

IDEOLOGIA E INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Marcelo Furtado Vidal*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. O RACIONALISMO
3. O EMPIRISMO
4. IDEOLOGIA E INTERPRETAÇÃO
5. VALOR E INTERPRETAÇÃO
6. AS INFLUÊNCIAS RACIONALISTAS E EMPIRISTAS
7. CONCLUSÃO
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Já se afirmou, com propriedade, que “o ver-de-perto das ciências não pode prescindir do ver-de-longe da Filosofia¹”.

Essa é a perspectiva que se pretende adotar no presente estudo, quando da análise do tema ideologia e interpretação na obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen.

Não se tenciona, aqui, apenas descrever, relatar ou reproduzir o que Kelsen disse sobre o tema. Para tanto, bastaria recomendar ao leitor que lesse a obra. Além do enfoque preliminar de apresentar as palavras do Autor, o que se almeja é a inserção do tema ideologia e interpretação, tal como posto na teoria pura, numa perspectiva mais ampla e, portanto, filosófica, procurando desentranhar da produção intelectual de Kelsen aquilo que se faz necessário e oportuno para os nossos dias, como que travando um diálogo entre o passado e o presente, com os olhos voltados para o futuro.

A opção, nessa abordagem, será por uma análise permeada pelo método dedutivo, que se prestará, conjunturalmente, como rota de navegação pela teoria pura, saindo momentaneamente dela, como produção científica, para mais tarde retornar já abastecida de outros subsídios mais amplos e sintéticos e, portanto, filosóficos.

Nesse contexto, a teoria do conhecimento, como disciplina filosófica, tem elementos importantes a fornecer à teoria jurídica da interpretação, quando trata de duas perspectivas filosóficas sobre a origem do conhecimento, o racionalismo e o empirismo, já que tais pontos de vista epistemológicos possuem acentuada penetração na produção do conhecimento jurídico.

* Juiz do Trabalho substituto do TRT/3ª Região. Mestrando em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.

¹ MARTINS, José Maria Ramos. *Apud* MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 67.

2. O RACIONALISMO

O racionalismo vê nas idéias o princípio fundamental de explicitação do mundo. Constitui o idealismo o exemplo extremado dessa posição.

Aqui, o conhecimento nasce e morre no sujeito, sendo o mundo governado por idéias.

Como características dessa abordagem, podemos ressaltar que o objeto do conhecimento é uma idéia pura, construída pela razão; que não conhecemos coisas, mas representações de coisas, enquanto representadas; que o conhecimento só merece esse nome se tiver validade universal e que o pensamento é a fonte principal do conhecimento humano.

No mundo do Direito, o jurista idealista não chega a negar a existência dos fatos sociais. Apenas os subordina ao seu sistema de pensamento. A realidade sucumbe-se, enquanto as idéias se tornam o fundamento da realidade².

Para o jurista idealista, por exemplo, o que importa e prevalece é a noção de Estado enquanto idéia, isto é, uma instituição encarregada do interesse geral e não o Estado real, com suas manifestações empíricas e concretas.

A perspectiva jurídica contemporânea chega a admitir que o Estado possa manifestar-se enquanto opressão e violência. Mas isso seria mera contingência, ou desvio, pois o Estado teria sempre uma essência racional³.

Podemos, ainda, enumerar como pontos comuns do idealismo filosófico no campo do Direito o entendimento de que o que importa é a idéia do Direito e não o Direito que se manifesta na vida social; se a sociedade encontra-se em crise, basta mudar de idéia, de conceito, de texto; se a Constituição afirma que a educação é direito de todos e dever do Estado, isso é o que prevalece; se as condições concretas da vida social impedem a efetivação dos direitos humanos fundamentais, trata-se de problema afeto a outras disciplinas, como a Sociologia; toda a representação da vida social produzida pela sociedade se explica por ela própria: uma noção implica em outra, passando o mundo a se movimentar regido por conceitos, desvinculados da ambiência social em que nascem e se produzem.

3. O EMPIRISMO

Localizado em outro extremo encontra-se o empirismo, cujo significado mais simples aplicado ao estudo do Direito consiste no pressuposto de que todo o conhecimento é tido como resultado da experiência, cabendo ao observador apenas investigar o objeto tal como ele é.

² MICHEL, Miaille. *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa: Moraes, 1979, p. 42.

³ "A razão na história não se mostra diretamente sem esforço. Seu sentido está imerso em meio às contingências. O Estado não deixa de estar pela mesma forma sujeito a essas contingências que mascaram a sua verdadeira essência. A racionalidade que ele expressa é, muitas vezes, nas suas manifestações empíricas, encoberta pela violência, pelos privilégios, pela sujeição do interesse coletivo ao privado, pela irracionalidade, enfim." SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*, São Paulo: Loyola, 1996, p. 497.

É essa supervalorização da experiência a característica principal de uma forma de ciência chamada positivismo.

A atitude positivista, no âmbito da produção das ciências, atribui ao sujeito a simples tarefa de saber ver, de somente captar o objeto tal como se apresenta, pois a realidade é dada, independe da consciência, é autônoma.

Conhecer nada mais é do que um ato de submissão da consciência ao objeto. O objeto é ativo. A consciência passiva. O dado impõe-se. A consciência ajusta-se.

O empirismo ainda se apresenta com postulados que giram em torno do entendimento de que toda proposição não verificada empiricamente é metafísica; que as teorias científicas não contêm traço de ideologia, pois captam a realidade tal como ela é; a ciência é neutra e pura; o treinamento metodológico afasta o valor e a ideologia, os quais contaminam as ciências.

Como se observa e constata, aqui, o vetor epistemológico vai do real (objeto) para o racional (sujeito), como uma câmara fotográfica, prevalecendo a naturalização da vida social: a vida é assim mesmo; isto sempre existiu e faz parte da natureza humana; pobres por natureza, etc.

O positivismo, destarte, iguala o fato social ao fato da natureza, levando Durkeim a erigir tal postulado em uma das regras do seu método sociológico: considerar os fatos sociais como coisas⁴.

Tal característica, eloqüente no pensamento positivista, levou Rubens Alves a fazer a seguinte observação:

“Quando nos movemos no mundo da natureza, percebemos que a existência de estrelas, árvores e pedras é anterior à nossa consciência. Se não existisse o gênero humano, tais realidades continuariam a existir. As realidades do mundo humano, entretanto, só existem por haverem sido construídas por uma atividade que as antecederam. O positivismo, portanto, tira aquilo que há de mais essencial no fato social: a sua construção humana⁵.”

A perspectiva positivo-filosófica, já se percebe, assim como o idealismo filosófico, possui larga penetração e influência no campo jurídico, podendo ser detectada, principalmente, nas correntes do pensamento jurídico que pretendem uma ciência jurídica pura e desvinculada de valores, assim como alheia à sua própria causalidade.

Uma vez apreendidas as perspectivas epistemológicas racionalistas e empiristas, cumpre, agora, enfrentar o tema interpretação e ideologia, no âmbito da Teoria Pura do Direito⁶.

⁴ DURKEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*, 9. ed., São Paulo: Nacional, 1978, p. 20.

⁵ ALVES, Rubens. *O Enigma da Religião*, Petrópolis: Vozes, 1979, p.12.

⁶ Para uma visão filosófica mais detalhada sobre as reflexões epistemológicas em torno da origem do conhecimento, bem como para uma compreensão de tais pressupostos nas diversas correntes jurídico-filosóficas, ver HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 47-64; JAPIASSU, Hilton. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*, 7. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 99-169.

4. IDEOLOGIA E INTERPRETAÇÃO

Kelsen, ao falar do “direito como ideologia”, começa citando Marx em uma nota de rodapé, afirmando que

“Constitui elemento característico da teoria da sociedade em Marx desqualificar a descrição do Direito - imposto por uma classe dominante a uma classe dominada - como um sistema de normas, afirmando que essa descrição se caracteriza como uma ideologia que falsifica a realidade no interesse da classe dominante⁷.”

À evidência, a referência ao tema, em Marx, é por demais sucinta, cumprindo, no presente estudo, a apresentação de algumas diferenças básicas entre o conceito de ideologia em Marx e no positivismo, seja filosófico ou jurídico.

Em Marx, ideologia não é sinônimo de valor, de subjetividade oposta à objetividade; não é pré-noção ou preconceito, conforme contornos dados pelo positivismo. Para ele, ideologia é um fato social, porque produzido pelas próprias relações sociais⁸.

Ao falar sobre a produção da consciência⁹, preleciona Marx que cada classe social em ascensão precisa formular idéias gerais, de validade universal para justificar o predomínio que busca alcançar; precisa formular seus interesses de modo sistemático para ganhar o apoio do restante da sociedade contra a classe dominante existente.

Foi precisamente isso que ocorreu com a burguesia ascendente dos séculos XVIII e XIX, através das idéias de liberdade e igualdade, que surgiram justamente para que os membros da sociedade feudal, submetidos ao poder da nobreza, ficassem ao lado da classe emergente, já que a nobreza encarnava os princípios da desigualdade e da servidão.

A classe ascendente, assim, não pode transparecer ou ser vista como uma classe particular, apesar de, no início, realmente se identificar com o povo.

Mas, uma vez no poder, a dialética social faz surgir uma nova classe, e, no exemplo que se adota, a classe dos assalariados, que jamais chegaria a alcançar um nível de vida satisfatório.

A classe dominante, com isso, precisa fazer crer que a universalidade dos conceitos de liberdade e igualdade ainda persistem, donde surge a ideologia como processo pelo qual as idéias da classe dominante se tornam as idéias de todas as classes sociais e se tornam as idéias dominantes.

As idéias particulares da classe dominante (como a educação é direito de todos e dever do Estado) passam a ser válidas para toda a sociedade, operando-se uma inversão, ou seja, a realidade passa a ser vista de cabeça para baixo, invertida, ou de ponta-cabeça, onde, segundo a famosa máxima de Hegel, o ideal para ser visto como real: “O que é racional é real e o que é real é racional¹⁰.”

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 155.

⁸ CHAUI, Marilena de Souza. *O que é Ideologia?*, São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 31.

⁹ MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 50-54.

¹⁰ HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. XXXVI. (Prefácio)

A ideologia, enfim, substitui a realidade do Estado pela idéia do Estado, a realidade do Direito pela idéia do Direito¹¹.

Kelsen, identificando como conceito de ideologia a subjetividade, diz:

“Neste sentido, a teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito Positivo, manter este isento de qualquer confusão com o direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o direito tal 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 Positivo¹².”(grifos nossos)

Diz, ainda, Kelsen, que “A ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto”, enquanto a ideologia “... tem a sua raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade¹³”.

Enfim, Kelsen não enfrenta o conceito de ideologia articulado por Marx, concebendo-o como ato de vontade, que desfigura o objeto do conhecimento.

A idéia insuficiente que Kelsen externou sobre o tema ideologia, na teoria marxiana, foi explorada com profundidade pelo Professor argentino Carlos Maria Cárcova:

“Por que essa definição é insuficiente e redutiva? A resposta é que Kelsen identifica o conceito de ideologia como o da mentira consciente, com o do engano premeditado, perdendo assim de vista seus usos mais significativos. Trata-se para ele de uma descrição não objetiva da realidade ou do objeto do conhecimento, influenciada por juízos subjetivos e de valor, com a intenção de ocultar esse objeto, de transfigurá-lo ou desfigurá-lo¹⁴.”

Não se pretende aqui afirmar que o termo ideologia, tradicionalmente empregado pelo positivismo, seja errado e que aquele proposto por Marx seja o certo. Ao contrário do que sugere o marxismo ortodoxo, por exemplo, a ideologia, como inversão e abstração, pode ser produzida por diversas classes, segmentos e grupos sociais, e não somente por uma classe dominante, em oposição a uma classe dominada.

O termo, aliás, possui dezenas de significados, dependendo do Autor, como em Karl Mannheim¹⁵, não sendo o propósito deste estudo defender uma compreensão unívoca da ideologia.

¹¹ CHAUI, Marilena de Souza. *Op. cit.*, p. 91.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 161.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 161.

¹⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. *A Opacidade do Direito*, São Paulo: LTr, 1988, p. 14.

¹⁵ MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*, 4. ed., Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, pp. 218-219. O autor conceitua ideologia como idéia irrealizável, o que não ocorreria com a utopia.

O próprio marxismo, como notou Paul Ricoeur, não está isento do mal que denuncia: “A ideologia é o pensamento de meu adversário; é o pensamento do outro. Ele não sabe, eu, porém, sei.” Ou seja, nenhum cientista fala de um lugar não-ideológico, e a “ciência” marxista, se não admitir isso, transformar-se-á em ideologia, segundo os seus próprios critérios¹⁶.

Essas observações, contudo, não desmerecem as contribuições que o conceito de ideologia em Marx ainda presta na compreensão do Direito.

Nos permite enxergar que

“O direito se desenvolve como discurso ideológico, enquanto promete, com a finalidade de organizar o consenso, o que não dá: igualdade, liberdade, proteção, garantias. Mas como toda ideologia, desconhece e reconhece ao mesmo tempo; quando ilude, alude. Assim, nos priva da igualdade, mas nos reconhece como iguais. Com isso habilita e legítima nossa reivindicação de igualdade, liberdade e proteção¹⁷.”

A ideologia, no dia-a-dia do Direito, geralmente vem acompanhada de meias-verdades, que embaçam, ocultando a prática de dominação, o que é pior do que a própria mentira. É que o discurso ideológico não diz tudo e não pode dizer tudo. Se dissesse tudo, quebrar-se-ia por dentro¹⁸.

Exemplo disso são as terríveis implicações que a noção ideológica de Estado, enquanto local neutro e racional, encarregado exclusivamente do bem comum, provoca nas decisões judiciais.

Assim, no campo do Direito do Trabalho, trabalhadores que, beneficiando-se do instituto da substituição processual, logram êxito em ação trabalhista com pedido de diferença salarial, sem limitação em data-base subsequente, por falta de pagamento, após a homologação dos cálculos na fase de execução, verificando-se que os valores obtidos são vultosos, nada recebem em decorrência de ulterior decisão que altera a coisa julgada, sem o dizê-lo, mandando compensar pagamentos com propósitos diversos, em desconformidade com o título executivo judicial, ao fundamento de que no processo encontra-se órgão público que se dedica à educação¹⁹.

O que as ameaças e as armas não conseguem do Poder Judiciário, como o desrespeito às suas próprias decisões, a ideologia, nas entrelinhas, o faz silenciosamente, e em paz, tudo muito bem embrulhado em propósitos “humanistas”, largamente compartilhados no imaginário social (“bem comum”, “erário público”, “dinheiro do povo”, “moralidade”), ocultando, na realidade, a instrumentalização do juiz, que deixa de responder em instância jurídica, para atuar como agente econômico de política governamental de contenção de gastos, à custa da violação dos direitos fundamentais.

¹⁶ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988, pp. 65-82.

¹⁷ CÁRCOVA, Carlos Maria. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁸ CHAUI, Marilena de Souza. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁹ Processo TST-RC-542.044/99.4. *Revista LTr*, São Paulo, 63-07/952, julho de 1999.

Em tal perspectiva, o que importa não é o Estado real, que pode ou não, diante do caso concreto, se manifestar em direção ao bem comum, mas a idéia de Estado como ente desencarnado e abstrato, que legitima a exploração do trabalho pelo capital.

Evidentes, portanto, as contribuições da perspectiva marxiana da ideologia na compreensão das práticas jurídicas, o que foi ignorado pela Teoria Pura do Direito, em face da subjetivação que impôs ao termo, compreendendo-o como adulteração intencional.

5. VALOR E INTERPRETAÇÃO

Ainda que se compreenda ideologia como valor, convém, agora, indagar se seria mesmo possível uma teoria do Direito pura, apolítica, neutra, isenta de valor? Será que a teoria pura se recusa mesmo a valorar o Direito Positivo?

As contradições, nesse campo, são marcantes.

Em outro texto, denominado *Juízos de Valor na Ciência do Direito*²⁰, diz Kelsen que “Os juízos de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. Portanto, uma ciência do Direito não tem espaço para eles.” E, para exemplificar, diz que, enquanto um liberal considera a liberdade como o ideal de justiça, o socialista vê o ideal na igualdade, e conclui:

“Quando se descobre que é impossível a realização simultânea desses dois ideais, o liberal prefere a liberdade ao custo da igualdade, ao passo que o socialista prefere a igualdade ao custo da liberdade²¹.”

Assim, para tentar demonstrar a falta de objetividade dos juízos de valor, Kelsen se vale de um outro juízo de valor, que tanto abomina na teoria pura, ou seja, o de que é impossível se conciliar igualdade com liberdade.

Kelsen, portanto, e às escondidas, valora o tempo todo, podendo-se dizer que o jurista austríaco, quando fala de Platão, está falando dele mesmo.

Não foi por outra razão que Adorno ensinou que

“A objetividade e a neutralidade axiológica constituem em si valores. E, como a neutralidade axiológica é em si mesma um valor, a exigência de uma tal ausência de valores, de uma completa neutralidade valorativa, é paradoxal²².”

Mas a implosão kelseniana, no campo da hermenêutica, encontra seu ápice na teoria da interpretação.

Pois diz ele, ao refletir sobre a ciência jurídica, que “É impossível determinar a norma de justiça de modo exclusivo²³.”

²⁰ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 203-224.

²¹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 222-223.

²² ADORNO. *Apud* MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 67.

²³ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 222-223.

Entretanto, ao desembarcar na interpretação, Kelsen vai confrontar-se com a própria crítica, pois concluirá que o Direito Positivo é passível de diversas interpretações, ou seja, gastou-se milhares de páginas para criticar a falta de objetividade e certeza nos juízos morais, para, ao se chegar na interpretação do Direito Positivo, alcançar essa mesma conclusão.

O detalhe foi percebido com acuidade por Juliana Neuenschwander Magalhães, que, sobre o assunto, preleciona:

“Kelsen sabia que pela janela da interpretação jurídica ‘reentram’ no Direito aqueles elementos que ele havia cuidado de eliminar na construção de um objeto ‘puro’, passível de ser conhecido cientificamente pela Ciência do Direito.”

E ainda:

“O desprezo da Teoria Pura pelo tema da interpretação - basta ver a brevidade com que este é abordado no Capítulo VIII, que é muito mais uma explicação do porquê este não seria um tema tratado pela Ciência do Direito e, portanto, pela própria Teoria Pura - e, como observamos, um abandono ‘estratégico’, necessário para que a teoria não entrasse em *panne*²⁴.”

Realmente, diz Kelsen, inicialmente, que toda interpretação variável advém da “moldura da norma geral”, sendo o que aí extrapola não se trata de conhecimento de Direito Positivo, mas de outras normas, como as morais:

“Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o acto a pôr, possa ter ainda lugar uma actividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, 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. Do ponto de vista do direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade²⁵.”

Mais adiante, chega a admitir a eclosão de um direito novo, fora da moldura geral da norma, pela via da interpretação:

“A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que tem de aplicar, não

²⁴ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 429-431, 1999.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 470.

somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo, pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o acto deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância²⁶." (grifos nossos)

Kelsen, portanto, admite que o juiz possa, pela via da interpretação, criar direito novo, situado fora da moldura da norma, o que levou autores de nomeada concluírem que ele defendia a interpretação *contra legem*, como autêntico adepto da escola da livre interpretação do Direito:

"Tudo isso nos leva a crer ser Kelsen adepto da interpretação livre do direito, admitindo até a interpretação *contra legem*, a qual validar-se-á, quando o ato de aplicação, a sentença criadora da norma individual, já não possa ser modificada, tendo transitado em julgado²⁷."

Na verdade, Kelsen tenta, de todas as formas, negar a possibilidade de uma decisão contra a lei, afirmando que "Uma decisão judicial não pode - enquanto for válida - ser contrária ao Direito (ilegal)²⁸."

Nesse correr, diz que a questão da decisão ilegal não pode ser tratada separadamente da questão de saber quem a ordem jurídica considera competente para decidir a questão anterior²⁹.

Mas, é claro que tais questões podem ser tratadas separadamente, sendo esse, aliás, um dos grandes problemas hermenêuticos contemporâneos, ou seja, os critérios de certeza jurídica e de aceitabilidade racional das decisões judiciais³⁰.

A tese da inseparabilidade serve mais como uma saída pela porta dos fundos, pois, para enfrentar o tema, Kelsen fatalmente teria que admitir que os valores permeiam não só a teoria pura, como também a interpretação mesma.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 471.

²⁷ MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 96.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 366.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 364.

³⁰ Sobre o assunto, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, pp. 473-486, 1999.

Como solução derradeira, procurará diferenciar a interpretação como ato de cognição e como ato de vontade, sendo a primeira obtida por uma operação de conhecimento e, a segunda, como ato de escolha³¹, como se o ato de escolha não implicasse, necessariamente, na mais pura valoração³².

Sobre os valores, convém ouvir a Professora Elza Maria Miranda Afonso:

“Uma postura crítica é essencial a qualquer nível em que se processe o conhecimento jurídico e a Ciência do Direito não pode manter-se alheia perante o valor positivo ou negativo das normas jurídicas em relação à própria vida humana, motivo e fim de todo o Direito³³.”

6. AS INFLUÊNCIAS RACIONALISTAS E EMPIRISTAS

À luz das reflexões que rondam o estudo das ciências, e na esteira da abordagem filosófica que aqui se propõe, a teoria pura possui fortes matizes idealistas, sendo que o principal deles emerge quando da indagação do fundamento de validade da primeira constituição histórica.

Conclui Kelsen, respaldado na teoria do conhecimento de Kant, que se trata de uma “condição lógica transcendental³⁴”.

Em outros termos, a norma fundamental (fundamentante e hipotética) é um *a priori* que não admite discussão, sem vinculação causal com outro fator independente de si mesma³⁵.

Um lorde inglês, com ironia pouco comum aos britânicos, assim se expressou: “É algo como a idéia do mundo sustentado sobre um elefante, não permitindo as normas que se pergunte o que é que sustenta o elefante³⁶.”

O idealismo, em Kelsen, portanto, alcança seu ápice com a norma fundamental hipotética.

Mas a teoria não pode ser rotulada de idealista, possuindo, igualmente, fortes traços dos enfoques epistemológicos positivistas, à medida que considera a ordem jurídica como algo dado, e não construído, remetendo aqueles que se preocupam com a construção para outras disciplinas.

Diz Kelsen:

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 470.

³² Sobre o assunto, ver CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 112. “Dessa forma, podemos concluir que Kelsen reconhece a incidência de valores de ordem política e moral no direito, ainda que não os assuma como próprio ao direito. Mediante um ato político, a autoridade competente escolhe um dentre os vários significados possíveis da lei.”

³³ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, p. 274.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra: Arménio Amado, 1984, pp. 278-279.

³⁵ ÁLVARES, Alexandro Bugallo. *Ordenamento Jurídico*, p. 15. (mimeo)

³⁶ LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, p. 241.

“A Teoria Pura do Direito limita-se a uma análise estrutural do Direito Positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de Direito. Portanto, o problema da origem do Direito - o Direito em geral ou uma ordem jurídica particular - isto é, das causas da existência do Direito em geral ou de uma ordem jurídica particular, com seu conteúdo específico, ultrapassa o escopo desta teoria. São problemas da sociologia e da história e, como tais, exigem métodos totalmente diferentes dos de uma análise estrutural de ordens jurídicas dadas³⁷.”

Ao falar que as ordens jurídicas são dadas, e não construídas, Kelsen opera uma cisão profunda entre o sujeito e o objeto, separando o criador de sua criatura, ou melhor, ocultando e dissimulando não só a autoria das diversas ordens jurídicas, como o seu próprio conteúdo, que aparentemente não lhe interessa.

Ou nas palavras de Wladimir Barreto Lisboa e Gerson Neves Pinto:

“O que se apresenta é um puro enunciado sem sujeito. O jurista, mediante um imperativo hipotético purificado realiza a evicção do sujeito da enunciação. Neste lugar vazio sobre o qual se instala e se oculta o poder, qualquer um pode vir a inscrever-se³⁸.”

Pouco importa que a teoria pura admita o Direito “como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos³⁹”, pois o sujeito histórico e social, que faz e realiza, permanece eclipsado no âmbito de um ordenamento anônimo, que sai de si mesmo, à luz do fetiche de um imperativo, seja hipotético ou fictício.

Como se omite na discussão da origem das ordens jurídicas e do conteúdo normado⁴⁰, concluirá Kelsen que qualquer Estado é Estado de direito, sendo o termo “Estado de Direito” mero pleonasma⁴¹.

Daí o alerta de Radbruch, citado pela Professora Elza Maria Miranda Afonso, no sentido de que “A ciência jurídica nunca poderia, inclusive, negar com bom fundamento obrigatoriedade aos imperativos decretados por um paranóico que acaso viesse a ser rei⁴².”

³⁷ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 291.

³⁸ LISBOA, Wladimir Barreto, PINTO, Gerson Neves. O mito da universidade do discurso jurídico. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.), *Desordem e Processo: Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 247.

³⁹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 291.

⁴⁰ “A Teoria Pura do Direito, como específica Ciência do Direito, concentra - como já se mostrou - a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os factos da ordem do ser, quer dizer: não se dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas como conteúdo de sentido - querido ou representado.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 156.

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 417.

⁴² RADBRUCH. *Apud AFONSO, Elza Maria Miranda. O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte: UFMG, 1984, p. 271.

7. CONCLUSÃO

Os modelos teóricos sugeridos por Kelsen, pelo que se expôs, representaram uma determinada fase da história, quando a burguesia ascendente dos séculos XVIII e XIX chegou ao poder. Mas, uma vez instalada, “A burguesia descartou o seu iurisnaturalismo, passando a defender a tese positivista: já tinha conquistado a máquina de fazer leis e porque, então, apelar para um Direito superior. Bastava a ordem estabelecida⁴³.”

Mas a história não parou, surgindo a classe dos assalariados, sendo que o binômio classe dominante e dominada, que caracterizou o capitalismo adolescente, deu lugar à vasta fragmentação social, com a eclosão de minorias de todos os tipos, grupos sociais os mais diversos, bastando citar, como exemplo, os consumidores e o movimento dos sem-terra.

A teoria pura, nesse correr, ficou como um capítulo da história, sendo absolutamente insuficiente para responder aos reclamos de uma modernidade, cuja promessa de igualdade e liberdade ainda não foi cumprida, apesar de sua inserção nos códigos.

Não se trata, contudo, de ocultar as contribuições que a genialidade de Kelsen trouxe para a ciência jurídica, sob pena de sermos ideológicos, difundindo meias-verdades⁴⁴.

Se a perspectiva filosófica, com a atenção voltada para o passado, foi imprescindível para uma visão crítica do tema ideologia e interpretação em Kelsen, também será indispensável quando se direcionar o olhar para o presente e para o futuro.

Nesse caminho, as epistemologias dialéticas já evidenciaram o equívoco do a-volorismo positivista, quando diferenciam o objeto real e do conhecimento⁴⁵.

⁴³ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?*, São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 58.

⁴⁴ “Ainda assim podemos considerar a Teoria Pura do Direito como o maior exemplo de construção lógica do ordenamento jurídico até o momento. Em termos de operacionalidade da ordem jurídica, naquilo que diz respeito ao seu dinamismo - eficácia da lei no tempo, que envolve as questões de validade e da vigência das normas -, a teoria kelseniana ainda é bastante apropriada. Igualmente importante é o ‘processo de controle da constitucionalidade das leis’, que pressupõe a estrutura piramidal e escalonada da ordem jurídica, com a Constituição no seu ápice servindo de fundamento de validade para toda a ordem jurídica, garantindo a unidade e harmonia do sistema. Essas questões operacionais continuam a ser bastante úteis para o direito, apesar das críticas cabíveis às propostas de Kelsen.” CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 97.

⁴⁵ Ver a respeito MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, pp.10-17. Segundo o Autor, o termo epistemologia deve ultrapassar a condição de capítulo da filosofia para abordar criticamente os princípios, pressupostos, métodos, proposições e resultados das ciências. E, por dialética, designa-se as correntes do pensamento que, na teoria das ciências, não separam o sujeito do objeto porque compreendem que a relação entre eles é o que há de mais importante no processo do conhecimento.

O primeiro é a coisa existente independentemente do nosso pensamento e, o segundo, o objeto construído, sobre o qual se estabelecem os processos cognitivos.

O objeto de conhecimento tende a identificar-se com o objeto real, sem nunca atingi-lo em sua plenitude, sendo a objetividade um processo infinito de aproximação⁴⁶.

Por isso, o ato de conhecer é necessariamente um ato de construir e reconstruir.

O sujeito não vai em branco observar o objeto, como apregoam os positivistas.

Se é sobre o objeto do conhecimento que recaem todas as pesquisas, o sujeito constrói o seu próprio objeto.

No passado recente, o reconhecimento de que o intérprete não podia fugir às influências da história só era possível em autores simpáticos ao marxismo.

Disse, assim, certa feita, Ralph Miliband:

“Um de tais aspectos é o de que os juízes das cortes supremas (e, nesse sentido, também os das cortes inferiores) absolutamente não são, nem podem ser, independentes em relação a inúmeras influências, principalmente da origem de classe, educação, situação de classe profissional, que contribuem tanto para a formação de sua concepção do mundo, como no caso dos outros indivíduos⁴⁷.”

Hoje, entretanto, a recusa do pressuposto epistemológico da neutralidade é tradução do pensamento da grande maioria dos juristas e juízes brasileiros, bastando recordar que pesquisa recente revelou que 83% dos juízes não acreditam na neutralidade do Poder Judiciário⁴⁸.

A negação da neutralidade não significa que o juiz deva ser parcial. A imparcialidade é uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal. Já a neutralidade é o pressuposto epistemológico do não-envolvimento do cientista com o objeto de sua ciência, o que é de todo impossível⁴⁹.

A admissão da influência dos valores e do meio social, seja na produção científica do Direito, seja na interpretação realizada pelos tribunais, também não significa que as condições materiais, sejam quais forem, determinem a consciência do juiz, pois, lembrando Roberto Lyra Filho:

⁴⁶ C.f. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Op. cit.*, p. 12.

⁴⁷ MILIBAND, Ralph. *O Estado na Sociedade Capitalista*, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1982, pp. 169-170.

⁴⁸ VIANNA, Luiz Werneck. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 258.

⁴⁹ Sobre a distinção entre imparcialidade e neutralidade, é decisivo o trabalho de PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. *Trabalho & Doutrina*, Revista Jurídica Trimestral, v. 19, pp. 161-162.

“... dentro da História, as circunstâncias fazem os homens tanto quanto estes produzem as circunstâncias. Isto é, não somos livres, porque incondicionados, mas nos libertamos, na medida em que sabemos o que nos condiciona e, assim, nos habilitamos a descondicionar-nos, gradualmente⁵⁰...”

A dúvida radical da própria consciência, que nem sempre é o que aparenta ser, não conduz ao ceticismo, pois é justamente aqui que se instaura a reconstrução e a retificação. Se se fala em consciência falsa, advoga-se uma interpretação que corrija essa falsidade. Começa-se pela suspeita quanto às ilusões da consciência para, pela astúcia da decifração, chegar-se a um sentido⁵¹.

Admitir, enfim, na produção científica, ou no ato da interpretação, a impossibilidade de um local não-ideológico e a inevitabilidade das influências da história, da família, da classe social, da simpatia ou antipatia, predileções, afetos ou rancores, é o pressuposto de um saber não-dogmático e humanista, que se reconhece falível e retificável.

Nesses novos tempos, a Ciência Jurídica, sem abdicar da singularidade de se aplicar normativamente, deverá reconhecer, cada vez mais, que, no seu interior, incidem elementos sociológicos, políticos, históricos, econômicos e filosóficos, pois “Uma ciência não existe em si e por si mesma, mas dentro de uma comunidade de saber do qual depende⁵²”.

Essa é a lição que a Teoria Pura do Direito não deixou.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, Belo Horizonte: UFMG, 1984.
- ÁLVARES, Alexandro Bugallo. *Ordenamento Jurídico*, p. 15. (mimeo)
- ALVES, Rubens. *O Enigma da Religião*, Petrópolis: Vozes, 1979.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. *A Opacidade do Direito*, São Paulo: LTr, 1988.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, 1999.

⁵⁰ LYRA FILHO, Roberto. *Pesquisa em que Direito?*, Brasília: Edições Nair, 1984, p. 21.

⁵¹ FRANCO, Sérgio de Gouvêa. *Hermenêutica e Psicanálise na Obra de Paul Ricoeur*, São Paulo: Loyola, 1995, p. 75.

⁵² JAPIASSU, Hilton. *Apud MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 177.

- CHAUI, Marilena de Souza. *O que é Ideologia?*, 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1981.
- DURKEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*, 9. ed., São Paulo: Nacional, 1978.
- FRANCO, Sérgio de Gouvêa. *Hermenêutica e Psicanálise na Obra de Paul Ricoeur*, São Paulo: Loyola, 1995.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. XXXVI. (Prefácio)
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- JAPIASSU, Hilton. *Introdução ao Pensamento Epistemológico*, 7. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- _____. *O que é Justiça?*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LISBOA, Wladimir Barreto, PINTO, Gerson Neves. O mito da universidade do discurso jurídico. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.), *Desordem e Processo: Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito?*, São Paulo: Brasiliense, 1982.
- _____. *Pesquisa em que Direito?*, Brasília: Edições Nair, 1984.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*, 4. ed., Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método*, Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MICHEL, Miaille. *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa: Moraes, 1979.
- MILIBAND, Ralph. *O Estado na Sociedade Capitalista*, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre interpretação jurídica, *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, 1999.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social, *Trabalho & Doutrina*, Revista Jurídica Trimestral, São Paulo: Saraiva, 1998, v. 19.
- RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.
- *Revista LTr*, São Paulo, 63-07/952, julho de 1999.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*, São Paulo: Loyola, 1996.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, Rio de Janeiro: Revan, 1997.