

**A IDEOLOGIA COMO BASE DO POSITIVISMO ORTODOXO
KELSENIANO**

IDEOLOGY AS THE BASIS OF ORTHODOX KELSENIAN POSITIVISM

ARNALDO VASCONCELOS

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002). Professor titular da Universidade de Fortaleza, atuando principalmente nos seguintes temas: Filosofia e teoria do Direito, Epistemologia jurídica e teoria política grega.

ANTÔNIO WALBER MATIAS MUNIZ

Pós-doutorando em Relações Internacionais (UNB – IREL 2016). Doutor em Ciências: Integração da América Latina (USP 2015). Professor Adjunto da Universidade de Fortaleza.

FERNANDA EDUARDO OLEA DO RIO MUNIZ

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Internacional (UNIFOR 2014).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tecer considerações acerca da teoria positivista de Hans Kelsen nos aspectos científico e ideológico. Lança-se mão de pesquisas bibliográficas de natureza epistemológica e jurídica. Conclui-se que apesar dessa teoria ser defendida por Kelsen como científica, ela está num campo diametralmente oposto que é o exclusivismo ideológico.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; Conhecimento Científico; Ideologia.

ABSTRACT

This paper aims to make some considerations regarding Hans Kelsen's positivist theory in its scientific and ideological aspects. We make use of bibliographic research of epistemological and legal nature. We come to the conclusion that, despite being defended by Kelsen as scientific, this theory is in a diametrically opposed field, which is ideological exclusivism.

KEYWORDS: Positivism; Scientific Knowledge; Ideology.

INTRODUÇÃO

A teoria positivista defendida por Kelsen é o objeto geral desse trabalho. O positivismo kelseniano ocupou espaço de destaque e admiração, sobretudo nos cursos de Direito do século XX, isso porque, atribuía-se à essa teoria um caráter científico, embora eminentemente descritiva, justificando, portanto, a necessidade de aprofundamento sobre o assunto.

Quanto ao objetivo específico, busca-se evidenciar as raízes ideológicas que constituem a base de um questionável positivismo ortodoxo kelseniano e suas incoerências. Ressalte-se que esse arcabouço fundado em ideologias, constitui a obra de Kelsen denominada "teoria pura do direito", a qual renega qualquer relação com o direito natural e rechaça com veemência a metafísica.

Por se tratar de uma construção cultural do homem, o direito comporta todos os seus anseios e, dessa forma, o positivismo e a pureza do direito não encontram guarida, visto que desconsideram referido entendimento. O positivismo, a ideologia e o cientificismo são alguns dos pilares que sustentam a "teoria pura do direito" e, por essa razão, merecem uma análise cautelosa, como se propõe realizar ao longo do trabalho.

Com o fito de tornar compreensível a teoria positivista de Kelsen e sua análise científica, o trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira parte, faz-se uma abordagem que distingue o direito natural do direito positivo, além de mostrar diferentes visões de alguns autores sobre referida oposição conceitual. Na segunda

parte, discorre-se sobre o positivismo jurídico, bem como a sua aplicação em diferentes momentos históricos. Na terceira parte, destaca-se a visão de Kelsen sobre o conceito de positivismo, as bases de formação de sua teoria e as principais contradições. A quarta e última parte do trabalho, traz uma visão acerca do conceito de ideologia e, em seguida, encaixa toda a teoria positivista kelseniana nessa definição.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO

Em primeiro plano, faz-se necessário destacar que o direito natural e o direito positivo são espécies do gênero Direito. Enquanto o direito natural é o pressuposto do Direito, o direito positivo é o direito posto e, preferencialmente tem sido fundamentado com base no direito natural, porque é o modo de conceber o invisível pelo visível, o sensível pelo inteligível. Cumpre ressaltar que o positivismo jurídico está enraizado no direito positivo e, portanto, necessita de um estudo bastante atento quanto às suas origens e fundamentos. Ademais, como o direito positivo não nasceu a partir do nada, mas está atrelado ao direito que lhe é pressuposto, o direito natural, torna-se também indispensável a análise conjunta de ambos os institutos.

É possível verificar a diferença entre direito natural e direito positivo relatada por Aristóteles na Grécia antiga. Nesse diapasão, Aristóteles explica:

A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido. (ARISTÓTELES, 2003, p. 117)

Isso posto, verifica-se a divisão de conceitos em que se insere o Direito no pensamento aristotélico: de um lado a “parte natural” (direito natural) e de outro a “parte legal” (direito positivo). Quanto ao primeiro, Aristóteles atribui o caráter da universalidade e independência, ou seja, aplica-se a todos os homens em qualquer lugar do mundo e independe da sua vontade para existir. Quanto ao segundo, as características são de contingência e indiferença, ou seja, se aplica somente nas

organizações sociais em que está inserido e só poderá ser exigível mediante previsão legal.

Não obstante, no Direito romano também já se fazia o contraponto entre o jus gentium (referente ao direito natural) e o jus civile (referente ao direito positivo), cujos significados atribuídos são consoantes e complementares aos anteriores. Assim, o jus gentium faz alusão a um direito ilimitado e determinado pela natureza, ao passo que o jus civile é implantado por um povo específico e restrito unicamente a ele (BOBBIO, 1995, p. 18). A amplitude do direito natural, portanto, o coloca como ponto de partida para a elaboração do direito positivo.

Nesse sentido, vale acrescentar as palavras de Bobbio ao fazer distinção entre direito natural e direito positivo:

- a) o direito natural é universal e imutável (semper) enquanto o civil é particular (no tempo e no espaço);
- b) o direito natural estabelece aquilo que é bom (*bonum et aequum*), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário. (BOBBIO, 1995, p. 19)

Isso permite a afirmação de que enquanto o direito natural é plural, está acima da vontade humana, pois provém da natureza, não comporta alterações em sua essência, abrange a todos independentemente de raça, sexo ou religião, o direito positivo, por outro lado é singular, posto pelos homens, pode ser alterado (por revogação ou mudança nos costumes), está adstrito a uma comunidade predefinida quanto a sua localização geográfica, identidade e crenças.

Com efeito, na idade média essa dicotomia jurídica foi perpetuada e aperfeiçoada por São Tomás de Aquino ao defender que o direito positivo é uma extensão do direito natural; decorre do direito natural e, portanto, não pode viver sem ele (BOBBIO, 1995, p. 20). Esse raciocínio tomista reitera ainda, que o conteúdo do direito positivo pode tanto enfatizar um direito natural que já exista quanto especificar um direito natural muito abrangente.

Na idade moderna, quem se destacou ao tratar da diferenciação entre direito natural e direito positivo foi Hugo Grócio. Para ele o direito natural é composto pela “justa razão”, a qual define por parâmetros morais, os atos não aceitos e os atos

necessários. Com relação ao direito positivo (que ele chama de “direito civil”), este trata do direito constituído pelo Estado (BOBBIO, 1995, p. 20 e 21). Nesse ínterim, conclui-se que o direito natural reside na esfera da cognição por intermédio da razão e o direito positivo está atrelado ao exercício da função legislativa.

Cumpra observar que o direito natural está no campo da metafísica, a qual corresponde ao abstrato mundo das ideias, do inteligível (conhecimento pela razão), onde reside a essência das coisas. Logo, não precisa ser materializado por um legislador para ter assegurada a sua existência. Em contrapartida, o direito positivo está situado no campo do físico e do sensível, ou seja, necessita de concretude para se fazer valer.

Diante do exposto e para fins didáticos, o quadro a seguir destaca as principais diferenças entre o direito positivo e o direito natural que foram delineadas ao longo deste capítulo:

Quadro I – direito natural X direito positivo

Direito Natural	Direito Positivo
Deriva da natureza	Deriva de convenções humanas
Direito pressuposto	Direito posto
Universal	Nacional
a-histórico	Histórico
Geral	Especial
Ilimitado	Limitado
Imutável	Mutável
Justo	Justo ou injusto
Metafísico	Físico
Inteligível	Sensível
Essência	Existência

Em linhas gerais, essa diferenciação não torna o direito positivo autônomo, antes, porém, realça o entendimento de que para existir, ele abraça a concepção do

direito natural, mesmo porque, antes de se criar tudo o que é concreto, é fundamental que se tenha a ideia.

Para Platão, o homem, antes de vir ao mundo viu todas as ideias, mas não pôde absorver tudo, apenas a essência. Em outras palavras, o ser humano não faz nada sem a ideia, ele sequer chacoalha uma árvore para derrubar o fruto se antes não houver tido a ideia. A ideia é a essência, a pessoa pode não saber, não descobrir, mas a ideia é que a conduzirá ao conhecimento e, por conseguinte, à sua materialização, transportando-a do abstrato para o concreto, do invisível para o visível. Assim, o direito positivo vem justamente para normatizar, concretizar o que se tem por ideia no direito natural de que seja justo ou injusto.

3 POSITIVISMO JURÍDICO

Muito longe está de se esgotar todas as ponderações existentes acerca do direito natural e do direito positivo, no entanto, elementos suficientes para a compreensão do positivismo jurídico já foram abordados. Nesse passo, cabe observar que no perpassar da antiguidade clássica até o Estado moderno, essa dicotomia jurídica entre naturalistas e positivistas sofreu diversas abordagens no que se refere a sua prevalência e coexistência.

Nesse contexto, o direito natural e o direito positivo conviveram harmonicamente durante o período clássico, de maneira que não havia negação de um em prol de outro, ambos eram considerados espécies de Direito. Porém, nessa época o direito natural ocupava o patamar de regra geral, enquanto o direito positivo situava-se como regra especial. Assim, em caso de colisão entre esses direitos, prevalecia o critério da especialidade, qual seja, a regra especial preponderava sobre a regra geral.

No período medieval houve uma mudança de paradigma, o direito natural passou a predominar sobre o direito positivo, no sentido de que o direito natural representava a expressão do querer divino sobre os homens, a representação da vontade de Deus, justificando assim a sua superioridade por meio de fundamentos cristãos.

Não obstante essa transição valorativa, com o fim da sociedade medieval e advento do Estado moderno, surge uma inovadora visão que nega a existência do direito natural, o positivismo jurídico ou juspositivismo. Desse modo, tornou-se até uma ambiguidade a expressão “direito positivo”, posto que nesse entendimento só se considera direito o que está positivado, seja através da norma escrita ou da participação do Estado na elaboração consuetudinária. Observa-se aqui uma ruptura com o antigo sistema, em que o direito que era construído pela sociedade passa a ser uma exclusividade do ente Estatal.

Acrescente-se ainda que

[...] esse momento se teria caracterizado indubitavelmente pela institucionalização da sanção, que passara a ser pública e monopólio do Estado. Outra causa do pacto teria sido a possibilidade de violação das normas do direito natural [...]. (VASCONCELOS, 2006, p. 22).

Tal afirmação demonstra algumas das principais justificativas do positivismo jurídico, quais sejam: a necessidade de uma força para conservar as organizações sociais e, principalmente, a segurança jurídica, garantindo-se a exigibilidade e a eficácia das normas de direito positivo.

Na concepção kantiana, os homens antes de viver sob o comando do direito público (direito positivo), se relacionavam entre si no estado de natureza, por intermédio de um direito privado (direito natural) conforme relata Bobbio apud Kant:

[...] o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política, afirmando que no primeiro momento tem-se um “direito provisório” (isto é, precário) e no segundo momento um “direito peremptório” (isto é, definitivamente afirmado graças ao poder do Estado). (KANT, 1995, p. 29)

Referida citação, retroage ao período que antecede à formação do Estado e permite a constatação de que o direito natural já existia como convenção entre os homens, seja no comércio baseado em trocas, na posse das terras, na transmissão de direitos e obrigações aos seus descendentes, etc. Mas, como defendem os positivistas, visto que não bastavam as convenções humanas para garantir a sua

observância, surge o poder do Estado, um poder representativo da vontade geral, legitimado não apenas a assegurar a harmonia nas relações entre os indivíduos, mas a empregar também a coercibilidade em caso de inobservância dos preceitos normativos por ele determinados.

Outro ponto não menos importante a ser observado no positivismo jurídico, é a passagem do dualismo para o monismo. Na antiguidade clássica e no período medieval, a função do juiz era escolher entre as normas de direito natural e de direito positivo (dualismo), a que lhe aprouvesse como a mais adequada para aplicação no caso concreto, todavia, com a elevação do Estado a única autoridade competente para a fixação das normas (monismo), a função desempenhada pelo juiz para com a sociedade civil foi totalmente modificada. Assim, o Estado moderno não só alterou a concepção de Direito no aspecto normativo, como também modificou a posição do juiz, o qual passou a exercer o poder judiciário, o qual é um dos poderes próprios do Estado. Desta feita, o positivismo jurídico terminou por reduzir todo o complexo sistema sociológico, axiológico, histórico, político, etc. do Direito por um sistema eminentemente normativo.

4 O POSITIVISMO NA CONCEPÇÃO KELSENIANA E SUAS CONTRADIÇÕES

Antes de tudo, insta salientar que Kelsen tinha uma maneira particular de enxergar o positivismo, um pensamento que resultou numa obra com fundamentos de caráter peculiar, a “Teoria Pura do Direito”. Diferente do positivismo clássico, sua construção teórica é de tal modo questionável, que ao final é inevitável indagar se de fato Kelsen foi um positivista ou metade positivista e metade naturalista.

A teoria essencialmente positivista, só admite a existência de um direito, o direito positivo. Nesse diapasão, Kelsen abomina qualquer referência que remeta ao direito natural, rechaça o elemento valorativo por defender a neutralidade axiológica, apresenta o direito baseado no critério realista, ou seja, como um “ser” e não como um “dever ser”, exalta a legitimidade da norma pelo simples fato dela estar positivada, o que evidencia o aspecto de independência e supremacia do Direito positivo segundo o seu entendimento, afasta a justiça como condição de validade do Direito, afirma que

é a existência de uma norma fundamental hipotética que serve como fundamento de validade para todas as normas que integram um ordenamento jurídico, sustenta que a sua teoria pura também possui caráter empírico, posto que se detém à demonstração do que é real, e mais, tais pontos defendidos dentro do positivismo kelseniano, englobam o que ele chama de ciência jurídica, a qual se refere a formação do conhecimento do direito positivo pelo estudo da sua essência.

Nesse passo, o positivismo jurídico de Kelsen, ao abrir mão dos valores e ao mesmo tempo afirmar que a essência é elemento integrante da sua teoria científica pelo simples fato de se tratar de uma “teoria pura”, ele se contradiz demasiadamente, pois os valores estão no plano da essência e são inerentes ao ser humano. Outro aspecto é que não há como se manter pura uma teoria que admite a essência, e a própria expressão da teoria como “pura” já denota a presença do elemento valorativo.

Quanto ao aspecto ontológico, o pensamento kelseniano traz uma abordagem dualista que se refere ao “ser” e ao “dever ser”. A realidade do “ser” refere-se à natureza das coisas, enquanto que a realidade do “dever ser” refere-se aos valores. Assim, ele busca distinguir entre o ato volitivo que fixa (positiva) a norma jurídica e o seu significado objetivo.

Com efeito, a norma jurídica é uma expressão de vontade na realização de um ato, seja por meio de uma ordem, autorização ou derrogação. Portanto, a norma jurídica se diferencia do ato jurídico que a institui. Note-se que a conduta é predeterminada pela norma (ser), enquanto a norma diz qual deverá ser a conduta/obediência (dever ser). É relevante trazer à tona que essa concepção metafísica separa o direito da natureza humana, o que é inconcebível, pois não há como se abstrair da realidade, da natureza das coisas e dos valores que permeiam as normas morais e jurídicas. Assim, causa espécie a ideia de formulação de uma lei de dever ser a partir de um ser ou mesmo a restrição ao que se fez ou faz.

Na acepção de Kelsen, Direito e norma são sinônimos. Ele afasta a justiça como objeto e elemento de validade do Direito e considera a validade de uma ordem jurídica positiva, pelo fato da norma fundamental, que constitui a norma base para sua criação, ser pressuposta como norma válida. Acerca da validade da ordem jurídica afirma Kelsen:

Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber porque devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta constituição e globalmente eficazes. (KELSEN, 2006, p. 236).

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nesses termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade dessa interconexão criadora. (KELSEN, 2006, p. 247).

As citações mostram que para Kelsen, o conjunto de normas que constitui o ordenamento jurídico só é válido e pode vigorar quando essas normas derivarem sempre de uma outra norma que lhe seja hierarquicamente superior, de maneira que elas derivem por fim, de um tronco comum que está acima de todas, que é considerada a norma fundamental hipotética (NFH). Essa teoria, no entanto, se mostra completamente inconsistente; Kelsen não conseguiu fundamentar por ela o direito positivo, pois alega de um lado que as normas são o mesmo que direito positivo e, por outro lado, que elas retiram fundamento de validade de uma norma que não está positivada, pois é declarada hipotética, trata-se de uma suposição, de uma ideia e, portanto, metafísica. Nesse aspecto, Kelsen acaba por admitir a existência do direito natural, tendo em vista que recorre à um direito não positivado e pressuposto para fundamentar o direito positivo.

Referente ao aspecto empirista, Kelsen sustenta a necessidade da experiência para que se confirme a realidade expressa na norma. A ciência normativa é considerada por ele empírica, pois suas normas possuem conteúdo referente a atos realizados pelos homens, ou seja, conteúdo normativo sobre a realidade, o que basta para demonstrar que esse conteúdo é real, posta a sua confirmação pela experiência. Necessário se faz destacar o posicionamento de Vasconcelos:

Ato empírico é conduta social. Ora, a conduta da norma não é ato, mas potência, não é Direito, mas previsão de Direito. O que de empírico existiria na simples descrição de mera hipótese? Dizer, como Kelsen o faz, que a norma é direito, não modifica em nada a questão, especialmente depois que ele passou a subordinar a validade à eficácia. Nesse caso, já não se tratará de simples descrição do sentido de atos empíricos, mas da observação em torno da efetivação desses atos. (VASCONCELOS, 2010, p. 121)

Portanto, a previsão normativa diz respeito às possibilidades de ações e não da ação em si. Não se pode afirmar como Direito pelo simples fato de estar descrita, pois apenas se está pressupondo a ocorrência de determinados atos, desse modo não há como afirmar que houve experiência quando se trata exclusivamente da descrição de uma conjectura.

Quanto a defesa do aspecto científico do positivismo kelseniano, pode-se dizer que ele não é considerado científico, nem do ponto de vista do positivismo clássico, nem da ciência moderna. Sobre o prisma do positivismo clássico aduz Vasconcelos:

Ciência, para o positivismo clássico, de inspiração comtiana, só aquela atividade que se situa no mundo dos fenômenos, circunscrito por definição, à realidade fática. Husserl também se propôs a fundação de uma ciência apriorística ou eidética, uma ciência das essências, de índole contemplativa, assim terminando por permitir que sua fenomenologia fosse as vezes caracterizada como um positivismo transcendental. Daí a aproximação entre as duas escolas, a de Kelsen e a de Husserl. Ambos os modelos, por recorrerem a especulação a priori, desfiguram o positivismo como atitude científica. Sobraria um quase positivismo ou um positivismo pela metade. Em qualquer caso, nada de ortodoxo. (VASCONCELOS, 2010, p. 98 e 99)

A defesa da presença da cientificidade no direito positivo como se pode notar, vem desde o período clássico. A citação feita, clarifica o entendimento de que entre Comte, Husserl e Kelsen, o mais coerente doutrinador positivista foi Comte, um dos principais teóricos do positivismo do ocidente. Quanto à Kelsen e Husserl, há uma similitude entre os seus posicionamentos no que se refere à adesão da essência, o que é totalmente descabido na ótica do positivismo, dadas as explicações já realizadas nesse trabalho. Em síntese, o positivismo kelseniano não se adequa ao conceito científico do positivismo clássico, pois o relativiza, e muito menos à ciência moderna, pois para essa última não basta o elemento descritivo para configurar uma teoria como científica.

A ciência não é mais apreendida como atividade de mera descrição e explicação dos acontecimentos desde o século XVIII. Sua finalidade é dar o máximo de segurança e de certeza às suas teorias através de etapas que conduzam ao conhecimento mais seguro possível. Consoante a essa afirmação, autores como Popper e Vasconcelos tecem apontamentos que refletem notas sequenciais da elaboração científica.

A seguir, pode-se destacar a explicação de Popper (1980, p. 22) acerca do processo científico:

O método real da ciência emprega conjecturas e salta para conclusões genéricas às vezes depois de uma única observação (...). A observação e a experimentação repetidas funcionam na ciência como testes de nossas conjecturas ou hipóteses – isto é, como tentativas de refutação. (POPPER, 1980, p. 22)

Vale afirmar, que a observação e as conjecturas dela resultante, são parte, mas não o todo do projeto científico. Após sua prática, deve ser realizada a experimentação, a qual possibilitará ou não que a teoria seja refutada. “Pode-se dizer resumidamente que o critério que define o status científico de uma teoria é a sua capacidade de ser refutada ou testada”. (POPPER, 1980, p. 5).

Para Vasconcelos, a ciência possui três estágios: a) descritivo (2010, p. 211), b) explicativo (2010, p. 212) e c) prescritivo (2010, p. 208). A ciência assim como todo conhecimento descreve, mas não é apenas por isso que ela pode ser considerada ciência, todo conhecimento é uma descrição de um objeto e cada vez que se aprofunda a busca pela razão dos acontecimentos se atravessa mais uma etapa. Após ultrapassar a descrição, com o aumento do grau investigativo feito pelas conjecturas, a próxima etapa científica passa a ser a explicativa, que se fundamenta através da experiência como forma de possibilitar desdobramentos profícuos no campo da prática e, por fim a fase prescritiva que confirma o modelo científico e oportuniza a refutação da teoria. Tem-se com isso um modelo teórico, que servirá de referencial para o desenvolvimento de outros que poderão surgir com o advento de pesquisas novas. Complementar a isso, se destaca a intelecção de Vasconcelos:

Outra coisa, muito diferente, é o poder de revigoração do conteúdo da teoria, o qual nunca pretenderá ser estático ou fechado. O movimento e a abertura das formulações teóricas é que permitem o constante aperfeiçoamento da ciência através dos tempos. Com isso podem ser prevenidas as crises de ineficácia, fatais para a segurança do empreendimento científico. (VASCONCELOS, 2006, p. 71)

Os posicionamentos de ambos os autores, como se pode ver, são bastante próximos acerca das etapas de construção científica. Entretanto, totalmente opostos à ciência positivista preconizada por Kelsen, a começar pela abertura da ciência moderna a constantes transformações, ou seja, as hipóteses ou conjecturas anteriormente formuladas nunca serão eternas, elas mudarão com o tempo, mesmo porque os acontecimentos relativos à sociedade e aos fenômenos são dinâmicos e, portanto, passíveis de atualização constante. Há ainda, o elemento histórico que pode alterar as teorias da ciência. Isso porque, algo que não veio à tona hoje pode vir amanhã e isso não significa que o fato não tenha existido, mas que o conhecimento sobre ele foi revelado noutro momento.

Diante do exposto, pode-se asseverar que as hipóteses científicas são de cunho provisório, já as hipóteses formuladas pelo positivismo kelseniano são definitivas. Logo, mostra que não há como a teoria de Kelsen ser considerada científica, pois a ciência jurídica dele é dogmática. Sendo o positivismo e a ciência a mesma coisa, segundo Kelsen, o resultado é a não aceitação de qualquer modelo diferente daquele que está posto pelo Estado.

5 IMPLICAÇÕES DE CUNHO IDEOLÓGICO NO POSITIVISMO KELSENIANO

A presença da ideologia no direito, reside exatamente quando o Estado passa a ser o dominador da sociedade, ou seja, o ente que dita as leis e também a coerção em caso de descumprimento. O Estado domina justificado pela legitimidade de ser um poder consentido pelo povo, e assim, o povo deve obedecer a ordem legal. Logo, “a lei é direito para o dominante e dever para o dominado”. (CHAUÍ, 1981, p. 90). Pode-se afirmar que essa ideologia proporciona maior substância ao positivismo puro de Kelsen.

O positivismo jurídico puro kelseniano está completamente eivado de ideologias, o que acaba por exterminar a pretensa “teoria pura”. Faz-se, pois, necessário explorar, em princípio, o significado do termo ‘ideologia’ para que então se prossiga à análise da problemática em questão. No que se refere ao conceito de ideologia, Chauí ensina:

[...] a ideologia não é sinônimo de subjetividade oposta à objetividade, não é pré-conceito nem pré-noção, mas é um “fato” social justamente porque é produzida pelas relações sociais, possui razões muito determinadas para surgir e se conservar, não sendo um amontoado de ideias falsas que prejudicam a ciência, mas uma certa maneira de produção das ideias pela sociedade, ou melhor, por formas históricas determinadas das relações sociais. (CHAUÍ, 1980, p. 31).

Ainda no mesmo sentido, têm-se que a ideologia é a “Ciência das ideias. Conjunto de ideias, crenças, tradições, princípios e mitos, sustentados por um indivíduo ou grupo social, de uma época, de uma sociedade”. (HOUAISS E SALLES, 2004, p. 396).

A ideologia deriva sobretudo, do meio em que o indivíduo está inserido, do seu convívio social e passa a incorporá-lo, tornando-se o modo de reflexão íntimo do homem, no sentido de que tudo o que diz respeito aos seus atos, estará permeado pela ideologia.

Cumpra assinalar também que as ideologias podem ser superadas e transformadas de acordo com cada período histórico. Contraposta à ideia, a qual evolui no plano existencial, a ideologia petrifica a ideia. A passagem do mundo das ideias para o da ideologia ocorre quando o sujeito apresenta ideias muito fechadas, tendentes a dogmatizar todas as suas teorias. Foi exatamente isso que ocorreu com o positivismo pregado por Kelsen, conforme explica Bobbio:

[...] a ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia. (BOBBIO, 1995, p. 223)

A construção completamente técnica do positivismo kelseniano, demonstra repulsa aos valores sociológicos, culturais e históricos inerentes à sociedade. Além disso, há “três ingenuidades do positivismo cientificista: ciência neutra, exata e pura”. (VASCONCELOS, 2010, p. 2010). Esses três elementos do positivismo cientificista, por si só revelam o seu conteúdo ideológico.

Ao se deter em estudar fatos, o positivismo parte inevitavelmente do campo das ideias (metafísica) e se afasta completamente da neutralidade. Quando não se ocupa de um método definido e constante de experimentação, se distancia cada vez mais da possibilidade de obter a exatidão e, por fim, a contaminação com o mundo dos fatos a que está sujeito, extermina com a pureza tão almejada. Assim, ao contrário do que ensina Bobbio de que Kelsen não conseguiu ser integralmente fiel aos seus propósitos, entende-se que ele não conseguiu ser fiel em nenhum aspecto fundante da sua formulação teórica.

É aceitável que tudo o que engloba o comportamento humano é movido por ideologias. Nesse aspecto, não é diferente com o conhecimento científico, o qual também é inevitavelmente cercado por influências ideológicas, mas é imperioso destacar que é fundamental que haja o devido controle, senão vejamos:

O controle da ideologia, por mais que ela faça parte integrante do processo científico, é uma necessidade, para não se colocar a deturpação interesseira da realidade como finalidade das ciências sociais. Como já dizíamos, isso não interessa nem mesmo à ideologia (DEMO, 1988, p. 223).

É incontestável que a ideologia está presente na ciência. No entanto, a ciência como já dito antes, busca ser o conhecimento mais seguro possível, assim, a ciência do direito para que seja assim denominada, precisa se adequar a uma zona de neutralidade, tentar se afastar o máximo das influências tendenciosas a que se presta a ideologia para então produzir teorias dignas de credibilidade. Isso não foi verificado na teoria positivista em análise.

Por todo o exposto, o positivismo kelseniano, base da “Teoria Pura do Direito”, revela-se totalmente frágil e destituído da ortodoxia tão cultuada, com uma estrutura revestida de visíveis contradições e fundamentos estritamente ideológicos que longe estão de possuir lastro na ciência moderna. Ainda, se declara desconectado não só da ciência, mas também da sociedade. É incapaz de agir em prol do aperfeiçoamento

das relações humanas e da retificação de seus comportamentos. Também é estéril no aspecto argumentativo, o que termina por representar o despreparo de natureza epistemológica da própria teoria.

CONCLUSÃO

Em razão do que foi visto ao longo desse trabalho, pode-se concluir que embora o positivismo kelseniano repudie qualquer referência ao direito natural, esses estão umbilicalmente unidos, sendo o direito o direito natural o pressuposto do direito positivo. Isso ficou evidente na defesa que Kelsen fez da existência da norma fundamental hipotética como elemento de validade do ordenamento jurídico.

Ademais, a teoria positivista kelseniana não foi capaz de manter o caráter ortodoxo no qual se comprometeu em princípio, pois terminou por ceder espaço ao direito natural. Também não conseguiu abordar o complexo mundo do Direito em nenhum aspecto, antes, usou-se de todos os meios que pôde para constituir-lo como um sistema fechado, que não considera a dinâmica social e as aspirações humanas.

É notório o descompasso da teoria positivista de Kelsen, dita científica, com a concepção de ciência moderna. Enquanto a primeira é fechada ao dogmatismo, trata o direito como um ser, defende a sua imutabilidade, confunde ciência com positivismo e atribui cientificidade a essa teoria pelo simples fato de ser descritiva, a segunda é composta por conjecturas provisórias, está aberta a novas descobertas e refutações constantes. Além disso, a ciência moderna vai muito além da descrição, ela inicia pela descrição, salta para a explicação e, por conseguinte, para a prescrição.

Por fim, o positivismo jurídico de Kelsen se mostrou totalmente distanciado dos seus principais objetivos, pois ao contaminar-se a ideologia, contrariou a neutralidade, ao admitir o fato no mundo jurídico, colocou fim à pureza e ao defender o empirismo, acabou com o aspecto categórico tão difundido em sua teoria.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições De Filosofia Do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CHAUÍ, Marilena. **O Que É Ideologia?**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

DEMO, Pedro. **Ciência, Ideologia E Poder**: Uma Sátira Às Ciências Sociais. São Paulo: Atlas, 1988.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: objetiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura Do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e Refutações**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

VASCONCELOS, Arnaldo. Exigências Essenciais Da Teoria Jurídico-Científica. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 68-72, fev. 2006.

_____. **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 Editora, 2010.