

# O DIREITO COMO JUÍZO<sup>a</sup>

Denise Maria Weiss de Paula Machado

## RESUMO

O presente texto tem por finalidade apresentar uma visão sintética e pessoal das conseqüências decorrentes da noção do feito como juízo.

Para Kelsen, em sua “Teoria pura do direito”, a conduta humana produz fatos – jurídicos ou injurídicos, conforme assim os caracterizam as normas jurídicas.

A conduta humana é determinada por uma razão de agir, que é definida pela representação (juízo) que o homem tem da norma jurídica vigente.

A concepção do direito é, pois, representada por um objeto ideal, racional e somente apreensível através de um processo de abstração, segundo a visão Kelseniana.

Sem a mínima pretensão de formular críticas ao grande Mestre de Viena, procura o texto demonstrar que a neutralidade ideológica, para a compreensão e aplicação do direito, não existe e nem pode existir, eis que o direito não pode se afastar da realidade empírica, a fim de que possa alcançar sua finalidade de promover a libertação e a evolução da sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Juízo; Kelsen – “Teoria Pura do Direito”; Realidade empírica; Libertação e evolução da sociedade.

## 1 - INTRODUÇÃO

Através da história, o pensamento jurídico passou por diversas fases, sendo que em cada uma delas desenvolveu-se um modelo distinto de compreensão do direito.

Nos mundos greco-romano e medieval, a realidade era a ordem e ao homem caberia saber onde se colocar nessa ordem. Sua relação com o mundo era uma relação entre o elemento e o seu sistema.

A partir do Renascimento, o mundo passou a ser visto como o caos que ao homem caberia organizar. Ou seja, o homem é sujeito da natureza, e os direitos naturais aparecem como ordenações a ela impostas por seu sujeito.

Como conseqüência, num resultado da imbricação desses dois pensamentos, o homem, por ocupar ao mesmo tempo duas posições face à natureza – como seu objeto e como seu sujeito – passa a adquirir a chamada consciência social.

Assim, diante da evolução das relações sociais, e suas conseqüentes implicações econômicas e políticas, o homem começa a dar maior atenção aos fenômenos jurídicos ocorrentes e com a possibilidade de regramento de normas adequadas de conduta e proibição. Em suma, concentra sua preocupação na necessidade de positividade do direito.

Nessa ordem de evolução do pensamento, o direito, consideradas as diversas etapas percorridas para a elaboração de um pensamento científico, adquire autonomia, para, com o reconhecimento de sua ocorrência dentro do processo histórico, ser considerado como um sistema lógico e positivo, destinado ao alcance de determinados fins: “o bem estar e a harmonia social”.

Reconhece-se então, o caráter científico do direito, em-

bora sustente-se sua base sobre conceitos abstratos, que se apresentam na norma objeto identificador e fundamental da ciência do direito.

Isto se deve ao fato de que, historicamente, a objetividade científica do direito foi alcançada quando do ápice da concepção social burguesa, que influenciou sobremaneira o pensamento jurídico tradicional do direito como único, racional, estatal, legítimo e pleno.

Porém, com a entrada do século XX e sob a influência da saudável oposição filosófica ao plano de conhecimento científico embasado unicamente na certeza objetiva, o conhecimento jurídico passou a ser considerado sob a ótica da filosofia e da sociologia, para desembocar – e não após árdua batalha – na proposta de Hans Kelsen de uma concepção pura da ciência do direito.

A teoria pura de Kelsen, excluindo-se toda e qualquer crítica que lhe possa ser feita, foi o marco histórico para a definição da norma como objeto da Ciência do Direito, e, a partir dessa premissa, da identificação dos elementos e do processo de conhecimento científico do direito.

Em uma sintética e despretensiosa afirmação, pode-se dizer que a partir de Kelsen, ou melhor, de sua proposta de uma análise pura do direito, despida de qualquer caráter ideológico ou influência axiológica, é que se chegou à conclusão da interdisciplinaridade que envolve o conhecimento jurídico, e assim, à consagração do relevo que merecem a Filosofia do Direito e a Sociologia Jurídica.

Não se pode abstrair da descrição de um fenômeno jurídico certas características filosóficas, políticas axiológicas e ideológicas que o envolvem. Por tal motivo, durante a apresentação do presente trabalho, da visão científica do direito

Data recebimento: 17/05/88 – Data aprovação: 22/08/88

<sup>a</sup> Trabalho apresentado ao Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais, na Disciplina Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Luiz Fernando Coelho.

como juízo, serão mencionados certos aspectos que dizem respeito às concepções filosófica e sociológica do conhecimento jurídico, a fim de que se possa tentar um melhor desenvolvimento do tema, e, por fim, na medida das limitações impostas pelo restrito conhecimento da matéria, arriscar uma crítica à pretensa neutralidade ideológica que envolve o entendimento do direito como juízo, na visão científica de Kelsen.

## 2 - IMPLICAÇÕES ONTOLÓGICAS:

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a utilização da expressão “implicações ontológicas” refere-se às consequências decorrentes do entendimento do direito como juízo, ou seja, do que o juízo enquanto objeto da ciência acarreta sobre o conhecimento jurídico.

Como diz Miguel Reale, o termo ontologia refere-se à teoria do ser enquanto ser (10:175). Portanto, ao falarmos sobre as implicações ontológicas do pensamento do direito como juízo, estamos referindo-nos às implicações que o “juízo” enquanto ser definidor do direito acarreta ao entendimento do fenômeno jurídico.

Os fatos da conduta humana que constituem o fenômeno jurídico que é o direito, são jurídicos ou antijurídicos porque as normas como tal os caracterizam.

As normas dizem o dever-ser da realidade fática humana, ou, em outras palavras, como os homens devem conduzir-se. Dirigem-se intencionalmente à conduta humana, como conduta querida, por ato de vontade, desde que a norma visa a ordenar, permitir ou atribuir competência. Há um querer na norma, assim como há um dever-ser. O querer representa o ato de vontade que origina a norma, o dever-ser, o juízo.

As normas traduzem então esse juízo, representado pelo “dever-ser” da realidade, “dever-ser” este que empresta à conduta humana sua significação jurídica ou antijurídica, em virtude do que dispõe a própria norma.

Em outras palavras, poder-se-ia dizer que o homem age de acordo com a norma, ou contrariamente a ela, por um ato de vontade, um ato de vontade este, porém, que é causalmente determinado. Isto é, para Kelsen, ao agir conforme sua vontade o homem está obedecendo a uma razão de agir, porque a vontade obedece a pressupostos. Então a conduta humana é determinada justamente por essa razão de agir, definida pela representação (juízo) que o homem tem a partir da norma.

Assim, a concepção do direito como juízo termina por admiti-lo como a idéia de um juízo representado por um objeto ideal, racional, inexistente no mundo material e somente apreensível mediante uma abstração.

E nesse sentido que Kelsen afirma que o ser do direito é seu próprio “dever-ser”. E sendo assim, para Kelsen “os juízos jurídicos, que traduzem a idéia de que nos devemos conduzir de certa maneira, não podem ser reduzidos a afirmações sobre factos presentes ou futuros da ordem do ser, pois não se referem de forma alguma a tais factos, nem tão pouco ao facto (da ordem do ser) de que determinadas pessoas querem que nos conduzamos de certa maneira. Eles referem-se antes do sentido específico que tem facto (da ordem do ser) de um tal acto de vontade, e o dever-ser, a norma, é precisamente esse sentido, o qual é algo de diferente do ser deste acto de vontade”. (7:159).

A partir disso, a idéia de direito como juízo parte de uma elaboração epistemológica própria, característica da dogmá-

tica tradicional, na medida em que o “ser jurídico”, ou o direito, é o juízo, objeto ideal representado por normas já existentes.

Assim, a teoria reveladora desta forma de compreensão do fenômeno jurídico é de quem traduz o direito existente, ou a representação daquilo que deve ser, que já se encontra expresso nas normas e princípios jurídicos assentados.

## 3 - IMPLICAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

A questão que se coloca ao tratarmos das implicações epistemológicas reside exatamente no modo em como se entende o direito como juízo, e nas consequências decorrentes desse modo de entender, isto é, os resultados no mundo empírico dos fenômenos jurídicos.

A concepção do direito como juízo precede um esforço de abstração, de vez que o objeto juízo, ou seja, o próprio ser do direito é um objeto ideal, que só pode ser concebido no espírito humano, de vez que inexistente na realidade material e empírica.

O direito, então, é resultado de um juízo hipotético que se funda numa relação de “dever-ser” contida na norma. (7:161).

Isto significa que o juízo, que é o “eidos” do direito, é concebido a partir de uma epistemologia própria. A primeira característica é o processo de conhecimento utilizado para formulação do pensamento do direito como juízo.

Para que assim se possa conceber, o juízo como representação racional do objeto que constitui o direito só é conhecido através de um processo de abstração, porquanto se trata de um objeto ideal, que se revela ao conhecimento mediante a intelecção, ou intuição intelectual.

Como já se disse, a concepção de direito como juízo implica na aceitação de seu objeto como algo ideal, decorrente de um raciocínio lógico e abstrato fundamentado não sobre a realidade empírica, mas sim sobre princípios previamente estabelecidos e aceitos como verdadeiros.

Esse pensamento corresponde à dogmática jurídica tradicional, que envolve o modelo analítico de conhecimento jurídico.

Desta forma, apreende-se intelectualmente os princípios reveladores dos objetos ideais, que vêm representados nos sistemas de leis e enunciados destinados a regular o convívio social: a norma jurídica.

Para Kelsen, o único método passível de utilização para a compreensão do direito como um juízo hipotético do “dever-ser” é a sua depuração de todos os elementos que lhe sejam estranhos, ou metajurídicos.

Assim é que, a exigência de pureza metodológica de Kelsen resultou em “.. uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito Positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o direito de acordo com a sua própria essência e a compreendê-la através de uma análise de sua estrutura”. (7:161).

Desta forma, pretendia Kelsen uma análise neutra do fenômeno jurídico, a fim de que, através do entendimento de seu objeto (ser) — o “sollen” — independentemente de quaisquer influências sociológicas ou filosóficas, se pudesse chegar ao ideal de cientificidade do direito.

Defendia Kelsen uma completa neutralidade ideológica na compreensão do direito. Para ele, os fenômenos jurídicos deveriam ser reduzidos a um esquema formal e lógico de im-

putação, a fim de que fosse possível uma descrição neutra, e, portanto, científica desses fenômenos, ou do direito.

Assim somente o método analítico ou racional descritivo seria apto a permitir o alcance a essa neutralidade desejada por Kelsen. Isto porque, considerando-se que o modelo de ciência se constrói a partir de como se compreende o seu objeto, e que o objeto da ciência do direito na visão kelseniana é um objeto ideal, somente a inteligência de relações abstratas poderia fornecer a concepção do objeto, ou um juízo hipotético do "dever-ser" do direito.

Nessa ordem de pensamento, fica afastado o fato social em si mesmo como integrante do direito na concepção dogmática, para estabelecer-se que o direito consiste no juízo contido na norma, que apresenta um "dever-ser" ou uma regra de conduta que vale independentemente de conteúdo ou crítica.

O resultado desse modo de compreensão do direito é o seu total desligamento da realidade social, e da mutação que acompanha a ocorrência dos fenômenos jurídicos.

Portanto, a adoção do modelo analítico de conhecimento do direito como juízo, ou seja, do conhecimento científico proposto por Kelsen, implica numa visão acrítica das normas, que deverão ser consideradas independentemente de sua eficácia ou validade no meio social.

Em verdade, como bem ressalta o Professor Luiz Fernando Coelho ao discorrer sobre "Positivismo e Neutralidade Ideológica em Kelsen" (1:173), o que faltou a Kelsen foi a visão de que sua proposta científica implicava a criação de um objeto suficiente para sustentá-la, de vez que é impossível a existência de um objeto que se constitui em um juízo hipotético, absolutamente despido de qualquer carga axiológica ou ideológica.

Isto porque, não se pode abstrair do momento da criação da norma a carga valorativa e ideológica que informa e influi na decisão do jurista e do legislador. Qualquer ordem jurídica existente e efetiva está impregnada de valores, não só no momento de sua criação como também no momento de sua aplicação.

Pode ser que a ciência do direito, na medida do que propõe Kelsen, não seja ideológica em si mesma, ou seja, não admita a influência de valores e tendências na sua interpretação, mas não poderá deixar de pressupor um momento ideológico: o de sua própria criação e aplicação, como veremos a seguir.

#### 4 - IMPLICAÇÕES HERMENÊUTICAS:

Correspondendo ao entendimento do direito como juízo, o ato de interpretação, ou o momento hermenêutico realizado para o alcance dessa esfera de conhecimento é o da estrita enfatização do princípio, ou do juízo ("dever-ser") consubstanciado na norma.

Com isso, prevalece a orientação dogmática também quanto ao esquema de interpretação ou aplicação do direito: para aqueles que defendem a idéia do direito como juízo, o procedimento de interpretação ou de aplicação deverá ser o de adequação do caso ao princípio (norma).

O procedimento é o da subsunção do caso à norma, independentemente de qualquer influência axiológica ou ideológica do aplicador. Ou seja, ao jurista ou ao aplicador da lei, não é admissível qualquer juízo crítico-valorativo, de que o juízo do "dever-ser" já expresso na norma é o único admissível, e só poderá ser analisado e aplicado com total isen-

ção ideológica.

Esse é o ideal positivista de Kelsen, para quem o direito — como juízo abstrato de "dever-ser" —, manifesta-se na norma, cabendo aos Tribunais a sua criação, na medida, em que são elaboradas normas individuais e examinados casos concretos.

Para Kelsen, aliás, o exame de casos concretos se dá num espaço deixado aos Tribunais para a realização de uma função do órgão jurídico a quem foi, pela ordem jurídica, atribuído um poder, uma competência para tanto.

Mas de qualquer modo, o que interessa é que mesmo inexistindo previsão legal para o caso que se apresenta, o fenômeno jurídico será resolvido à luz de princípios previamente estabelecidos, na ordem do "sollen", desprezando-se qualquer interferência valorativa ou crítica do aplicador.

Na visão do direito como juízo, não se admite a consideração do momento social e histórico da ocorrência do fenômeno jurídico. Porque o juízo contido na norma representando o direito puro e científico, não pode sofrer a interferência de fatores que possam desnaturar essa cientificidade, tais como questões de ordem sociológica, filosófica ou política que digam respeito ao momento ou às circunstâncias de ocorrência do fenômeno.

O direito assim concebido e aplicado, no sentido de um juízo de "dever-ser" pré-existente e inatacável, afasta-se por completo da realidade fenomênica da sociedade, para servir à manutenção do estado de coisas vigente, justificando o papel do Estado como mantenedor e regulador das relações sociais, através da aplicação do "direito justo".

#### 5 - CONCLUSÃO

Como já se disse no início deste trabalho, a teoria pura de Kelsen é, sem dúvida, a mais elaborada das teorias sobre o direito, e funciona como um marco da evolução do pensamento e conhecimento jurídicos em sua totalidade.

Entretanto, como já se pode ter percebido, a orientação que nos é dada pelo modelo científico de Kelsen, cujo pressuposto é uma neutralidade ideológica e axiológica absoluta, falha exatamente quando ao tentar ser uma ciência neutra, termina por servir como instrumento de manutenção do estado vigente, sob a égide do poder da classe dominante.

E isso se deve a vários motivos entre os quais o de que o direito não pode ser concebido como um objeto ideal e neutro simultaneamente, por um motivo inafastável: ao estudar o objeto de uma ciência, o cientista parte de princípios e idéias pré-estabelecidas, ou, como prefere Michel Miaille "*... a reflexão científica nunca parte do nada; não existe ponto zero do conhecimento*". (8:19) O caminho que se toma para o processo de conhecimento de uma ciência não é um caminho neutro, porquanto obedece a sentido predisposto.

No que respeita à ciência do direito, a partir do momento em que se entenda o direito como um juízo, um "dever-ser" abstrato e definido nas normas reguladoras da conduta humana, que deve ser compreendido e aplicado com a mais absoluta neutralidade, afasta-se dele não só a realidade concreta à qual se destina, mas também a possibilidade e o dever de voltar-se ao futuro, à condução da sociedade a situações sempre melhores.

E este é o segundo ponto crítico da concepção do direito como juízo; a visão acrítica do direito que nos é dada pela orientação kelseniana impede que lhe seja atribuída qual-

quer característica transformadora.

O caminho para uma melhor compreensão e aplicação do direito pode estar exatamente no ponto em que se admite a ideologia imanente ao direito, para a partir desse entendimento, transformar-se o direito de instrumento de opressão em meio de libertação.

O "dever-ser" não pode existir isolado dos fatos, valores e ideais que cercam os fenômenos jurídicos.\*

O direito não pode ser considerado um objeto ideal, existente somente no espírito dos homens. É necessário que ele seja criado a partir da consideração dos valores e ideais que orientam e ordenam a sociedade em busca de uma convivência mais equilibrada e igualitária.

É necessário que sejam destruídos os mitos – inclusive o do direito como juízo abstrato do "dever-ser" – a fim de que a sociedade possa organizar-se de maneira adequada ao alcance do equilíbrio necessário à sua própria evolução.

#### ABSTRACT

This study presents a synthetic and personal view of the consequences arising from the notion of law as justice. For Kelsen, in this "Theory of pure law", human conduct produce facts, justly or unjustly, that become characterized as legal norms. Human behavior is determined by acts of reason, that are defined by a representative (a judge), and then are used as valid norms of justice. The conception of law is, therefor, represented by an ideal object, rational and only apprehensible through abstract processes, following the views of Kelsenians. Without any intent to criticize the "great master of Vienna", a search of the text demonstrates that a neutral ideology, concerning the comprehension and application of law, does not and can not exist. Law can not depart from empirical reality when following its purpose of promoting the liberty and development of society.

**KEY WORDS** Law; Justice; Pure theory of law; Empirical reality; Liberty and development of society.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. COELHO, Luiz Fernando. *Introdução à crítica do direito*. Curitiba, HDV, 1983.
2. \_\_\_\_\_. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
3. \_\_\_\_\_. *Teoria crítica do direito*. Curitiba, HDV, 1987.
4. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo, Atlas, 1977.
5. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estrutura lógica da norma jurídica*. *Revista de Direito Civil, Geral e especial*, (18):31.
6. HART, Herbert L.A. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre, 1987.
7. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. Coimbra, 1984.
8. MIALLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa Moraes, 1979.
9. REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo, Saraiva, 1968.
10. \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 1986.
11. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4 ed. Buenos Aires, 1977.
12. WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto alegre, Síntese, s.d.

\* Aliás, exatamente nesse ponto a teoria pura de Kelsen resultou por demonstrar a interdisciplinariedade do direito, que não pode ser concebido como simplesmente uma ciência pura, de vez que são imanentes os aspectos sociológicos e filosóficos que envolvem os fenômenos jurídicos.