

O Estado como Ordem Jurídica: análise da Teoria Pura do Direito de Kelsen à Luz do Pensamento de Gramsci

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro

Advogado da União, Coordenador de Assuntos Administrativos Diversos da Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações e Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)

Sumário: 1 Introdução - 2 O Estado como ordem jurídica - 3 A Teoria Pura do Direito de Kelsen à luz do pensamento de Gramsci - 4 Conclusão - 5 Referências Bibliográficas

1 Introdução

Neste breve artigo, será analisada a concepção de Estado como ordem jurídica, adotada por Kelsen em sua obra *Teoria pura do Direito*, no Capítulo VI – Direito e Estado. Tal análise será feita tendo por referencial a concepção de Estado e de Direito adotada por Gramsci, em *Cadernos do cárcere*, no vol. III (Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política). Isto será feito em duas etapas: a) explanação acerca do conceito de Estado como ordem jurídica adotado por Kelsen; b) análise do pensamento de Kelsen sobre o Estado e o Direito à luz dos conceitos adotados por Gramsci.

2 O Estado como ordem jurídica

Segundo Kelsen, a teoria tradicional do Direito e do Estado contrapõe o Estado ao Direito, considerando que o Estado é dotado de personalidade jurídica, é sujeito de deveres e direitos, tendo uma existência que independe da ordem jurídica. Para tal teoria, o Estado possui uma "missão histórica", criando o Direito (a ordem jurídica objetiva), para, depois, submeter-se a este, na medida em que é por este obrigado e deste recebe direitos. Kelsen critica tal teoria, crendo que aquilo que existe como objeto do conhecimento é apenas o Direito, sendo o Estado uma ordem jurídica, uma ordem coerciva da conduta humana.

Para a doutrina tradicional, o Direito privado designa as relações propriamente jurídicas, ao passo que o Direito público alberga as relações de poder, de domínio. Já para Kelsen, o dualismo entre Direito público e Direito privado possui um caráter ideológico. Segundo ele, "em geral, a distinção entre Direito privado e público tem tendência para assumir o significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico ou semijurídico, e, especialmente, de um contraste entre Direito e Estado" (KELSEN, 2003, p. 311). O autor parte da premissa de que a Teoria Pura do Direito deve ser encarada sob um prisma universalista, "sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a vontade do Estado" (KELSEN, 2003, p. 312). (1) Kelsen enxerga no dualismo entre Direito público e Direito privado um caráter apenas teórico, e não teorético, crendo que tal dualismo visa a afastar do domínio do Direito público a intensidade e o sentido que o princípio da legalidade assume no domínio do Direito privado.

Kelsen repele, assim, a oposição entre uma esfera pública (política) e uma esfera privada, crendo que tanto os direitos privados quanto os direitos designados como políticos "detêm uma participação na chamada formação da vontade estadual – ou seja, afinal, na dominação política" (KELSEN, 2003, p. 314).

Segundo Kelsen, descabida de mostra a distinção entre Estado e Direito, bem como a idéia de que o Estado cria o Direito para depois submeter-se a este.(2) Para ele, os atos do Estado são "atos postos por indivíduos e atribuídos ao Estado como pessoa jurídica" (KELSEN, 2003, p. 346), de modo que a criação do Direito pelo Estado é, em verdade, a criação do Direito por indivíduos cujos atos são atribuídos ao Estado. Assim, segundo Kelsen, não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas sim os indivíduos, cuja conduta é regulada pelo Direito. O que existe como objeto do conhecimento, repita-se, é apenas o Direito, sendo o Estado conceituado como ordem jurídica, de modo que todo Estado é um Estado de Direito.

Kelsen, portanto, identifica o Estado com o Direito, na medida em que concebe o Estado como ordem jurídica. O autor refuta, assim, o dualismo entre o Estado considerado como pessoa jurídica e o Estado considerado como ordem jurídica. Em seu positivismo jurídico, ele concebe o Direito, tanto quanto o Estado, como uma ordem coerciva da conduta humana, não atrelada a qualquer valor moral ou de justiça. Deste modo, tanto uma ordem jurídica de caráter democrático, como autocrático são, ambas, ordens jurídicas, são, ambas, Estados de Direito, no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica.

3 A Teoria Pura do Direito de Kelsen à luz do pensamento de Gramsci

Na análise do pensamento de Kelsen, acima explicitado, será utilizada a concepção de Estado como "educador" adotada por Gramsci (2002, p. 28),(3) bem como seu conceito de Direito como instrumento utilizado pelo Estado para atingir seus fins, entendido o Direito não apenas como o "aspecto repressivo e negativo de toda a atividade positiva de educação cívica desenvolvida pelo Estado" (GRAMSCI, 2002, p. 28), devendo-se incluir em seu conceito "as atividades que 'premiam' indivíduos, grupos, etc.; premiam a atividade louvável e meritória" (GRAMSCI, 2002, p. 28).(4)

Partindo para a análise do pensamento de Kelsen, à luz dos conceitos utilizados por Gramsci, cumpre observar, inicialmente, que Kelsen concebe o Estado como ordem jurídica, não atrelada a qualquer valor moral ou de justiça. Tal pensamento destoa de uma concepção de Estado como "educador", como possuidor de uma tarefa educativa e formativa, voltada a criar novos e mais elevados tipos de civilização, nos termos do que defende Gramsci.

Frise-se que a concepção - adotada por Gramsci - de Estado como possuidor de um fim é encontrada - embora de forma diversa - também em Hegel, para quem o Estado possui um fim universal.(5) E o próprio Estado, na filosofia do Direito de Hegel, já é uma finalidade para a qual tendem a família e a sociedade civil, conforme explicita Raymond Aron (2003, p. 134). Tal não se dá no pensamento de Kelsen, o qual concebe o Estado despido de qualquer valor moral ou de justiça, ao fazer uma positivista identificação entre Estado e Direito, entre Estado e ordem jurídica.

Kelsen foge à idéia de que o Direito é um instrumento criado pelo Estado para atingir seus fins, conforme pensa Gramsci. Para Kelsen, não é o Estado que cria o Direito, mas sim os indivíduos cujos atos são atribuídos ao Estado; por outro lado, não é o Estado que se subordina ao Direito, mas sim os indivíduos cuja conduta é regulada pelo Direito.

Assim, não se encontra em Kelsen uma concepção de Direito de caráter finalístico e instrumental, uma concepção de Direito "como maximamente eficaz e produtor de resultados positivos" almejados pelo Estado, nos termos do que aduz Gramsci (2002, p. 28). Ao não atrelar o Estado e, conseqüentemente, o Direito, a qualquer valor moral ou de justiça, Kelsen não enxerga um Estado voltado à adequação da "moralidade das mais amplas massas

populares às necessidades do contínuo desenvolvimento do aparelho econômico de produção" (GRAMSCI, 2002, p. 23).

Há um outro aspecto, destarte, que merece ser considerado ao se interpretar a concepção de Direito adotada por Kelsen à luz daquela pregada por Gramsci. Para Kelsen, o Estado, assim como o Direito, é a ordem coerciva da conduta humana. Ou seja, o referido autor considera que as normas jurídicas que constituem a parte principal de uma ordem jurídica são justamente aquelas "que ligam uma determinada conduta humana a um ato coercivo como sanção" (KELSEN, 2003, p. 309). Em Kelsen, portanto, encontra-se uma concepção tão-somente coerciva de Direito, que destoa do conceito ampliado adotado por Gramsci, para quem o Direito não deve ter um caráter apenas repressivo, devendo incluir em seu conceito atividades que premiam os indivíduos, premiam as atividades louváveis e meritórias, com o visio de que o Direito realmente sirva de instrumento de alcance dos fins do Estado.

Contudo, existe um ponto de aproximação entre os pensamentos de Kelsen e de Gramsci: a associação entre a dominação política e a formação da vontade estatal. Neste sentido, veja-se o que aduz Kelsen, ao criticar o dualismo entre Direito público e Direito privado:

Por outro lado, a absolutização do contraste entre Direito público e privado cria também a impressão de que só o domínio do Direito público, ou seja, sobretudo, o Direito constitucional e administrativo, seria o setor de dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito privado. Já num outro ponto mostramos que toda esta oposição entre o 'público' e o 'privado' não existe no domínio do direito subjetivo, que os direitos privados são direitos políticos no mesmo sentido em que o são aqueles que assim costumam ser designados, porque uns e outros, se bem que por forma diferente, detêm uma participação na chamada formação da vontade estadual – ou seja, afinal, na dominação política. Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer, apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito 'privado', criado pela via jurídica negocial do contrato, não é menos palco de atuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração. (KELSEN, 2003, p. 313-314).

Neste excerto, encontra-se a visão de que o Direito é palco de atuação da dominação política. Portanto, para Kelsen, a formação da vontade do Estado está atrelada à atuação da dominação política, na qual os direitos - tanto aqueles ditos políticos, como os privados - detêm participação. O papel que a dominação política exerce na formação da vontade estatal e do dever-ser é também acentuada, embora de outra forma, por Gramsci, ao comentar Maquiavel:

O político em ato é um criador, um suscitador, não cria a partir do nada nem se move na vazia agitação de seus desejos e sonhos. Toma como base a realidade efetiva: mas o que é a realidade efetiva? Será algo estático e imóvel, ou, ao contrário, uma relação de forças em contínuo movimento e mudança de equilíbrio? Aplicar a vontade à criação de um novo equilíbrio das forças realmente existentes e atuantes, baseando-se naquela determinada força que se considera progressista, fortalecendo-a para fazê-la triunfar, significa continuar movendo-se no terreno da realidade efetiva, mas para dominá-la e superá-la (ou contribuir para isso). Portanto, o dever-ser é algo concreto, ou melhor, somente ele é interpretação realista e historicista da realidade, somente ele é história em ato e filosofia em ato, somente ele é política. (GRAMSCI, 2002, p. 35).

Para Gramsci, quando um determinado grupo social fundamental exerce sua hegemonia(6) sobre uma série de grupos subordinados ocorre que:

O Estado é certamente concebido como o organismo próprio do grupo, destinado a criar condições favoráveis à expansão máxima desse grupo, mas este desenvolvimento e esta expansão são concebidos e apresentados como a força motriz de uma expansão universal, de um desenvolvimento de todas as energias 'nacionais', isto é, o grupo dominante é coordenado concretamente com os interesses gerais dos grupos subordinados e a vida estatal é concebida como uma contínua formação e superação de equilíbrios instáveis (no âmbito da lei) entre os interesses do grupo fundamental e os interesses dos grupos subordinados, equilíbrios em que os interesses do grupo dominante prevalecem, mas até um certo ponto, ou seja, não até o estreito interesse econômico-corporativo. (GRAMSCI, 2002, p. 41-42).

4 Conclusão

Frente às considerações acima expendidas, conclui-se que Kelsen associa a formação da vontade estatal com a atuação da dominação política, o que também é feito por Gramsci, muito embora Kelsen, ao conceituar Estado como ordem jurídica (desatrelada de qualquer valor moral ou de justiça), destoe da clara distinção entre Estado e Direito encontrada no pensamento de Gramsci. Outrossim, ao refutar a visão de que o Estado cria o Direito para depois se submeter a este, Kelsen se mostra dissonante com a concepção adotada por Gramsci, segundo a qual o Direito é criado pelo Estado para atingir seus fins.

5 Referências Bibliográficas

ARON, Raymond. O marxismo de Marx. Tradução J. Bastos. São Paulo: Arx, 2003.

FREDERICO, Celso. O jovem Marx (1843-1844: as origens da ontologia do ser social). São Paulo: Cortez, 1995.

GRAMSCI, Antonio. Cadernos do cárcere. Tradução L. S. Henriques; M. A. Nogueira; C. N. Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. III.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl. Crítica da filosofia do Direito de Hegel. Tradução R. Ederle; L. de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

(1) Para Kelsen, tanto o comando de autoridade do Estado, como o negócio jurídico, realizam-se pela individualização de uma norma geral (lei administrativa, no caso do comando de autoridade do Estado, e lei civil, no caso de um negócio jurídico), sendo, ambos, atos "do Estado, quer dizer, um fato de produção atribuível à unidade da ordem jurídica" (Kelsen, 2003, p. 312).

(2) Segundo Kelsen, a idéia de que o Estado cria o Direito para depois submeter-se a este somente é compreensível quando se concebe o Estado como pessoa jurídica. O autor refuta esta concepção, na medida em que conceitua o Estado como ordem jurídica, de modo que se revela descabido falar num Estado que não se submete ao Direito.

(3) Este autor parte da premissa de que todo Estado tende a criar e a manter um certo tipo de civilização e de cidadão, fazendo desaparecer certos costumes e atitudes, na medida em que difunde outros. O Estado possui, portanto, uma tarefa formativa e educativa, "cujo fim é o de criar novos e mais elevados tipos de civilização, de adequar a 'civilização' e a moralidade das mais amplas massas

populares às necessidades do contínuo desenvolvimento do aparelho econômico de produção e, portanto, de elaborar também fisicamente tipos novos de humanidade" (GRAMSCI, 2002, p. 23).

(4) Tendo em vista o caráter instrumental do Direito, este "deve ser maximamente eficaz e produtor de resultados positivos" (GRAMSCI, 2002, p. 28).

(5) Neste sentido, na obra *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, Marx (2005, p. 36) observa que, na filosofia hegeliana: "(...) o interesse universal como tal e como existência dos interesses particulares seja o fim do Estado – isto é, sua realidade, sua existência, abstratamente definida. O Estado não é real sem este fim. É esse o objeto essencial de sua vontade, mas, ao mesmo tempo, apenas uma determinação completamente universal desse objeto. Esse fim, na condição de ser, é o elemento da existência para o Estado". Marx (2005, p. 48), contudo, entende que o "Estado é um abstratum. Somente o povo é um concretum". Conforme assinala Celso Frederico, "enquanto Hegel parte do Estado e considera o homem uma subjetivação daquele, Marx propõe partir do homem e considerar o Estado como uma objetivação deste, mais precisamente uma objetivação das qualidades subjetivas dos indivíduos. Essas qualidades, perdidas na esfera estatal, são recuperadas pelos indivíduos na democracia. (...) Suprimida a alienação – o Estado abstrato – a democracia vem reconciliar o homem consigo mesmo." (FREDERICO, 1995, p. 85).

(6) Embora não seja o objeto deste trabalho tratar, especificamente, do conceito de hegemonia em Gramsci, esclarecemos que, para esse autor, a hegemonia de um grupo social sobre outros é criada quando "se adquire a consciência de que os próprios interesses corporativos, em seu desenvolvimento atual e futuro, superam o círculo corporativo, de grupo meramente econômico, e podem e devem tornar-se os interesses de outros grupos subordinados" (GRAMSCI, 2002, p. 41).