

10.23925/2596-3333.v1N1.57923

RECEBIDO: 11.04.2022

APROVADO: 20.07.2022

MATEUS LIMA VELOSO

BACHAREL EM DIREITO PELO CENTRO

UNIVERSITÁRIO DE MAUÁ

## DIREITO E MARXISMO: CRÍTICA A TEORIA GERAL KELSIANA

## LAW AND MARXISM: CRITICISM GERNERAL KELSENIAN THEORY

**RESUMO:** O direito como prática humana remonta até as sociedades mais antigas, contudo, com a evolução social e o aumento da complexidade das relações de dominação entre as classes, o direito deixou sua natureza primária como regulador social simples, para se tornar um instrumento de dominação burguesa contra o proletariado. Tal relação entre direito e a ideologia dominante é analisada desde o século XIX, chegando ao seu apogeu teórico no trabalho crítico de Evguiéni B. Pachukanis e a sua crítica ao modelo teórico tecnicista burguês hegemônico de Hans Kelsen, que consiste na retirada da práxis e no reforço da visão liberal de justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria Geral do Direito; 2. Pachukanis; 3. Kelsen; 4. Ideologia; 5. Direito Marxista.

**ABSTRACT:** Law as a human practice goes back to the most ancient societies; however, with social evolution and the increasing complexity of relations of domination between classes, law left its primary nature as a simple social regulator, to become an instrument of bourgeois domination against the proletariat. This relationship between law and the dominant ideology has been analyzed since the 19th century, reaching its theoretical peak in the critical work of Evgeni B. Achkans and his critique of Hans Kelsen's hegemonic bourgeois technicist theoretical model, which consists in the withdrawal of praxis and in the strengthening the liberal vision of justice.

**KEY-WORDS:** General Theory of Law; 2. Pachukanis; 3. Kelsen; 4. Ideology; 5. Marxist law.

## INTRODUÇÃO

O atual cenário social mostra um descontentamento popular com as instituições que compõe o Estado e com a democracia liberal que o permeia, fato esse que abre espaço

para uma revisão de conceitos considerados imutáveis, como as ideias de justiça, de poder e de direito cunhados no seio das revoluções liberais iniciadas no século XVIII. Desta forma, o presente trabalho busca apresentar essas revisões a partir da análise crítica e do debate em torno das obras dos consagrados juristas Hans Kelsen e Evguiéni Pachukanis.

Esta escolha funda-se na necessidade primária de compreensão sobre as bases teóricas da ciência jurídica, além, da necessidade de expor uma visão contra hegemônica quanto aos ideais que pautam o direito, produzindo, uma nova conceituação sobre os paradigmas jurídicos, como também um debate sobre o papel do direito e dos operadores do direito dentro da sociedade.

Tal debate se faz necessário pela forma que o direito é utilizado e entendido pelos profissionais do meio jurídico, uma vez que esses são disciplinados por uma única visão ideológica, presente nos meandros do direito, prática que elimina o senso crítico do indivíduo, tornando-o tecnicista e distante da práxis, como também reforça o *status quo* burguês liberal.

Portanto o presente trabalho discute a formação dos profissionais jurídicos, mostrando a formação tecnicista pela qual esses indivíduos passam e seus malefícios no momento do desenvolvimento profissional, bem como a influência ideológica presente nas bases da ciência jurídica, a qual é utilizada para manter o sistema capitalista em movimento alienando o direito da sua indiscutível raiz social, ainda, apresenta-se outra perspectiva sobre o direito, utilizando os pensamentos e as análises dos marxistas.

Para tal resultado, foi utilizada como metodologia a revisão bibliográfica de autores jurídicos e não jurídicos consagrados pela academia, sempre buscando a análise crítica das obras e o debate acadêmico a cerca destas questões, para que assim, uma nova perspectiva acadêmica seja apresentada.

## **2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO NA HISTÓRIA**

O direito é um produto social proveniente da complexidade das relações humanas individuais e das relações humanas sociais, portanto, a construção do direito é indissociável da evolução histórica da humanidade.

Para Wolkmer (2006), o direito tem suas raízes nas relações familiares dos primeiros agrupamentos humanos, nascendo das ritualísticas religiosas desses pequenos grupos, ainda sem qualquer tipo de positivação ou visão antropocêntrica, para o autor o

direito tem seu início na vontade dos deuses primitivos, passando pela compreensão dos líderes e por fim sendo aplicados na realidade material.

Seguindo a linha histórica, o autor apresenta o direito aplicado às primeiras civilizações urbanas, apontando a transição do período arcaico para o período antigo da seguinte forma:

Pode-se ilustrar a transição das formas arcaicas de sociedade para as primeiras civilizações da Antiguidade mediante três fatores históricos: (1) o surgimento das cidades; (2) a invenção e domínio da escrita e (3) o advento do comércio e, numa etapa posterior, da moeda metálica. Wolkmer (2006).

Como exposto no fragmento de texto anterior, o surgimento do comércio é tido como um dos pontos-chaves na evolução social humana, tornando assim as relações mais complexas, que por sua vez necessitam de um direito mais complexo também, sendo os expoentes de tal complexidade o império do Egito e a Mesopotâmia.

Wolkmer (2006) aponta que o direito toma uma complexidade maior nesse estágio da humanidade devido às necessidades próprias dos grandes impérios que se tornaram o Egito e a Mesopotâmia, o fator de controle da ordem social, desta forma esses dois impérios criaram os primeiros sistemas jurídicos, instituindo leis escritas e juízes para julgar as demandas do povo, contudo, é importante ressaltar que mesmo com essa evolução, o direito antigo preservava a característica fundamental de ter como base a vontade divina.

Ainda tratando da criação dos primeiros sistemas legais, é de suma importância citar o sucesso da Mesopotâmia nesse sentido, uma vez que esse império criou a primeira compilação de leis do mundo, dando assim início aos primeiros dogmas do direito.

Mais à frente na história humana, a Grécia ganha destaque pelas suas contribuições na sofisticação do direito, Wolkmer (2006) argumenta em favor dos gregos que devido ao seu alto grau de elevação como sociedade, principalmente na polis de Atenas, os gregos passaram a dar uma ideia muito superficial de processo ao direito, coisa que até então era inconcebível, outra contribuição grega para o direito é a utilização da retórica, uma vez que agora, diante de um processo e de uma possibilidade de defesa, o indivíduo poderia se utilizar de tal recurso para ser inocentado. É notória também a contribuição grega para o ato de legislar, uma vez que a partir da criação da democracia as leis começaram a ser discutidas pela sociedade e não mais sendo encaradas como um desejo divino.

Wolkmer (2006) também aponta como mérito grego a criação das primeiras instituições de administração do direito separadas do poder central, tendo essas algum grau de independência quanto aos poderes políticos, dentro dessas instituições, o direito passou a ser tratado de forma separada tendo um responsável por cada área, sendo a separação feita entre direito civil e o direito criminal.

Em sequência, salta-se o império romano como mais relevante para a evolução do direito e a sofisticação de suas instituições.

A expressão “direito romano”, interpretando-o como: a) aquele direito que vigorou por 12 séculos; b) “direito privado romano”; c) o direito contido no “Corpo do Direito Civil”, para separá-la do “Corpo de Direito Canônico”, ou “Corpus Júris Civilis” e “Corpus Júris Canonici”, abrangendo mais delimitadamente aquele direito condensado no Império Romano do Oriente por Justiniano (Cretella Júnior, 2007).

O fragmento acima que Roma chegou a tal patamar de sofisticação do direito que é impossível não reconhecer sua influência no direito moderno e nas suas instituições. O direito romano foi o primeiro a codificar todas suas leis, a criação do conceito de direito civil moderno é atribuída a Roma, toda a sua organização judiciária serviu de referência aos pensadores liberais que mais tarde pautaram o direito moderno. “Numerosos institutos do direito romano não morreram: estão vivos, ou exatamente como foram, ou com alterações tão pequenas que se reconhecem, ainda, nos modernos institutos de nossos dias que lhes correspondem” (Cretella Júnior, 2007).

Porém, mesmo com as inúmeras contribuições para o direito moderno, a mais relevante, pode se afirmar com total certeza é a criação do direito de propriedade e o direito das obrigações, Wolkmer (2006) argumenta que mesmo se diferindo dos conceitos que pautam os atuais direitos a propriedade e direito das obrigações, ainda sim a versão romana desses conceitos é fundamental para o que temos hoje.

Após a queda de Roma, o direito ocidental sofre uma grande transformação, Bobbio (1909/2006) mostra em seus estudos ouve uma fusão do direito romano com tradições dos povos germânicos que conquistaram o antigo império, desta forma o direito medieval em um primeiro momento perde a formalidade romana torna-se um direito voltado aos grupos sociais, passando a ser um direito muito prático e concentrado. Outro fato a ser mencionado é a criação do direito canônico e sua influência no direito comum, o direito canônico se notabilizou como sendo o aparelho jurídico para os crimes contra Deus, onde quem julgava tais era a Igreja. Tal criação teve um impacto muito grande na

concepção de direito da humanidade, uma vez que agora pautados pelos mandamentos cristãos a ideia de indivíduo tornou-se sagrada, fazendo com que penas brutais fossem substituídas por penas mais humanitárias (vale ressaltar que essa visão de humanidade não se estendeu a todos os indivíduos, pois o sistema de servidão feudal contínuo e as punições a indivíduos considerados indesejáveis continuava a ser brutal).

Ao final da Idade Média o direito entra na chamada Era Moderna, que tem como marcos as revoluções liberais e a formação dos Estados Modernos, essa se pode assim dizer tenha sido a maior mudança dentro das concepções do direito e quanto ao seu uso.

Bobbio (1909/2006) expõe em seu trabalho que em contraparte ao direito medieval que se dava e uma pluralista, devido à descentralização causada no final do império romano, o Estado Moderno passa a ter uma estrutura monista, concentrando na figura do Estado os poderes e por consequência o poder de criar o direito.

### **3. DO POSITIVISMO JURÍDICO E O ANTI-POSITIVISMO JURÍDICO.**

Diante das revoluções liberais e da ascensão da burguesia o direito passa a ter um caráter cada vez mais científico, buscando assim igualá-lo- as ciências físico-matemáticas, desta necessidade, nascem o movimento positivista dentro do direito.

Bobbio (1909/2006) destrincha esse movimento como sendo uma tentativa de aplicação do método científico para o direito, excluindo dele a necessidade do juízo de valor na busca por uma realidade factual objetiva.

Bobbio (1909/2006) continua a sua exposição mostrando que o positivismo se coloca em oposição ao jus naturalismo, rejeitando em sua totalidade a ideia de um direito ideal e prendendo essa as concepções puramente obtidas da análise empírica dos fatos. O positivismo jurídico representa em certo grau um avanço ainda maior para o direito, uma vez que a complexidade das relações sociais cria um direito cada vez mais abstrato, a quebra dessa abstração idealista, na busca por um direito objetivo.

Desta forma, ao rejeitar o jus naturalismo e todos os idealismos presentes até então em volta do direito, o positivismo jurídico passa a cunhar suas terminologias e construtos teóricos, para Bobbio (1909/2006) a principal virtude do direito positivista está na sua necessidade de validade, ou seja, um direito só é real a partir do momento que ele é validado, de outra forma qualquer lei ou direito não se justifica, pois esse não terá eficácia. Outro ponto exaltado pelo autor é o formalismo buscado pelo positivismo,

estabelecendo como forma de regulação interna os ritos já conhecidos pela prática. Em suma o positivismo jurídico trata de um avanço na direção de um tecnicismo lógico do período, buscando escapar dos idealismos e das influências políticas que sempre podem atrapalhar o direito. Neste ponto da história humana, compreende-se que o direito passou de um simples regulador social para se tornar uma grande força de manutenção da existência social, além de uma forma de difusão do pensamento liberal das revoluções do século XVIII.

Bobbio (1909/2006) explica que tal concepção trazida pelo positivismo jurídico é validade pela burguesia liberal de forma instantânea, uma vez que essa nova concepção estabelece de forma satisfatória o direito, porém, sem a necessidade de novas revoluções e sem a necessidade do enfrentamento das contradições capitalistas, desta forma, torna-se um consenso acadêmico a teoria positivista, fato que se perdura até os dias de hoje.

Entretanto Mascarro (2017) mostra que o flagrante aumento das tensões sociais entre as potências europeias, o esgotamento do modelo colonial imperialista e o advento da Revolução Russa em 1917, o positivismo jurídico passou a ser questionados e, ainda dentro da recente criada ciência jurídica, autores de oposição a esse movimento hegemônico começaram a surgir e a ascender, dentre eles os mais proeminentes são Foucault, Pachukanis e Schmitt.

Foucault (1971/2009) concebe para o direito uma perspectiva que rejeita de forma categórica o positivismo e seu cerne de que a norma é à base do direito, para o autor, a base do direito são as chamadas micro relações físicas de poder, desta forma, a base do direito na verdade estaria nas relações de opressão da sociedade capitalista.

Foucault (1971/2009) escreve: Olhemos meticulosamente o que significa a disposição espacial de um tribunal, a disposição das pessoas que estão em um tribunal. Isso implica uma ideologia.

Esse fragmento de texto mostra que para Foucault (1971/2009) toda e qualquer relação jurídica está embebida de ideologia, não podendo ser descartada tal realidade dos fatos julgadores, desta forma, o que realmente determina a noção de justiça e direito sempre será o poder que comanda a sociedade.

Ainda dentro do movimento do antipositivismo, Schmitt (1922/2013) estabelece um direito que tem como grande centro o poder de um soberano, utilizando como forma alegórica a figura do Leviatã de Thomas Hobbes, entretanto, em aplicada a um contexto moderno, distante da concepção absolutista.

Para Schmitt (1922/2013) a necessidade de um Estado forte e centralizado é inerente as relações jurídicas, pois apenas o poder do “rei” pode criar um sistema jurídico pleno, visto que, enquanto as normas legais positivadas igualariam os indivíduos da sociedade o poder centralizado iria moderar a justiça.

Schmitt (1922/2013) coloca de forma muito forte em suas obras um contexto de dualidade dentro do contexto de justiça, utilizando, assim, desse conceito para argumentar em favor próprio quanto à necessidade de um grande líder. Porém, mesmo defendendo uma concepção hobbesiana de sociedade, o jurista alemão não rejeita as bases liberais burguesas, as julgando de extrema necessidade para que a sociedade não se corrompa e para que o direito seja plenamente funcional.

#### **4. KELSEN E PACHUKANIS - O DIREITO NORMATIVO X O DIREITO MARXISTA**

##### **4.1. MODELO KELSENIANO**

Toda a evolução social acarretou uma evolução científica, fato esse que entranha ao direito uma nova formatação, ao qual agora é encarado como uma ciência positiva, de princípios metodológicos e fundamentado em modelos teóricos que explicam a sociedade e seus conflitos. Diante de tal cenário Kelsen (1934/2003) e Pachukanis (1923/2017) inauguram seus estudos, com objetivos um tanto quanto distintos.

Kelsen (1934/2003) ao analisar a ciência jurídica por décadas, conclui que o direito deve se concentrar única e exclusivamente a normativa e aos fatos e expurgar de seu âmago qualquer tipo de ciência ou prática que busquem uma idealização do direito. “Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que” e “como é” o direito e não à pergunta de” como seria “ou “deveria ser” elaborado” (KELSEN1934/2003).

O fragmento textual acima mostra, em curtas palavras, o objetivo central do modelo de Kelsen (1934/2003), ao qual ele denominou como Teoria Pura do Direito, justamente por consistir em um modelo teórico que combate a necessidade de outras ciências para o entendimento pleno do direito. Para tal empreitada, o autor busca com a Teoria Pura do Direito delimitar, um primeiro momento a conduta social da conduta natural, pois, para ele, o direito só tem por existência, e por consequência como questão

central de tratamento, a conduta social humana, nunca podendo buscar interpretar a conduta natural e o meio natural.

Após essa delimitação, Kelsen (1934/2003) constrói um modelo de como o direito irá lidar com os fatos sociais a partir das condutas factuais da sociedade, sempre tendo como base as normas positivas, distanciando-se do idealismo próprio das relações jurídicas estabelecidas após as revoluções liberais do século XVIII.

O modelo de Kelsen (1934/2003) que mais tarde será conhecido como modelo Kelseniano, trabalha com a ideia de um escalonamento da justiça (ou do direito), onde a base de qualquer relação jurídica social será a norma positiva, pois, como o próprio autor define:

“Uma norma vale como norma jurídica apenas porque foi estabelecida de modo bem determinado, criada seguindo uma regra bem determinada e estabelecida de acordo com o método específico “(KELSEN, 1934/2003).

Como mostra o trecho textual acima, o autor entende a norma como a expressão máxima dos acordos sociais de ordem, onde, tais normas só têm validade pela sua concordância entre os membros de uma sociedade (aproximando-se do conceito de contrato social elaborado por Rousseau).

Em um segundo momento, Kelsen (1934/2003) separa o conceito de norma em duas vertentes, a norma natural, que diz respeito aos costumes e as leis intangíveis que presentes nas sociedades (como por exemplo, as normas expressas por um sistema de crenças religiosas), e em norma fundamental, a qual diz respeito às normas positivadas. Para o autor, as normas fundamentais seriam o centro mantedor do direito, uma vez que as normas naturais estariam contidas nas normas fundamentais, uma vez que o legislador estaria incluso na sociedade e por sua vez impregnado com tais normas naturais.

Com a formulação da norma fundamental, a Teoria Pura do Direito não pretende inaugurar um novo método de conhecimento da doutrina jurídica. Deseja apenas salientar o que todos os juristas-quase sempre sem saber- fazem quando, na apreensão de seu objeto, recusam um direito natural do qual se poderia originar a validade do ordenamento jurídico positivo, além de esse direito positivo ser um ordenamento válido, não apenas como um fato, ligado a motivação, mas como norma (Kelsen, Hans 1934/2003, p.98).

Ao afirmar que o objeto principal da ciência jurídica deve ser a norma fundamental, Kelsen (1934/2003) estabelece uma interpretação concepção do direito,

centrando a dinâmica do trabalho do direito em a elaboração de uma norma positiva que busque abranger toda e qualquer situação litigiosa ou demanda social existente, para que essa seja em última instância a sentença necessariamente justa.

Como dito anteriormente, Kelsen (1934/2003) estrutura seu modelo a partir de um escalonamento do ordenamento jurídico, tomando como base a norma fundamental, que na realidade material é apontada como sendo a Constituição da nação, pois, na interpretação do jurista austro-americano, a norma só é válida até outra norma a torná-la obsoleta, sendo assim, a lei maior da nação, por seu caráter pétreo, sua difícil revogação e por ter como papel os atos reguladores de todo o sistema jurídico, este deve ser o primeiro grau da escala.

No segundo grau Kelsen (1934/2003) estabelece as chamadas legislações, a qual ele conceitua sendo as produções do poder legislativo, e que por sua vez tem como função a expressão dos legisladores, onde esses farão o encontro entre a norma fundamental e a norma natural de forma generalista, para que assim as demandas sociais sejam atendidas com plenitude. O terceiro grau é conceituado pelo autor como sendo a jurisdição, que tem por função a individualização da matéria positiva ao caso concreto. O quarto grau é definido como sendo o responsável pela justiça e pela administração, ao qual pode ser entendida como sendo a produção de medidas provisórias, ou seja, a produção de uma lei temporária para uma demanda temporária.

Por fim, Kelsen (1934/2003) define o quinto e último grau como sendo o grau das resoluções, nomeado por ele como sendo o grau dos negócios jurídicos e atos executivos, assim, esse é o momento que, após todo o escalonamento completado, o sistema se fecha e conclui a sua razão de ser, aplicando assim, por meio da força estatal o ato coercitivo necessário definido pelo sistema judiciário.

Ao final de seu modelo teórico, Kelsen (1934/2003) fala sobre a razão de ser deste, expõe que desta forma escalonada, o sistema jurídico ficaria livre de todo e qualquer viés ideológico de seus operadores, obrigando assim, todas as decisões produzidas a passarem por um crivo da norma positiva, ou seja, a decisão só é válida à medida que essa se subordina a norma fundamental. O autor também advoga que eventuais conflitos entre os graus seriam resolvidos pela própria conjuntura sistema do modelo, uma vez que se estabelece papéis claros e se atribui forças não equivalentes aos graus, desta forma, o grau mais elevado deve sempre prevalecer em relação ao grau menos elevado.

Após o escalonamento, Kelsen (1934/2003) ainda comenta sobre a questão da segurança jurídica de seu modelo, que por sua vez, por ser totalmente desprovido de idealizações e ideologias externas, mostra-se “puro”, subordinando-se apenas a legislação positiva.

“Esta destrói a opinião de que se possam criar novas normas por via do conhecimento, opinião essa que, em última análise, surge da necessidade de representar o direito como um ordenamento forte, que determina a conduta humana” (KELSEN 1934/2003).

A pureza do sistema de Kelsen (1934/2003) inaugurou uma nova era dentro do direito mundial, seu modelo foi adotado como ponto pacífico para todos os juristas até hoje.

## **4.2 O MODELO PACHUKANIANO**

No início do século XX, com os furores existentes a partir das grandes mudanças sociais presentes na vida cotidiana, os intelectuais da ciência jurídica passaram a dedicar-se a compreender o direito não mais a partir da perspectiva da simples regulamentação dos atos sociais, mas sim como algo mais profundo e idealizado, sempre subordinados aos princípios filosóficos presentes nas revoluções liberais que inauguram a Idade Moderna. Nesse contexto, apresentam-se como grandes expoentes de um novo direito o jurista austro-americano Hans Kelsen (1934/2003), o qual já teve seu trabalho exposto no tópico anterior, e o autor marxista russo Evguiéni B. Pachukanis (1923/2017).

Pachukanis (123/2017) concebe seu modelo de direito após a aplicação do método marxista a ciência jurídica, construindo, assim, uma visão jurídico-social baseado no conceito de mercadoria e na relação de luta de classes presente em toda a história humana. Para o autor, o direito é um dos pilares fundamentais da sociedade capitalista, uma vez que essa é a ferramenta pela qual as relações de trabalho se realizam, ou seja, os indivíduos de uma sociedade só existem a partir da forma de sujeito de direito (ou de sujeito pelo direito).

Tal concepção é feita por Pachukanis (1924/2017) com base na premissa de que o centro da sociedade capitalista, e por sua vez de todas as relações presentes nela, é a mercadoria, desta forma, tudo e todos dentro de uma sociedade capitalista são pautados pela relação de compra e venda, a qual, para a classe trabalhadora (proletária), pela sua condição de existência como classe é apenas a venda da sua força de trabalho.

Feita tal reflexão Pachukanis (1924/2017) expõe que para tal relação existir, uma vez que a sociedade capitalista quebra a lógica de trabalho de exploração através da imposição da força das sociedades escravagistas e servis dos modelos econômico-sociais pré-capitalistas, o capitalismo cria em seu seio ferramentas para a manutenção da exploração, destas, o destaque principal vem para a figura da organização do poder, onde, a força coercitiva não está mais na mão do indivíduo (no feudalismo, por exemplo, na figura do rei e da sua corte), mas sim em instituições jurídico-políticas que supostamente igualam os indivíduos. Desta maneira, explica-se como em uma sociedade onde a maior (em números) classe não se rebela e toma o poder para si, isso porque, essa classe na verdade não enxerga onde o poder está de fato, acreditando assim, que a luta deve ser pelos meios jurídicos que o capitalismo oferece.

Essa constatação é apontada por Pachukanis (1924/2017) e por alguns de seus contemporâneos, como uma das grandes características do direito capitalista, ou seja, o direito capitalista tem fluidez, assim ele se mantém válido e aparentemente resolutivo à medida que ele passa a tender os interesses das classes oprimidas, contudo, nunca alterando de fato a relação de exploração. Tanto que o autor identifica que, as demandas do proletariado só são atendidas quando se criam movimentos organizados de luta para pressionar o poder jurídico-político estabelecido.

A outra grande descoberta feita por Pachukanis (1924/2017) está no entendimento do direito como pilar constitutivo do direito, onde além de se fazer como instituto de uma suposta distribuição do poder, esse se faz como o principal meio do exercício da força de exploração.

Para Pachukanis (1924/2017) vem como solução para um problema da sociedade capitalista, onde, sem a possibilidade de coerção pela força, é necessário um movimento ideológico muito severo para continuar as relações de exploração entre as classes. Assim, o direito igualaria todos os indivíduos como mercadorias, a sujeitos de direito (ou sujeitos pelo direito) pautando-os pela lógica liberal que no direito toma a forma de autonomia da vontade. Ou seja, o capitalismo disfarça a exploração através de uma falsa liberdade de escolha nas relações de produção.

Assim, dentro dessa relação sistema, Pachukanis (1924/2017) aponta o papel da norma positiva como um produto fictício da própria relação, pois, para ele, a norma só tem poder uma vez que essa tem o interesse na manutenção da estrutura de poder, sendo

sempre validade pelas instituições que tem como função existencial a proteção do verdadeiro poder, que por sua vez, encontra-se na lógica de exploração capitalista.

Feita tal constatação analítica do sistema, Pachukanis (1924/2017) mostra a terceira grande descoberta de seu modelo, sua conclusão de que o direito em suma é por razão existencial uma forma inteiramente capitalista, e que por sua vez, deve ser superado junto com a sociedade capitalista, pois, em sua concepção o comunismo deve ter uma nova forma de relação social, tornando inútil um sistema jurídico-político.

Essa certeza vem da conclusão de Pachukanis (1924/2017) sobre a estruturação lógica do comunismo, que por sua natureza igualaria os indivíduos de forma real, proporcionando o fim da luta de classes e por sua vez a distribuição do poder de forma horizontal, tornando inútil a atual estrutura do direito, ou seja, para o autor, o fim da sociedade capitalista é consequência lógica o fim do direito como conhecemos.

Portanto, a exposição das duas maiores teorias jurídicas do século XX traz em seu âmago uma interessante reflexão sobre as transformações do direito e de suas mutações como ciência. Mostra-se que a insatisfação que permeava a sociedade europeia com o modelo de direito idealizado proposto após as revoluções liberais do século XVIII, deu espaço para a criação de modelos que rejeitavam a subjetividade desse direito, inaugurado assim um direito realista. Kelsen (1934/2003) e Machucais (1924/2017) colocam-se como autores contrários a ideologias.

Kelsen (1934/2003) na abertura de sua obra Teoria Pura do Direito é claro ao dizer: “É ciência do direito e não política do direito” (KELSEN, 1934/2003).

Essa pequena frase já exprime com clareza cristalina o pensamento de Kelsen (1934/2003), seu objetivo era excluir qualquer possibilidade de influência ideológica no direito, tornando-o mais preciso e eficiente.

Por sua vez, Machucais (1924/2017) exprime tal aspiração antideologia não em uma explicação em sua obra, mas sim, em sua obra por completa desde o momento da escolha metodológica, uma vez que por ter optado em trabalhar com o método marxista, o autor obrigatoriamente trabalha com a realidade material e os fatos ali produzidos, rejeitando qualquer suposição ou idealização de sua parte.

Os ideais pregados por esses autores influenciam até hoje o pensamento jurídico e a formação dos profissionais do direito.

## **5. A CRÍTICA MARXISTA AO MODELO DE KELSEN E AS CONSEQUENCIAS DO DIREITO NORMATIVO**

### **5.1 CRÍTICA A TEORIA PURA DO DIREITO**

Após a consagração do direito normativo baseado no modelo de Kelsen, (1934/2003) como o novo método de compreensão e ensinamento da ciência jurídica, tornou-se evidente a necessidade de uma análise crítica dessa nova metodologia, desta forma, (1922/2017) utilizando-se do materialismo dialético elaborado no seio da teoria marxista, explora a obra Teoria Pura do Direito, concluindo após uma meticulosa análise que a escolha por tal metodologia como referencial acadêmico nada tem a ver com seu valor científico, mas sim, por sua importante defesa da ideologia burguesa liberal. “O método de Kelsen conduz para o lado completamente oposto ao de uma concepção verdadeiramente científica do direito e do Estado” (PACHUKANIS 1922/2017).

O fragmento textual acima mostra o primeiro ponto da crítica de Pachukanis (1922/2017) a teoria desenvolvida por Kelsen (1934/2003), para o autor russo, todo o modelo kelseniano encontra-se como sendo uma expressão do sistema ideológico burguês, repetindo os conceitos filosóficos herdados da revolução francesa e esvaziando o direito de qualquer contato com a realidade material da sociedade, desta forma, o jurista fica restrito a um pensamento puramente normativo, pautando-se por conceitos abstratos e que por sua vez, preservam a hegemonia do pensamento burguês.

Para Pachukanis (1922/2017) todo o modelo kelseniano encontra-se na verdade como um grande emprego de esforço e energia inúteis, uma vez que quando se aplica a realidade, todo o sistema volta-se ao jus naturalismo que esse tanto se opõe desta forma, o autor identifica uma falta de inovação por parte do seu concorrente austro-americano, onde suas descobertas consagram-se por simples interesse de classe.

O segundo ponto apontado por Pachukanis (1922/2017) como crítico após os resultados de sua análise é a concepção de Estado elaborada por Kelsen (1934/2003), assim como o seu papel dentro da sociedade. O autor aponta que Kelsen (1934/2003) cria um abismo lógico para dar luz a sua teoria, criando assim um conceito quase que etéreo de Estado, esvaziando-o de seu papel como ferramenta coercitiva dos interesses burgueses, colocando-o apenas, como uma grande junção de normas positivas, desprovido de qualquer influência ideológica, psíquica ou social. “Defendendo uma

objetividade puramente mental, etérea, por assim dizer, do Estado, Kelsen aparta-se até das opiniões que identificam o Estado com a ideologia do Estado” (PACHUKANIS 1922/2017).

A fala acima traz em seu âmago o entendimento de Pachukanis (1922/2017) sobre o Estado dentro do modelo kelseniano, para o autor, tal esvaziamento conceitual é proposital, uma vez que apontar o Estado como pilar fundamental dentro do sistema de exploração capitalista destruiria a possibilidade de uma teoria pura do direito.

O terceiro ponto da crítica de Pachukanis (1922/2017) ao modelo kelseniano está na amplitude que esse alcança, uma vez que a sua neutralidade sistêmica, possibilita à defesa de práticas hediondas, nas palavras do autor a melhor definição sobre esse ponto é essa:

Seu conceito formal de direito é suficientemente amplo para acomodar não somente a escravidão, mas as formas limítrofes do despotismo. Afinal, se para a norma jurídica só é essencial sua ligação com a norma suprema e originária, a partir da qual ela é produzida, e o conteúdo em si é indiferente, então “juridicamente” o despotismo mais extremo é inquestionavelmente um regime jurídico (PACHUKANIS 1922/2017, P.232)

Pachukanis (1922/2017) encerra sua crítica a esse ponto apontando a intenção por trás do conceito de neutralidade jurídica que serve de grande objetivo no modelo kelseniano, onde esse tem como papel, fazer uma camuflagem a alienação do indivíduo para com o poder real dentro da sociedade capitalista. Para o autor a existência de um direito neutro é a forma mais simples de validação para qualquer forma de exploração, uma vez que dentro da sociedade capitalista liberal, o indivíduo é induzido a enxergar o poder nas instituições consolidadas e não em sua fonte, a classe dominante.

O quarto apontamento feito na análise de Pachukanis (1922/2017) é a contradição de Kelsen (1934/2003) em relação a fatos materiais ao qual o seu modelo não consegue prever, e por consequências abarcar. Tal fato apresenta-se na fala de Kelsen (1934/2003) a respeito da Revolução Russa, uma vez que o evento de magnitude histórica apresentou pela primeira vez na história uma ruptura total com o direito burguês, construindo, um novo sistema jurídico baseado na luta de classes e nas demandas materiais do povo. Tal ruptura colocou em xeque o modelo kelseniano e mostrou ao jurista austro-americano que o sistema jurídico ideal sempre se subordinará ao materialismo.

Após esses apontamentos, Pachukanis (1922/2017) continua a argumentar contra o modelo kelseniano sob o aspecto do direito internacional, uma vez que para o

jurista russo, a lógica imperialista utiliza-se do direito como ferramenta de validação para suas dominações e explorações nos países periféricos do sistema capitalista.

Pachukanis (1922/2017) argumenta que a pureza do sistema kelseniano mostra-se perfeita até o momento de sua aplicação as relações reais, nesse momento, o sistema converte-se em uma simples ferramenta para validar a exploração por parte dos países centrais do capitalismo, neste contexto, o direito enche-se da política imperialista própria do capitalismo e se coloca ao lado dos Estados liberais burgueses.

Pachukanis (1922/2017) identifica ainda, o direito internacional como sendo o exemplo mais robusto da total carência de funcionalidade do sistema kelseniano, reforçando assim, seu argumento inicial, onde, segundo o jurista russo, o modelo kelseniano tornara-se hegemônico no meio acadêmico não por seu mérito científico como doutrina revolucionária, mas sim, pela simples razão de ir de encontro com os interesses burgueses, validando a exploração do proletariado e retirando dele qualquer forma de pensamento crítico quanto às relações de poder e o monopólio deste.

Desta forma, Pachukanis (1922/2017) conclui a sua crítica mostrando que o direito nada mais é do que a expressão unilateral das relações comerciais abstratas dentro da sociedade burguesa, camuflando as desigualdades sistêmicas destas relações através de uma idealização de liberdade e igualdade entre as classes, reforçada por conceito ilusório de troca voluntária entre os detentores dos meios de produção (burgueses) e a classe trabalhadora (proletariado).

Desta forma, Pachukanis (1922/2017) finaliza assim suas elucubrações a respeito do modelo de Kelsen (1934/2003) mostrando que tal modelo é uma consequência oportuna das idealizações produzida pelo sistema capitalista para validar suas práticas exploratórias e proteger as relações de desigualdade entre a classe.

“O método puramente jurídico, como vemos, seria plenamente útil para os habitantes de um hospício “(PACHUKANIS 1922/2017).

## **5. OS REFLEXOS DO MODELO KELSENIANO NO ENSINO DO DIREITO**

Como Pachukanis (1922/2017) identifica em sua crítica que o modelo elaborado pelo jurista austro-americano Hans Kelsen (1934/2003) esvazia de sentido material os institutos jurídicos de forma proposital, apelando para a uma subjetividade a qual apenas beneficia a posição de domínio da classe burguesa sob a classe trabalhadora.

Foucault (1971/2009) reforça tal constatação crítica ao elaborar suas reflexões sobre as transformações no exercício do poder coercitivo após as revoluções liberais burguesas do século XVIII, para o filósofo, tais estruturas tiveram que ser rearranjadas no momento em que a sociedade capitalista se instalou e floresceu nas metrópoles europeias, sendo assim, as novas instituições que ali foram postas para legitimar o poder capitalista, aparentam um legado histórico com o passado (os tribunais, as prisões, as câmaras de governo), porém, são baseadas nos ideais burgueses e tem como objetivo a repressão de qualquer revolta que ameaça o sistema, desta forma, o modelo kelseniano torna-se paradoxalmente impossível, uma vez que a razão de existência das instituições de poder é a manutenção da sociedade capitalista liberal.

Tais constatações mostram a intenção ao adotar o sistema de Kelsen (1934/2003) como modelo institucional nos cursos de direito, tal escolha tem como fundo, não o mérito científico da obra, como apontado por Pachukanis (1922/2017) ou por Minghelli (2001), mas sim, o esvaziamento intencional dos conceitos, criando, assim, uma legião de juristas tecnicistas e distantes das contradições sociais.

Minghelli (2001) aponta que ao tentar purificar a ciência jurídica por meio do positivismo, com o objetivo de afastar o direito da política, Kelsen (1934/2003) falha, criando um modelo que pouco se efetiva na realidade, justamente por desconsiderar a dimensão política do direito, ou seja, Kelsen (1934/2003) elabora um modelo que rejeita todo o sistema dogmático em busca de uma pureza subjetiva presente na norma positiva, porém, o mesmo modelo, ao ser aplicado na realidade material, por suas falhas estruturais, passa a ser um dogma politicamente interessante.

Desse modo, o ensino tradicional do direito é colocado sob uma falsa verdade absoluta, como indica Minghelli (2001) ao comentar sobre a formação dos profissionais do meio jurídico. Para o autor, a visão proposta no modelo kelseniano é imposta aos alunos de forma a não ser questionada, moldando assim, o pensamento jurídico desses profissionais a uma tecnicidade abstrata, ensinando a eles o descarte quase que automático do contexto sociológico, político, psíquico e filosófico da questão.

Minghelli (2001) ressalta ainda que, como consequência, o profissional formado por tal dogmática jurídica, passa a cair na mesma falha do sistema kelseniano, prendendo-se a uma interminável empreitada em busca do sentido absoluto da norma, criando assim, inúmeros disparates entre materialismo do caso concreto e decisões abstratas.

Evidenciada as consequências do ensino tradicional do direito, é plausível validar a elucubração de Foucault (1971/2009) a respeito da possibilidade de direito

popular, uma vez que todo o sistema é permeado pela função primordial de manutenção do sistema capitalista e a formação do pensamento jurídico comum é a dogma positivista de Kelsen (1934/2003) que em última instância reproduz os próprios meios de proteção sistêmica, torna-se virtualmente impossível a não reprodução do sistema, mesmo com a quebra da lógica capitalista. Para o autor, um tribunal sempre terá em sua essência, o exercício de poder coercitivo e intimidador da ordem vigente sobre os considerados marginais.

Outro panorama a ser ressaltado é a conclusão de Pachukanis (1922/2017) quanto aos efeitos das relações da sociedade capitalista. O jurista russo compreende que o esvaziamento conceitual do modelo kelseniano cria nos indivíduos uma consciência jurídica deturpada, onde o poder não está na classe, mas sim nas instituições.

Pachukanis (1922/2017) ainda advoga contra o ensino da dogmática kelseniana quando a relação de falsa isenção das instituições dentro da sociedade capitalista que essa cria. Para Pachukanis (1922/2017) o direito dentro do sistema capitalista, tem por natureza uma função de igualar o indivíduo a mera mercadoria, desta forma, um modelo que cria um senso jurídico comum onde o descarte da análise da realidade material é uma obrigação é deveras interessante para a classe dominante.

Os posicionamentos dos teóricos Pachukanis (1922/2017), Foucault (1971/2009) e Mighelli (2001) encontram todos na inegável conclusão de que o modo tradicional de ensino da ciência jurídica proposta a partir do modelo kelseniano com pináculo fundador é não somente um erro derivado de seu tempo, mas sim, uma ardilosa metodologia estratégica para distanciar os juristas desde as suas mais tenras e iniciais estágios de formação da realidade material e por consequência das contradições sistêmicas que o capitalismo apresenta.

Mighelli (2001), Pachukanis (1922/2017) e Foucault (1971/2009) mostram que toda a consequência maior do ensino tradicional do direito é a formação de operadores do direito despreparados para interpretar a realidade que os cerca, pautados sempre por uma lógica de base liberal, embebidos em uma abstração idealista que os cega diante da realidade material do sistema capitalista e da luta de classes.

## **CONCLUSÃO**

Como foi apresentado ao longo da monografia, a escolha hegemônica pelo modelo de teoria geral do direito do jurista austro-americano Hans Kelsen feita pela

academia nada se baseia no seu mérito científico, mas sim, em uma escolha puramente ideológica.com o intuito de reforçar as relações de exploração da sociedade capitalista.

O modelo kelseniano busca afastar do cerne do pensamento jurídico a luta de classes, tornando o jurista puramente um perseguidor de uma justiça idealizada, que no fim apenas repete conceitos *jus naturalista*, validando os interesses burgueses. Tal efeito tem como objetivo apenas uma camuflagem da realidade material das contradições sistêmicas presentes no capitalismo.

Ao identificar essa lógica, Pachukanis válida os argumentos que sustentam o seu modelo de teoria geral do direito, expondo que o direito, devido a sua natureza arraigada nos princípios de liberais e no ideal de propriedade privada, trata-se de um sustentáculo primordial da própria sociedade capitalista, tornando-se indivisível das relações de exploração e comercialização deste já citado modelo social. Desta forma a conclusão proposta pelo teórico russo mostra-se lógica, uma vez que sendo indissociável do modelo capitalista, o direito deve ser superado junto da própria sociedade capitalista, para que assim a humanidade chegue a seu estágio perfeito de evolução social.

As conclusões de Pachukanis ao analisar o direito como um todo, e por sua vez analisar o modelo kelseniano de forma crítica, embasa a percepção de que o ensino do direito é pautado única e exclusivamente para a reprodução dos vícios e dos interesses do capitalismo. O modelo adotado pelas universidades baseia-se na apresentação unidimensional da ciência jurídica, afastando o aluno do pensamento crítico e enfatizando de forma exaustiva a normatização das relações.

Assim, o aluno passa a pensar as relações sociais através de idealizações e tecnicidades, tomando como natural e aceitável as contradições do capitalismo, distanciando-se cada vez mais da realidade material que o cerca. Essa lógica constrói operadores do direito maniqueísta, burocráticos e sem entendimento das contradições que permeia a sociedade, assim, realizando o ciclo de quebra da práxis.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. MACHADO, Roberto (Organização e Tradução). Rio de Janeiro: Edição Graal, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: Introdução à Problemática Científica do Direito*, CRETELLA JUNIOR, José, CRETELLA, Agnes (tradução). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa, MILÃO, Diego Antonio Perini. *Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito*, Periódico Sequência, N°67, Florianópolis, 2013, Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552013000200005&lang=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000200005&lang=pt)

MIGHELLI, Marcelo. *Crítica Waratiana a Teoria do Direito: Os Mitos do Ensino Jurídico Tradicional*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1785/1482> Acesso em: 20 de outubro 2020.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, ALMEIDA, Paula Vaz de (tradução), MASCARO, Alysson Leandro, DAVOGLIO, Pedro (revisão). São Paulo: Boitempo, 2017.

PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo e Ensaios Escolhidos (1921-1929)*, ORIONE, Marcus (coordenação), SIMONE, Lucas (tradução). São Paulo: Sundermann, 2017

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.