

A Ideologia por trás do positivismo**The Ideology behind positivism**

DOI:10.34117/bjdv6n10-575

Recebimento dos originais: 08/09/2020

Aceitação para publicação: 26/10/2020

Motauri Ciocetti de Souza

Professor Doutor

PUC SP

Rua Monte Alegre, 984 Perdizes- São Paulo

Marina Yatsuda Frederico

Mestranda pela PUC-SP

Rua Martinico Prado, 90 apt 54

E-mail: marinayfrederico@bol.com.br

RESUMO

O presente texto *A Ideologia por trás do positivismo* se divide em duas partes: a primeira faz uma abordagem do que é o positivismo e de como ele se desenvolveu, de acordo com a visão do jurista Norberto Bobbio, focalizando o seu questionamento: o positivismo jurídico é uma técnica ou uma ideologia? Em seguida, analisamos o conto “Pai contra a Mãe”, do mestre do realismo Machado de Assis, para demonstrar as contradições da sociedade e os interesses da classe dominante presentes nas normas que vigem numa coletividade. A segunda parte aborda a pureza da ciência jurídica tal como idealizada por Kelsen, avessa a qualquer intervenção ideológica em sua análise, e que, por isso mesmo, dá lugar a ideologias tanto fascistas quanto democráticas. Segue-se uma reflexão sobre o ordenamento jurídico e as mudanças políticas no Brasil, tendo ainda como referência a *Teoria pura do direito*, de Kelsen.

Palavras-chave: Ideologia Positivismo Machado de Assis**ABSTRACT**

The text "*The Ideology behind the positivism*" is divided in two sections: the first tells about what is the positivism and how it has developed according to the jurist Norberto Bobbio's vision and his question: Is the legal positivism a technique or an ideology? Then, we use the short story "Father against mother", written by the master of Realism, Machado de Assis, to demonstrate the contradictions of the society and the interests of the predominant social class present in the rules that organize one collectivity. The second part covers the purity of legal science as conceived by Kelsen, averse to any ideological intervention in his analysis, which gives, however, the possibility of ideologies as fascist as democratic one to rise up. A reflection about the brazilian legal system and the political changes, using as reference the Kelsen's *Pure theory of law*, comes after.

Keywords: Ideology Positivism Machado de Assis

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a traçar um paralelo entre o positivismo de Hans Kelsen e o *Conto Pai-contra a Mãe*, do mestre da literatura, Machado de Assis.

A obra literária conta a história de uma mãe, Arminda, escrava em fuga, e um pai, Cândido Neves, capitão do mato que, por não ter condições econômicas de criar seu filho, vê-se obrigado a leva-lo a roda dos enjeitados. No percurso de sua residência, com o filho nos braços até a Santa Casa de Misericórdia, onde abandonaria o rebento, avista Arminda em fuga, a captura (mesmo após a clemência da gestante, sob a alegação do Estado no qual encontrava-se) e, em razão da brutalidade a leva a um aborto. Neves, por sua vez, beneficia-se de tê-la encontrado, pois, ao devolve-la ao “Senhor” recebe um dinheiro que o possibilita criar seu filho. Ao perceber o aborto e sua melhora de condição afirma, nem todas as crianças vingam.

Posto isso, questiona-se: todos os direitos vingam? Ou, assim como as crianças do Conto, apenas aqueles que não se propõe a ir de encontro com os pilares, de fato, do status quó da sociedade dominante?

Nessa toa, não se pode afirmar que a norma em si já traz uma ideologia por trás? Então, como estuda-la sem críticas ideológicas? Aliás, analisar o Direito tla como as ciências naturais, de forma neutra, não manifesta-se como posicionamento ideológica? Ou o Direito pode ser analisado, tal como se estuda a chuva, ou qualquer fenômeno natural?

Assim como o que decidiu qual criança vingaria forma fatores objetivos como a realidade material, o sistema escravista e os interesses da sociedade dominante; em relação às normas, não se pode dizer o mesmo?

2 I - POSITIVISMO E IDEOLOGIA

O presente tópico se propõe a realizar uma breve análise a respeito da relação que existe entre a vertente positiva do Direito e a ideologia, tal como conceituada por Norberto Bobbio.

Para tal, o texto partirá da compreensão do Direito Histórico, a partir dos ensinamentos do Professor Alysson Mascaro. Seguidamente, objetiva-se adentrar no conceito de positivismo jurídico, tal como idealizado por Bobbio.

A) O direito positivo segundo Norberto Bobbio

É relevante fazer uma breve contextualização histórica do Direito moderno. Para isso, contaremos, prioritariamente, com a ajuda do autor Alysson Leandro Mascaro.

Com o fim do feudalismo, surge uma nova forma de organização de Estado e as relações entre particulares também são claramente transformadas, dando início ao capitalismo mercantil. Se finda a dominação do senhor feudal sobre o servo, nasce a relação de compra e venda, atividade tipicamente burguesa, e, também, a necessidade de territórios livres e unificados que permitam a livre circulação e a comercialização dos produtos, além de um “ente que garanta as relações comerciais dos burgueses”. Para se controlar este Estado Moderno e os conflitos sociais, criam-se as legislações.

Até 1789 as normas eram criadas por soberanos e estes se colocavam acima das leis que eles mesmos criavam. Aos súditos o rigor da lei e a submissão absoluta ao Estado, enquanto que, para o Estado, que se representava e findava na figura do soberano, a total irresponsabilidade.

Esta realidade é modificada a partir do século XVIII. Com a queda do Absolutismo e a ascensão da burguesia, estabelece-se o Estado de Direito, isto é, o Estado é regido pelo princípio da legalidade, no qual os administrados podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíba, enquanto aos administradores cabe agir de acordo com o que a lei lhes permite. Esse novo modelo de Estado é fruto de ideias filosóficas como o Iluminismo, sendo um dos seus maiores destaques Montesquieu, com a obra *O Espírito das Leis*. A lei torna-se a única válida, entre tantas outras fontes do Direito, enquanto o ordenamento normativo, criado pelo legislativo, passa a ser o único sistema de controle exercido pelo Estado sobre o comportamento do homem em sociedade.

Deve-se, porém, analisar o surgimento da norma ainda no início da Era Moderna. O desenvolvimento das atividades mercantis obriga à sua regulamentação, e, para isso, criam-se ferramentas como, por exemplo, os títulos de crédito, contratos etc. Percebe-se o surgimento do Direito Privado. Para se garantir que as relações entre partes sejam cumpridas recorre-se ao Estado, que possui poder e superioridade sobre os cidadãos, inclusive para obrigá-los a cumprir o que foi averbado nos contratos, com o risco de sofrer sanções cíveis se do contrário agir.

Nesse início do capitalismo o Estado era guiado pela lógica mercantil, que permitia aos cidadãos comercializarem com garantias legais. O Estado, de acordo com essa lógica mercantil, institucionalizou a exploração do trabalho. Ao contrário do mundo feudal, em que o trabalhador (o servo da gleba) sofria uma coação obrigando-o a trabalhar, no capitalismo deixa de existir qualquer coação, exceto a econômica: a impossibilidade do operário sobreviver sem alugar a sua força de trabalho ao proprietário dos meios de produção. O contrato de trabalho é o instrumento que permite o funcionamento das relações de trabalho.

A partir do século XIX, o Estado regulamenta, por meio de suas leis, os interesses dominantes na nova ordem. Daí a insistência no pensamento jurídico de se entender o Direito

apenas como o conjunto das normas emanadas pelo Estado, descaracterizando, conseqüentemente, como jurídicas as outras fontes. Este modo de entender o Direito chama-se positivismo jurídico.

Como afirma Mascaro, com o surgimento dos grandes códigos,

o mundo ocidental começa a trabalhar com o direito de maneira peculiar. O direito não será mais entendido como uma especulação sobre o que é mais justo, nem como uma arte de resolver conflitos concretos, mas, sim, como um conjunto posto pelo Estado e garantido por ele (MASCARO, 2011, p. 24)

Assim, essa maneira “peculiar” de trabalhar com o direito nada mais é que a transformação paulatina da busca da justiça em domínio de técnicas de manejo das leis estatais, reduzindo, pois, o conhecimento do direito ao estudo das técnicas.

Concebido assim como um objeto, como fenômeno natural, como Ciência Jurídica, o positivismo jurídico procurou por uma norma isenta de interferências ideológicas, sociais, filosóficas, religiosas ou interpretativas. Idealizou-se um Direito Puro.

Todavia, o que é o positivismo jurídico: teoria ou ideologia? Este questionamento é feito pelo jurista Norberto Bobbio em sua obra *O positivismo jurídico*.

Teoria é uma expressão puramente cognitiva de um fato. Não há uma interferência e nem um **querer** na análise teórica. Há apenas uma descrição, ao passo que, na ideologia percebe-se uma valoração e uma intervenção do observador na percepção daquele fato. Não se trata, então, do observador neutro.

... dissemos que a teoria é a expressão da atitude puramente *cognoscitiva* que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízo de fato, que têm a única finalidade de *informar* os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume em face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *influir* sobre tal realidade. A propósito de uma teoria, dizemos ser *verdadeira* ou *falsa* (segundo seus enunciados correspondem ou não à realidade). Não faz sentido, ao contrário, apregoar a verdade ou falsidade de uma ideologia, dado que isto não descreve a realidade, mas sobre ela influiria. Diremos, em vez disso, que uma ideologia é do tipo *conservador* ou do tipo *progressista*, segundo avalie positivamente a realidade atual e se proponha a influir sobre ela, para *conservá-la*, ou que a avalie negativamente, destarte se propondo a influir sobre ela, para *mudá-la*. (BOBBIO, 2006, p.223)

Segundo Bobbio, salta aos olhos a ideologia nos juristas franceses da escola de exegese, chamados, justamente, de fetichistas legais, que eram taxativos em afirmar que a melhor forma de Direito é quando se tem uma lei codificada. Não foram simplesmente intérpretes do direito, mas admiradores do Código de Napoleão, assumindo uma atitude avaliativa.

Um dos representantes do positivismo inglês e idealizador do *Common Law*, Bentham, não se limitou a descrever o direito, mas fez duras críticas a ele, objetivando à sua modificação, de modo a enquadrá-lo às suas concepções. Dessa forma, acaba por revelar uma atitude ideológica.

O juspositivismo alemão da segunda metade do século XX é o que, principalmente, vem com uma grande carga ideológica, pois concebe a ideia de estatolatria, isto é, adoração ao Estado, vendo-o, não como “um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos, mas, como queria Hegel, como valor ético. O Estado “*é a manifestação suprema do Espírito no seu devir histórico e, portanto, é ele mesmo o fim último ao qual os indivíduos estão subordinados*” (BOBBIO, 2006, p. 224)

Os três exemplos citados confluem para a crítica à crença de um direito neutro, imune aos interesses e, portanto, não ideológico. Mas, segundo Bobbio, seria correto afirmar que todos possuem uma ideologia em comum: o dever absoluto de obedecer à lei enquanto tal.

A partir do momento em que a ciência jurídica passa a ditar normas, ela se torna *doutrinadora* de como agir, isto é, disciplina o comportamento humano, transformando-se em uma ética. Deixa de ser um estudo, uma análise fria e neutra ou de uma elaboração de uma técnica. Não à toa, Bobbio denomina positivismo ético ao se referir ao juspositivismo. Nessa atitude, há um valor, e como já foi ressaltado, quando se valora determinado fato, ultrapassa-se o plano cognoscitivo e invade-se a esfera ideológica.

Para propagar a obediência absoluta à lei, todavia, o positivismo apela ao realismo jurídico. Como o próprio nome indica, a norma é justa por vir da vontade ou do soberano ou de um grupo de maior força. Esta visão, que não se limita ao positivismo, possui uma tradição no universo do Direito.

Reafirmando: no absolutismo, a lei é a vontade do soberano, ao passo que, a partir do capitalismo industrial até o capitalismo contemporâneo, a lei é a vontade dos donos dos meios de produção. Logo, é sempre concebida em favor da classe dominante. Em decorrência disso, segundo Mascaro, o Estado é determinado por interesses burgueses ainda que faça algumas concessões, com a criação de normas garantidoras de interesses da classe proletária. Vide, como exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Bobbio cita Jean-Jacques Rousseau, em sua obra clássica *O Contrato Social*, que faz uma afirmação, sintetizando a linha de pensamento da concepção cética, ou realista da justiça.

Não podemos afirmar o dever absoluto ou de consciência de obedecer à lei: se está é somente a expressão da vontade do mais forte, eu a obedeco somente porque não posso fazer diferentemente (isto é, não por convicção, mas por constrição) e somente *enquanto*

não possa fazer diferentemente (a saber, enquanto quem comanda seja efetivamente o mais forte). (BOBBIO, 2006, pp.227-228)

B) Machado de Assis: a luta entre direitos iguais

Falemos um pouco da realidade brasileira no século XIX. Na nossa literatura o representante desse realismo cético foi Machado de Assis. O realismo foi a primeira corrente literária que, (ao contrário do naturalismo, que é a visão positivista aplicada à literatura), mostra que o homem é fruto da sociedade e seus atos e valores são por ela condicionados.

O “bruxo do Cosme Velho”, como era carinhosamente apelidado Machado, mostra que em uma sociedade desigual, escravista, vence a lei do mais forte. Embora não passasse diretamente por questões de ordem jurídica, está implícita em suas narrativas a descrença na justiça enquanto valor. Trata-se do conto “Pai contra mãe”, escrito no ano de 1906.

Machado inicia o conto mostrando a naturalidade e a legitimidade da tortura sofrida quase que cotidianamente no Brasil do século XIX.

A Escravidão levou consigo ofícios e aparelhos, como terá sucedido a outras instituições sociais. Não cito alguns aparelhos senão por se ligarem a certo ofício. Um deles era o ferro ao pescoço, outro o ferro ao pé; havia também uma máscara de folha-de-flandres. A máscara fazia perder o vício da embriaguez aos escravos, por lhes tapar a boca. Tinha só três buracos, dois para ver, um para respirar, e era fechada atrás da cabeça por um cadeado. Com o vício de beber, perdiam a tentação de furtar, porque geralmente era dos vinténs do senhor que eles tiravam com que matar a sede, e aí ficavam dois pecados extintos, e a sobriedade e a honestidade certas. Era grotesca tal máscara, mas a ordem social e humana nem sempre se alcança sem o grotesco, e alguma vez o cruel. Os funileiros as tinham penduradas, à venda, na porta das lojas. Mas não cuidemos de máscaras.

O ferro ao pescoço era aplicado aos escravos fujões. Imaginai uma coleira grossa, com a haste grossa também à direita ou à esquerda, até ao alto da cabeça e fechada atrás com chave. Pesava, naturalmente, mas era menos castigo que sinal. Escravo que fugia era assim, onde quer que andasse, mostrava um reincidente, e com pouco era pegado. (ASSIS, 1979, p.659)

Aquele que recuperasse a propriedade ao senhor recebia uma gratificação, como ironicamente afirma Machado, “pela generosidade”. Esta recompensa se dava em dinheiro.

O conto apresenta o personagem Candido Neves, um caçador de escravos, cujo ofício o deixava frequentemente em condições de grandes necessidades, uma vez que não era sempre que se capturava um escravo fugido.

Sua esposa acabara de dar a luz a um menino, mas o estado de penúria era tal, que a tia aconselhava insistentemente ao casal que o entregasse à roda dos enjeitados. A solução apareceu a Candido quando avistou uma escrava grávida e fugida. Transcrevamos tal passagem:

- Arminda! bradou, conforme a nomeava o anúncio.

Arminda voltou-se sem cuidar malícia. Foi só quando ele, tendo tirado o pedaço de corda da algibeira, pegou dos braços da escrava, que ela compreendeu e quis fugir. Era já impossível. Cândido Neves, com as mãos robustas, atava-lhe os pulsos e dizia que andasse. A escrava quis gritar, parece que chegou a soltar alguma voz mais alta que de costume, mas entendeu logo que ninguém viria libertá-la, ao contrário. Pediu então que a soltasse pelo amor de Deus.

- Estou grávida, meu senhor! exclamou. Se Vossa Senhoria tem algum filho, peço-lhe por amor dele que me solte; eu serei tua escrava, vou servi-lo pelo tempo que quiser. Me solte, meu senhor moço!

- Siga! repetiu Cândido Neves.

- Me solte!

- Não quero demoras, siga!

Houve aqui luta, porque a escrava, gemendo, arrastava-se a si e ao filho. Quem passava ou estava à porta de uma loja, compreendia o que era e naturalmente não acudia. (...)

- Você é que tem culpa. Quem manda fazer filhos e fugir depois? perguntou Cândido Neves. (...)

Foi arrastando a escrava pela Rua dos Ourives, em direção à da Alfândega, onde residia o senhor. Na esquina desta a luta cresceu; a escrava pôs os pés à parede, recuou com grande esforço, inutilmente. O que alcançou foi, apesar de ser a casa próxima, gastar mais tempo em lá chegar do que devera. Chegou, enfim, arrastada, desesperada, arquejando. Ainda ali ajoelhou-se, mas em vão. O senhor estava em casa, acudiu ao chamado e ao rumor. (...)

Arminda caiu no corredor. Ali mesmo o senhor da escrava abriu a carteira e tirou os cem mil-réis de gratificação. Cândido Neves guardou as duas notas de cinquenta mil-réis, enquanto o senhor novamente dizia à escrava que entrasse. No chão, onde jazia, levada do medo e da dor, e após algum tempo de luta a escrava abortou.

O fruto de algum tempo entrou sem vida neste mundo, entre os gemidos da mãe e os gestos de desespero do dono. Cândido Neves viu todo esse espetáculo. Não sabia que horas eram. Quaisquer que fossem, urgia correr à Rua da Ajuda, e foi o que fez sem querer conhecer as conseqüências do desastre.

Em seguida, Martins corre ao encontro do filho que havia deixado com o farmacêutico:

O pai recebeu o filho com a mesma fúria diversa, naturalmente, fúria de amor. Agradeceu depressa e mal, e saiu às carreiras, não para a Roda dos enjeitados, mas para a casa de empréstimo com o filho e os cem mil-réis de gratificação. Tia Mônica, ouvindo a explicação, perdoou a volta do pequeno, uma vez que trazia os cem mil-réis. Disse, é verdade, algumas palavras duras contra a escrava, por causa do aborto, além da fuga. Cândido Neves, beijando o filho, entre lágrimas, verdadeiras, abençoava a fuga e não se lhe dava do aborto.
- Nem todas as crianças vingam, bateu-lhe o coração. (ASSIS, 1979, pp. 666-667)

Machado mostra indiretamente que para se positivar uma norma universal, deve-se lutar com as forças daquela sociedade em questão. Para Machado, vence a lei dos mais fortes. Os direitos universais perdem o fôlego diante dos direitos positivados. A quem Arminda ou outros escravos poderiam recorrer? Para se clamar por uma garantia deve-se entrar com uma ação no judiciário, que julgará a demanda com base nas leis daquela sociedade. O positivismo impede que uma sentença se baseie na ética, nos problemas sociais ou até mesmo, em direitos humanos não legislados.

Um direito deixa de ser universal e torna-se fundamental, quando a sociedade dominante permite, pois esta controla as leis, principalmente no momento da concepção da norma. E, como muito já foi ressaltado, está a serviço de uma elite dominante.

Voltando ao cerne da questão: um ordenamento jurídico que concede personalidade jurídica aos brancos e coisifica os negros é ou não é justificado por uma concepção ideológica?

A norma traz em si um valor. No caso da sociedade escravista traz o direito de um ser sobre o outro. A palavra final de Cândido Neves, “Nem todas as crianças vingam”, explicita, faz saltar aos olhos do leitor que, independentemente do direito à igualdade, à dignidade, à vida, entre outros explicitados nos Direitos do Homem e do Cidadão, o direito que se sobrepõe é o daquele que detém o poder. Entre a integridade física, a dignidade de uma escrava, o direito de nascer do feto que ela carrega, e o direito de um branco de a manter como posse, como sua propriedade, e, principalmente, a vida do filho de um branco e o direito desse pai de tê-lo por perto e nas melhores condições, prevalecem os dois últimos.

Havia ali uma luta entre um pai e uma mãe pela preservação da vida de seus respectivos filhos. Metaforicamente podem-se entender as crianças como a representação simbólica do Direito. O direito de quem iria vingar, afinal, se nem todos os Direitos vingam, apenas, os dos mais fortes?

A justiça foi feita no caso do conto “Pai contra a mãe”? Para os positivistas extremos isso não importa, já que foi aplicada a norma e só ela importa. Cândido Neves cometeu um tipo penal irrelevante, como quebrar uma taça ou arrebentar uma porta. Embora existisse no Código Criminal do Império uma sanção a terceiro que fizesse uma grávida abortar, não se empregou isso ao caso em questão.

No 1º capítulo, seção III, que trata “*dos crimes contra a segurança de pessoas ou vida*”, pode-se ler:

CAPÍTULO I

Dos crimes contra a segurança de pessoas ou vida.

SECÇÃO III

Aborto

Art. 199: Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada.

Penas – de prisão com trabalho por um a cinco annos

Se este crime for commetido sem consentimento da mulher pejada.

Penas – dobradas (CÓDIGO, 1858, p. 82)

O Direito Penal existe para garantir que os direitos de uma *pessoa* não sejam violados por outrem. Não é de sua alçada, pois, zelar por direitos cujo sujeito ativo é *res*. Não havia na época leis contra crimes ambientais ou de maus tratos a semoventes. As “coisas” eram (e ainda continuam sendo no nosso ordenamento jurídico atual) objeto jurídico de proteção no direito penal, quando o sujeito passivo é o proprietário ou o possuidor, logo, é em nome deles que a lei penal atua e não em nome das “coisas”. E o escravo era “coisa”.

Ressalta-se que o Direito Positivo não julga moralmente o ato de Cândido Neves, apenas afirma ser, pelo direito, válido. Se o seu ato foi justo ou injusto, isso deve ser analisado pela sociologia. Essa pureza é necessária para que uma norma seja isenta de qualquer valor ideológico. Todavia, vê-se que é impossível tal limpidez ao ordenamento.

Pode-se afirmar que a lei de ordenamento jurídico que possibilita este tipo de situação, ao ser aplicada sem interpretações, tal como está disposta, estaria isenta de ideologias?

Se este conto retratasse a sociedade do período em que estava sendo escrito e não do período anterior, isto é, no Brasil de 1906, o Direito Positivo assistiria razão a Arminda, uma vez que no ano de 1888 foi promulgada a Lei Áurea, que libertava os negros da escravidão. A partir de então, eles eram pessoas com direitos, trabalhadores proletários como qualquer outro. O que fez essa realidade se modificar?

Não foram os direitos do homem e do cidadão que venceram a ideologia conservadora até então presente no Direito positivado no Brasil escravista. Os senhores de engenho estavam arruinados e não conseguiam mais “manter” seus escravos, sem contar que, após a proibição do tráfico negreiro, adquirir mais escravos estava complicado, somando-se ainda o alto índice de mortalidade entre estas vítimas do brutal poder. Os interesses burgueses não condiziam mais com a escravidão. Aos donos dos meios de produção que lucravam com o liberalismo não mais interessava ter um escravo para sustentar, que, ainda por cima, por não receber, não consumia. Uma norma progressista seria mais útil ao liberalismo que se aproximava do Brasil.

Novamente percebe-se uma norma positiva adequando-se aos interesses da classe detentora do poder. Ao afirmar que a norma deve ser obedecida tal como está para que não sofra nenhuma interferência de valores, o juspositivismo deixa de ser teoria, técnica, e passa a ser ideologia. O que está implícito nesta concepção é que os valores que estão presentes na norma não devem sofrer nenhuma intervenção de ideias que se contraponham àquelas já presentes na norma, pois assim se conservam os interesses econômicos e evitam-se mudanças que possam abalar os poderes já instituídos.

Com o término da escravidão, um trabalhador que vende sua força de trabalho por imposição das necessidades capitalistas, mediante um contrato, é considerado livre e este contrato de trabalho é visto, erradamente, como fruto da autonomia de vontade entre dois iguais.

Acompanhando o pensamento de Mascaro, em uma sociedade de economia capitalista, o direito é utilizado como ideologia, termo utilizado na sua acepção mais frequente no pensamento ocidental, a do uso de ideias “*para obscurecer a verdade e manipular as pessoas através do engano*” e, mais do que isso, que “*as ideias não podem nem devem ser tomadas pelo seu significado*”

manifesto, mas analisadas em termos das 'forças' que estão atrás delas" (OTHWAITE, BOTTOMORE, 1996, pp. 371-372). O discurso jurídico baseado na igualdade tem a função de esconder as reais desigualdades materiais existentes, igualando a todos os indivíduos no plano formal. É ideológico.

Não à toa, é inerente ao senso comum a não diferenciação entre direito e justiça: “no Brasil não se tem lei, não se tem justiça”, como se costuma ouvir. É interessante aos detentores do poder e da propriedade privada que o Direito burguês seja igualado à justiça, pois desta forma entende-se que a justiça é injusta em si mesma e não tem como ser modificada. Não se percebe que existem normas no nosso ordenamento jurídico utilizado pela classe dominante contra a população pobre, no sentido jurídico do termo, que podem ser modificadas. Para isso se devem enxergar que as normas não são a representação da justiça e que podem ser injustas, quando utilizadas para beneficiar interesses particulares. Para que ocorra esta modificação é necessário um esforço daqueles que penetram no mundo jurídico para irem de encontro à norma posta.

Esta mudança, todavia, não começa na aplicação das normas e, sim, na teoria jurídica. Muitos juristas afirmam que o Direito existe para fazer justiça e, logo, a norma é justa. Enquanto se conservar esta ideia, nada será feito em prol da modificação deste direito. Outros juristas, entretanto, estudam o Direito de forma progressista (entre eles Dalmo de Abreu Dallari) e percebem as normas que não são justas e que contêm uma ideologia por trás delas, com o intuito de preservar interesses. Deve-se, então, substituir esta ideologia presente por uma progressista. Com isso, o Direito poderá ser utilizado para transformar a sociedade.

“É por causa desse problema que o direito apresenta-se sobre um quadro dialético bem claro: na sua aparência imediata e na sua estrutura formal, o direito parece justo, igual, racional e livre. Na realidade, no entanto, ele estrutura e ampara uma sociedade injusta e desigual. Toda vez que identificarmos o direito só como técnica neutra ou como a ordem justa, encaminhamos a sua compreensão para um claro e danoso conservadorismo ou até a um calamitoso reacionarismo”. (MASCARO, 2011, p. 28)

3 PARTE II: O POSITIVISMO JURÍDICO

A partir daqui, nos propusemos a realizar uma análise a respeito do Direito como estudo, idealizado por Hans Kelsen e as contradições da realidade material que atravessam a ciência, levantando o seguinte questionamento: a ciência pura que o jurista Alemão propôs, pode ser pura e desvinculada da realidade?

A) Hans Kelsen: a norma pura valida ideologias opostas

O austríaco Hans Kelsen é referência obrigatória para quem estuda o positivismo jurídico. Em sua obra, *Teoria pura do Direito*, tratou do Direito não na sua aplicação, mas, sim, enquanto ciência. Idealizou, para fins de estudo, a norma pura.

Antes de mais nada, é prudente destacar de pronto que, em toda a sua ilustre trajetória jurídica, Kelsen nunca proclamou contra a justiça ou pretendeu um Direito injusto, como muitos o interpretaram. Outra equivocada e difundida afirmação sobre o jurista é que sua teoria foi fundamento para o Nazismo. Faltam com a verdade aqueles que a propagam, pois, um dos indícios desse aspecto é a expulsão do jurista da Alemanha de Hitler.

A grande influência de Kelsen foi a filosofia idealista de Kant. Este concebia que o Direito apenas tutelava as relações de cunho igualitário, ou seja, aquelas nas quais ambas as partes possuem direitos e deveres. Percebe-se que este direito igualitário exclui os escravos, por exemplo, que estão no centro das mazelas sociais e que se relacionam de forma completamente desigual com seus senhores. Essa realidade é contemporânea a Kant.

Influenciado por esse Direito Ideal, Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, concebeu uma técnica para se estudar o Direito: o positivismo jurídico. De acordo com ela a norma deveria ser afastada da realidade e estudada neutramente. O Direito deveria ser uma ciência autônoma, não vinculada a Sociologia, Filosofia, Psicologia ou qualquer outro estudo ou ideologia. Estava acima da realidade e deveria ser guiado pela racionalidade e não pelas contradições sociais.

Para o cientista do Direito as contradições jurídicas deveriam ser enxergadas por meio do nível superior da racionalidade, utilizando-se do privilégio da razão.

Uma vez que a ideologia tem raízes na vontade e não no conhecimento, a Teoria Pura do Direito é categórica ao afirmar que o estudo da norma deve ser isento de qualquer intervenção de ordem valorativa. Kelsen acredita que, quando se interfere com ideias em uma análise, compromete-se a verdade, que é imprescindível quando se faz a descrição de algo.

Jellinek precedeu e inspirou Kelsen no livro *Problemas fundamentais da teoria jurídica do Estado*, obra que deu origem a *Teoria Pura do Direito*. Kelsen não concorda com seus ancestrais da intelectualidade, porém, utiliza-se deles para fazer o contraponto teórico.

Jellinek escreve a respeito da teoria da autolimitação. Para o autor, a relação entre o Estado e seus administrados não se baseia apenas na força, porém, o espaço que existe da liberdade da pessoa física (Direito Privado) é automaticamente limitado pelo poder do Estado. O Estado cede ao particular o espaço que interessa a ele, isto é, ao Estado. À administração pública cabe a defesa do

Estado. O que garante, porém, que o indivíduo que ocupa o cargo de administrador esteja laborando em prol de interesses coletivos e não pessoais?

Kelsen faz crítica severa a esta teoria: a ciência do jurídico se mistura com quesitos psicológicos, sociais e políticos, por isso, na *Teoria pura do Direito*, Kelsen toma uma direção contrária, buscando a pureza jurídica. Para ele o “desejo do Estado” é aquilo que objetivamente está previsto em lei. Não entram em questão para a ciência do Direito os reflexos sociais que determinada norma exercerá e nem ao menos quais dialéticas do mundo real, político e econômico levaram à criação daquela.

Ela (a sociologia) pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos. Pergunta por que forma os fatos econômicos e as representações religiosas influenciam, de fato, a atividade do legislador e dos tribunais, por que motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica. Assim, não é, a bem dizer o próprio Direito que forma o objeto deste conhecimento: são-no antes e certos fenômenos paralelos da natureza. (KELSEN, 2014, p. 113)

Não interessam a vontade do soberano ou do povo, importa apenas o que a norma prescreve. Esta é válida a partir do momento que tenha validade em outra norma, que terá sua validade última na norma hipotética fundamental. Exemplificando: o Código Penal tem sua validade na Constituição, que tem, por sua vez, sua validade na norma hipotética fundamental. Independe de um critério moral ou de justiça, pois partindo do princípio que todas as normas devem ter como precedente a teoria pura do Direito, toda norma será justa. A Teoria Pura já possui em si mesma um critério de justiça.

Deve ser reiterado que o direito positivo é uma técnica, uma abstração para fins de estudo do Direito, cujo objetivo é estudar a norma sem nenhuma intervenção ideológica. A finalidade desta técnica não é justificar sistemas ou ideologias fascistas, todavia, sendo a norma vazia de ideologia, devendo ser aplicada quando for válida, qualquer ideologia pode dela se apropriar: democrática ou fascista.

B) Brasil: ordenamento jurídico e mudanças políticas

É relevante nos apropriarmos como exemplo da Ditadura Civil Militar, que, por meio de um golpe se impôs no Brasil do ano de 1964 à 1985. Em 1968 o país foi palco do que se chamou de “anos de chumbo”, momento de supressão de direitos políticos e individuais e a prática sistemática de prisões arbitrárias, tortura, muitas vezes seguida de homicídios daqueles suspeitos de irem contra o Regime. Para se legalizar a supressão de direitos, no dia 13 de Dezembro de 1968, sob a presidência de Costa e Silva, foi outorgado o Ato Institucional nº 5.

Art 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I - cessão de privilégios de foro por prerrogativa de função;
- II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III - proibição de atividades ou manifestação sobre assuntos de natureza política;
- IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada;
 - b) proibição de frequentar determinados lugares;
 - c) domicílio determinado,

§1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa e apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário

Art. 6º- Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

(....)

Art. 10º - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11º- Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. (INESP, 2004, pp.7-9)

O ato institucional pode ser estudado sem nenhuma intervenção ideológica? De acordo com o positivismo Kelsiano, não se deve contaminar com valores o estudo de uma norma, deve-se estudá-la com toda a pureza que ela apresenta. Porém, é visível que a norma não pode ser analisada com uma pureza que ela não traz. Na sua origem ela traz os valores ditatoriais que a instituíram.

As críticas que podem ser feitas à ciência jurídica proposta por Kelsen são no sentido da responsabilidade quanto às consequências catastróficas para a realidade que esta pureza pode ocasionar. Se uma norma é válida independente da mazelas sociais e políticas que ela causará, se sua validade é baseada apenas na sua forma de concepção, logo, legitimam-se e legalizam-se não apenas as ditaduras civis-militares que se implantaram na América Latina nas décadas de 60 e 70, como também regimes como o nazismo alemão, o salazarismo português e o fascismo italiano.

Porém, não apenas uma ideologia fascista pode apropriar-se da pureza da norma proposta pelo jurista austríaco. Podemos utilizar como referência a Constituição de 1988, marco da redemocratização do Brasil, promulgada após duas décadas de uma ditadura civil-militar. Ela traz em seus dispositivos a marca de valores progressista perante o antigo regime. O artigo 5º, que regulariza garantias individuais, mostra um limite do poder do Estado sobre seus cidadãos, objetivando impedir que arbitrariedades se repitam.

Art 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (VADE MECUM, 2014, p.6)

Já o artigo 6º dispõe sobre garantias sociais que obrigam o Estado para com seus administrados. A ideologia inerente a este artigo é a de um estado social que queria varrer o entulho autoritário, sem aderir, contudo, às concepções próprias de um Estado liberal.

Art 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (VADE MECUM, 2014, pp. 9-10)

Por fim, para Kelsen, o valor de “justo” se encontra na aplicação da norma vigente, não importando se ela é socialmente benéfica ou maléfica. Esta era a forma de aplicá-la sem influências interpretativas e ideológicas. Todavia, já na concepção de uma norma jurídica está intrínseca uma ideologia, seja ela para preservar interesses ou para modificá-los.

4 CONCLUSÃO

Diante do presente artigo, podem-se extrair as seguintes conclusões, como as que seguem.

Primeiramente, como nos ensina Norberto Bobbio em sua obra, *Positivismo Jurídico*, a pretensão de se estudar, ou aplicar determinada norma despida de qualquer intervenção ideológica, já possui uma ideologia nesse desejo, pois, uma vez que se busca por algo, já há valoração nessa escolha. Além disso, mesmo para aqueles que acreditam ser o direito uma ciência, analisa-lo do mesmo modo como se estuda uma ciência pura, natural é ESCONDER (BUSCAR MELHOR TERMO) os valores que se manifestam na própria norma.

Outrossim, o discurso de que o Direito é pura técnica e não um conjunto de valores e escolhas políticas que beneficiam e mantem o status quo da sociedade dominante, faz com que essa, por meio do Estado, seja privilegiada com a ideia de um ordenamento jurídico disfarçado de pura técnica. Pois, serve como instrumento para disfarçar as escolhas políticas presentes por detrás da elaboração e aplicação da norma, pois, “Como nem todas as crianças vigam”, nem todos os direitos universais ultrapassam as barreiras necessárias para serem positivados e, mesmo aqueles que, de direitos naturais passam a ser fundamentais, dependem do viés político do Estado, para serem ou não aplicadas e sobre quem recairá. Enfim, a norma para ser positivada depende de escolhas ideológicas e, não distintamente para serem aplicadas.

Tal afirmativa vai de encontro ao teórico do Direito, Hans Kelsen que, idealizando um estudo do direito puro e ideal, inspirado em Kant, isento de qualquer valoração ideológica. Porém, não é possível estudar sem apreciação de valores, o conjunto de normas existentes em uma sociedade. Estudar as normas presentes no período Ditatorial Civil-Militar de 1964, ignorando o fator político presente por detrás de cada uma delas, nada mais é do que transformar em técnica, algo que possui um viés político. A questão é, a quem tal escolha interessa. Certamente, ao poder econômico e político dominante.

REFERÊNCIAS

AI-5, Brasil, ame-o ou deixe-o. Fortaleza, Edições Inesp, 2004

BILLIER, J., MARYIOLI A. História da Filosofia do Direito. Trad. Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006
Código criminal do Império do Brasil. Recife: Typographia Universal, 1858. P. 82
(<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>)

FERRATER MORA, J. Dicionário de Filosofia. Tomo III. São Paulo: Ed. Loyola, 2001

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014

MACHADO DE ASSIS, J. M. Obra completa. Rio de Janeiro: Aguilar, 1979. v. 2

MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao estudo do Direito. 2a ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2011

OUTHWAITE W., BOTTOMORE T. Dicionário do pensamento social do século XX. Editoria brasileira: LESSA, R., SANTOS, W.G. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996

Código criminal do Império do Brasil. Recife: Typographia Universal, 1858. P. 82
(<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>)