

O Caráter Anti-ideológico da Teoria Pura do Direito

Anti-ideological Character of the Theory of Law Pure

Renata Albuquerque Lima

Centro Universitário Christus, Fortaleza – CE, Brasil

Átila de Alencar Araripe Magalhães

Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior

Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

Resumo: O presente trabalho busca analisar a possibilidade de uma Ciência jurídica pura, livre de influências externas, em especial, livre de ideologias. A ideia de um Direito sem ideologias foi fruto da modernidade, que apregoava a necessidade de métodos científicos rígidos. Na tentativa de demonstrar o caráter científico do Direito, Hans Kelsen formulou sua Teoria Pura do Direito, que, em última instância, buscava afastar o caráter metafísico do Direito, bem como as ideologias. Foi realizada uma investigação bibliográfica, utilizando como fonte primária o estudo realizado por Arnaldo Vasconcelos sobre a obra de Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Finalmente, chega-se à conclusão de que há a impossibilidade de uma Ciência Jurídica pura e que a própria “Teoria Pura do Direito” encontra-se impregnada por ideologias próprias de seu tempo.

Palavras-chave: Neutralidade Científica. Ideologia. Teoria Pura do Direito.

Abstract: This study aims to examine the possibility of a pure legal science, free from external influences, in particular, free of ideologies. The idea of a Law without ideologies was the result of modernity, which proclaimed the need for strict scientific methods. In an attempt to demonstrate the scientific character of law, Hans Kelsen formulated his Pure Theory of Law, which, ultimately, sought to ward off the metaphysical nature of law and ideologies. Transfer Critical of His Major Foundations: a literature study that was used as the primary source study by Arnaldo Vasconcelos on the work of Hans Kelsen, Pure Theory of Law was held. Conclusion about the impossibility of Juridical Science pure and that the very “Pure Theory of Law” is impregnated by their own ideologies of his time.

Keywords: Scientific Neutrality. Ideology. Pure Theory of Law.

Recebido em: 16/01/2016

Revisado em: 04/03/2016

Aprovado em: 09/03/2016

1 Introdução

Na modernidade está ocorrendo a grande difusão do saber científico, tornando-se algo a ser perseguido para a construção da verdade, em todas as áreas do conhecimento humano. Na Ciência Jurídica, a partir de Hans Kelsen, tentou-se estabelecer um método próprio, que garantiria um *status* científico do Direito e uma superioridade diante das demais ciências. Esse método passou a cultivar um Direito “puro”, que não poderia sofrer influência de outras áreas do saber, nem mesmo influência da metafísica, da justiça e da ideologia.

Esse artigo pretende em breves considerações analisar a possibilidade de existência de um Direito “puro”, mais especificamente a possibilidade de um Direito livre de interferências ideológicas. Assim, foi realizada uma pesquisa bibliográfica analítica com o objetivo de compreender o conceito de “neutralidade” e “ideologia”, seguindo com a investigação sobre o método do positivismo jurídico e das influências sofridas por Hans Kelsen na sua tentativa de construir uma teoria pura do Direito sem ideologia.

Concluindo, por último foi analisado a necessidade do elemento legitimidade como fundamento para justificar a ideologia presente na Ciência Jurídica.

2 A “Neutralidade” da Ciência

O conhecimento científico é produzido a partir de um processo permanente de criação, de refutabilidade e de recriação, de conjecturas e de refutações, assim o conhecimento científico vai sendo construído, aperfeiçoado e melhorado. Esse conhecimento é responsável pela evolução do homem em sociedade, pois a partir dele se avança no desenvolvimento tecnológico, econômico e social.

Os Gregos já teorizavam sobre a distinção entre *dóxa* (opinião) e *epistéme* (ciência), respectivamente a distinção entre o mundo sensível (do conhecimento aparente) e o mundo do real (do conhecimento verdade), formulando que é a ciência, e não a opinião é que conduz ao conhe-

cimento verdadeiro (BATISTA, 2007). Tal distinção é atribuída a Platão, que procurou estabelecer a ciência como um elemento neutro, isolado da opinião, como forma de alcançar o conhecimento verdadeiro.

Contudo, somente na Idade Moderna, essa discussão passou a ter uma dimensão mais elaborada, por intermédio das linhas conceituais do empirismo, racionalismo e da dialética, passou-se estabelecer a relação entre sujeito e objeto. O estudo epistemológico é sempre uma relação entre o “sujeito” que conhece e o conhecido “objeto”. Para Miguel Reale (1999, p. 115-116),

É necessário que o sujeito esteja em intencionalidade de conhecer; assim como é necessário que algo exista para ser aprendido pelo sujeito. Surgem daí duas possibilidades: ou se exagera o papel do objeto no ato de conhecer, ou se superestima a contribuição do sujeito do conhecimento. As duas correntes-limite são, portanto, postas e desenvolvidas em função da maneira pela qual se concebe o predomínio ou a exclusividade do sujeito ou, então, a do objeto.

Sobre a influência desse binômio sujeito-objeto é que se tem o debate conceitual sobre o processo de elaboração do conhecimento. É oportuno analisar o que cada corrente de pensamento pensa sobre esse processo.

Para o empirismo tem-se a influência de Auguste Comte, em uma forma mais radical, e o Circulo de Viena, em sua forma mais moderada. Verifica-se a posição de que o conhecimento provém do objeto. O objeto é claro e real, basta “saber ver”, enquanto a racionalidade é de responsabilidade do sujeito que passa a interpretar o objeto. O conhecimento dá-se no momento da constatação, no momento em que o sujeito entra em contato com o objeto (MARQUES NETO, 2001, p. 3). O empirismo vai afirmar que não existe outra forma de conhecimento fora da experiência e da sensação.

Em posição divergente, encontrava-se o racionalismo, que passa a considerar o ato de conhecer no sujeito, esta corrente teoriza com a “razão” como fundamento de todo o conhecimento possível. Com a “razão” pode-se conhecer o real, a verdade e a natureza das coisas. Para Japiassu (2008, p. 233), “[...] o racionalismo considera que o real é em última

análise racional e que a razão é, portanto, capaz de conhecer o real e de chegar à verdade sobre a natureza das coisas”. O racionalismo divide-se em correntes, para uma dessas correntes, chamada de “idealismo”, o sujeito é que constitui o único e principal elemento do ato de conhecer. O idealismo era uma corrente mais radical, enquanto o “intelectualismo” propunha uma mediação entre a razão e a experiência (MARQUES NETO, 2001, p. 6).

Kant vai apresentar uma grande contribuição para o debate na medida em que tenta resolver o impasse entre os empiristas e racionalistas, afirmando que: todos os nossos conhecimentos provêm da experiência, mas segundo quadros e formas “a priori” que são próprios do nosso espírito (JAPIASSÚ, 2008, p. 84). Segundo Miguel Reale (1999, p. 100):

O que marca e distingue o criticismo kantista é a determinação a priori das condições lógicas das ciências. Declara, em primeiro lugar, que o conhecimento não pode prescindir da experiência, a qual fornece o material cognoscível, e nesse ponto coincide com o empirismo (não há conhecimento da realidade sem intuição sensível); por outro lado, sustenta que o conhecimento de base empírica não pode prescindir de elementos racionais, tanto assim que só adquire validade universal quando os dados sensoriais são ordenados pela razão; — “os conceitos, diz Kant, sem as intuições (sensíveis), são vazios; as intuições sem os conceitos são cegas”.

Em sentido parecido, Hegel tenta superar o debate entre empiristas e racionalistas propondo uma razão não separada da experiência, uma vez que “[...] o que é real é racional e o que é racional é real”. Dessa forma, constrói uma opção dialética do conhecimento, formada pela trilogia clássica da dialética hegeliana: tese, antítese e síntese (MARQUES NETO, 2001, p. 12). A razão hegeliana não está na verdade dos objetos, nem está na verdade dos sujeitos, o conhecimento se dá com a harmonia entre as coisas e as ideias entre o sujeito e o objeto. O conhecimento sempre será mutável, na medida em que a dialética vai se estabelecendo. A verdade é que a dialética hegeliana influenciou as concepções epistêmicas contemporâneas, rompendo com a clássica separação entre sujeito e objeto, “[...] pois, algo se processa, se desenvolve e se realiza, porque a realidade

humana se cria como união dialética entre sujeito e objeto” (MARQUES NETO, 2001, p. 39).

Na linha de superação do debate sobre a dicotomia entre sujeito-objeto, tem-se as contribuições do pensamento de Bachelard, em que não se pode compreender a ciência como representação, a noção de espetáculo precisa ser eliminada, já que não é contemplando, mas pondo em prática, construindo, criando, retificando que se produz o conhecimento científico. Segundo Bachelard (1996, p. 13-14),

Aliás, é bem mais difícil do que parece separar a razão arquitetônica e a razão polêmica, porque a crítica racional da experiência forma um todo com a organização teórica da experiência: todas as objeções da razão são pretextos para experiências. Já foi dito muitas vezes que uma hipótese que não esbarra em nenhuma contradição tem tudo para ser uma hipótese inútil. Do mesmo modo, a experiência que não retifica nenhum erro, que é monotonamente verdadeira, sem discussão, para que serve? A experiência científica é portanto uma experiência que contradiz a experiência comum. Aliás, a experiência imediata e usual sempre guarda uma espécie de caráter tautológico, desenvolve-se no reino das palavras e das definições; falta-lhe precisamente esta perspectiva de erros retificados que caracteriza, a nosso ver, o pensamento científico.

Bachelard (1996) acredita que o conhecimento, a teoria, é inconcebível sem a prática. Se o sujeito somente observasse o objeto sem participar do seu desenvolvimento, seria incapaz de conhecer as “leis de regência do fenômeno científico”. Uma teoria que se distancie de sua prática não passaria de um conjunto de abstrações, proposições sem sentido e utilidade. Em contraponto, uma prática que não seja manifestação do conhecimento é uma prática cega e ineficaz.

Nesse sentido, é que Popper vai escrever “A Lógica da Pesquisa Científica”, em que esta discussão vai ser colocada em novos termos, em que o “erro” e não a verdade, constitui componente inevitável de qualquer teoria científica, sendo o motor pelo qual se move a ciência. O conhecimento é formado por “conjecturas e refutações” em ciclo que não termina, onde se refuta, se conjectura e se refuta. O processo de conhecimento

é, antes de tudo, um processo de desconstrução e de recriação. Para Japiassu (1977, p. 106):

Em suma, a epistemologia de Popper pode caracterizar-se como uma crítica constante às concepções científicas já existentes, tentando sempre instaurar novas hipóteses ou conjecturas ousadas, a fim de atingir a explicação científica, jamais definitiva, mas sempre aproximada. As ciências não procuram jamais resultados definitivos. As teorias científicas irrefutáveis pertencem ao domínio do mito. O que deve caracterizar a ciência é a falsificabilidade, pelo menos em princípio, de suas asserções. As asserções “inabaláveis” e “irrefutáveis” não são proposições científicas, mas dogmáticas. Aliás, o progresso da ciência se deve, em grande parte, ao fato de ela propor soluções específicas para problemas específicos, submetendo-as incessantemente ao crivo da crítica: esta gera o progresso, ao passo que as verdades “irrefutáveis” geram a estagnação. O progresso do conhecimento científico está estreitamente ligado à colocação correta dos problemas e às tentativas de dar-lhes solução.

Portanto, a construção da ciência se dá pelo exercício da razão humana, seja pela relação sujeito-objeto, seja pela liberdade de concordar e discordar de “verdades”. A ciência é justamente a refutação de uma tradição, e a ciência jurídica não pode ser considerada como uma ciência alheia, pura e neutra; pois ciência, fruto da razão humana, jamais poderá ser neutra. A idéia de uma ciência jurídica neutra acaba por reproduzir o senso comum, e por se só, deve ser refutada pela ciência.

3 A Ideologia como Elemento da Ciência Jurídica

O termo ideologia tem origem no final do século XVIII, elaborado por filósofos franceses (Destutt de Tracy, Canabis, dentre outros) conhecidos como “ideólogos”. Desse modo, ideologia significava o estudo da origem e formação da idéia. Posteriormente, Auguste Comte, em uma visão positivista, também se referiu à ideologia, reiterando a ideia original de Destutt de Tracy, mas acrescentando-lhe um segundo significado, um sentido mais amplo, em que a ideologia passou a significar um con-

junto de ideias, princípios e valores que refletem uma determinada visão de mundo, orientando uma forma de ação, sobretudo uma prática política (CHAUÍ, 2004).

Contudo, “ideologia” é um termo amplamente utilizado, sobretudo por influência do pensamento de Karl Marx, significando o processo de racionalização – um autêntico mecanismo de defesa – dos interesses de uma classe ou grupo dominante.

A produção das idéias, das representações, da consciência é, ao princípio, entrelaçadas sem mediações com a atividade material e o intercâmbio material dos homens, a linguagem da vida real. A formação das idéias, o pensar, a circulação espiritual entre os homens ainda se apresentam nesse caso como emanção direta de seu comportamento material. Vale o mesmo para a produção espiritual, conforme esta se apresenta na linguagem da política, das leis, da moral, da religião, da metafísica etc. de um povo. Os homens são os produtos de suas representações, ideias e assim por diante, mas apenas os homens reais e ativos, conforme são condicionados através de um desenvolvimento determinado de suas forças de produção e pela circulação correspondente as mesmas até chegar a sua formação mais distante. A consciência (*Bewusstsein*) não pode ser jamais algo diferente do que o ser consciente (*bewusstsein*), e o ser dos homens é um processo de vida real. Se em toda a ideologia, os homens e suas relações aparecem invertidas como em uma câmara escura, este fenômeno provém igualmente de seu processo histórico de vida, assim com a inversão dos objetos ao se projetarem sobre a retina provém de seu processo diretamente físico. (MARX; ENGELS, 2007, p. 48)

Nesse sentido, o termo ideologia – em um sentido marxista – tem por objetivo justificar o domínio exercido e manter coesa a sociedade, apresentando o real como homogêneo, a sociedade como indivisa, permitindo com isso evitar os conflitos e exercer a dominação. Segundo Chauí (2004, p. 7), ideologia “[...] é um ideário histórico, social e político que oculta à realidade, e que esse ocultamento é uma forma de assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política”.

Contudo, a ideologia está ligada diretamente com o momento histórico, em um processo dialético da superação, a ideologia de hoje, pode não ser a de amanhã. Ideologias são contrapostas, criticadas e superadas dentro de um processo histórico.

Definido ideologia, faz-se necessário esclarecer qual a relação da ideologia com o Direito. Coube ao Direito a disciplina dos instrumentos de coercitividade para alcançar os fins desejados pelo Estado. A influência da ideologia no Direito se dá com os mecanismos de alienação e hegemonia – mídia e formação do senso comum – para garantir os objetivos do Estado. O Direito, nesse sentido, passa a ter como objetivo transformar o abuso em permissão e o ilegítimo em legítimo. A lei é o direito para o dominante e o dever para o dominado (CHAUI, 2004, p. 83).

4 A Ideologia da Neutralidade Axiológica do Positivismo Jurídico

Uma das principais conseqüências do positivismo jurídico foi elaborar a idéia de que a ciência jurídica deve ser neutra, isenta de construções ideológicas. O paradigma moderno da cientificidade tentou opor o senso comum da ciência estabelecendo um modelo de conhecimento científico que possui natureza coerente, organizado, objetivo, sistemático, metódico, e conceitual de enunciados verdadeiros. O positivismo como metodologia que influenciou marcadamente as ciências sociais, constrói um sistema racional que abandona a metafísica, enquanto esforço por se conhecer a existência, e se dedica ao conhecimento dos fatos pela via da experiência em que os sentidos devem ser utilizados para perceber o real.

A lei passa a ser o objeto das investigações científicas, deve ser tratada mediante operações técnicas, como a técnica da legislação, dos regulamentos e da jurisprudência que servem para assegurar aos cientistas do direito que nada há de procurar fora disto, porque o texto da lei tudo saberia (FERRAZ JR., 1980, p. 174).

Como consequência disto, tem-se a ideia de que o estudo da Ciência do Direito está restrito ao estudo das normas jurídicas. Não caberia à Ciência do Direito o estudo sobre o seu conteúdo, sobre conhecer o Direito. Assim, Clémerson Merlin Clève (1980, p. 59) denuncia que

[...] em Kelsen, a ciência jurídica deve passar, rigorosamente por um processo de depuração metódica que a livrará tanto dos objetos de conhecimentos próprios de outras áreas do saber, quanto das interferências ideológicas. Neste sentido, o objeto do direito é apenas a norma jurídica.

Contudo, as ciências humanas devem ser entendidas diante dos fenômenos históricos, sociais e culturais. Impossível se afastar dos juízos axiológicos. Nesse sentido, é que dentro do próprio positivismo existia um caráter ideológico, que era próprio do seu contexto histórico e social.

Pode-se afirmar que o positivismo kelseniano não obteve sucesso, uma vez que não se pode construir uma teoria pura ideologicamente, sem está fundada em valores históricos e sociais próprios. Os valores objetivados pela Teoria Pura do Direito têm como função atribuir ao Direito o papel de realizador da ordem e da certeza jurídica, excluindo dele seu conteúdo axiológico.

As ciências, como a Ciência do Direito, possuem um caráter ideológico, que atinge tanto a própria existência dessa ciência, como a existência da ciência em si. O fato de, desde o século XIX, a ciência ser considerada o lugar privilegiado da verdade já implica uma ideologia, o cientificismo, peculiar às sociedades industrializadas mais avançadas (CLÉVE, 1980, p. 35). Por isso, mesmo admitindo que a Ciência do Direito não está vinculada às valorizações que estão na base de uma dada ordem jurídica, não estando vinculada aos valores eleitos no processo decisório de positivação de normas jurídicas, o positivismo jurídico já teria apregoadado uma ideologia.

5 O Pensamento Jurídico Positivista de Hans Kelsen

Preliminarmente, antes de adentrar-se especificamente no pensamento positivista de Hans Kelsen, é necessário perquirir qual o fundamento do Direito, podendo este encontrar-se na própria Ciência Jurídica, ou mais precisamente em sua intrajuridicidade, ou, podendo também encontrar-se fora dele, falando-se, por conseguinte, em extrajuridicidade do

Direito. Assim, essa questão a respeito da insuficiência da necessidade de fundamentação exterior ao Direito tem colocado em posições contrárias positivistas e naturalistas.

Os primeiros defendem a ideia de que o fundamento da Ciência Jurídica encontra-se materializada no próprio Direito. Pode-se citar como principal defensor da teoria positivista o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen, tendo este tentado, por todos os meios, dar fundamento ao Direito por meio de sua Norma Hipotética Fundamental (NHF), pois achava ser este modelo autossuficiente, não necessitando, para isso, de nenhum fundamento exterior ao Direito; pelo contrário, achava que o certo seria um sistema jurídico fechado. Entretanto, depois reconheceu a necessidade e imprescindibilidade do Direito Natural para dar respaldo e fundamentar suas normas jurídicas.

Além da posição positivista de Kelsen, logo depois surgiu a teoria do Direito como um sistema autopoietico, que teve como um dos principais defensores Gunther Teubner, significando ser o Direito autossuficiente, em que as próprias normas existentes no sistema se auto fundamentavam, não necessitando de nenhum fundamento transcendental que fosse exterior e superior ao Direito.

Pelo lado oposto, que é a corrente transcendentalista, defendida pelos jusnaturalistas, procura-se o fundamento do Direito fora dele, em uma instância que lhe seja exterior e superior, ou seja, aquilo que dá fundamento ao Direito Positivo pode-se chamar de Direito Natural. Entretanto, nos casos em que este (Direito Natural) não for invocado para fundamentar o Direito Positivo, em seu lugar são chamados o espírito do povo, na visão de Savigny, a vontade geral, por Rousseau, Deus, para as doutrinas religiosas, dentre outros fundamentos existentes.

Já a Teoria Pura do Direito defende que o objeto da Ciência Jurídica é o próprio Direito, devendo este estudar assuntos pertinentes apenas a seu objeto, não sofrendo influências de outras ciências, pois sua pureza está ligada à especificação de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico) (COELHO, 2001).

O que se acaba de explanar pode ser comprovado nas palavras do próprio Hans Kelsen (2000, p. 1) a seguir expostas: “São temas de uma teoria geral do Direito as normas jurídicas, os seus elementos, a sua inter-relação, a ordem jurídica como um todo, a relação entre as diferentes ordens jurídicas, e, finalmente, a unidade do Direito na pluralidade das ordens jurídicas positivas”. Por tais características, depreende-se o caráter monista da sua teoria pura, negando, por completo, a atual matriz do direito contemporâneo, ou seja, a matriz pluralista e a matriz democrática. E nesse sentido, acerca do pluralismo normativo, António Manuel Hespanha (2013, p. 63) define de forma didática a seguir:

O pluralismo normativo é, assim, um fato antes mesmo de ser um ideal ou um perigo; ele já existe e já é reconhecido como o atual modelo de manifestação do direito. Isto obrigada a repensar tradicionais formas de identificar (ou circunscrever) o direito.

Hans Kelsen entende que a Ciência Jurídica só pode ser tratada como tal se os seus fundamentos estiverem encerrados no mundo jurídico, a partir de um método próprio de análise e pesquisa (lógico-formal), pautado na norma posta, apropriado para seu estudo. A norma jurídica será sempre válida, desde que integre a ordenação lógica de um sistema, seja essa norma oriunda de um golpe de Estado, do Poder Legislativo, seja qualquer for a sua origem (REALE, 1999).

De acordo com a visão positivista, a atuação do operador do direito não é analisar os motivos e valores que levaram a norma a ser positivada, pois tal atividade deverá ser realizada pelas outras ciências, a exemplo da Filosofia e Sociologia, mas não do Direito. Assim, Kelsen procurava estudar a ciência jurídica com uma pureza metodológica, buscando banir qualquer elemento externo, como fatos e valores, visando à não interferência dessas ciências na criação e aplicação do direito positivo.

Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 18), citando Kelsen, descreve bem o que já foi exposto:

A busca da pureza é outro princípio basilar da teoria pura. Está proclamado no prefácio à primeira edição da obra, de 1934: “Há mais

de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade, porque consciente da legalidade específica de seu objeto” (1974:07). Anote-se, desde logo, que teoria pura, para Kelsen, significa teoria purificada, e não originalmente sem impureza. Deve a ciência do Direito ser purificada, além das ideologias e da ciência natural, acima referidas, também da psicologia, da biologia, da ética e da teologia (1933: 09). E mais ainda: da especulação metafísica, da filosofia da justiça, da doutrina do Direito natural, da política e da sociologia (1990:02-03). Libertando a ciência do Direito de elementos estranhos, Kelsen tentava evitar sua desnaturação. Uma ressalva que ele não se cansava de repetir: puro é o método da ciência do Direito, não o Direito ele mesmo.

Para o positivismo jurídico kelseniano, o ordenamento jurídico tinha forma de uma pirâmide, em que a norma teria sua validade fundada em outra norma hierarquicamente superior, tendo como última instância a denominada Norma Hipotética Fundamental – uma ficção kelseniana, a qual não era uma norma posta, mas pressuposta. Logo, para a norma jurídica ser válida, deve estar em consonância com a Norma Hipotética Fundamental ou ser emanada de poder competente. Dessa forma, pode-se verificar que, para o positivismo jurídico kelseniano, a norma jurídica só existe quando a mesma é considerada válida, conforme se depreende de suas palavras: “Se dizemos que uma norma existe – afirma Kelsen – que-remos dizer que uma norma é válida” (KELSEN, 1993, p. 263).

Assim, de acordo com o ordenamento jurídico kelseniano, o seu sistema escalonado de normas comportava desde a norma hipotética fundamental até a norma que se localizava na base da pirâmide, que seria a sentença judicial, sendo esta a norma mais concreta, individualizada e fundamentada (VASCONCELOS, 2006, p. 83). Para Hans Kelsen, tanto as normas constitucionais quanto a sentença judicial são Direito.

Do pensamento de Hans Kelsen, extraíram-se algumas definições de Goffredo Telles Jr. (1953, p. 211-218) a respeito do assunto, senão veja-se:

A história demonstra que, há séculos, o espírito humano se afadiga, em vão, na procura do conceito absoluto da Justiça. Isto prova que a Justiça não é acessível ao conhecimento: constitui um ideal irracional. Em lugar de tal conceito, o que o espírito humano encontrou foi interesses e conflitos de interesses. Mas é evidente que não há motivos racionais para declarar que só um desses interesses tem valor absoluto e seja o único justo. Eis por que o objeto da ciência jurídica é o direito real e possível, e não o direito justo. Toda valoração do direito supõe a adoção de uma ideologia, à vista da qual a valoração é feita. Ora, o conhecimento do direito é ciência e não política. Por isso, a Teoria Pura do Direito nega-se a servir a quaisquer interesses políticos e, também, opõe-se à teoria tradicional do direito, que possui, em maior ou menor grau, consciente ou inconscientemente, um acentuado caráter ideológico. A Teoria Pura do Direito pretende ser “uma ciência jurídica sem preocupações”. [...]

Qualquer conteúdo pode ser Direito; não há comportamento humano que não possa caber numa norma jurídica [...]

Uma norma jurídica vale como norma de direito unicamente porque nasceu de certa maneira, porque foi criada em conformidade com determinada regra. A validade desta, por sua vez, depende da mesma condição, e assim sucessivamente, até a validade da Constituição do Estado [...]

Assim, pois, a Teoria Pura do Direito faz depender de um suposto, de uma hipótese originária, a que se chama norma fundamental, a validade de toda a seriação gradativa das normas jurídicas.

Fazendo uma breve análise sobre a teoria da interpretação na perspectiva positivista de Kelsen, este defende que a lei aplicada ao caso concreto não pode fornecer mais do que uma única decisão correta, fundada no próprio conteúdo da lei, julgando impossível estabelecer qualquer critério para orientar a escolha da interpretação correta, pois, ainda fiel ao positivismo, crê ser cientificamente inviável um juízo racional acerca de opções quanto a valores. Nesse sentido, encontra-se o pensamento de António Manuel Hespanha (2007, p. 50) em que ele se expressa:

Neste mundo do legalismo, o papel do intérprete – nomeadamente do juiz, - era muito modesto. Em face do primado absoluto da lei,

ao juiz cabia senão aplica-la, nem sequer a podendo afastar “a pretexto de ela lhe parecer injusta ou imoral” (como se dizia no estatuto judiciário português em vigor entre os anos 30 e os anos 70 do séc. XX [art. 110, depois 240]).

Dessa forma, não desenvolveu nenhum critério interpretativo ou método hermenêutico. Pelo que foi acima exposto, pode-se relacionar citação da obra de Glauco Barreira Magalhães Filho (2001, p. 55):

Kelsen via a sentença como ato volitivo ou ato de decisão, e não como ato intelectual ou ato de conhecimento. O juiz não *conheceria* o sentido correto da norma jurídica através de um método, mas de um ato de vontade, uma interpretação dentre as várias cabíveis na moldura normativa ou na literalidade da norma. Essa escolha seria feita pelo julgador em consonância com os seus valores pessoais.

Como se vê, a impossibilidade do normativismo kelseniano em oferecer critérios para a valoração jurídica decorre de um ceticismo acerca da fundamentação que não pode ser provada em termos definitivos e inquestionáveis, dando valor a um saber não controverso, que tem como fundamento dados da experiência, desprezando por completo a dialética, a retórica e a argumentação.

6 O Caráter Anti-ideológico da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Hans Kelsen (1976, p. 155) dialoga com o conceito marxista de ideologia na medida em que desqualifica a compreensão de que a ideologia constitui elemento da descrição do Direito “[...] como um sistema de normas, afirmando que essa prescrição se caracteriza como uma ideologia que falsifica a realidade no interesse da classe dominante”. Pois a Teoria Pura do Direito deve se distinguir da teoria sociológica do Direito, aquela deve se concentrar na visualização das normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, já esta tem como objeto fenômenos da natureza paralelos ao direito (KELSEN, 1976, p. 156).

Sem dúvida, a grande contribuição de Hans Kelsen foi a tentativa de fundamentar a ciência do Direito enquanto ciência. A ciência aqui deve ser entendida dentro de sua época, do positivismo. Nessa busca de fundamentos para a ciência do Direito, Kelsen vai propor uma Teoria do Direito Pura. A seu ver, não seria razoável a ciência do Direito sofresse influências de outros métodos e outras ciências. Com esse intuito, Kelsen tenta retirar da Ciência Jurídica toda e qualquer influência ideológica e valorativa. De acordo com Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 216),

Apesar de todas essas limitações, permanece a teoria pura convicta de sua superioridade com ciência jurídica, tanto sobre a jurisprudência tradicional, quanto sobre a de sua época. Essa primazia, Kelsen a atribui a seu efeito anti-ideológico. [...] Esta posição, aliás, integra o ideário programático de Kelsen, aparecendo já bem fixada na primeira edição da *Teoria Pura do Direito*. Ao proclamar, aí, a tendência anti-ideológica da teoria, garante Kelsen que ela “se nega, em especial, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes a ideologia que os autorize a legitimar ou desqualificar a ordem social existente”. Já se pode, a essa altura, relacionar duas conseqüências do afastamento da ideologia do pensamento de Kelsen: 1^a – propiciar a superioridade do seu modelo de ciência, preservando-lhe a pureza; 2^a – garantir-lhe o distanciamento da realidade social, assegurando-se a integridade idealista.

Esse ideário programático que buscava Kelsen, não era uma originalidade de seu pensamento, era a forma em que os intelectuais viam a ciência daquela época. Por mais que Kelsen tentasse refutar uma Ciência do direito livre de ideologias, ele foi bastante influenciado pelas “ideologias” de sua época, de seu tempo. O que Kelsen queria era na verdade sustentar uma teoria já formulada pelo Círculo de Viena. Assim, para Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 205):

Ao sublinhar o caráter científico de sua teoria, estava Kelsen, demais, passando aviso de sua plena inserção no espírito de sua época, com o que procurava legitimar-se perante a intelectualidade contemporânea, que continuava vendo na ciência quase um sagrado objeto de culto. Não nos esqueçamos de que esse era o tempo em

que florescia o Círculo de Viena, para qual nada que se colocasse fora do âmbito da ciência tinha sentido. Tal preocupação marcou igualmente, e de modo decisivo, as atitudes de teóricos que lhe foram anteriores e contemporâneos, cujos exemplos mais expressivos parecem ter sido Marx e Freud. Também nestes a ciência que representou quase uma obsessão. Some-se a tudo isso o fato de que a autonomia da ciência jurídica constituía velha reivindicação do positivismo jurídico, cujo programa estava sendo agora revitalizado por Kelsen.

O fundamento era de que as ideologias prejudicavam a pureza do Direito na medida em que o objetivo da ciência era de que as ideologias tinham origem na vontade e não no conhecimento. Neste sentido, Hans Kelsen (1976, p. 161):

A teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo facto de, na sua descrição de Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é 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 positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio dos quais a ordem vigente é legitimada ou desqualificada.

Essa ideia de ideologia, por si só não é pura, mas de influência marxista. E tal argumento não se justifica pelo elemento “vontade” está implícito no processo de formação do conhecimento. Assim, vale a passagem de Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 218-219):

Tal ocorre, esclarece Kelsen, porque “todas as ideologias têm sua origem mais na vontade do que no conhecimento; provêm de certos interesses, ou melhor, de um interesse que não é o interesse da verdade”. [...] O que não parece correto, nesse ponto, é kelsen contra-

por, como coisas que se excluem em si, o conhecimento à vontade ou mesmo à emoção. Tanto a procura como a descoberta da verdade despertam emoção e paixão. Nem poderia ser o contrário; homem algum é uma máquina. Todo procedimento, científico ou não, envolve de modo necessário, a vontade. Nem tampouco nos parece procedente a afirmação de que a ideologia, por irracional, levaria fatalmente a contradições. Kelsen deveria estar lembrando que em Kant, uma das matrizes do seu pensamento, é precisamente a razão pura a fonte de todas as antinomias. Para resolvê-las, Kant admite, embora com reservas, a dialética.

Portanto, surge um paradigma na Teoria Pura do Direito Kelseniano, pois na medida em que Kelsen nega a ideologia, existe uma ideologia na sua teoria, “Teoria Pura do Direito é uma ideologia. O que, demais há a estranhar, aqui, é a tentativa de caracterização de teoria puramente idealista, abstrata e formal como teoria social” (VASCONCELOS, 2010, p. 222). Como se verifica, uma contradição da Teoria Pura do Direito, pois impossível conquistar essa pureza de uma teoria social, feita por homens, e passível de influências históricas e sociais.

Vale ressaltar que a teoria kelseniana possui uma ideologia, objetivos a serem alcançados. Assim Vasconcelos (2010, p. 226) assinala:

A ciência jurídica pura da concepção kelseniana é uma ideologia, que se revela das múltiplas maneiras, entre as quais indicamos desde logo as seguintes: 1^a – ao atribuir a seu normativismo o máximo grau de racionalidade científica, somente equiparável ao ostentado pela geometria, Kelsen quis torná-lo, em razão da sua pretensa exatidão, invulnerável à crítica; 2^a – ao reduzir as dimensões normativas, fáticas e axiológica do Direito ao único aspecto da normatividade, promoveu ele o fenômeno da parcialização, pelo qual a parte passou a valer pelo todo, do que resultou flagrante desnaturalização do Direito. Semelhantes manifestações de monismo encontram-se no seu positivismo e formalismo; 3^a – ao postular a pureza e a neutralidade científica, comete ele o desvio do seu objeto, o Direito, no duplo sentido de distância e deslocamento, afastando-o do terreno empírico da realidade fática, em que se dá a ciência, para a esfera supraempírica da realidade espiritual, onde habitam idéias imaculadas.

O que Hans Kelsen desejava era, em última instância, afastar toda a metafísica do Direito, principalmente o seu fundamento, o Direito Natural. Esse era o pano de fundo do fundamento anti-ideológico do direito na concepção kelseniana, afastar o Direito natural. Contudo, Hans Kelsen não conseguiu sustentar essa posição durante toda sua vida. Depois de inúmeras críticas, respostas e prefácio, Kelsen (2000, p. 623) vai assumir a impossibilidade de um Direito Puro em si, e que o fundamento último repousa no imperativo categórico kantiano.

Kelsen não pôde, porém, sustentar essa sua posição anti-ideológica em toda a linha e por todo o tempo. Ao aproximá-la do nível epistemológico onde operam as categorias do ser e do dever-ser, teve que admitir o caráter ideológico do Direito positivo. Na mesma primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, escreveu o seguinte: “O fato de declarar que o Direito constitui uma ideologia, em relação à realidade natural, e exigir, ao mesmo tempo, uma teoria jurídica *pura*, quer dizer, anti-ideológica, não é tão contraditório como a primeira parece”. Com o intuito de justificar-se, invoca Kelsen a condição de plurivocidade do conceito de ideologia e o caráter relativo da antítese entre ideologia e realidade. Desse modo, diz ele, “se considerarmos o Direito positivo como uma ordem normativa em relação à realidade da natureza, que deve estar de acordo com o Direito positivo, como este pretende (mesmo que nem sempre assim aconteça), pode receber o nome de *ideologia*.” Alguns anos mais tarde, em 1942, voltará ao tema, agora para melhor caracterizar o tipo de ideologia compatível com sua construção doutrinária. É o que veremos a seguir: “se concebemos o Direito como um complexo de normas e, portanto, como uma ideologia, essa ideologia difere de outras, especialmente de ideologias metafísicas, na medida em que corresponde a certos fatos da realidade”. O que jamais poderá admitir Kelsen, seria a possibilidade da existência de uma ordem jusnaturalista superior ao Direito positivo, com a presunção de transmitir-lhe validade. Isso é precisamente o que para ele, representaria o conceito negativo de ideologia. Contudo, na sua estada na América do Norte, é levado a aceitar relativamente à *norma fundamental hipotética*, “[...] um mínimo de metafísica e, aqui, de Direito natural, sem os quais não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito. Assiste-se, pois, à incorporação da ideologia, agora

em seu indesejável sentido metafísico, à Teoria Pura do Direito”. (VASCONCELOS, 2010, p. 25)

Nesse sentido, o fundamento anti-ideológico da Teoria Pura do Direito provocou o debate sobre o elemento “legitimidade”, uma vez que não se pode separar a ideologia do processo de criação e interpretação do Direito. É necessário saber se esse direito possui os conteúdos de justiça¹ e legitimidade.

7 A Legitimidade como Exponente da Ideologia

Na Teoria Pura do Direito, não importava para Kelsen saber se o Direito “[...] criado é justo e legítimo, coisa que não pode ocupar espaço em seu ideário positivista. Mas, pelo menos, para saber se satisfaz seus próprios critérios de validade formal do Direito” (VASCONCELOS, 2010, p. 207).

Para Vasconcelos (2006, p. 248), “[...] todo grupo social pressupõe organização e estrutura de poder, por mais embrionária que seja, que lhe assegure a manutenção e o desenvolvimento. Mas o poder, para impor-se, necessita ter autoridade, isto é, ser legítimo”. Diante da impossibilidade de se poder afastar completamente a ideologia, tem-se o pensamento de Luis Alberto Warat (1996, p. 51), em que para este autor, a Ciência Jurídica, mesmo que se apresente neutra ou destituída de valor, sempre vai se encontrar comprometida ideologicamente, senão veja-se:

[...] a Espistemologia Crítica da Ciência nos ensina que a reivindicação de neutralidade ideológica e objetividade científica, utilizando um método que rejeita a infiltração da ideologia, não se apóia em sólidos argumentos epistemológicos, mas em justificações valorativas que ao se apresentarem de forma encoberta, tornam-se ple-

¹ Na justiça como equidade, “[...] a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação primitiva da cultura. É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça.” (RAWLS, 2008, p. 14).

namente eficazes. Assim, optar por uma ciência liberada de ideologia é optar por certa relação entre aquela e o mundo social. Trata-se de uma opção de valor, não pela ciência enquanto tal, mas pela função que a ciência possa cumprir com respeito às práticas sociais. É, portanto, uma opção ideológica feita no interior da epistemologia. No caso da Teoria Pura do Direito, a tentativa de escudar a Ciência Jurídica com uma suposta neutralidade ideológica e política encobre o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar esse saber, preservando, assim, seu poder.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de se afastar completamente a ideologia e a neutralidade da ciência jurídica, faz-se necessário detectar os limites para a formação do Direito, este limite repousa na legitimidade.

A produção e a sanção do Direito constituem os principais elementos influenciáveis pela ideologia do Direito. Vale ressaltar que o Direito não é algo de origem exclusiva do Estado. Mas mesmo o Direito proveniente de outras fontes está sujeito às ideologias de quem as cria e de quem as sanciona. Contudo, esse poder carece de legitimidade, pois

[...] o poder ilegítimo não pode criar normas jurídicas legítimas. Seria absurdo pretender-se o contrário. Ocorre que o Direito se afirma, ao mesmo tempo, como estrutura normativa e como estrutura de poder. (KELSEN, 2000, p. 622)

Portanto, o Direito possui conteúdo que é a justiça, esta manifestação do Direito se dá por intermédio de um poder legítimo, que cria direitos legítimos.

[...] ao deferir a toda e qualquer formação estatal a distinção de Estado de Direito, Kelsen contorna o problema da legitimidade através de seu simples afastamento. Ora, dado que poder legítimo é poder com autoridade, isto é, Poder de Direito, o Estado, porque coincidente com o Direito, não poderia por este vir a ser legitimado, porque já o é por definição. “Esta superação metodológica-crítica do dualismo Estado-Direito – diz Kelsen é, ao mesmo tempo, aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. [...] Na verdade, o normativismo kelseniano não possui

doutrina de legitimação, porque, em essência, é incompatível com sua natureza valorativa”. (VASCONCELOS, 2006, p. 267-268)

Assim, o positivismo foi responsável por afastar também a legitimidade do direito, por compreender que o direito – por ser proveniente do Estado – já bastava e repousava em si a legitimidade. Tal pressuposto – a legitimidade do direito – fundamenta o argumento de um direito possivelmente neutro, distante da ideologia. Contudo tal afirmação é um equívoco depois de todas as atrocidades ocorridas durante o século XX.

8 Conclusão

Portanto, diante do debate existente entre as escolas empiristas e racionalistas, tivemos sua superação com o estabelecimento da lógica dialética. Onde não se pode conhecer a verdade nem a partir somente do objeto (da realidade), nem do sujeito (da razão). Mas a formação do processo de conhecimento passa por a formulação de uma hipótese, de uma antítese e de uma síntese. Nesse processo, as teorias se conjecturam e se refutam, afastando assim a possibilidade de uma teoria essencialmente neutra.

Que a ideia de “ideologia” tem sua influência na formação das ciências, principalmente das ciências humanas, uma vez que as teorias são feitas pelos homens, e sujeita as influências socioculturais. E que mesmo essa tentativa de afastar a ideologia das ciências tem uma ideologia por trás de todo esse processo.

Analisou-se ainda uma das principais teorias que apregoavam uma Ciência Jurídica neutra e anti-ideológica, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Nesse ponto, foi possível verificar as contradições da teoria e que em última instância existia uma ideologia por trás dessa teoria, que era a negação do Direito Natura e da influência metafísica.

Diante da impossibilidade de uma Teoria do direito sem ideologia, buscou-se investigar o que poderia legitimar determinada Teoria do Direito, que era a necessidade de um conteúdo, já não basta ser Direito, tem que ser Direito legítimo e Justo.

Referências

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento; tradução Esteia dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BATISTA, Mondin. **Curso de Filosofia**. 3. ed. Tradução: Benôni Lemos. São Paulo, SP: Paullus, 2007. I v.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**: coleção primeiros passos n. 13. 2. ed. Tatuapé, SP: Brasiliense, 2004.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Atlas, 1980.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Atlas, 1980.

HESPAÑA, António Manuel. **O caleidoscópio do Direito**: o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **O pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: AnnaBlume, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Armênio Amado: Coimbra, 1976.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O problema da Justiça**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia alemã**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2001.
- JAPIASSÚ, Hilton. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- _____. **Introdução ao Pensamento Epistemológico**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- TELLES JR., Goffredo. **A criação do direito**. São Paulo, 1953. 2 v.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. **A Pureza do Poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.

Renata Albuquerque Lima é doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e graduada em Direito (UFC) e Administração de Empresas (UECE). Além de atuar como advogada, é professora do Curso de Direito da UNICHRISTUS, Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA) e coordenadora geral do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão.

E-mail: realbuquerque@yahoo.com

Endereço profissional: Universidade Estadual Vale do Acaraú, Coordenação do Curso de Direito, Avenida da Universidade, n. 850, Sobral, CE. CEP: 62040-307.

Átila de Alencar Araripe Magalhães é doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), mestre em Administração de Empresas

pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Além de atuar como advogado, é professor das disciplinas de Direito Processual Civil II e III da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e coordenador de monitoria da Faculdade Luciano Feijão.

E-mail: atila@leiteararipe.adv.br

Endereço profissional: Escritório de Advocacia Leite Araripe e Advogados Associados. Avenida Washington Soares, n. 1.400, sala 210/211, Edson Queiroz, Fortaleza, CE. CEP: 60811-341.

Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior é mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Atua como advogado e professor da Faculdade Luciano Feijão.

E-mail: adv.carlosaguiarjr@gmail.com

Endereço profissional: Faculdade Luciano Feijão, Rua José Lopes Ponte, n. 400, Dom Expedito, Sobral, CE. CEP: 62050-215.