

POSITIVISMO E NEUTRALIDADE IDEOLÓGICA EM KELSEN*

Luiz Fernando Coelho

PROFESSOR DE FILOSOFIA DO DIREITO NA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ E
DE TEORIA GERAL *DO DIREITO NO* MESTRADO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Merece os maiores elogios a Universidade Estadual de Maringá, ao promover este encontro. No ano em que se comemora o centenário de nascimento de Hans Kelsen, os pensadores brasileiros que se ocupam dos mag-nos problemas da filosofia do direito, do estado e da justiça, são convidados a se reunirem, dando continuidade ao encontro de João Pessoa, ano passado, tendo agora por denominador o pensamento de Hans Kelsen.

Mas por que Hans Kelsen?

É o reconhecimento, a homenagem da universidade brasileira, digna-mente representada pela Universidade Estadual de Maringá, que já se pro-jeta entre as poucas que merecem ser chamadas de universidades, ao jurista e filósofo cuja obra científica constitui o ponto de referência das grandes especulações da filosofia jurídica no século XX.

Com efeito, tal como o criticismo kantiano divide a filosofia moderna em dois grandes períodos, antes e depois de Kant, podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito é o mais sugestivo divisor da história contemporânea da reflexão jurídica: antes e depois de Kelsen. Tendo por referência a concepção kelseana do direito, as doutrinas jusfilosóficas são freqüentemente agrupadas entre as formalistas e não-formalistas, conforme enfatizem os aspectos formais da juridicidade segundo o enfoque da teoria pura, ou os aspectos de concreção, de acordo com a

*Conferência aos participantes do II Encontro Nacional de Filosofia do Direito, promovido pela Universi-dade Estadual de Maringá de nascimento de Hans Kelsen.

ótica sócio-psicológica, sociológica, lingüística ou culturalista; ou então, entre normativistas e não normativistas. Eu mesmo, e meu livro sobre a lógica jurídica e a interpretação do direito, tive a oportunidade de sugerir a tese kelseana como possível critério de classificação das escolas hermenêuticas, separando as intelectualistas das voluniaristas. E no Brasil, onde a influência de Kelsen é inegável, os juristas, pelo menos os dogmáticos, costumam declarar-se kelsenianos ou anti-kelseneanos; parece não haver lugar para os indiferentes.

Dai a importância de uma reflexão crítica sobre a teoria pura do direito, no ano do centenário de seu criador. É que, com a evolução do pensamento filosófico, é possível repensar as teses fundamentais da teoria pura, a partir de novos enfoques, contando já com novos critérios de avaliação, procurando inseri-la nos paradigmas epistêmicos exsurgidos após a revelação de suas idéias para a intelectualidade mundial.

Este é o objetivo a que me proponho: situar a obra de Kelsen, consubs-tanciada na teoria pura do direito, no seu contexto histórico-social e intelectual, verificar as articulações de suas teses básicas com ambiência cultural e filosófica de seu tempo, mas a partir de uma proposta epistêmica que denomi-no teoria crítica do direito.

Tal objetivo é porém muito amplo, razão pela qual, nesta conferência, tal como indica o título com que foi anunciada, procurarei ater-me a dois aspectos que são provavelmente os mais importantes: a inserção do pensamento de Kelsen no movimento filosófico configurado pelo positivismo e o alcance da tese kelseana da neutralidade ideológica da ciência do direito, examinada sob a ótica da atual filosofia da ideologia.

Tentarei demonstrar que o princípio da neutralidade ideológica, além de insubsistente, porque contrário à natureza do direito em sua manifestação histórica, é na verdade, e paradoxalmente, o mais seguro indicador de uma ideologia, insinuada nas entrelinhas da teoria pura: em outras palavras, a neutralidade ideológica não passa de ... ideologia, a qual se compreende em função da mentalidade positivista que dominou o mundo europeu após a vitória ... ou capitulação, da burguesia revolucionária do século XIX.

Em que medida pode ser considerado Kelsen um positivista? Teriam sido o positivismo filosófico em geral e o positivismo jurídico a influência preponderante em seu pensamento?

A questão é deveras pertinente, se considerarmos que seus pressupostos filosóficos foram os do neocriticismo, particularmente os da escola dos neokantianos, justamente os pensadores que sacudiram o pensamento europeu

de seu marasmo positivista, particularmente na Alemanha, restaurando a filosofia especulativa que o positivismo minimizava, tratando de retomar a grandiosa tradição da filosofia clássica alemã, com seu brado de *volta a Kant* — zurück zu Kant — parecendo algo contraditório que o neokantiano Kelsen possa ser considerado um dos expoentes do positivismo jurídico; muitos o classificam como positivismo formalista. Acresce que, embora sua intenção de construir uma teoria geral do direito positivo possa ser considerada atitude positivista, ele o fez não sem um profundo grau de reflexão metafísica, que culmina em sua teoria da norma jurídica e da norma fundamental, a partir dos postulados da crítica da razão pura, coerentemente com a melhor tradição idealista. Mas procurarei demonstrar que a influência positivista em Kelsen foi justamente o fator que o levou, de certa forma, a afastar-se do movimento neo-kantiano, mantendo de suas origens somente aquilo que se compatibilizava com sua ideologia. Ou seja, em Kelsen temos uma espécie de conciliador entre o positivismo e o neocriticismo, uma atenuação do que, entre os neokantianos, não se adequava, não propriamente à filosofia positivista, mas à ideologia do positivismo, erigido em doutrina oficial de uma burguesia que, na França, era a vitoriosa de uma revolução, na Inglaterra, a aliada de uma nobreza decadente, e, na Alemanha, a protagonista de uma capitulação — que os cientistas políticos soem considerar vergonhosa — aos interesses do império.

No capítulo sobre direito e ciência, na Teoria Pura, deixa Kelsen bastante claro que sua doutrina tem pronunciada tendência anti-ideológica, pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um direito *ideal* ou *justo*. Neste sentido, afirma, é uma teoria do direito radicalmente realista, isto é, uma *teoria do positivismo jurídico*, eis que se recusa a valorar o direito positivo. E precisamente através de sua tendência anti-ideológica se revela a teoria pura verdadeira ciência do direito.

Torna-se, a esta altura, necessário dizer alguma coisa sobre o conceito de ideologia. A fim de evitar a interminável polêmica, tomarei como ponto de partida a conceituação que elaboro na segunda edição do meu livro sobre a Lógica Jurídica, e também na monografia sobre o Estado. Direito e Poder. Penso que a ideologia é uma concepção do mundo, do homem e da sociedade que, na medida em que contém elementos ideais que respondem a interesses de um grupo social, em determinado momento histórico, orienta a conduta dos homens na sociedade e, de certa forma, legitima a ordem social pela atuação dos grupos interessados, os quais dispõem dos mecanismos de controle social, entre os quais o direito. Essa disposição é na verdade uma

manipulação, eis que os grupos que detêm o poder, não de modo efêmero, mas tendendo a nele permanecer, virtualmente se apossam dos meios de controle da conduta social, a propaganda, as manifestações culturais, a moral, os costumes e as regras gerais de conduta, a própria ciência e a filosofia, e as utilizam com o objetivo de tornarem suas idéias, que respondem a seus interesses de classe, aceitas pelo maior número: mais ainda, a substituírem na consciência a realidade concreta por uma “realidade” idealmente representada. A ideologia é assim a representação que a própria sociedade faz de si mesma, representação que pode ser falsa, embora não necessariamente, eis que a *Weltanschauung* que abriga pode corresponder parcialmente ao real concreto. A ideologia é pois um conjunto de representações, de caráter mítico ou religioso ou filosófico, ou mesmo científico, que tendem a condicionar o comportamento social, geralmente em proveito de uns e em detrimento da grande maioria.

A ideologia é, via de regra, inconsciente, e uma das tarefas da atual filosofia, bem como das ciências sociais em geral, é revelá-la, torná-la consciente, a fim de que se possa construir uma instância crítica, voltada para o homem e para a sociedade.

Penso ser possível comentar a teoria da neutralidade ideológica da ciência do direito, formulada por Kelsen, sob dois aspectos, que proponho denominar externo e interno, relacionados com a conceituação supra de ideologia.

Externamente, trata-se da validade da proposição kelseana em face das ideologias políticas em geral; e internamente, examina-se a teoria pura em seus pressupostos ideológicos imanentes, isto é, a ideologia que a teoria pura internaliza, talvez sem a conscientização de seu criador.

Do ponto de vista externo, já Miguel Reale põe em dúvida a possibilidade de êxito da proposta epistêmica da neutralidade ideológica, pois todo sistema kelseano “obedece à inspiração de um relativismo estimativo que consagra a *equivalência de todos os valores*, cabendo à ciência do direito, como técnica de organização social e coordenação feliz de processos coercitivos, tornar respeitadas as normas correspondentes à força histórica dominante”. Reale o considera “lídimo campeão do liberalismo relativista e cético”; citando Legaz y Lacambra, observa que “na falta de um conteúdo vital próprio, está pronto a deixar-se penetrar pelos mais variados conteúdos subministrados pelos dis-tintos partidos políticos”.

Kelsen parece dar razão a Legoz y Lacambra, quando, no prefácio à primeira edição da Teoria Pura do Direito, rebatendo as críticas, declara: “Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-

democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é— asseguram muitos — aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateuista. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito se não tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza”.

Talvez seja este o aspecto que mais tenha atraído a crítica dos opositores da teoria pura. O enunciado de uma estrutura normativa que carrega dentro de si mesma seu princípio legitimador — a norma fundamental — independentemente de quaisquer conteúdos éticos, transforma-se em instrumento legitimador de qualquer ordem jurídica, por injusta e repugnante que seja. E o fato é que o próprio Kelsen o confirmou, quando, ao fugir do regime nazista que o perseguia por ser judeu, foi constrangido a reconhecer que o direito nazista era válido e ... *legítimo*, eis que dimanava da mesma norma fundamental, constituição primeira, hipotética e formal, que qualquer ordem jurídica democrática.

E assim se dispensa qualquer argumentação ulterior. Uma ciência jurídica a-histórica e a política é pura ilusão... ideológica, já que responde a interesses ideológicos. A rejeição ao conteúdo ideológico do direito implica a destruição de algo que lhe é ontologicamente essencial, como bem o demons-traram as várias correntes do culturalismo fenomenológico; entre estas, há que privilegiar o Egologismo Jurídico, em sua demonstração de que a teoria do direito, quando reduzida à teoria da norma pura, não é uma teoria geral do direito positivo, mas uma lógica jurídica formal, ou seja, uma teoria do pensamento jurídico em suas intrínsecas conexões de validade lógica.

Em suma, a ideologia externa da teoria pura, enquanto teoria do direito, é a ideologia dominante do momento histórico, a qual o purismo metodológico não pôde e não pode evitar, podendo-se concluir que a teoria pura do direito apenas oferece uma estrutura de pensamento lógico-formal que vai ser preenchida pela ideologia do momento histórico: ou seja, essa estrutura acaba por transformar-se em mais um instrumento que vai ser manipulado pelos donos do poder, ou ao menos pelo grupo social hegemônico e no seu próprio interesse.

Convém porém alertar que essa ideologia externa não é de maneira nenhuma intencional, embora muitos, desconhecendo provavelmente a origem judaica de Kelsen, e não afetos a considerarem as diversas maneiras como a ideologia se faz presente na sociedade, tenham visto em sua obra algo a serviço do nazismo. Não, o que ele visava era a absoluta neutralidade científica da ciência do direito, mas, dando foros de cientificidade à alienação do jurista, ele cumpria exatamente o papel que o momento histórico reservava ao jurista: afastar-se, enquanto jurista, da problemática social, política e econômica; ater-se ao cumprimento da lei, ainda que injusta, posto que válida e legítima. E é evidente que, quanto menos gente imiscuir-se na discussão dos aspectos éticos do exercício do poder, tanto melhor para os seus detentores.

Quanto a este aspecto, Hans Kelsen foi inadvertidamente um filósofo do direito a serviço do poder. Ele discute e estabelece as bases do saber jurídico que possa ser considerado científico; mas não trata do *jurisconsulto* como o cientista do direito; assim, a atividade cognoscitiva própria do advogado, e do juiz, tal como a do jurisconsulto, se expressa pela mesma categoria do *sollen* e exige a neutralidade, até para preservar a dignidade da Jurisprudência; por via de consequência, se a ciência do direito é neutra, também deverá sê-lo o juiz e o advogado, pois não se pode separar o conhecimento de seu sujeito e de seu objeto, a ciência do cientista. Como ficam então as teorias da livre interpretação do direito? Lembro-me de que eu mesmo afirmei, aqui em Maringá numa conferência que pronunciei há poucos meses, que a resistência às leis injustas deve começar pelos magistrados, a classe melhor aparelhada para fazê-lo. Coerentemente, penso que a neutralidade ideológica da ciência do direito não passa de projeto, bons propósitos, uma exigência da racionalidade que jamais chegará a se concretizar.

Mas a intenção de Kelsen parece ser mesmo a de construir uma estrutura que possa ser considerada a-histórica, e portanto não ideológica, carecendo de qualquer importância o uso ideológico que dela possa ser feito.

Pelos motivos que passo a expor, essa intenção a-histórica corresponde à ideologia do ponto de vista *interno*, da teoria pura, ou seja, ao conjunto de fatores que compõem a estrutura representativa do real, subjacentes ao pensamento kelseniano. Usando as categorias do lingüística — Warat que o diga — posso afirmar que essa ideologia interna se revela na leitura dos silêncios, das entrelinhas e dos espaços intervocabulares da Teoria Pura do Direito.

Podemos distinguir dois momentos de compreensão dessa ideologia, que proponho denominar ideologia *remota* e *próxima*.

Remotamente, a ideologia kelseneana é a herança da civilização européia, especialmente sua concepção do saber, da verdade, da missão do homem e da humanidade na história. Ela espelha a concepção atomística e mecanicista do universo, elaborada desde os pré-socráticos, sistematizada como ciência em Platão e Aristóteles e revitalizada pelo racionalismo renascentista. Essa cosmovisão pressupõe uma racionalidade que não é a projeção da razão no mundo, mas uma racionalidade imanente na ordem do universo, do homem e da sociedade.

Kelsen internaliza essa cosmovisão, concebendo, nas entrelinhas da teoria pura, que a norma jurídica é o “átomo” do direito, sua menor partícula irreduzível e que o fenômeno jurídico é o aglomerado desses átomos ou partes componentes; que o direito — e a sociedade que a ele se reduz — é regido por *leis*, de natureza lógico-racional, eternas e imutáveis.

Essa ideologia pressupõe que toda experiência jurídica tem condições naturais que a condicionam, identificada a natureza com a racionalidade. Ou seja, que o cosmos existe segundo uma ordem que se reflete na razão humana, a qual vai determinar os pressupostos lógicos da ordem social. Assim, em que pese a oposição kelseneana ao direito natural, sua teoria pura se reduz a um direito natural formal, análogo ao direito formal *justo* de Stammler. Em outras palavras, a exclusão dos conteúdos históricos do direito pressupõe uma natureza do direito, um referencial semântico, diriam os filósofos da linguagem, de caráter eterno e imutável que corresponda ao direito elaborado pela teoria pura. Esse referencial semântico corresponde em tudo à cosmo-visão racionalista e mecanicista, de que Hans Kelsen é caudatário, bem como da concepção positivista que encarava o método científico, segundo as mesmas exigências de racionalidade, como a condição *sine qua non* da descoberta da verdade.

Isto se deve em parte à influência mais próxima dos filósofos do Círculo de Viena, que reunia os fundadores do positivismo lógico, entre os quais Wittgenstein, Schlick, Natorp e Carnap. Embora não se possa a rigor situar Kelsen nessa escola — quando se fala na Escola de Viena, referindo-se a Kelsen, trata-se de escola no sentido de doutrina, fundada por Kelsen e reunindo seus seguidores — seu ideal de ciência coincidia com a tendência anti-metafísica e os critérios de verdade do positivismo lógico, a verificação empírica, fundada na correspondência dos enunciados científicos com os fatos, e a verificação analítica, fundada no princípio de identidade.

A propósito, a formação do pensamento kelseneano ocorreu em uma época em que assomava ao primeiro plano, nos debates filosóficos, o proble-

ma epistemológico proposto pela evolução das ciências físicas e matemáticas: o desenvolvimento das geometrias não euclidianas, da teoria dos quanta e da teoria da relatividade, de certa forma constituíam exceção ao que tradicionalmente se entendia como racionalidade, admitindo a *liberdade* no âmbito da matéria, o que obrigou os filósofos a reconsiderarem os fundamentos, filosóficos da matemática, da física e da química: a emergência do marxismo e das grandes correntes do pensamento sociológico, provocaram a derrocada de postulados tradicionais sobre os quais se edificava o que poderia ser entendido como *ciência* política e ciência do direito. Já em fins do século XIX, os neokantianos de Baden preconizavam, o conhecimento do social independentemente de valorações. Windelband e Rickert procuravam assim resguardar a objetividade das ciências sociais emergentes, em sentido análogo à tentativa de Max Weber de fundação de uma sociologia a-valorativa. Entre 1911. ano da publicação do livro “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*” e 1934. quando saiu a primeira edição da Teoria Pura do Direito, a intelectualidade européia conheceu os “*Fundamentos Lógicos das Ciências Exatas*”, de Natorp (1910). a “*Teoria Geral do Conhecimento*” de Schlick (1918) e o “*Tractatus Logico-Philosophicus*” de Wittgenstein (1921).

Mas Kelsen ainda não conheceu a obra de Popper, cuja “*Lógica da Investigação Científica*” apareceu um ano depois da Teoria Pura do Direito, e nem Bachelard. que publicou seu “*Novo Espírito Científico*” do mesmo ano da obra principal de Kelsen. 1934.

Assim, quando o jurista-filósofo teve que elaborar um paradigma para a ciência que estava se constituindo, o direito como teoria normativa, não havia provavelmente outra alternativa, que não seguir o modelo analítico, dada a manifesta inadequação do modelo empírico ao objeto jurídico, inadequação que já provocara o ceticismo epistemológico do Procurador Kirchmann, em meados do século XIX. E por isso a ciência consubstanciada na teoria pura era um modelo descritivo, voltado para um objeto pressuposto, identificado com uma lógica peculiar, a *lógica do dever-ser*. Nesse contexto, o princípio da neutralidade ideológica tinha realmente um sentido, porque era coerente com o tipo de objeto que a teoria pura. mediante juízos imputativos. descrevia: “o *ser* do direito o *seu dever-ser*”, EIS O ENUNCIADO DESCRITIVO COM O QUAL FIXAVA Kelsen um posicionamento ontológico a respeito do direito, atribuindo-lhe uma natureza ôntica idealista, que poderia suportar uma teorização analítica.

Mas Kelsen não se deu conta de que sua teoria não estava elaborando um sistema de conhecimentos a partir de um objeto dado. mas *construindo um*

objeto que suportasse um tipo de conhecimento que Kelsen pretendia neutro, como ideal de cientificidade. Tal construção, com o material que o positivismo lógico, o positivismo filosófico, o racionalismo e a herança kantiana colocavam à sua disposição, não poderia ser em princípio neutra, mas engajada, vinculada a seus pressupostos, as suas finalidades conscientes ou inconscientes.

Tivesse Kelsen trabalhado com as construções da epistemologia de Popper e Bachelard, e teria provavelmente procurado detectar seus obstáculos epistemológicos; e teria percebido que sua redução do direito ao esquema formal da imputação —*Dado A deve ser B*— não era a descrição neutra de um fenômeno, o fenômeno jurídico, mas sua elaboração ideológica, uma representação coerente com aquela cosmovisão racionalista, mas servindo a propósitos ideológicos.

E aqui identificamos a ideologia próxima, subjacente à Teoria Pura do Direito, a qual também reflete o espírito positivista, de que essa racionalidade imanente se expressa na ordem social, a qual é fundamentalmente boa e merece ser preservada, cabendo ao jurista sua descrição sob as categorias gnósicas que define — *o dever-ser*— mas alheia a qualquer juízo crítico-valorativo, eis que a ordem social não deve ser julgada, mas aceita como tal, embora passível de aperfeiçoamento.

Tal alheamento da ciência do direito em relação *aos movimentos* sociais responde a um ideal positivista, e Kelsen o obtém partindo de pressupostos outros que não os do positivismo ortodoxo, do modelo de Augusto Comte. Estes pressupostos, vai buscá-los no neocriticismo, particularmente entre os neokantianos de Marburgo. A ideologia imanente na teoria pura consegue assim a proeza de aliar uma filosofia anti-positivista, o neocriticismo, à atitude positivista que procura inicialmente combater.

O contexto histórico, político e social da Europa burguesa, particularmente da Alemanha entre 1870 e a primeira guerra mundial o explica.

Como se sabe, o positivismo não se circunscreve às concepções de Augusto Comte, embora tenha sido o prestígio destas o responsável pela expansão da atitude positivista no mundo ocidental. Mas o positivismo comteano é somente uma dentre as correntes positivistas, as quais se desenvolveram desde Saint-Simon até o chamado neopositivismo; elas se caracterizam por subordinarem a filosofia ao modelo epistêmico das ciências particulares, *em especial as ciências naturais*; como ensinou Reale,” o que existe de constante entre os vários positivismos, é a idéia de que a filosofia é

inseparável do saber empírico e positivo, uma forma ou momento das próprias ciências, quando não as ciências em sua visão unitária. Em outras palavras, a atitude positivista implica a rejeição a toda metafísica e, nesse contexto, o positivismo jurídico — como denominador comum de diversas correntes de pensamento filosófico-jurídico — tem como principal característica a rejeição dos critérios meta-empíricos de validade do direito *positivo*: não que este não possa fundar sua legitimidade em algo abstrato como o direito natural, a “*volonté générale*” ou o “*Volksgeist*”, mas sim, o desprezo por esses problemas e a fundação do direito, na medida em que ele suporte a cientificidade, numa ciência de fatos.

Nesse amplo contexto a teoria pura atingiu duas metas: fundou uma ciência jurídica *positiva*, isto é, preocupada com o direito histórico, real e factual; mas o direito histórico sem imiscuir-se na historicidade: do direito real, sem manifestar-se sobre essa realidade; e do direito factual sem introduzir-se na facticidade. E a segunda meta, a construção de um paradigma de ciência do direito identificando com o modelo do senso comum, superando de vez o ceticismo epistemológico.

Este programa, Kelsen não-lo apresenta já nas primeiras linhas da Teoria Pura do Direito: “... é uma teoria do direito positivo — do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial... Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito...”

Quanto ao tipo de ciência, deixa claro que o seu princípio metodológico fundamental é a *pureza*, excluindo do conhecimento rigorosamente jurídico todos os elementos estranhos, com o que pretende ultrapassar a ciência tradicional, tal como se desenvolvera no decorrer dos séculos XIX e XX, confundida com a psicologia e a sociologia, a ética e a teoria política. E a partir da segunda edição da teoria pura, embora não tenha sido objeto de sua indagação a validade de um tipo de ciência, fica implícito nas esclarecedoras notas de rodapé a aceitação dos critérios tradicionais de validade dos enunciados científicos, como sejam, o empírico e o analítico, sendo que a diferença entre causalidade e imputação, reduz-se às conexões lógico-formais entre antecedente e conseqüente.

Com efeito, ao refutar a tese de Anders Wedberg sobre as proposições internas e externas, entende Kelsen que as proposições jurídicas têm o mesmo caráter imputativo das normas, e que não subsiste a noção de que as proposições designadas como externas sejam factuais. Ou seja, afirmações sobre um fato da ordem do ser, cuja verdade possa ser empiricamente verificada.

Mais adiante, cita Zitelmann como precursor de sua distinção entre proposições do ser e proposições do dever ser, baseado na distinção por aquele autor estabelecida entre causalidade natural e causalidade jurídica. Em ambos os casos, afasta Kelsen a possível confusão entre seu conceito de proposições jurídica e os conceitos de proposição externa e causalidade jurídica, respectivamente. Mas tal questionamento restringe-se à demonstração de que sua proposição jurídica, como juízo da ciência do direito, dimana do mesmo princípio da imputação inerente às normas jurídicas, o que as separa inexoravelmente da causalidade e das proposições factuais inerentes ao conhecimento da natureza. Mas o pressuposto epistêmico não é questionado, nem em Wedberg, nem em Zitelmann, eis que ambos se identificam com o criador da teoria pura quanto a este aspecto, revelando-se recipiendários do princípio da verificação do positivismo lógico.

O não questionamento, seja da metodologia, seja da racionalidade inerente à idéia de sistema, que Kelsen preserva a todo custo, erige a teoria pura em apogeu de um modelo científico que procura, manter-se e auto-legitimar-se, internalizando o princípio da racionalidade. Por isso, assiste razão a Aftalión quando situa Kelsen como o elo final da paulatina aproximação ao objeto do saber jurídico, segundo o paradigma científico do senso comum: Kant e a separação entre o direito e a moral; Savigny e a constatação de que o objeto do direito é algo real, que ocorre na história e no espaço, e não algo de caráter metafísico; Ihering e o princípio teleológico, com o qual se elimina a causalidade natural da metodologia jurídica; Stammler e a investigação das categorias gnósticas próprias do direito, num retorno a Kant; e Kelsen, definindo essas categorias como normatividade e imputação. A fim de realizar então a revolução copernicana no direito, a que se propôs a escola egológica, a que se filia Aftalión, a partir da identificação do direito com a conduta social, intersubjetiva. mister se fez então mudar o paradigma epistêmico, incorporando a dialética e a intuição dos valores, à metodologia da ciência do direito.

As duas metas referidas, atingiu-as Kelsen primeiramente pela depuração dos elementos não jurídicos que contaminavam a Jurisprudência; e em seguida, pela definição ontológica do jurídico a partir da separação entre *o sein* e *o sollen*.

Quanto à primeira, a mais expressiva depuração é precisamente a ideológica, com a qual impregnava-se então a Jurisprudência do ideal positivista de uma ciência absolutamente *neutra*, descomprometida com o poder, a religião e a ideologia; quanto à definição da juridicidade, ao completar-se em Kelsen o ciclo, referido por Aftalión. de construção do objeto da Jurisprudência como

ciência a partir da noção de imputabilidade, tornou-se o direito definitivamente identificado com a *norma* abstrata, esquema *a priori* da definição da conduta que *deve ser*.

A depuração ideológica é paradoxalmente a mais evidente demonstração da ideologia implícita na obra keiseneana, tanto quanto no positivismo filosófico; e o posicionamento ontológico de Kelsen em relação à norma jurídica decorre da natural necessidade de auto-legitimação dessa ideologia jurídica subjacente, na teoria pura do direito, como veremos a seguir.

Apesar de o positivismo ter tido a França como ambiente natural, constituindo-se desde logo em ideologia da burguesia vitoriosa da revolução de 1789, vamos considerar o positivismo alemão, ao qual está a teoria pura ligada em seu ideal epistêmico.

Na França, o positivismo investiu contra o racionalismo, onde via somente uma atitude crítica de destruição da ordem racional, e sobretudo social, sem nada construir de peculiar a si mesmo: o racionalismo, segundo Augusto Comte, constituía o estado metafísico ou abstrato, que correspondia à fase de transição entre o estado teológico da época feudal e o estado positivo.

Ora, nesse momento, quando a ordem burguesa se impunha em virtude de sua revolução, a crítica deveria cessar, pois, em caso contrário, não seria possível a ordem e o progresso, no mundo que era o melhor dos mundos, onde reinava a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Augusto Comte, o principal porta-voz dessa concepção, é bastante enfático em seu “Discurso sobre o espírito positivo”, quando assevera que a crítica racionalista, após haver cumprido sua tarefa — *necessária mas passageira* — deveria ceder lugar às ciências da natureza e à sociologia, pois as concepções ontológicas sempre tenderam a impedir toda outra organização real do sistema especulativo. Assim sendo, “o obstáculo mais perigoso para a consolidação definitiva de uma verdadeira filosofia resulta, com efeito, hoje deste mesmo espírito, que amiúde se atribui a si mesmo o privilégio quase exclusivo das meditações filosóficas.

Em suma, a burguesia vencedora de sua revolução, que construía um mundo de acordo com seus ideais de liberdade e igualdade, deveria assegurar a continuidade de sua ordem social e para isso impunha-se a sua legitimação ideológica; e tal como o iluminismo, no século anterior, prestava-se a legitimar os mesmos ideais mediante o reinado da razão, a luz interior que não se subordinaria a nenhuma ordem heterônoma, o positivismo agora o fazia como algo que correspondia ao reinado da ciência e da filosofia positiva. E

para isso o espírito reivindicatório e de crítica social do velho iluminismo constituía obstáculo; a crítica racionalista já cumprira seu papel no iluminismo e precisava ser anulada.

Idêntica minimização da filosofia clássica ocorreu na Alemanha, onde Hegel, o derradeiro filósofo da especulação metafísica, foi posto para escanteio, pois o potencial revolucionário de sua dialética e de sua formidável reconstrução metafísica do mundo identificado com a marcha da idéia na história, era incompatível com a ordem dimanada da aliança entre a burguesia e o imperador.

E assim, a Alemanha tornou-se positivista, renegando o passado iluminista — fort von Kant — e também anulando o potencial crítico da herança hegeliana.

O principal artifício da legitimação positivista da nova ordem, exurgida da aliança burgo-imperial — Lukács e Marcuse a definem como capitulação da burguesia — é Stahl.

Segundo a análise marcuseana, a filosofia de Stahl adapta-se ao autoritarismo anti-racionalista do desenvolvimento social da classe média alemã, procurando destruir o hegelianismo, por ser este vocacionado para a crítica destrutiva. Em Stahl, como em Comte, consideravam-se os fenômenos do mundo como objetos neutros, governados por leis universalmente válidas.

Outra corrente a encarnar na Alemanha o espírito positivista, foi o empirio-criticismo, com sua teoria do mínimo esforço, na formulação de Avenarius. Os positivistas empirio-críticos, desde Avenarius até Wundt e Ernst Mach, procuraram marginalizar da filosofia toda preocupação social e política, e reduziram a filosofia a uma teoria da ciência. Tal atitude é também anti-hegeliana, pois, lembremo-nos também, em Hegel a razão se corporifica na história e, com o positivismo germânico, ela, expulsa do social e do político, refugia-se na ciência. Pois qual outra alternativa ela teria, salvo o irracionalismo de Schopenhauer e Nietzsche?

O sentido de crítica social, a filosofia alemã só irá tentar recuperar nos quadros da filosofia da vida, mas de modo insuficiente em seu determinismo irracionalista.

Lembremo-nos também de que é a época do darwinismo, com o qual completa-se a ambiência positivista, no sentido do primado da ciência e do método empírico, que dominou a Alemanha entre 1870 e 1914/18.

A atitude anti-metafísica explica o vazio do pensamento europeu no século XIX e alvorecer do atual, até o despertar da metafísica com o *zurück zu Kant* dos neokantianos.

Deve-se todavia considerar que o fermento da revolução hegeliana atuou num grupo expressivo de filósofos, os quais reclamaram desde logo a herança hegeliana; refiro-me à esquerda hegeliana, que finalmente forjou o marxismo, o grande corte epistemológico do pensamento contemporâneo.

Mas é preciso chegar aos neokantianos de Marburgo para situar o positi-vismo de Kelsen.

O regresso a Kant, também denotava intenção anti-hegeliana; por que Kant, e não Hegel?

Em primeiro lugar, a destruição positivista do idealismo absoluto por Stahl e seus seguidores, na Universidade de Berlim, dera resultados, e Hegel parecia definitivamente ultrapassado. Em segundo lugar, o hegelianismo de esquerda parecia perigoso, e os filósofos de Marburgo — Cohen e Natorp — tal como os de Baden — Windelband e Rickert — estavam suficientemente comprometidos com a burguesia para afastar-se do positivismo pelo caminho da esquerda hegeliana; e a direita hegeliana, nada criativa e deveras repetitiva, parecia supérflua; daí que a alternativa do ideal da restauração da grandeza da filosofia alemã era reviver Kant, cuja *crítica* não se manifestava no sentido social, mas na descoberta dos aprioris do entendimento e da ação. E destarte o neocriticismo veio a articular-se com o positivismo, voltando-se para a metafísica, mas sem abandonar o novo papel que o positivismo reservava à filosofia, o de *ancilla scientiarum*, em substituição ao papel de crítica social do iluminismo. Em outras palavras, se a grande contribuição do racionalismo e do iluminismo fora a filosofia política, consubstanciada nas grandes concepções do estado e do direito, de Maquiavel a Hegel, eis agora o pensamento europeu submerso numa filosofia *apolítica*, escrava da ciência, destinada a estabelecer a síntese dos resultados das ciências.

O neokantismo retoma a filosofia social e política, tratando de superar o irracionalismo, mas conserva-se basicamente como uma teoria da ciência, a partir da Crítica da Razão Pura.

Assim, não é de estranhar que o elemento prevalecente na teoria pura do direito, fundamentado no neocriticismo, não seja a crítica social, mas a preocupação epistemológica, pela definição das categorias gnósticas do direito; essa atitude, centrada no princípio kelseniano da neutralidade ideológica da ciência do direito, tem profundo significado no seio do neokantismo e na teoria jurídica em geral.

Miguel Reale, em sua excelente exposição da teoria de Kelsen, lembra enfaticamente que eleé um neokantista, “formado e informado no criticismo transcendental, continuador de Gerber, Laband e Jettínek, e principalmente

de Stammler, Cohen e Natorp, os quais transformaram a filosofia em uma crítica pura do conhecimento. Assim, a distinção inicial entre o *sein* e o *sollen* deriva de Cohen, sua teoria da vigência é formalista e sua noção da norma como esquema de interpretação da experiência social possível é kantiana, como também sua teoria do ordenamento jurídico, compreendido em sua validade pelos nexos lógico-formais que unem as respectivas normas, entre si e com a norma fundamental.

Mas esse neokantiano não se deixou seduzir pelo ideal da retomada da crítica social, mas, pelo contrário, não somente trilhou o caminho da neutralidade, do apolítico e do a-histórico, como, erigindo a neutralidade ideológica em princípio basilar da ciência do direito, legitimou o ideal da nova sociedade burguesa, da absoluta alienação do jurista em face da problemática social, econômica e política.

Destarte a teoria pura do direito parece um tanto reacionária dentro do movimento neokantiano, pois, passado o surto de cientismo positivista, quando as escolas de Baden e Marburgo pareciam prestes a retomar a ética do estado e do direito, a dimensão axiológica do poder e do controle social, o sentido crítico-social e político da filosofia do direito, eis que na teoria pura, de maneira absolutamente racional, legítima portanto, ficavam estes temas definitiva e inexoravelmente excluídos da ciência do direito.

A ideologia da teoria pura, considerada internamente, revela assim o conformismo positivista com a ordem imanente, que a ciência pressupõe. Kelsen, assim, por razões ideológicas, não permaneceu fiel ao postulado kantiano da atuação constitutiva do espírito, e não deu-se conta de que a ordem cuja estrutura a teoria pura descrevia, não era uma ordem que se antepunha ao conhecimento, mas o resultado da criação do espírito cognoscente.

Apresentando-a como algo real, imanente, passível de descrição científica segundo os juízos do dever-ser, o que a teoria pura conseguiu foi na verdade legitimá-la, torná-la ideologicamente verdadeira, porque confundida com a realidade da sociedade dos seres humanos de carne e osso.

Já vimos que isso responde a um paradigma científico subjacente, o qual não é em momento algum questionado. Sendo a teoria pura uma teoria da ciência do direito, teria seu criador que esclarecer *ab initio* o modelo de ciência utilizado, considerando-o ao menos em suas relações com outros possíveis modelos. Sua lógica e sua metodologia deveriam em princípio ser comparadas com outras lógicas e metodologias possíveis, tarefa que não foi levada a efeito, porque o modelo kelseneano é implicação de sua ideologia

interna. E esse modelo é racionalista, como vimos, e mecanicista, agindo em Kelsen no sentido da aceitação de uma racionalidade imanente no social.

Ao procurar revelar os pressupostos ideológicos ínsitos no princípio da neutralidade ideológica, não se trata absolutamente de um desrespeito, nem muito menos de uma destruição do pensamento de Kelsen. Mas creio que a maior homenagem que se pode a ele fazer é considerá-lo sob um ponto de vista crítico.

Mas não seria intelectualmente honesto se deixássemos de propor a alternativa, já que deflui de todo o exposto o inconformismo deste que vos fala com os postulados da teoria pura do direito. Assim, procurarei rapidamente definir o ponto de vista da teoria crítica do direito, em relação a idênticos pontos de vista manifestos na teoria de Kelsen.

Ao formalismo ontológico, opõe a teoria crítica a imanência da ideologia no fenômeno jurídico, a qual por isso mesmo deve ser considerada em qualquer estudo que se faça, na atualidade, da filosofia do direito.

Uma das críticas que hoje são dirigidas à dogmática jurídica tradicional, a qual persiste sob o pretexto de os estudos jurídicos serem *profissionalizantes*, é o seu total alheamento à problemática ideológica, embora constantemente trate de problemas como a justiça, o dever, o poder, o estado, o estado de direito, bons costumes, boa fé, etc. Só que as respectivas teorizações seguem indubitavelmente a estrutura formal sistematizada por Kelsen, e a complexidade dos temas se reduz à normatividade, pura e simples.

Ora, a teoria crítica propõe justamente a assunção da ideologia imanente na ordem social, a qual é conjugada com um modelo epistêmico bachelardiano — a (re)construção do jurídico, em todos os níveis, com sua ideologia, onde a preocupação basilar não é excluí-la, por incompatível com a cientificidade, mas construir uma teoria que leve em conta a especificidade de seu objeto, o qual é ideologicamente construído pelo jurista.

Com isso, não se destrói a objetividade da ciência do direito, mas se a identifica com a valoração, na medida em que esta é um procedimento intelectual que necessariamente intervém na construção do jurídico. Daí que a objetividade científica do direito não é uma objetividade descritiva, mas uma objetividade *construtiva*. Cria-se o direito à medida que se o descreve, e através dele, cria-se axiologicamente uma ordem social.

Penso poder lançar aqui a tese de que a teoria pura do direito, asseverando que os juízos da ciência do direito são juízos do dever-ser, tal como os do direito, pode ser interpretada como uma teoria voltada para a construção

do objeto, se encararmos a impossibilidade ontológica do direito como estrutura lógico-formal tão somente; mas isto é conversa para outra conferência.

Por ora, pode-se procurar extrair alguns corolários desse enfoque da objetividade, como sejam, a exigência de *interdisciplinariedade* dos estudos jurídicos, em função mesmo da interdisciplinariedade do social e do político, e o sentido de *participação* do jurista, seja qual for o plano em que se o encare, como profissional ou jurisconsulto, por exemplo, na construção do direito, isto é, a participação do jurista no fenômeno que estuda, descreve e cria; daí a emergência de novas lógicas — um dos temas mais palpitantes da atual filosofia jurídica — que extravasam de muito a lógica analítica do direito, de que Hans Kelsen foi um dos fundadores. Daí também o comprometimento do jurista em face da ordem social, política e econômica, eis que o jurista não pode e não deve abster-se de suas responsabilidades históricas.

Mas a neutralidade científica almejada por Kelsen encerra uma lição, que merece ser meditada ao encerrarmos esta conferência. É que, para ser ideologicamente neutro, é preciso ter consciência dos elementos ideológicos que se pretende neutralizar; essa dialética implica a participação do jurista no processo de representação ideológica do homem e da sociedade, na medida em que ele é fiel a sua própria consciência; e aqui intervém a grande lição do mestre Hans Kelsen: o amor à verdade, que levará o jurista, não ao conformismo com a injustiça, ao alheamento quanto à miséria e o sofrimento, mas a retomar seu papel de construtor de uma sociedade digna para homens dignos.