
**HANS KELSEN E PAUL SCHOLTEN: SOBRE EMOÇÃO E RAZÃO NA SOLUÇÃO
DE CASOS JURÍDICOS**

**HANS KELSEN AND PAUL SCHOLTEN ON EMOTION AND REASON IN
SOLVING LEGAL CASES**

**HANS KELSEN Y PAUL SCHOLTEN: SOBRE LA EMOCIÓN Y LA RAZÓN EN LA
SOLUCIÓN DE CASOS JURÍDICOS**

Nuno M. M. S. Coelho¹

Sebastião Trogo²

RESUMO: Neste artigo, contrastamos as concepções de realização do direito na solução de casos concretos de dois autores europeus: Hans Kelsen e Paul Scholten. Interessa especialmente entender como a razão e as outras faculdades da vida psíquica participam da construção da decisão jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen. Scholten. Metodologia jurídica. Razão. Emoção.

ABSTRACT: This paper compares two accounts of legal methodology: Kelsen's and Scholten's. It focuses on the relationship of the different psychic faculties (especially reason and emotion) in solving legal cases.

KEY WORDS: Kelsen. Scholten. Legal methodology. Reason. Emotion.

RESUMEN: En este artículo, contrastamos las concepciones de realización del derecho en la solución de casos concretos de dos autores europeos: Hans Kelsen y Paul Scholten. Interessa especialmente entender cómo la razón y las otras facultades de la vida psíquica participan en la construcción de la decisión jurídica.

PALABRAS CLAVE: Kelsen. Scholten. Metodología jurídica. Razón. Emoción.

¹ Mestre (UFMG), Doutor (UFMG) e Livre-Docente (USP) em Direito. Pós-Doutorado em Filosofia (UFMG) e em Direito (Universidade de Munique). Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo.

² Professor Aposentado do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais. Universidade Federal de Minas Gerais.

Introdução

Ponto de partida: a vulgata positivista

Nosso ponto de partida é o lugar comum dos profissionais do direito acerca do método de solução de casos jurídicos. É largamente difundida, entre os “práticos”, uma opinião que podemos denominar de “positivismo vulgar”, uma vez que ela dificilmente pode ser confundida com qualquer das concepções científicas que se assumem positivistas. Esta vulgata do positivismo é muito mais ingênua que qualquer teoria positivista, e pode ser descrita como um conjunto de opiniões segundo as quais:

- julgar é o mesmo que aplicar leis positivas;
- as quais são lógica e cronologicamente anteriores ao caso e à sentença;
- cuja relação (entre sentença e leis) tem a forma de um silogismo;
- o que torna a aplicação do direito um fenômeno primária senão exclusivamente racional;
- em grande medida incompatível com fundamentações ou argumentações de caráter emocional.

Muitas vezes, esta opinião é rotulada como “kelseniana”. No entanto, isto está longe de ser verdade. Vamos recordar a Teoria Pura do Direito de Kelsen, e a sua descrição sobre o processo de aplicação do direito. Veremos que esta teoria traz um importante reconhecimento das emoções no processo de realização do direito.

2) A teoria da interpretação do direito em Kelsen

2.1) Alguns tópicos da concepção de Kelsen sobre a interpretação jurídica merecem ser acentuados.

a) Kelsen leva a sério a natureza hermenêutica do direito. A norma não é *texto*, mas *significado*.

O desafio de descobrir o significado marca toda e qualquer experiência de realização do direito. Fazer leis envolve a interpretação da Constituição; tomar decisões administrativas

envolve a interpretação da Constituição e das leis; e o mesmo para fazer contratos no exercício da autonomia privada, e na edição de sentenças judiciais. A interpretação é requerida em todas as fases do processo dinâmico de criação de normas a partir de normas superiores – toda norma, para ser aplicada, precisa ser *interpretada*.

O direito, como sistema hierárquico, é impensável sem interpretação. A tarefa de encontrar o direito, na solução judicial dos casos – que nos interessa especialmente aqui – é apenas um caso especial no esquema geral da aplicação de normas superiores – envolvendo, sempre, interpretação.

b) Interpretação é inevitável porque o texto da norma superior (que funda a validade da decisão a tomar) necessariamente admite mais que um significado. O simples fato de que há diferença entre a inteligência do legislador acerca de suas palavras (*voluntas legislatoris*), e o sentido objetivo ostentado por estas mesmas palavras (*voluntas legis*), conduz, segundo Kelsen, a uma pluralidade de possibilidades hermenêuticas. A pluralidade de sentidos pode ser intencional (quando o legislador deseja ser vago quanto à hipótese de incidência da norma ou às suas consequências). Mas mesmo quando o legislado quer ser preciso, seu texto tem mais de um significado, porque isto decorre da própria natureza da linguagem. A expressão linguística da norma é necessariamente ambígua, e por isso diferentes interpretações são sempre possíveis.

Aquí temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (KELSEN, 1998, 246).³

A autoridade nunca está totalmente adstrita, na sua decisão, à norma superior. “A norma superior não pode vincular o ato pelo qual é aplicada em todas as direções.” (KELSEN, 1998, p. 246).⁴

A inevitável imprecisão da linguagem abre sempre espaço para a discricionariedade, a famosa moldura que deve ser preenchida pela autoridade aplicadora do direito:

³ *Reine...*, cap. VIII, 45 c: „Hier steht in erster Linie die Mehrdeutigkeit eines Wortes oder einer Wortfolge, in denen sich die Norm ausdrückt: Der sprachliche Sinn der Norm ist nicht eindeutig; das Organ, das die Norm anzuwenden hat, steht vor mehreren möglichen Bedeutungen.“ (KELSEN, 1960, p. 348).

⁴ *Reine...*, cap. VIII, 45 a: „Die Norm höherer Stufe kann den Akt, durch den sie angewendet wird, nicht nach allen Richtungen hin binden.“ (KELSEN, 1960, p. 347).

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. (KELSEN, 1998, p. 245).⁵

2.2) A interpretação é inevitável, mas não é tudo o que está implicado na aplicação do direito. Ela é apenas uma parte da tarefa de estabelecer a regra para o caso particular.

Kelsen tem uma concepção estritamente racional-cognitiva sobre a interpretação. Decerto disto ele pode ser acusado, mas não de reduzir o processo de aplicação do direito uma atividade unilateralmente racional.

A interpretação é uma atividade intelectual que deve determinar o significado das normas a serem aplicadas, mas isto não compreende toda a sua descrição da aplicação do direito. Como a interpretação conduz a uma pluralidade de significados do texto, ela não compreende o processo todo de decisão. Mais do que o intelecto, a aplicação do direito mobiliza outras faculdades psíquicas do julgador: não apenas o intelecto, mas também o desejo. Kelsen leva muito a sério a natureza decisional da aplicação do direito, e reconhece que ela não é redutível a um esquema lógico. Em toda experiência do direito, há lugar para a decisão, a qual é sempre mais do que simples subsunção lógica.

Esta é uma das muitas diferenças entre a sua teoria e o que ele chama de “ciência do direito tradicional”: não é possível deduzir a norma inferior da superior. Não se trata de um silogismo. A concepção tradicional compreende

o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. (KELSEN, 1998, p. 247-248).⁶

⁵ *Reine...*, cap. VIII, 45: “Wenn das Recht von einem Rechtsorgan anzuwenden ist, muß dieses den Sinn der von ihm anzuwendenden Normen feststellen, muß es diese Normen interpretieren. Interpretation ist somit ein geistiges Verfahren, das den Proceß der Rechtsanwendung in seinem Fortgang von einer höheren zu einer niedrigeren Stufe begleitet”. (KELSEN, 1960, p. 346).

⁶ *Reine...*, cap. VIII, 45 d: „Sie stellt den Vorgang dieser Interpretation so dar, als ob es sich dabei nur einen intellektuellen Akt des Klärens oder Verstehens handelte, als ob das rechtsanwendende Organ nur seinen

2.3) Até aqui, compreendemos especialmente que, de acordo com Kelsen, a cognição nunca basta para aplicar o direito. Mas o que se pode concluir a partir disto? Como o pensamento jurídico decide entre as várias possibilidades significativas dentro da moldura? Kelsen é incisivo: a ciência do direito não tem nada a dizer acerca disso.

(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (KELSEN, 1998, p. 249).⁷

Kelsen afirma energicamente que o papel do pensamento jurídico vai apenas até a determinação da moldura. A racionalidade jurídica não atua dentro da moldura: todos os significados dentro da moldura são equivalentes, do ponto de vista jurídico. É claro que o juiz tem que decidir, mas aqui ele é livre para seguir outras racionalidades, escolhendo de acordo com suas preferências morais, religiosas ou ideológicas:

(...) não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 1998, p. 249).⁸

Qualquer critério pode guiar o juiz dentro da moldura:

Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. (KELSEN, 1998, p. 249).⁹

Verstand, nicht aber seinen Willen in Bewegung zu setzen hätte und als ob durch eine reine Verstandestätigkeit unter den vorhandenen Möglichkeiten eine dem positiven Recht entsprechende, im Sinne des positiven Rechts richtige Auswahl getroffen werden könnte“. (KELSEN, 1960, p. 349).

⁷ *Reine...*, cap. VIII, 46: „In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten. Mit diesem Akt wird entweder eine Norm niederer Stufe erzeugt oder ein in der anzuwendenden Rechtsnorm statuerter Zwangsakt vollstreckt.“ (KELSEN, 1960, p. 351).

⁸ *Reine...*, cap. VIII, 46: „(...) ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer Normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlarworten Volkswohl, Staatinteresse, Fortschritt usw. Zu bezeichnen pflegt.“ (KELSEN, 1960, p. 351).

⁹ *Reine...*, cap. VIII, 46: „Über deren Geltung und Feststellbarkeit läßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen. Von hier aus gesehen, lassen sich alle derartigen Bestimmungen nur negativ

Neste ponto, chegamos aos limites da teoria do direito. Se alguém desejasse saber o que o guia os juízes na escolha entre os significados possíveis de um texto legal, já não exercitaria pensamento jurídico: isto seria estudar qualquer outro objeto, não direito, mas política.

3. Porque não acompanhar Kelsen no campo na metodologia jurídica...

Penso que esta seja uma má descrição do que nós, juízes e advogados, realmente fazemos.

A fraqueza da teoria de Kelsen reside no modo como as faculdades racionais e não racionais se relacionam. A preocupação de Kelsen com a objetividade do direito leva-o a diferenciar fortemente o direito da política, da ética e de outros campos nos quais não há verdade e objetividade mas apenas opinião. Ele tenta garantir a objetividade do pensamento jurídico por meio da clara delimitação do seu objeto: o pensamento jurídico vai apenas até a definição da moldura, e deve parar aí. Para obter objetividade, Kelsen transforma a decisão do juiz em algo impossível de entender *em termos jurídicos*. Mais que isso, sua teoria da moldura impede qualquer tentativa da teoria do direito de entender a decisão jurídica em termos jurídicos:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 1998, p. 250-251).¹⁰

Toda autoridade recebe sua competência de uma norma superior que estabelece as bases em que sua competência será exercida. Com base na norma superior, a autoridade é autorizada (ou é ordenada) a agir – e ao fazê-lo, a autoridade criará uma norma.

charakterisieren: es sind Bestimmungen, die nicht vom positiven Recht selbst ausgehen.“ (KELSEN, 1960, p. 351).

¹⁰ *Reine...*, cap. VIII, 47: „Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen. Sie kann als Erkenntnis ihres Gegenstandes keine Entscheidung zwischen den von ihr aufgezeigten Möglichkeiten treffen, sie muß diese Entscheidung dem Rechtsorgan überlassen, das nach der Rechtsordnung zuständig ist, Recht anzuwenden.“ (KELSEN, 1960, p. 353).

Desta forma, a autoridade exercita duas atividades claramente distintas, uma racional, outra não. Apenas a atividade puramente racional pode ser considerada, de acordo com Kelsen, exercício de pensamento jurídico.

Kelsen está preocupado em distinguir a autonomia do pensamento jurídico face a outras funções mentais. O pensamento jurídico é interpretação, e a interpretação é totalmente cognitiva.

É apenas jurídica – interessando, assim, à ciência do direito – a atividade racional de determinar o significado de um texto de uma norma a ser aplicada. Escolher não é uma questão de inteligência. No entanto, o trabalho da autoridade jurídica não cessa aí: ela deve criar a nova regra, dentre aquelas possibilidades, e assim resolver o caso.

Daqui em diante, a decisão tem uma outra natureza, é política, ou “política jurídica”, como Kelsen diz. Dentro da moldura construída pela interpretação puramente racional, o juiz encontrará a decisão sem usar a razão, mas usando qualquer outro critério, resolvendo assim o caso.

Será mesmo isso o que acontece nos tribunais? O pensamento jurídico não parece reduzir-se à descoberta de um conjunto de decisões possíveis, entre as quais é legalmente indiferente escolher. Os sistemas jurídicos positivos não deixam um campo tão grande às preferências pessoais do julgador. Ao contrário, eles expressamente exigem que ele justifique a decisão em sua integridade.

Precisamos de uma teoria que nos ajude a entender, de forma mais realista, o modo como as autoridades jurídicas chegam às decisões. Kelsen ajuda a entender que a decisão jurídica não é apenas racional. Ele é convincente em mostrar que a fundamentação racional não basta. No entanto, sua concepção sobre a relação entre a razão e as outras atividades da mente tem pouco a ver com o que a experiência jurídica cotidiana mostra.

4) O Método do Direito Privado, de Paul Scholten

Kelsen combate as teorias tradicionais do direito e as suas tentativas de encontrar uma única resposta correta para o caso:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (KELSEN, 1998, p. 247).¹¹

Ele é cético acerca da capacidade da metodologia jurídica de oferecer um modelo seguro para a aplicação do direito. Isto dá uma boa ideia do que ele tem em mente quando fala em “Jurisprudência tradicional” – provavelmente as concepções que têm disputado – desde Savigny – acerca do modo como as decisões jurídicas são construídas.

Pelo fato de estas teorias não oferecerem uma resposta clara e única, Kelsen simplesmente as põe de lado. Desta forma, ele ignora praticamente todas as questões cruciais da teoria do direito, como por exemplo se interpretar é descobrir o sentido genético ou o sentido atual da lei (o que opõe subjetivistas e objetivistas), ou a disputa sobre os elementos e fins de interpretação (que levam aos diferentes métodos – literal, sistemático, teleológico, lógico, sociológico, histórico... – e seus diferentes resultados).

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (KELSEN, 1998, p. 248).¹²

Da perspectiva de Kelsen, Paul Scholten seria um perfeito representante do pensamento jurídico tradicional.

Seu livro *Método do Direito Privado* é uma tentativa elegante e intensa de explicar como os juízes pensam quando tentam encontrar a resposta correta para os casos que eles devem resolver. O livro aborda tópicos decisivos da teoria do direito e os problemas complexos que surgem com eles: analogia e refinamento legal, os vários métodos de interpretação do direito, interpretação autêntica, as fontes do direito, ficções e presunções, *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, lacunas, interpretação extensiva, direito objetivo e

¹¹ *Reine...*, cap. VIII, 46, d: „Theorie der Interpretation will glauben machen, daß das Gesetz, auf den konkreten Fall angewendet, stets nur eine richtige Entscheidung liefern könne und daß die positivrechtliche „Richtigkeit“ dieser Entscheidung im Gesetz selbst begründet ist.“ (KELSEN, 1960, p. 349).

¹² *Reine...*, cap. VIII, 46, e: „Es ist trotz aller Bemühungen der traditionellen Jurisprudenz bisher nicht gelungen, den Konflikt zwischen Wille und Ausdruck in einer objektiv gültigen Weise zugunsten des einen oder des anderen zu entscheiden. Alle bisher entwickelten Interpretationsmethoden führen stets nur zu einem möglichen, niemals zu einem einzig richtigen Resultat.“ (KELSEN, 1960, p. 349-350).

direito subjetivo, direito público e direito privado, *common law* e direito estatal, e assim por diante. Todas estas questões estão de uma forma ou outra ligadas à questão central do livro, acerca de como os juízes decidem – e tendo por certo de que julgar é encontrar a resposta certa para o caso.

Scholten leva a sério a tradição da filosofia do direito, da teoria do direito e da metodologia jurídica, propondo um profundo diálogo com elas de modo a entender o processo de realização do direito. O livro deve ser lido em sua integralidade (§4)¹³, porque todos os tópicos são reunidos para responder a esta pergunta difícil: o que determina a decisão judicial?

Muito diferente de Kelsen, Scholten não ignora o dever primário do juiz de justificar a sentença. É obrigatório, ele lembra, que “as razões que realmente persuadiram o juiz sejam mencionadas no decreto judicial”. (§513)

No entanto, isto não significa que as bases da sentença sejam simplesmente lógicas.

A crítica de Scholten contra a jurisprudência tradicional o conduz à conclusão de que não há decisão sem razão, emoção e vontade. Assim como Kelsen, Scholten refuta qualquer concepção unilateral do processo de decisão. Mas eles têm concepções muito diferentes sobre razão, vontade e emoção, e sobre o modo como elas se relacionam.

4.1) De acordo com Scholten, decidir envolve razão, inteligência e lógica de diferentes modos. A razão não é algo individual que o juiz usa para descobrir os sentidos de um texto. A razão estrutura o direito no próprio processo de seu desenvolvimento histórico. A tradição jurídica não é cega, nem o legislador trabalha sem a ajuda de conceitos forjados pelo conhecimento jurídico concebido com *construção*.

The legislator is bound by the categories, which are studied by legal theory. It is simply *impossible* for him to put them aside, just as it is impossible that somebody could choose not to use the forms of our thought which logic uncovers, or those of the language which are studied by the philosophy of language.¹⁴

¹³ Todas as referências no corpo do texto são feitas à tradução inglesa feita por Liesbeth Huppel-Cluysenaer da obra de Scholten (2014). Os parágrafos indicados referem-se sempre ao texto original, que se encontra nas notas. Agradeço à Dra. Liesbeth Huppel-Cluysenaer pela ajuda com o Holandês, e pelo estímulo a estudar, lecionar e escrever sobre Paul Scholten.

¹⁴ §234: “De wetgever is aan de categorieën, die de rechtstheorie onderzoekt, gebonden. Hij kàn ze eenvoudig niet ter zijde stellen, evenmin als iemand de vormen van ons denken, die de logica bloot legt, of die der taal, die de taalphilosophie bestudeert, ook wel eens niet zou kunnen gebruiken.”

A razão jurídica permeia a linguagem, e não é possível falar ou ouvir, criar ou aplicar o direito, sem usá-la.

A participação da razão na experiência jurídica é muito mais radical em Scholten do que em Kelsen.

Scholten dirige sua crítica especificamente contra Kelsen, neste ponto¹⁵:

People sometime make a sharp separation between law and the science of law. Kelsen (...) even goes as far as stating that the law comprises an "alogical material" and that it is the science of law which turns this into judgments and [legal propositions].¹⁶

Segundo Kelsen, não há racionalidade nenhuma no próprio material legislativo, mas apenas no modo como a ciência do direito a percebe. Scholten, ao contrário, pensa que os resultados do trabalho legislativo e as construções da ciência do direito são "um, extensão do outro". Penso que Scholten está obviamente certo ao mostrar que "um Código moderno é cheio de construções, e não pode ser entendido sem conhecimento da ciência do direito".¹⁷

Há muitos exemplos e argumentos no livro de Scholten a mostrar como a racionalidade integra a história e a tradição jurídica.

Isto leva a uma diferente concepção sobre as chamadas fontes do direito, e a uma nova visão sobre a autoridade da doutrina, dos costumes e do direito jurisprudencial.

Neste momento, quero sublinhar sua vívida concepção de razão e notar que a razão não é algo divorciado das emoções em Scholten. Escolho agora apenas um argumento neste sentido: a cooperação da razão para a adequada compreensão moral do direito.

De acordo com Scholten, é "uma das mais importantes funções da ciência do direito traçar o princípio do direito no direito positivo" (§253). O princípio jurídico é nada menos que "o elemento moral do direito" (§252). Princípios jurídicos "são exigências que nosso julgamento moral dirige ao direito" (§252). Não obstante, eles não podem ser encontrados sem o uso da razão, porque eles são reconhecidos a partir do trabalho de sistematização dos

¹⁵ Outras referências a Kelsen no livro de Scholten: §§ 302, 380, 48 e 58.

¹⁶ §225: „Men scheidt soms recht en rechtswetenschap scherp. Kelsen gaat zoo ver te beweren, dat in het recht een „alogisch material" ligt, dat eerst door de rechtswetenschap wordt verwerkt tot oordeelen en „Rechtssatze.""

¹⁷ §225: "Een modern wetboek zit vol constructies, is zonder kennis der rechtswetenschap niet te begrijpen."

materiais jurídicos. Ao “procurar a *ratio legis*”, chegamos a um ponto em que não é possível reduzir uma norma de nenhuma outra:

(...) we can't go further (...). We have come to that point here, when we formulate a statement, which is for us — people of a certain time living in a certain country with a certain system of law — immediately evident.¹⁸

Esta exigência moral pertence ao sistema jurídico, mas ao mesmo tempo nós apenas podemos vê-la se somos capazes de reconhecê-la, porque “nós só podemos indicar algo que seja eticamente aceito por nós”. (§252). Princípios jurídicos funcionam em toda aplicação do direito. “A cada vez, somos reconduzidos ao princípio do direito” (§253). Apesar de “não ser direito”, “nenhum direito pode ser entendido” sem ele (§252).

“A pesquisa pelo princípio é uma atividade do intelecto e o mais importante trabalho feito pela ciência do direito” (§261). A partir da atividade racional de reconstruir o direito em conceitos mais e mais abstratos, somos levados a um elemento emocional, essencial para a compreensão do direito:

Although we find it *in* the positive law, in the system of rules, decisions and institutions in their totality, it transcends the positive law by pointing to the moral judgment, the division between good and evil, in which the law is founded.¹⁹

4.2) Há muito mais que intelecto e lógica na descoberta do direito, envolvendo desejo e as emoções. Também neste ponto há acordo com Kelsen. Mas o ponto está exatamente em entender como estas dimensões da mesma atividade se relacionam. Trata-se de decidir, e “a decisão tem um sentido autônomo em face da regra, porque ela deve sua origem em parte a este elemento de descoberta do direito. Esta escolha intuitiva é também uma parte integral da decisão” (§46). Estas faculdades não trabalham isoladamente, na concepção de Scholten.

O ingrediente não racional da descoberta do direito aparece em todas as críticas que Scholten dirige à teoria do direito tradicional. Não posso, agora, rememorar todas. Mas escolho concentrar-me na *consciência jurídica*, um conceito muito problemático da

¹⁸ §251: “(...) waar we stuiten (...) Hier zijn we daar aangeland, als we een uitspraak opstellen, die voor ons, — dus menschen van een bepaalden tijd in een bepaald land levend in een bepaald rechtssystemeem — onmiddellijk evident is.”

¹⁹ §260: „We vinden het *in* het positieve recht, in het systeem van regels, beslissingen en instellingen in zijn geheel, doch het wijst boven het positieve uit naar het zedelijk oordeel, de scheiding van goed en kwaad, waarin het recht is gegrondvest.”

metodologia jurídica que pode ajudar a entender a concepção de Scholten sobre o papel das emoções na descoberta do direito no caso concreto.

A consciência jurídica é

(...) the active awareness in every human being of what law is and should be, a specific category of our spiritual life, by which we distinguish with immediate evidence between right and wrong, independently from the (way one finds this expressed in existing institutions).²⁰

Scholten é cético quanto a isto. Fundar decisões na consciência jurídica é problemático, ele acredita, porque é algo que se pretende alcançável pela “pesquisa intelectual”. Mas isto implicaria em “uma concepção de vida racionalista e intelectualista”, que Scholten rejeita fortemente (§484).

A consciência jurídica é aberta à disputa e dificilmente está a salvo das visões ideológicas que as pessoas e os grupos defendem. A experiência jurídica mostra exatamente que as decisões mudam continuamente, expressando a prevalência de diferentes princípios na formação do direito (§489).

Quando atingimos o limite moral da experiência jurídica – como ocorre quando falamos sobre a consciência jurídica e sobre os princípios jurídicos – não encontramos uma norma única, mas uma “pluralidade de princípios”.

Os juízes devem enfrentar o desafio de lidar com esta situação. A moralidade não é homogênea. No entanto, diferentemente de Kelsen, os juízes não estão dispensados da tarefa de descobrir o direito – e especialmente de fazê-lo *enquanto juízes*.

Como é possível que exista uma resposta correta, sobre estas bases?

Este é o ponto central: o juiz deve enfrentar esta tarefa como juiz, e não como político. Kelsen deixa a autoridade livre para escolher entre as possibilidades dentro da moldura, desde as suas convicções morais, políticas e religiosas. Scholten, não. Apesar do reconhecimento de que as bases morais da decisão jurídica são plurais, elas ainda são vinculantes. Julgar é balancear argumentos, num contexto de disputa entre reivindicações opostas.

²⁰ §481: „(...) het in ieder mensch levend bewustzijn van wat recht is of behoort te zijn, een bepaalde categorie van ons geestesleven, waardoor wij met onmiddellijke evidentie los van positieve instellingen scheiding maken tusschen recht en onrecht.”

O juiz não está autorizado a simplesmente deixar de seu sentimento, vontade ou – ainda pior – seus preconceitos decidirem. Ele deve dar razões da sua decisão, mesmo da parte não racional dela.

Como isso pode ser feito e justificado?

Julgar exige “conhecimento de todas as circunstâncias, um sopesamento de todos os fatores que apontam para uma ou outra direção (...) após deliberação madura” (§483). Isto não é o mesmo que deixar a “consciência jurídica” de um indivíduo ou de uma classe social julgar. Ao contrário, deve haver lugar para a crítica dos preconceitos.

Tampouco julgar é simplesmente deixar opiniões particulares operarem, porque o juiz não decide em seu próprio nome. O juiz é uma autoridade, e deve atuar em nome da comunidade. “O juiz é sempre um agente da comunidade – sua decisão não é um julgamento moral individual, mas uma declaração dada por alguém com poder que vincula a comunidade”.²¹

Creio que aqui chegamos ao ponto decisivo da sua teoria. Não há nenhuma garantia de objetividade no processo de descoberta do direito, senão o próprio compromisso do juiz, tanto racional como não-racional, para com o ato de julgar. O juiz não é um observador, ele age. Sua decisão é um dever, a expressão de sua capacidade moral, sujeitando-se a constrangimentos internos e externos – mas que se mantém, no entanto, dependente de seu próprio comprometimento.

Julgar não é apenas fazer uma declaração científica, mas decidir desde o entrelaçamento entre razão e emoção. Não apela apenas para a inteligência, mas para a mente toda do juiz – o qual não atua apenas como particular mas como representante da comunidade.

Descobrir o direito não é o mesmo que aplicar o direito (§31), e não redutível a uma tarefa intelectual:

(...) *every* decision, also those which are so-called done according to the wording of the law, are at the same time application and creation; there is always the judgment

²¹ §500: “De rechter is altijd orgaan van de gemeenschap — zijn beslissing is niet een individueel zedelijk oordeel, maar een met macht gegeven uitspraak, die een gemeenschap bindt.”

of the person who decides, that co-determines the decision. This follows already from the nature of the application itself.²²

Descobrir o direito envolve tanto aplicar como criar direito, e o ponto é exatamente entender como estas dimensões da mesma atividade se relacionam. Trata-se de uma decisão, o que envolve desejo e emoção:

To find law is always at once an intellectual and an intuitively moral job. It is a decision about what *is* and what *should* be at once, and precisely because of this it is distinguished from the moral as well as from the scientific judgment.²³

A exigência que a teoria do direito endereça ao juiz – de descobrir a resposta correta – não é fundada na existência de critérios estabelecidos e peremptórios para resolver o caso. Ela é fundada na convocação da sua responsabilidade humana pelo ato de julgar (525). Decidir seriamente significa não parar de investigar até encontrar a conclusão que se torne moral e intelectualmente inevitável para o juiz. Juízes agem e desta forma assumem-se como pontes entre o passado e o futuro, com consciência sobre sua própria responsabilidade neste processo.

Naturalmente – alguém pode arguir – sempre há o risco de arbitrariedade. No entanto, nenhuma metodologia jurídica poderia eliminar este risco.

Chamar à responsabilidade e tornar claro tudo quanto está envolvido na descoberta do direito nos casos particulares. Isto é tudo que a teoria do direito, como saber prático, pode fazer para nos ajudar a decidir corretamente.

REFERÊNCIAS

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Deuticke, 1960.

²² §299: “(...) *iedere* beslissing, ook die welke zoo-genaamd naar de woorden geschiedt, is tegelijk toepassing en schepping; er is altijd het oordeel van hem, die-beslist, dat mede de toepassing bepaalt. Dit volgt reeds uit den aard der toepassing zelf.”

²³ §520: “Recht vinden is altijd tegelijk en intellectueel en intuïtief zedelijk werk. Het is beslissing over wat is en wat zijn moet in een en juist daardoor zoowel van het zedelijk als van het wetenschappelijk oordeel onderscheiden.”

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCHOLTEN, Paul. *Algemene Methode van het Privaatrecht. Hoofdstuk 1 van het Algemeen Deel van Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*. Preprint, first edition. Amsterdam: Digital Paul Scholten Project, May 2014. Disponível em: <<http://www.paulscholten.eu/research/article/dutch>>.

_____. *General Method of Private Law. Chapter 1 of Volume I (General Part) of Mr. C. Asser's Manual for the Practice of Dutch Civil Law*. Preprint, first edition. Amsterdam: Digital Paul Scholten Project, May 2014. Disponível em: <<http://www.paulscholten.eu/research/article/english>>.

Recebido em julho de 2016

Aprovado em agosto de 2016

Publicado em dezembro de 2016

Método: Double blind review

Editor responsável: Clóvis Marinho Falcão