dever-ser não é absoluta, mas relativa; o Estado ou a ordem jurídica podem ser contrapostos, / em sua autonomia normativa, ao causalismo cego da natureza, como um dever-ser a um "ser" e, ao mesmo tempo, como Estado / real, como ordem jurídica pode opor-se / aos postulados meramente ético-subjetivos da Política". Teoria general del Estado, ps. 58-59. A dualidade ser e dever-ser tem, ao nosso ver, função meramente lógica (lógico-formal e gnoseológica). / Sua função reside em fundamentar proposições descritivas de objetos, com valor / de verdade ou de não verdade, e proposições que estabelecem normativamente realização de valores, e que tem outras valências diferentes das proposições cognitivas de objetos. A dualidade em / questão não exclui que existam objetos, / um "terceiro reino de objetos", os objetos culturais, que envolvem, numa síntese, o ser e o dever-ser: assim, o Estado, o direito, etc. ...".

Ora, Vilanova não resolveu o problema. Apenas, descartou-se do problema criando o terceiro reino dos objetos.

Só a possibilidade de admitir o terceiro reino seria suficiente para fazer ruir estrondosamente o aparente coerente edifício lógico de Kelsen.

Parece-nos que faltou a Kelsen o que sobrou em Mestre Vilanova: uma boa formação e informação husserleana.

Husserl jamais negou à Lógica uma função normativa. Essencialmente a lógica é lógica pura, lógica teórica; porém ela tem a característica não de ser normativa porém de se tornar / normativa (Prolegomenos, cap. I e II, Lógica, § 79).

Por isso, Husserl, sem escândalo, poderia deslizar como deslizou, para o historicismo.

Kelsen, mantendo a irreducibilidade Ser/Dever Ser gerou uma aporética e como aporética, intransponível.

E quando quiz superar o obstáculo, fê-lo illogicamente, antinormativamente, apelando para a proposição descritiva como fundamento da proposição prescritiva. Ao sentir que a consequência Lógica levava-o a um beco sem saída, livrou-se o mestre austriaco da coerência.

Os temperamentos posteriores de Kelsen, à oposição entre Ser e Dever Ser vêm tão só confirmar a procedência / da nossa crítica.

Não obstante, precisa-se destacar o mêrito, resultado da argúcia de Miguel Reale que, desde 1934, enquanto / Kelsén aferrava-se ao dualismo excludente, Ser e Dever Ser, o mestre / paulista - nosso mestre - demonstrava a impossibilidade de uma separação rígida entre o mundo do Ser e do Dever Ser, concebidos como categorias ontológicas.

E o fez, em outros reparos a Kelsen, com visível e inafastável anterioridade a Cossio.

Apenas discordamos de Reale quando fala / de uma dialética de complementaridade entre Ser e Dever Ser, sem qual quer conteúdo histórico.

Vamos de retorno, agora, a Kelsen e sua / imploração à sociologia que funciona ortopedicamente no seu sistema.

Procurou Kelsen legitimar-se sociologicamente, não pela via da sociologia do direito porém pelo caminho mais / amplo da sociologia do primitivo, ou se quizerem, da Antropologia. E, por isto e para isto, redigiu abastada e erudita monografia, lançada / em 1943, nos E.E.U.U. sob título, "Society and Nature".

O livro pretende ser, segundo suas próprias palavras "um estudo sistemático da ideia da Justiça", uma "sociologia da Justiça".

Antevendo as críticas perpendiculares ao livro, às ideias e ao método, Kelsen esboçou sua defesa previa.

"Pode-se julgar que o objeto desta investigação se encontre distante, demasiado distante, do tema que consagrei tantos anos de minha vida: a análise da estrutura formal do direito positivo enquanto sistema de normas" - esclarece logo e defensivamente no prefácio.

Para Kelsen, separar uma teoria normativa do direito de uma sociologia dos fenômenos que são causas e efeitos



do fato de que os homens pensam em termos de um direito determinado e especialmente de uma sociologia da ideia de Justiça e da crença na Justiça, enquanto ideal, isto não significa ignorar ou negar a existência e a importância desses fenômenos e a legitimidade de uma sociologia ocupada com esses objetos.

Da mesma forma - prossegue Kelsen - que podemos ver com nossos olhos físicos, só um lado de uma coisa, ainda / que saibamos com nossa mente o que existe do outro lado embora não o vejamos, de modo que a unidade da coisa existe na nossa mente, porém, não existe em nossos sentidos, paralelamente, nossa mente é incapaz de captar por meio do pensamento lógico, dentro da mesma perspectiva, o significado imanente de uma norma, ou seja, o dever ser e o ato psíquico de pensar ou desejar uma norma, ato que se realiza na esfera do ser.

A unidade do dever ser e do ser pode ser / um postulado metalógico ou metafísico, porém, esse postulado não satisfaz a cognição, conforme os princípios lógicos. E isto porque a correlação insolúvel entre o processo de cognição e seu objeto acarreta a inevitável consequência de que dois processos de cognição diferentes / em sua direção e método implicam necessariamente dois objetos, finaliza Kelsen.

Ora, a defesa previa e seu argumento não / convencem. Exatamente, o argumento de Kelsen, elegendo o perspectivismo como modo de conhecimento, e revelando a insuficiência da lógica apofântica frente à realidade, volta-se contra ele próprio.

Porque ignorou a correlação da dimensão / lógica e dimensão existencial, porque deu as costas ao panlogismo hegeliano, porque não reconheceu que a lógica somente se faz possível / como Ontologia, porque não ontologizou a lógica como Hegel ao correlacionar o real e o racional, porque não viu na objetivação um momento / do ato gnoseológico, por tudo isto, Kelsen ficou com a norma vazia com a sua apofanse nas mãos sem qualquer outra utilidade, senão a certeza do conhecimento do normativo pelo normativo.

Ainda mais, sobre esse perspectivismo que o mestre de Viena se escorou para justificar a dualidade do Sein e Sollen e, portanto, contraditoriamente sem formalismo, relembraríamos a passagem famosa de Leibnitz que serviu de mote a Ortega, no Prefácio / de "El Espectador".

Como uma mesma cidade, olhada por diferentes lados, parece outra cidade, multiplicada perspectivamente, o mesmo acontece com a multidão infinita das substâncias simples, onde há diferentes universos que são apenas perspectivas de um único mundo confor-

me os diferentes pontos de vista de cada Monada - escreveu Leibnitz.

Inspirado neste texto leibniziano, Ortega invoca o Escorial "rigoroso império da pedra e da geometria" onde/ era tão verdadeira sua perspectiva, como a perspectiva de quem estivesse do outro lado da serra do Guadarrama.

Deste perspectivismo ortegueano nasce a razão vital de inafastáveis raízes hegeleanas.

Na Ciência da Lógica - e utilizo a tradução de Mondolfo - Hegel já anunciava na Introdução "que o pensamento/ em suas determinações imanentes e a natureza verdadeira das coisas / constituem um só e mesmo conteúdo". Daí observar Hegel que até na língua alemã essa vinculação se faz através da mesma raiz etimológica, / Ding, coisa e Denken, pensamento.

Na Filosofia da História, edição Revista do Ocidente, reiterava Hegel: "A razão, da qual se disse que rege o / mundo, é uma palavra tão indeterminada como a Providência. Fala-se / sempre da razão (logos) sem se saber indicar qual seja sua determinação, qual seja o critério, segundo o qual podemos julgar se algo é racional ou irracional. A razão determinada é a coisa".

Vamos de torna viagem a Kelsen e sua defesa prévia, na monografia Society and Nature.

Kelsen procura demonstrar que o homem / primitivo ignora o princípio da causalidade e se rege pelo da imputação. Ao interpretar a Natureza, o primitivo fa-lo através da imputação porque ele não distingue, nem opõe Sociedade à Natureza. Esta é / parte intrínseca da sociedade primitiva. Melhor explicando, o primitivo "socializa" a Natureza.

O dualismo Sociedade/Natureza da Cultura Ocidental seria a emancipação do Homem, libertando-se do animismo e o instrumento dessa liberação, para Kelsen, foi o princípio da causalidade.

A ideia de causalidade, para Kelsen, é / o resultado de uma transformação do princípio de imputação por meio / do qual a norma de retribuição vincula a conduta incorreta ao castigo e a conduta correta, à recompensa.

"Society and Nature" procurou lastro nos estudos antropológicos e de sociologia do primitivo e não é, por coincidência, que Kelsen invoca e evoca Levy Bruhl.

Assim, na verdade, todo o princípio de / imputação e seu valor lógico foi legitimado através de uma cansativa/

pesquisa socio-antropológica de Kelsen. E aqui, Kelsen, vai, fora de ordem lógica, procurar o suporte para sua lógica jurídica, repousada no princípio da imputação.

Por isto dizíamos que não estávamos interessados na lógica de Kelsen porém no método do seu suposto logicismo.

E o método nada mais é que uma pesquisa empírica da realidade, inferida sob a forma de princípios, no caso, / do princípio da imputação.

Como Freud, não acreditou na paranoia / de Dali, continuamos desconfiando do método lógico de Kelsen.

Mas, seria oportuno a interrogante: / qual a legitimação lógica da norma fundamental?

A norma fundamental se deriva, textual / de Kelsen, "da autoridade do primeiro legislador historicamente existente".

Segundo Kelsen, a função da norma fundamental "consiste em conferir o poder criador do direito ao ato do / primeiro legislador ...".

"A norma fundamental não é formulada me diante um procedimento jurídico, por um órgão criador de direito ... A norma fundamental não é válida porque foi criada de certo modo por um ato jurídico porém porque se supõe que tem validade; e tal suposição se faz porque sem ela nenhum ato humano poderia ser interpretado como criador de normas jurídicas".

Ora, por seu turno, a norma fundamental vai buscar sua fundamentação fora da lógica, ou seja, na História.

Não vamos nos demorar sobre o equívoco / kelseneano de norma fundamental que mereceu há tantos anos, de Cos - sio, magistral refutação no "Conceito de Revolução" e posteriormente rejeitada pelo próprio Kelsen.

Melancólico que depois de tanto esforço Kelsen terminasse no prosaico decisionismo de Schimitt.

A esta conclusão chegamos, há muitos a - nos, depois de um exaustivo estudo sobre a obra de C. Schimitt, cuja ideologia foi tão importante na formação do pensamento fascista da Ditadura de Getúlio Vargas e do seu populismo, através da figura do / Sr. Francisco de Campos.

O recuo à existência de um constituente histórico que seria a própria norma fundamental nada mais é que uma / decisão.

Mais acertado dialeticamente correto andou Heller, na ultima do seu livro classico ao afirmar, concluindo, / que a existencialidade (Existentialitaet) e a normatividade (Normativitaet) do poder constituinte não se encontra em oposição porem se / exigem reciprocamente, congruenciadas (Stehen eben nicht in Gegensatz, Sondern bedingen einander).

Assim, um poder constituinte que não se vincula a principios Juridicos gerais (line verfassunggebende. Macht, Welche... nicht durch gemeinsame Rechtsgrundsätze verbunden ist) não retém nem poder nem autoridade (hat weder Macht noch Autorität) e, / portanto, não tem qualquer existencia.

Não concordamos com Heller, quando nessa ultima pagina de sua "Teoria de Estado" coloca Kelsen e Schmitt como irreconciliaveis. Na verdade, o constituinte historico é uma decisão / anterior a qualquer normatividade.

Em resumo, para Kelsen a Teoria do Direito é uma gnoseologia juridica. O instrumento fundamental dessa gnoseologia juridica é a lógica do dever ser. Esta não passa de uma transposição do conhecimento fisico formal para o campo do Direito. Assim, não se pode falar na teoria kelseneana como geometria do Direito, na imagem de Recasens Siches, porem, numa fisica dos fenomenos juridicos.

Um ato qualquer genha juridicidade, se / há subsunção na norma, que funciona como um "esquema de interpretação" A norma é apenas, uma categoria gnoseologica transcendental, em sentido do kantiano.

Se Kant não se ocupou da Ontologia, Kelsen não investiga a realidade do Direito.

Von Hippel argumenta que a Teoria Pura / do Direito é "pura" no mesmo sentido em que o seria uma instalação de canos destinada ao abastecimento d'agua de uma cidade, porem, cujo / construtor sustentasse que, do ponto de vista da "essencia" da condução do liquido, o conduzido (a agua) é indiferente e o unico que importa é a condução (os canos).

Por isso mesmo, a Logica de Kelsen, como acentuou Cossio, é uma logica que pode ser utilizada por qualquer ciencia.

Talvez, ninguém melhor que Gofredo Silva Teles posicionou a Teoria Pura:

"O direito da Escola de Viena é neste //

001e

sentido, um direito zero. É um direito/
que tanto serve para este mundo como pa
ra qualquer outro. É um direito construi
do como se o principal, num sistema juri
dico, não fosse o destino do Homem - do
Homem concreto, vivo, lutador, deste Ho
mem que se alimenta e que trabalha, que
sonha e que realiza, que ri e que chora.
É puro direito formal, indiferente à /
vida: um direito com qualquer conteúdo, /
como se a vida real pudesse ser qualquer".