

O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM KELSEN, A TEORIA PURA DO DIREITO E O CONFRONTO COM O PENSAMENTO CRÍTICO

Mário Montanha Teixeira Filho

Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

RESUMO

Este trabalho aborda a noção de democracia em Kelsen, baseada nos postulados da igualdade e da liberdade e presente na obra *Essência e valor da democracia* (1929), bem como os seus reflexos na *Teoria pura do direito* (1934). No seu desenvolvimento, analisa o confronto entre o dogmatismo jurídico, que concebe um sistema determinante de condutas humanas autônomo, neutro e desprovido de conotação política ou ideológica, inserido exclusivamente no aparelho do Estado, e o pensamento crítico, de inspiração marxista, surgido em vários países ocidentais, principalmente durante as décadas de 1960 e 1970. O que se constata, a esse respeito, é que o kelsenismo, apesar da sua impressionante coerência lógica e do indiscutível peso que ainda exerce sobre as formas jurídicas consolidadas no século XX, está longe de ser uma doutrina livre de contradições. Diferentemente disso, os elementos de análise teórica que ele contém são insuficientes para dar abrigo à sua pretensão de estabelecer a separação rigorosa entre ciência política e ciência do direito. Daí a negação do positivismo por juristas que, denunciando-o como uma simplificação que reduz o legítimo ao legal, sustentam a ideia de inserção do conceito de justiça na interpretação da norma.

Palavras-chave: democracia, positivismo, normativismo, dogmatismo, Estado, direito, ideologia, participação, Kelsen, kelsenismo.

ABSTRACT

This paper discusses the notion of democracy in Kelsen, which is based on the postulates of freedom and equality and present in *Essence and value of democracy* (1929), as well as its consequences on the *Pure theory of law* (1934). In its development, it approaches the confrontation between juridical dogmatism, which conceives a determinant system of human conducts that is autonomous, neutral and devoid of political or ideological connotation, inserted exclusively in the state apparatus, and the critical thinking, of Marxist inspiration, which

appeared in Western countries, especially during the 1960s and 1970s. What is clear in this respect is that kelsenism, despite its impressive logical coherence and the undeniable weight it still exerts on the legal forms consolidated in the twentieth century, is far of being a doctrine free of contradictions. Otherwise, the elements of theoretical analysis it contains are insufficient to shelter its claim to establish the strict separation between political science and law science. Hence the denial of positivism by jurists who denounce it as a simplification that reduces the legitimate to the legal, and which motivates them to defend the idea of insertion of the concept of justice in the interpretation of the norm.

Keywords: democracy, positivism, normativism, dogmatism, state, law, ideology, participation, Kelsen, kelsenism.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A afirmação de Hans Kelsen como um dos mais célebres pensadores do século XX é consenso entre os estudiosos do Estado e dos sistemas jurídicos contemporâneos. Ao enfrentar as noções de democracia e de direito sob um ângulo eminentemente formal, a teoria kelseniana desenvolve conceitos que se interligam com impressionante coerência. Essa formulação singular aparece na obra que constitui o ponto de partida da reflexão levada a efeito neste trabalho, *Essência e valor da democracia*¹.

Escrito em 1929, o ensaio de Kelsen condiciona a ideia de democracia à formação de uma vontade coletiva, corporificada no Estado. Há, a propósito, nítida conexão com o pressuposto de regramento da vida em sociedade por um conjunto de normas estatais, integrante de um sistema fechado e imune a interferências de ordem política, social e econômica. Esse racionalismo dogmático, transportado para a *Teoria pura do direito* (1934), se reconhece como expressão máxima do positivismo jurídico. Como repercussão ideológica de sua época, traduz “a decadência do liberalismo do mundo capitalista, intensificada a partir da Primeira Guerra Mundial” (DINIZ, 1988, p. 105).

A recorrência com que o nome de Kelsen é citado em estudos no campo do direito e das ciências sociais não significa, porém,

que seu pensamento seja incontroverso. Ao contrário disso, o normativismo que marca a vasta produção literária do filósofo ilustre – e que norteia o conceito de democracia elaborado por ele – foi alvo de ataques desferidos por correntes críticas do direito, que enxergam no monismo estatal e na submissão da vida em sociedade aos limites da lei um fator de dominação de classe. Essas correntes antidogmáticas, de inspiração marxista, proliferaram em países ocidentais, particularmente nas décadas de 1960 e 1970. Tratava-se de livrar o direito da pretensão de incorporar uma ciência neutra, separada rigorosamente da política, e de estabelecer um contradiscurso às teorias jurídicas consideradas hegemônicas. Ocorre que as muitas variantes do pensamento crítico, elaboradas pelos doutrinadores que reúnem a sua base intelectual, fizeram com que a denominação “teoria crítica do direito” fosse percebida como insuficiente e de pouca precisão sistemática. Daí a tendência à adoção de termos mais abrangentes para designá-la, como, por exemplo, “pensamento” ou “discurso” crítico (COSTA e ASSIS, 2010, p. 5896).

Se a teoria pura do direito é tida como “a mais coerente e impressionante formulação de uma análise geral da problemática jurídica até hoje elaborada”, isso não quer dizer que ela esteja necessariamente “certa” (SALDANHA, 1977, p. 476-477). Kelsen se revelou um crítico ácido do marxismo, mas foi, também ele, contestado por juristas que atribuíram ao positivismo a consolidação de um direito “de classe”, a serviço da exploração capitalista. São esses alguns dos aspectos a serem abordados na sequência. O seu interesse persiste muitas décadas após os debates que envolveram, em suas origens, o kelsenismo, a ideia de democracia representativa e a aplicação do direito sob um ponto de vista “transformador”.

2. A NOÇÃO DE DEMOCRACIA

Kelsen elaborou, em *Essência e valor da democracia*, um estudo que abrange vários aspectos do que pode ser entendido

como lugar comum do pensamento político herdeiro das revoluções burguesas de 1789 e 1848²: o ideal democrático. Para isso, construiu um modelo que se põe, em tese, à margem dos regimes políticos e concebe a democracia a partir de uma reação às limitações determinadas pela força coercitiva resultante do estado de sociedade. Seria ela – a democracia – um protesto contra a imposição da vontade alheia, contra o “tormento da heteronomia” – ou um protesto da natureza, acompanhado da exigência de liberdade (KELSEN, 1934, p. 15).

O postulado da igualdade traz, em si, a noção de que ninguém deve mandar em ninguém. Ocorre, todavia, que as coletividades humanas impõem a presença de um comando. A ideologia política, ao conceber a democracia como síntese dos princípios da igualdade e da liberdade, admite que a normatização obrigatória das relações interindividuais, decorrente da formação da sociedade e do Estado, traduz um poder constituído. Para Kelsen (1934, p. 16-17), “uma vez que precisamos ser governados, é lícito querermos, minimamente, ser governados por nós mesmos”, condição que transforma a liberdade natural em liberdade social ou política.

Extraí-se, desse pensamento, uma tendência normativista, recorrente na obra de Kelsen, que destaca o papel do Estado como produtor de comandos positivos que disciplinam a vida em sociedade. É que, “em termos de teoria do conhecimento, se a sociedade deve existir como sistema distinto da natureza, ao lado da legalidade natural deve existir uma legalidade social específica” (KELSEN, 1934, p. 17). Cuida-se de identificar o conflito que existe entre liberdade individual e ordem social – dotada, a última, de valor objetivo, acima da vontade dos indivíduos que lhe estão submetidos. Significa dizer que a existência da sociedade ou do Estado implica uma discordância entre ordem social e vontade individual (KELSEN, 1934, p. 21).

A maior parte das pessoas nasce numa ordem estatal dada antecipadamente, para cuja criação não contribuiu. Ela resulta da junção de vontades alheias, e está sujeita a aperfeiçoamentos determinados pelo princípio da maioria absoluta, importante para a aproximação da ideia de liberdade. Esse pressuposto majoritário admite que nem todos os indivíduos são livres³, mas pretende fazer com que o maior número deles

o seja – quer dizer, vislumbra uma ordem social que contrarie o menor número possível de indivíduos. Com isso, o conceito de liberdade passa da noção de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado para a noção de participação do indivíduo no poder do Estado. A antinomia entre a vontade do indivíduo, ponto de partida da exigência de liberdade, e a ordem estatal, que se apresenta ao indivíduo como vontade alheia, é inevitável. No Estado democrático, essa antinomia é reduzida a um “mínimo aproximativo”. A liberdade do indivíduo permanece em segundo plano, superada pela liberdade coletiva (KELSEN, 1934, p. 19).

O princípio da maioria como elemento balizador do conceito de liberdade encontra ressonância em Karl Renner, citado por Leser (1979, p. 17):

A noção de Kelsen de que o maior número possível de homens livres corresponde ao menor número possível de homens que veem a sua vontade entrar em contradição com a vontade geral da ordem social é retomada nos escritos de Renner. Kelsen enxerga o princípio majoritário como ‘característica sociológica da força de integração social’, e nega que isso consista num domínio da maioria sobre a minoria. Em verdade, a maioria é obrigada a ter em conta a minoria; a vontade coletiva constituída segundo o princípio da maioria se apresenta ‘não como imposição da maioria contra a minoria, mas como resultado da influência recíproca dos dois grupos, como resultante do encontro entre as suas diferentes vontades políticas.’

Como expressão da vontade geral, a representação da maioria deve alcançar, também, os interesses da minoria. Essa formulação, de qualquer modo, não é capaz de promover, isoladamente, a integridade das ações da minoria. Esta, num sistema democrático, deverá ter à sua disposição mecanismos que lhe propiciem alguma interferência na formação da vontade geral (da maioria). Se não for assim, tenderá a diminuir a sua participação, com o risco de eliminar o confronto entre maioria e minoria, que é próprio da democracia e indispensável à sua sobrevivência.

3. A UNIDADE JURÍDICA E O SISTEMA NORMATIVO

Idealmente, para Kelsen, a democracia constitui uma forma de Estado e de sociedade em que a ordem social se realiza por intermédio do povo, compreendido como uma pluralidade de indivíduos que, para se converter em unidade, demanda uma estrutura que lhe estabeleça normas de conduta definidas e criadas a partir de uma vontade coletiva. A unidade, aqui, é jurídica, e corresponde à submissão de todos os membros da comunidade ao mesmo sistema de regras e sanções criado pelo Estado. Esse raciocínio considera que “o ‘povo’ não é, ao contrário do que concebe a imaginação ingênua, um mero conjunto de indivíduos, mas um sistema de atos individuais determinados pela ordem jurídica estatal” (KELSEN, 1934, p. 31). A explicação é a seguinte:

Se a unidade do povo não passa da unidade dos atos humanos regidos pelo ordenamento jurídico do Estado, o povo se reduz – dentro da esfera normativa na qual aparece o ‘poder’ como vínculo normativo e como imposição de uma lei – a um objeto de poder. Os homens somente podem ser considerados sujeitos de poder desde que tenham participado da criação da ordem política. É precisamente nessa função substancial para a ideia de democracia, precisamente no momento em que o povo intervém na criação das normas, que se manifesta a diferença entre esse ‘povo’ e o ‘povo’ definido como conjunto de indivíduos submetidos às normas. (KELSEN, 1934, p. 32)

A participação, sob esse prisma, seria garantida pelo parlamento, com a presença, também, dos partidos políticos⁴, definidos como órgãos que agrupam homens de mesma opinião e lhes possibilitam influência efetiva sobre a gestão dos negócios públicos, atuando como intermediários na formação da vontade do Estado, em substituição aos impulsos individuais. Embora defenda o parlamentarismo como solução, Kelsen não o identifica, necessariamente, com o conceito de democracia. Ele apenas constata que a democracia direta se tornou prática impossível nos Estados modernos e conclui, com base nisso, que o parlamentarismo, por sua capacidade de estabelecer a formação indireta da vontade (a vontade do Estado, ao deixar de ser obra direta do povo, passa a se expressar nas ações de um parlamento eleito pelo povo), é a única forma possível da ideia de democracia (KELSEN, 1934, p. 50).

No esquema kelseniano, a norma tem o significado de ato de vontade política. Essa construção formal indica que é possível que todas as questões que cercam a vida em sociedade encontrem resposta na ordem jurídica controlada pelo Estado. Vê-se, portanto, que existe coerência lógica entre a concepção de democracia em Kelsen e o direito encarado como ciência desprovida de afetações de ordem social e política, sintetizada na “teoria pura”, que se propõe a “garantir um conhecimento apenas dirigido do direito e [a] excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito” (KELSEN, 1962, p. 1).

O conhecimento concentrado nas normas jurídicas, que empresta a determinados fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos, orienta as condutas humanas. A questão fundamental, para Kelsen, consiste em verificar a validade da norma, a descrever o direito como ele é, e não como deveria ser. Assim:

Nesse sentido, a teoria pura do direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se essa sua tendência pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um 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’. Nesse sentido, é uma teoria do direito radicalmente realística, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. (KELSEN, 1962, p. 7)

A coordenação entre as ações humanas e a ordem jurídica, único juízo de valor admitido na “teoria pura”, envolve uma hierarquização normativa. Kelsen (1962, p. 7) explica:

[...] Uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda a e qualquer norma que pertence a esse sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma dessa ordem jurídica.

O sistema normativo fechado de Kelsen sustenta a identificação entre direito e Estado, além de desconsiderar as diferenças ideológicas que envolvem as disputas entre liberalismo e socialismo. Esse modelo, de aparência “neutra”, se reflete nos estudos do autor sobre democracia, embora não deixe de lado a crítica ao materialismo histórico, que pressupõe um conflito

permanente entre duas classes sociais – o operariado e os detentores da propriedade privada dos meios de produção –, cuja solução não se encontra, necessariamente, na forma política democrática.

4. SOCIALISMO, DEMOCRACIA E AMEAÇA AUTOCRÁTICA

Ao tratar do conceito de democracia, dando-lhe enfoque eminentemente normativo, Kelsen não abandona uma análise crítica sobre o funcionamento dos Estados socialistas. Em determinado momento histórico, as ressalvas têm endereço: a burocracia instalada na antiga URSS sob o comando de Stalin. Consta do prefácio de *Essência e valor da democracia* que o ideal democrático serviu, nos séculos XIX e XX, “para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões” (KELSEN, 1934, p. 11-12). Isso quer dizer que a democracia, como valor político, sofreu um processo de revisão no período seguinte à Primeira Guerra Mundial. Até então, o movimento que conduziu à Revolução de 1917, na Rússia czarista, parecia compartilhar os princípios fundamentais da democracia e do socialismo. O conflito gerado pela aplicação prática desses conceitos, intensificado no interior do partido bolchevique, originou duas frações: de um lado, a que procurou manter os postulados primários da revolução; de outro, a que assumiu uma forma política autocrática. Ao mesmo tempo, a burguesia, sentindo-se ameaçada pelas transformações políticas que se anunciavam, também adotou uma atitude antidemocrática, da qual resultou o fascismo italiano.

4.1. O processo de transformação do capitalismo

A questão tem a ver com o confronto entre o desenvolvimento capitalista e a ascensão política do operariado. Ainda durante a Primeira Guerra Mundial, a literatura socialista pas-

sou a adotar o termo “capitalismo de Estado” para designar um conjunto de medidas adotadas pelos Estados capitalistas para controlar, orientar, coordenar e planificar a economia. Essa tendência foi retomada na sequência da crise econômica de 1929 (ALTVATER, 1989, p. 13). Um pouco antes, Rudolf Hilferding⁵ já havia delineado o processo de transformação do capitalismo, com a passagem do sistema da livre concorrência para o de controle estabelecido por cartéis, trustes e monopólios. Esse mesmo economista, nos debates travados pela social-democracia na Alemanha e na Áustria, no final dos anos 1920, compreendeu que o surgimento das grandes massas organizadas, embora com o significado de fator quantitativamente novo, não generalizou a ruptura revolucionária, corolário da luta de classes, mas, antes, potencializou a capacidade de adaptação dos mecanismos do sistema (MARRAMAIO, 1990, p. 161).

A polêmica seria retomada, com maior especificidade, depois da Segunda Guerra Mundial, na URSS dominada pelo stalinismo, quando se propagou a ideia de proximidade da “morte” do capitalismo. Naquele momento, a questão que se colocava consistia em saber se o capitalismo contemporâneo poderia estabilizar-se ou se, ao contrário, seu desequilíbrio recrudesceria ainda mais. O economista Evgueni Varga, antigo dirigente da III Internacional Socialista, defendeu que o capitalismo havia adquirido características novas, capazes de equilibrar o sistema, contrariando – perigosamente, diga-se – a tese de Stalin de crise total do Estado capitalista (ALTVATER, 1989, p. 25).

Não se pode negar que a democracia política abriu aos trabalhadores, como classe social, a oportunidade de assegurar muitas das suas reivindicações. Para algumas correntes marxistas, porém, a submissão das organizações de massa às regras eleitorais serviu, mais do que isso, para conter as lutas operárias, restringindo-as a aspectos “legais”. Przeworski (1986, p. 46), ao analisar o tema, observa:

A política eleitoral constitui o mecanismo em que qualquer pessoa pode, como cidadão, expressar reivindicações quanto a bem e serviços. [...] Enquanto que, como produtores imediatos, os trabalhadores não têm nenhuma garantia institucional em relação ao produto, como

cidadãos podem lutar por tais garantias através do sistema político. Além do mais, como cidadãos, e não já como produtores imediatos, podem intervir na própria organização da produção e alocação do lucro.

E ressalva, logo depois, com base em Rosa Luxemburgo:

A participação imprime uma estrutura particular sobre a organização dos trabalhadores como uma classe. O efeito da participação sobre as relações internas da classe foi bem analisado por Luxemburgo: ‘A divisão entre luta política e luta econômica e a separação entre as duas não é mais do que um produto artificial, mesmo que historicamente entendível, do período parlamentar. De um lado, no desenvolvimento pacífico, normal para a sociedade burguesa, a luta econômica é fracionada, estilizada em uma variedade de lutas parciais limitadas a cada firma, a cada ramo de produção. De outro lado, a luta política é conduzida não pelas massas através da ação direta, mas em conformidade com a estrutura do Estado burguês, segundo o modelo representativo, por pressão exercida sobre o corpo legislativo’. (PRZEWORSKI, 1986, p. 48)

O dilema que contrapõe os conceitos de reforma e revolução atravessou a primeira metade do século XX, rompendo os limites do positivismo concebido pelas teorias de Kelsen sobre a democracia e o sistema jurídico-político. Na Europa arrasada pelas guerras, esse período foi marcado por uma série de políticas de incentivo à intervenção do Estado no domínio econômico. Pretendeu-se, com isso, criar um “estado de bem-estar”, no qual as estruturas de poder, para assegurar a verdadeira democracia, deveriam respeitar e garantir os direitos da pessoa, mas, antes disso, subordinar os interesses individuais aos interesses coletivos.

4.2. O liberalismo como postulado teórico a ser superado

A afirmação democrática do socialismo se dá num ambiente de destruição dos postulados liberais, e pressupõe que a propriedade privada dos meios de produção atribui ao capitalista, além da prerrogativa de exploração do trabalho, a de fazer com que seus interesses prevaleçam na administração dos negócios políticos da comunidade. Uma sociedade socialista teria, necessariamente, que romper esse esquema, no qual o poder político surge como forma particular do poder econômico da

classe dominante (MILIBAND, 1988, p. 134).

Empenhado em combater a visão instrumentalista que concebe o Estado como aparelho de dominação de classe, Schumpeter (1984, p. 57) aponta, em defesa da tese de incompatibilidade entre socialismo e democracia, os desvios totalizantes que marcaram o funcionamento das instâncias do partido revolucionário:

Em primeiro lugar, há uma grande comunidade socialista que é regida por um partido minoritário e que não oferece nenhuma possibilidade a qualquer outro. E os representantes desse partido, reunidos em seu 18º Congresso, ouviram os relatórios e aprovaram unanimemente as resoluções sem qualquer coisa parecida com o que chamamos de discussões. Terminaram por votar – como se declarou oficialmente – que ‘o povo russo (?), em devoção incondicional ao partido de Lênin e Stalin e ao Grande Chefe, aceita o programa das grandiosas obras elaborado neste que é o mais sublime documento da nossa época, o relatório do camarada Stalin, para cumpri-lo destemidamente’, e que ‘nosso partido bolchevique entra, sob a liderança do gênio do grande Stalin, em nova fase de desenvolvimento.’ (SCHUMPETER, 1984, p. 39)

Esse relato coincide com algumas das impressões de Kelsen, para quem um regime socialista pode ser não-democrático, já que, em termos puramente formais, as suas características definidoras não dizem nada a respeito do procedimento político. Por esse motivo, Schumpeter (1984, p. 59) considera que “a única questão é saber se – e em que sentido – ele [o socialismo] pode ser democrático”.

Ainda conforme o esquema kelseniano, o marxismo erra ao conceber o princípio majoritário – fundamental na democracia parlamentarista – como abstração, algo que somente poderia encontrar ressonância numa sociedade em que houvesse plena comunhão de interesses entre seus membros, e nunca numa sociedade dividida em classes. Kelsen (1934, p. 55), em suas elaborações teóricas, não postula uma harmonia essencial de interesses nas sociedades, mas afirma que essa harmonia poderá ser criada mediante compromissos permanentes e renovados de modo incessante. A desconsideração do princípio da maioria como forma essencial da democracia – e do parlamentarismo, em particular –, assim, conduziria a métodos revolucionários violentos, formadores de regimes autocráticos, em substituição a compromissos capazes de resolver a oposição de classes.

5. AS REAÇÕES AO MODELO JURÍDICO KELSENINANO

Baseado no princípio da liberdade e da igualdade, o modelo democrático kelseniano é fruto de uma construção doutrinária que encara a ciência jurídica sob o pressuposto da lei editada pelo Estado (KELSEN, 1962, p. 7). Esse pensamento, próprio do relativismo filosófico reivindicado por seu autor, adota uma postura isenta e neutra – ou não-ideológica – vinculada à temática do jurídico: “sem interpenetrações com temáticas sociológicas, psicológicas ou políticas”, como afirma Saldanha (1977, p. 477). Nessa linha, a valorização do relativismo teria sido utilizada por Kelsen, em *Essência e valor da democracia*, como fator de oposição à intolerância e à autocracia.

O legalismo, na acepção da “teoria pura”, fez surgir a crença de que o direito é, em si mesmo, racional – enunciado que, ao lado dos princípios do monismo e da estatalidade, forma o tripé ideológico em que se assenta a dogmática jurídica. Por conseguinte, sendo o Estado a única ou principal fonte do direito, os indivíduos, na condição de seres racionais, somente permitem conduzir-se por seres ou por meios igualmente racionais. Coelho (1987, p. 186) explica que o princípio da racionalidade se põe como pressuposto ideológico desde que o senso comum projeta sua própria razão – ou como ela se manifesta subjetivamente nos seres humanos – para o direito objetivamente considerado. Assim, “não é o jurista ou os sujeitos das relações jurídicas que são racionais; o próprio direito, em suas expressões normativas, ordenamentais ou decisórias, é que é dotado de uma racionalidade imanente, a qual o jurista pode e deve captar” (COELHO, 1987, p. 186).⁶

Segundo Kelsen (1962, p. 42), “a teoria pura do direito, como ciência específica do direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas, e não sobre os fatos da ordem do ser [...]: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado”. Isso significa que “ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdos de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas”.

5.1 O pensamento crítico e suas correntes

O rigor teórico em Kelsen, como não poderia deixar de ser, provocou reações nos meios jurídicos e políticos em vários países ocidentais. A partir dos anos 1960, com impulso nos anos 1970, desenvolveu-se a chamada “teoria crítica”, corrente que incorpora uma visão materialista do direito (um pensamento marxista acadêmico), com destaque para o seu aspecto ideológico, e nega as teorias consideradas “tradicionais”, cuja expressão mais conhecida se enquadra no positivismo jurídico e no normativismo (o direito como ciência desprovida de afetações de ordem social e política).

Esse debate, decorrente do que Costa e Assis (2010, p. 5898) denominam, em sentido largo, de “atitude crítica”, responde pelo surgimento de várias tendências do pensamento antidogmático, tais como: *Critical legal studies*, *Association critique du droit*, *Pluralismo crítico*, *Direito achado na rua* e *Justiça alternativa*. Na explicação de Wolkmer (2006, p. XVII):

O pensamento crítico se desdobra em várias tendências, do que resultam dificuldades em se determinar os limites e os fundamentos de cada uma delas. Tem-se, como ponto comum, a negação do direito como um sistema fechado e definidor das relações em sociedade. [...] No plano teórico, trata-se de formulações que buscam a erosão dos mitos e das falácias reproduzidos pela ciência jurídica tradicional, com o reordenamento do direito ‘no conjunto das práticas sociais que o determinam’. No nível da práxis, ‘procura-se constituir o direito como instrumento estratégico de efetiva alteração das práticas reais vigentes, capaz de impulsionar a construção de uma organização social mais justa e democrática.’

O marxismo, em suas várias ramificações, tende a hostilizar o direito, a tomá-lo como fator de legitimação da propriedade privada e de dominação de classe⁷. Essa postura deriva, em certa medida, da convicção de que o direito desaparecerá tão logo se alcance o estágio de uma sociedade verdadeiramente humana de produtores associados (KAMENKA, 1988, p. 109). O pensamento crítico, atento a isso, trabalha com uma ideia central relativamente simples, alicerçada nas contradições práticas existentes entre o aparelho judicial, concebido como estrutura

de mediação de conflitos, titular de uma função “moderadora” e “neutra”, e os compromissos (diretos ou indiretos) de seus agentes com a preservação do sistema capitalista. Numa análise estritamente lógica, os juristas se obrigariam a operar como se fossem máquinas, nos limites da norma estatal. Para Azevedo (1989, p. 54), a problemática apresenta os seguintes contornos:

[Trata-se de] um discurso jurídico flagrantemente ideológico, que termina por desembocar no formalismo lógico-jurídico, cuja premissa fundamental consiste justamente na pretensão de conhecimento do direito separado de toda e qualquer ideologia. Nessas condições, o estudo e a investigação do direito se realizam em um sistema fechado, cujos pressupostos são aprioristicamente tidos como verdadeiros e cujo objeto mostra-se imune à crítica e distante dos problemas sociais reais. [...] Essa postura de aparente neutralidade [...] confere [aos juristas] lugar seguro no condomínio do poder. Quando o poder é legítimo, essa situação passa despercebida; quando é ilegítimo, seu caráter insustentável transparece à luz do dia.

O direito, na contrapartida dada pelo antidogmatismo, se coloca num horizonte “emancipador”, apresentando-se como “modelo de uma legítima organização social da liberdade”, o que importa em mecanismos de interpretação da norma jurídica mais próximos da realidade social. O profissional do direito, então, se reconhece como produtor de significados (intérprete) – e não como simples “operador” –, em cujas atividades existe um espaço político a ser explorado (COSTA e ASSIS, 2010, p. 5894).

Nem tudo é consenso, todavia, no âmbito das tendências críticas. Biondi (2014, p. 140), por exemplo, prefere relativizar o alcance do poder “emancipador” que elas conferem à ciência jurídica. E afirma que o pensamento colocado à esquerda do senso comum tende a atribuir relevância exagerada às ações individuais dos agentes do direito. São vertentes doutrinárias que enxergam “rachaduras”, “brechas” e “contradições” aptas a converter o direito em ferramenta de luta. Essa ideia, embora atraente, faria com que “aqueles que vivem de Poder Judiciário (juízes, promotores, advogados, etc.), ao lidarem cotidianamente com mecanismos de poder, [fossem] conduzidos à ilusão de que podem transformar a sociedade” (BIONDI, 2014, p. 150). Em compensação, outros autores, como Aguiar (1982, p. 122), acreditam que determinados mecanismos proces-

suais, impulsionados no interior do aparelho estatal, são capazes de apontar as suas (do aparelho estatal) contradições e obter resultados que contribuem para mudanças sociais importantes, desde que “o direito apresenta fissuras e aberturas pelas quais se pode introduzir uma interpretação alternativa, dentro de seus parâmetros formais”.

6. CONCLUSÃO

O prefácio à primeira edição da *Teoria Pura do direito*, de 1934, afirma que o Estado constitui uma estrutura desprovida de “politicidade”, circunstância que justificaria a separação rigorosa entre ciência jurídica e ciência política. Esse apoliticismo metodológico desdobra-se em apoliticismo doutrinário, e se acha comprometido, de certo modo, com um esquema de pensamento de feição liberal (SALDANHA, 1977, p. 484). É que, em sua argumentação sobre o Estado, a política e a democracia, Kelsen supõe uma realidade em que os indivíduos são livres e iguais.⁸ No campo democrático, a liberdade e a igualdade determinariam: i) a escolha de valores; e ii) a forma de governo capaz de, pelo critério da adequação funcional, concretizar os valores eleitos.

No universo das leis e dos tribunais, tudo se passaria como se o direito fosse efetivamente autônomo, circunstância que daria às sentenças judiciais o caráter de objetividade, coerência e racionalidade. Para Villey (1957, p. 345), todavia, a neutralidade da ciência do direito, postulada pela doutrina kelseniana, não passa de instrumento “a serviço da ordem estabelecida”. O positivismo corresponderia a uma ideia falsa, “pobre e empobrecedora no sentido das finalidades do trabalho do jurista” (VILLEY, 1957, p. 346). Indo mais além, Andrade (1996, p. 95) afirma que as práticas jurídicas dominantes estão presas a conceitos do século XIX, ligados à escola da exegese, que impõe ao julgador a tarefa de “cumprir a lei e ponto”. Tem-se, por conseguinte, uma simplificação que “reduz o legítimo ao legal, afirmando que o poder se torna legítimo quando sustentado por

qualquer legalidade” (LAFER: 1978, p. 11).

Daí a ideia de inserção do conceito de justiça na interpretação das normas, sob uma perspectiva transformadora do direito. Para Chauí (1986, p. 19), “[...] a diferença entre *jus* e *lex* é necessária, pois a definição do justo determinará a qualidade da natureza das leis”. Em outras palavras, ao contrário do que o positivismo pretende convencer, “a ordem estabelecida não é ponto de partida, mas o resultado de um processo que depende de quem, na sociedade, definiu o justo a partir do qual será feita a lei” (CHAUÍ, 1986, p. 19).

As polêmicas que envolvem o confronto entre positivismo e teoria crítica, diretamente ligadas aos acontecimentos políticos que marcaram o século XX, realçam a importância da obra de Kelsen e a coerência lógica que lhe é inerente. Esse equilíbrio sistemático consolidou, em vários países, o predomínio de uma formação acadêmica dogmática e legalista, de traços conservadores. Ao mesmo tempo, porém, não inibiu a emergência dos chamados “juristas orgânicos”, cuja função principal consiste em “desmistificar a ordem posta, lutar pela mudança da sociedade, buscar o justo no caso concreto, contextualizando o jurídico com a realidade sócio-político-econômica” (ANDRADE, 1996, p. 115-116).

A tentativa de alcançar a pureza científica, própria do kelsenismo, desconsidera a complexidade das relações sociais, elaborando o conceito de democracia a partir de uma visão individualista e distante da complexidade dos fenômenos coletivos. É precisamente nesse ponto que o positivismo jurídico encontra limites intransponíveis: quando se coloca diante de conflitos não alcançados pela norma – mesmo porque ele traduz um pensamento que não admite soluções afastadas da legalidade.

NOTAS

¹Utiliza-se, aqui, a edição de 1934 de *Esencia y valor de la democracia*, publicada por Editorial Labor (Barcelona-Buenos Aires), com tradução de Rafael Luengo Tapia e Luiz Legaz y Lacambra. Os trechos citados diretamente foram vertidos para o português pelo autor deste artigo.

²A revolução burguesa de 1789, segundo Richet (1989, p. 102), estabeleceu uma inovação dupla em relação às jornadas revolucionárias que lhe foram anteriores. Primeiro, organizou as massas em colunas; depois, ignorou as barricadas, tática inaugurada em maio de 1588 na França. O povo tomou as ruas, conclamando a sua soberania ('de que valiam as barricadas – uma estratégia defensiva –, quando a iniciativa e a vontade ofensiva partiam de baixo?'). Já a revolução de 1848, chamada de *Primavera dos povos*, foi desencadeada por defensores do sufrágio universal e por socialistas partidários de Louis Blanc. O movimento derrubou o regime monárquico e instalou a Segunda República, integrando-se às jornadas do século XIX, embora 'tais jornadas de barricadas nada [tivessem] de comum com aquelas cortes de homens e mulheres que tomaram a Bastilha de assalto, foram buscar o rei em Versalhes, expulsaram-no das Tulherias e obrigaram o Poder Legislativo a cortar uma parte de si mesmo' (RICHET, 1989, p. 114).

³Kelsen (1934, p. 19) considera que os cidadãos do Estado são livres apenas em seu conjunto, de modo que quem é livre não é cada um dos cidadãos, mas a pessoa do Estado. E afirma: 'Isso também se expressa pela fórmula segundo a qual é livre apenas o cidadão de um Estado livre, [uma vez que] a liberdade do indivíduo é substituída, como exigência fundamental, pela soberania do povo, ou pelo Estado autônomo, livre.'

⁴Para Kelsen (1934, p. 35), 'a moderna democracia está fundada essencialmente nos partidos políticos, que têm importância tanto maior quanto maior for a aplicação encontrada pelo princípio democrático'. Surge, daí, a tendência de criação de uma base constitucional dos partidos políticos, no sentido de 'um estatuto jurídico que corresponda ao papel que exercem há muito tempo na prática: o de órgãos de formação da vontade do Estado.'

⁵Economista austríaco (1877-1941), liderou a social-democracia alemã durante a República de Weimar. Sua obra mais importante, *O capital financeiro*, é datada de 1910.

⁶Parágrafo extraído do documento *A atuação do Poder Judiciário nos conflitos de terra: o caso Pinheirinho*. Dissertação apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Campinas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/322689/1/TeixeiraFilho_MarioMontanha_M.pdf>. Acesso em: 12/9/2017.

⁷ Segundo Lyra Filho (1983, p. 98-99), 'não há dúvida de que Marx confundiu, com frequência, as noções de direito e de lei ou costumes da classe dominante, olvidando que, já na base, na infraestrutura, existe (como ele denunciara) uma flagrante vulneração dos direitos dos indivíduos, grupos, classes, povos e nações dominadas e, na cúpula, na superestrutura, uma dialética nas normas estatais e nas próprias ideologias, que não permite reduzi-las à expressão simples, mecânica e linear dos posicionamentos e interesses classísticos, nas suas formações normativas ou no emprego contraditório delas.'

⁸ O direito burguês estabeleceu uma igualdade formal entre os agentes de produção, destacando-se, conseqüentemente, dos sistemas jurídicos que o antecederam. Com isso, tratou os indivíduos como sujeitos de obrigações e garantias, além de lhes conferir capacidade jurídica e enxergar no contrato a expressão máxima da vontade individual

(SAES, 1995, p. 38).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. **O que é justiça**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ALTVATER, Elmar. O capitalismo se organiza: o debate marxista desde a Guerra Mundial até a crise de 1929. In: HOBBSAWN, Eric (org.). **História do marxismo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, v. 8, p. 11-77.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BIONDI, Pablo. Breves apontamentos para uma crítica marxista do Poder Judiciário. **Cadernos Cemarx**, Campinas, n. 7, p. 139-154, 2014.

CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 17-27.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Curitiba: Livros HDV, 1987.

COSTA, Alexandre Bernardino, e ASSIS, Vivian Alves. O direito achado na rua: reflexões para uma hermenêutica jurídica. In: Encontro Nacional do Conpedi, 19, 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Conpedi, 2010. p. 5896-5908. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/direito-achado-na-rua-hermeneutica-critica.pdf>>. Acesso em: 30/6/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

KAMENKA, Eugene. Direito. In: BOTTOMORE, Tom (Ed.). **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. p. 109-110.

KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1934.

_____. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

LAFER, Celso. Prefácio. In: FARIA, José Eduardo de. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 9-13.

LESER, Norbert. **Teoria e prassi dell'austromarxismo**. Mondo Operaio - Edizioni Avanti, 1979.

LYRA FILHO, Roberto. Humanismo dialético, **Direito & avesso**, Brasília, v. 3, n. 69. jan 1983.

MARRAMAO, Giacomo. Técnica social, Estado e transição entre social-democracia weimariana e austro-marxismo. In: **O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologias da crise entre os anos vinte e trinta**. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990. 161-200

MILIBAND, Ralph. Estado. In: BOTTOMORE, Tom (Ed.). **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. p. 133-136.

PRZEWORSKI, Adam. A social-democracia como fenômeno histórico. In: **Revista Lua Nova**, v. 4, n. 3, jul/set 1985. p. 41-81

RICHET, Denis. Jornadas revolucionárias. In: FURET, François, e OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da revolução francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 102-114.

SAES, Décio. **Estado e democracia: ensaios teóricos**. Campinas: Unicamp - IFCH, 1988.

SALDANHA, Nelson. Kelsenismo (situação histórica). In: FRANÇA, R. Limongi (Coord). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 47, p. 476-485.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 1957.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2006.