

CELSO NAOTO KASHIURA JR.

OSWALDO AKAMINE JR.

TARSO DE MELO

(ORGS.)

PARA A CRÍTICA DO DIREITO

reflexões sobre teorias e práticas jurídicas



dobra
UNIVERSITÁRIO

DOGMÁTICA JURÍDICA: UM OLHAR MARXISTA

Marcus Orione Gonçalves Correia

Introdução

O presente artigo é fruto de minhas recentes incursões no marxismo. Na realidade, apesar de um estudo intenso na área nos últimos dez anos – quando, de forma tardia, me tornei marxista –, somente produzi três artigos que reputo dignos de tomarem o nome de marxistas¹. Aqui aprofundo algumas incursões metodológicas que foram ali iniciadas – algumas são, neste instante, aperfeiçoadas e, de outras, retiro a deformidade de uma leitura que, embora comprometida com o marxismo, ainda se revelava, no instante de sua redação, insuficiente. O que aqui redijo é, portanto, fruto de um constante exercício a que me submeto: um acerto de conta com as minhas imperfeições no plano da construção das ideias de um conteúdo denso, o marxismo, de que vou me apoderando dia a dia. Não me sinto envergonhado desta confissão, na medida em que acredito que ser marxista envolve uma constante revisão dos desacertos, ao lado de uma dúvida sempre presente do que você mesmo considera como acertos. Dito isto, sinto-me mais confortável para iniciar.

O que significa dizer que o ensino do direito é dogmático? O que implica reconhecer que o direito em si é dogmático? Enfim, o positivismo e o positivismo

Os artigos que menciono são, na ordem, os seguintes: Correia, Marcus Orione Gonçalves. Que fazer, in: Fontoura Costa, José Augusto; Arruda De Andrade, José Maria; Marsuo, Alexandra Mary Hanse (orgs). *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 530-560; Correia, Marcus Orione Gonçalves. Uma leitura marxista da redução da maioria penal. *Revista Margem Esquerda – ensaios marxistas*, Boitempo Editorial, São Paulo, n. 21, out. 2013, p. 21-26 e Correia, Marcus Orione Gonçalves. *Dilma e a vaca profanada*. Disponível em: <<http://blogda-boitempo.com.br/2015/01/28/dilma-e-a-vaca-profanada/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

jurídico são sempre dogmáticos? Ao reconhecer o caráter dogmático de um suposto método, o positivismo, não estaríamos transportando-o do campo da metodologia para o da ideologia?

Todas estas perguntas andam juntas e somente podem ser analisadas no seu conjunto. No entanto, as respostas não são simples e dependem de uma lógica na análise, que nos desafia, não no sentido de dar respostas completas a seu respeito, mas de produzirmos outras questões que talvez possam se revestir de maior profundidade. Ou seja, fazemos as perguntas apenas, e tão somente, para melhorar as nossas próprias investigações futuras. Perguntamos com a simples finalidade de melhorar as nossas possíveis perguntas futuras e não de respondermos de forma definitiva às nossas dúvidas. O pensamento dialético tende a provocar, em cada um de nós, um estado constante de dúvida e de inconformismo.

Assim como o positivismo é inexoravelmente dogmático, houve, no curso da história, um dogmatismo marxista, tão ou mais pernicioso do que o dogmatismo positivista. Em todo lugar, rondam perigos, aos quais devemos estar atentos, quando nos pretendemos materialistas histórico-dialéticos. Assim, no seu germen, um método já pode conter elementos que o tornam propenso ao dogmatismo – como é o caso do positivismo – ou pode na sua inadequada compreensão passar a se desvirtuar – como se deu com certo tipo de “materialismo histórico-dialético”.

Isto remonta, necessariamente, a uma questão subsequente: há alguma linha divisória efetiva entre metodologia e ideologia?

Não estamos aqui falando de um caráter subjetivo da ideologia ou buscando a sua inconsistente oposição em um suposto elemento objetivo do método. Isto se trata de uma falsa contradição determinada, em que incorremos constantemente diante do caráter fetichista da mercadoria. Na perspectiva de uma análise que parta da produção, da metodologia e da ideologia apresenta caráter estruturante, não nos parecendo correto que as contradições partam de binômios como objeto-objetividade/sujeito-subjetividade.

A pretensa objetividade que deve cercar um método já sugere, em sua análise originária, o afastamento da noção de que o sujeito da interpretação do fenômeno científico se insira numa soma de percepções subjetivas individuais da apreciação da verdade (*tratando-se, na realidade, de percepções que já decorrem da posição de indivíduos que são interpelados como sujeitos pela ideologia*). Portanto, também o caráter dicotômico de metodologia/ideologia é uma falsa apreensão da realidade, apresentada como sendo a única e derradeira possibilidade. O processo dialético nos revela a proximidade entre as noções de metodologia e ideologia. As determinações que informam o processo dialético relacionado a ambas nos dão conta

de que travam um diálogo rico no seu percurso histórico. Na história, um método como o positivismo, por exemplo, já nasce sendo confrontado dialeticamente com a ideologia que o informa e esta relação se travará constantemente consigo mesmo e especialmente com o método que o contrapõe – o marxismo.² O mesmo se dá com o marxismo, de forma interna, e na sua contradição com o positivismo. Logo, pela própria relação dialética, é de se entender a razão pela qual o dogmatismo ronda, enquanto perigo constante na perspectiva histórica, também o marxismo. Assim, a necessidade, de nossa parte, da sempre constante vigilância, sob pena de nos traírmos metodologicamente.³

O caráter dogmático do positivismo de Auguste Comte a partir de uma leitura marxista

Não há como se esconder o fato de que, no momento de seu surgimento, o positivismo se encontrava identificado com o processo revolucionário burguês então em curso⁴. No mesmo compasso em que a burguesia deixa de ser uma classe revolucionária, passando a um modelo de profunda acomodação de seus interesses, o positivismo o acompanha nesse percurso⁵. O caráter dogmático,

² É interessante destacar aqui o que é chamado por Michael Löwy de utopia positivista em Condorcet e Saint-Simon como o "ideal da ciência neutra, tão imune a 'interesses e paixões', quanto a física ou a matemática" (...), sendo que o cientificismo positivista constituiria um "instrumento de luta contra o obscurantismo clerical, das doutrinas teológicas, os argumentos de autoridade, os axiomas *a priori* da igreja, os dogmas imutáveis da doutrina social e política feudal" (In: *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen – marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 19 e 20).

³ "Michel Löwy nos ensina, a partir de Max Weber, a armadilha do 'princípio da carruagem'. O autor nos adverte, a partir deste princípio, que qualquer incursão marxista está sujeita a não suportar o risco de se lhe aplicar o seu próprio método (o materialismo histórico-dialético)" (apud Correia, Marcus Oriane Gonçalves. *Que fazer*, op. cit., nota 1, p. 550). Na realidade, acredito que, se o método realmente utilizado foi materialista histórico-dialético, não há qualquer armadilha, já que não se corre o risco de "parar a sua aplicação a si mesmo, como uma carruagem", diante mesmo do que representam as suas premissas. No entanto, a história nos ensina que, no processo dialético antes mencionado, não é difícil que os marxistas se traiam e se tornem dogmáticos, algo a que devem ter uma atenção e vigilância constantes.

⁴ Sugere-se sobre o tema a leitura do excelente texto produzido por Evaristo de Moraes Filho, em coleção coordenada por Florestan Fernandes, na obra *Auguste Comte: sociologia*. Org. e trad. Evaristo Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1978.

⁵ Há um abandono ou acomodação constante da forma de explicar o mundo, pela ciência, conforme os interesses de classe da burguesia. Somente para ilustrar, destacamos a seguinte passagem relativa à economia política clássica: "Em resumidas contas, a Economia Política Clássica expressou o ideário da burguesia no período em que esta classe estava na vanguarda das lutas sociais, conduzindo o processo revolucionário que destruiu o Antigo Regime – e não foi por outra razão, aliás, que o filósofo húngaro Georg Lukács (1885-1971) considerou-

que já está presente na gênese do pensamento positivista, é indispensável para a compreensão desta passagem.

Passemos a expor um pouco deste percurso a partir das ideias daquele que é considerado o fundador do positivismo: Auguste Comte.

Comte, em seu *Curso de filosofia positiva*, apresenta a superação dos estados teológico e metafísico e a supremacia do estado positivo:

No estado teológico, o espírito humano, dirigindo essencialmente suas investigações para a natureza íntima dos seres, as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o tocam, numa palavra, para os conhecimentos absolutos, apresenta os fenômenos como produzidos pela ação direta e contínua de agentes sobrenaturais mais ou menos numerosos, cuja intervenção arbitrária explica todas as anomalias aparentes do universo. No estado metafísico, que no fundo nada mais é do que simples modificação geral do primeiro, os agentes sobrenaturais

.....
- a maior e mais típica ciência nova da sociedade burguesa" (Braz, Marcelo; Netto, José Paulo, *Economia política – uma introdução crítica*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2012, p. 29 a 31). Após a revolução francesa e instaurado seu domínio de classe, "a burguesia experimenta uma profunda mudança: renuncia aos seus ideais emancipadores e converte-se numa classe cujo interesse central é a conservação do regime que estabeleceu. Convertendo-se em classe conservadora, a burguesia cuida de neutralizar e/ou abandonar os conteúdos mais avançados da cultura ilustrada" (*idem*, p. 32). Esse momento faz surgir o seu contrário a classe trabalhadora, o proletário, que passa a conter o germen revolucionário. Nesse contexto é que se compreende a crise da Economia Política clássica: "na medida em que expressa os ideais da burguesia revolucionária, a Economia Política clássica torna-se incompatível com os interesses da burguesia conservadora. Não é casual, portanto, que o pensamento burguês pós 1848 abandone as conquistas teóricas da Economia Clássica – como também não é casual que tais conquistas se transformem num legado a ser assumido pelos pensadores vinculados ao proletariado" (*Ibid.*, p. 33). Aliás, "uma observação é suficiente para indicar a incompatibilidade da Economia Política clássica com os interesses da burguesia convertida em classe dominante e conservadora. Trata-se do modo como aquela enfrentou os problemas da riqueza social (ou, mais exatamente, da criação de valores): para os clássicos, o valor é produto do trabalho. Se essa concepção era útil à burguesia que se confrontava com o parasitismo da nobreza, deixou de sê-lo quando pensadores ligados ao proletariado começaram a extrair dela consequências socialistas. A teoria do valor-trabalho (...), que fora uma arma da burguesia na crítica do Antigo Regime, torna-se agora uma crítica ao regime burguês: nas mãos de pensadores vinculados ao proletariado, a teoria do valor-trabalho serve para investigar e demonstrar o caráter explorador do capital (representando pela burguesia) em face do trabalho (representado pelo proletariado). Os clássicos puderam desenvolver a teoria do valor-trabalho porque pesquisavam a vida social e econômica a partir da produção dos bens materiais, e não de sua distribuição; por isso, não só a teoria do valor-trabalho era incompatível com os interesses da burguesia conservadora: também o era a pesquisa da vida social fundada no estudo da produção econômica" (*Ibid.*). Observadas as determinações próprias, o positivismo passou por processo, em parte, semelhante. No entanto, ao invés de incomodar, acomodou-se inteiramente aos desígnios e intentos da burguesia, em especial pelo caráter constitutivo do elemento dogmático que já lhe era inerente desde a sua origem. Discutir se certo caráter dogmático também constituía (ou não) a economia política é tema que demandaria outro artigo.

são substituídos por forças abstratas, verdadeiras entidades (abstrações personificadas) inerentes aos diversos seres do mundo, e concebidas como capazes de engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados, cuja explicação consiste, então, em determinar para cada um uma entidade correspondente. Enfim, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir.⁶

A passagem das fases trata-se de uma "lei fundamental do desenvolvimento do espírito humano". Aliás, o percurso representa a passagem da infância (o estado teológico) para a maturidade (o estado positivo) da humanidade, como nos quer fazer crer Comte.

Para o entendimento do caráter dogmático insito ao positivismo, deve-se recordar que o próprio Comte observava que:

toda ciência pode ser exposta mediante dois caminhos essencialmente distintos: o caminho histórico e o caminho dogmático. Qualquer outro modo de exposição não será mais do que sua combinação. Pelo primeiro procedimento, expomos sucessivamente os conhecimentos na mesma ordem efetiva, segundo a qual o espírito humano os obteve realmente, adorando, tanto quanto possível, as mesmas vias. Pelo segundo, apresenta-se o sistema de ideias tal como poderia ser concebido hoje por um único espírito que, colocado numa perspectiva conveniente e provido de conhecimentos suficientes, ocupar-se-ia de refazer a ciência em seu conjunto.⁷

Logo após, assevera que o modo histórico corresponde ao começo de qualquer ciência nascente, mas depois é superado pelo modo dogmático:

O modo dogmático, supondo, ao contrário, que todos esses trabalhos particulares foram refundidos num sistema geral, a fim de serem apresentados segundo uma ordem lógica mais natural, aplica-se apenas à ciência já suficientemente desenvolvida em alto grau. Mas, na medida em que a ciência progride, a ordem histórica de exposição torna-se cada vez mais impraticável, por causa da longa série de intermediários que obriga o espírito a percorrer, enquanto a ordem dogmática torna-se cada vez mais possível, ao mesmo tempo que necessária,

⁶ *Curso de filosofia positiva*. Trad. José Arthur Giannotti. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 4.

⁷ *Ibid.*, p. 27.

porque novas concepções permitem apresentar as descobertas anteriores de um ponto de vista mais direto.⁸

E mais adiante: "A tendência constante do espírito humano, quanto à exposição dos conhecimentos, é, pois, substituir progressivamente a ordem histórica pela ordem dogmática, a única conveniente ao aperfeiçoamento de nossa inteligência".⁹

Chega a ser pífio o apontamento da razão pela qual o dogmatismo deve ser admitido pela humanidade: seria inconcebível cada homem percorrer novamente todo o percurso já realizado anteriormente pelos "gênios superiores" da humanidade durante "uma longa série de séculos". Afinal "é claro que é mais fácil e mais curto aprender do que inventar", sendo que seria impossível o desenvolvimento da humanidade "se pretendêssemos sujeitar cada espírito individual a percorrer sucessivamente os mesmos caminhos intermediários que teve de seguir necessariamente o gênio coletivo da espécie humana".¹⁰ Daí resta clara a razão da dogmática enquanto elemento inerente ao método positivista.

Para o positivismo em sua origem, a história assume, portanto, um lugar específico e resume-se a uma sucessão de fatos, que se superam e, apesar de considerada, é substituída pelo dogmatismo — a superação das etapas anteriores é considerada essencial, por revelar que a humanidade já havia superado seus períodos de imaturidade e se encontrava, então, no esplendor de seu amadurecimento: a razão no lugar do misticismo religioso e de seu desdobramento metafísico.

A "ordem" histórica aparece como uma abstração e, "bem longe de pôr em evidência a verdadeira história da ciência, tenderia a fazer com que se fizesse dela uma opinião muito falsa". E, embora não se considerasse desprezível a história das ciências, tal estudo não deve ser jamais "concebido inteiramente separado do estudo próprio e dogmático da ciência, sem o qual esta história não seria inteligível".¹¹

Veja-se que, já na sua origem, a história é relegada a um segundo plano por Comte. A dogmática assume o protagonismo. Não importa a totalidade histórica, a história apenas importa como produto último da razão, elaborado por grandes homens. Estamos diante, como se dá de forma frequente e açodada por parte de vários pensadores liberais, da ideia de fim da história. Aliás, para que assumam um caráter eterno e natural, o pensamento burguês, não raras vezes, se declara vencedor, encerrando, com o advento de suas supostas vitórias, o processo histórico

⁸ *Ibid.*, p. 27 e 28.

⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰ Comte, *op. cit.*, nota 6, p. 28.

¹¹ *Ibid.*, p. 29.

em que está envolto a humanidade – ainda que, posterior e constantemente, seja desmentido pela própria história, astuta como sempre. Aqui não há como se deixar de constatar: o caráter histórico e materialista do marxismo nos fornece os subsídios indispensáveis para nos afastarmos da dogmática e do processo de naturalização dela emanado, típicos do positivismo.

Perceba-se que, já na sua origem, o caráter dogmático é ínsito ao método positivista. Entenda-se dogma aqui como certezas alcançadas pela evolução da humanidade, que, a partir de seus grandes pensadores, já teria esgotado o seu percurso, alcançado a sua maturidade civilizatória. Esta certeza é tudo o que não condiz com o materialismo histórico-dialético, que trabalha com uma matriz em que a instabilidade, no curso da história da produção da vida material, é o elemento que a qualifica. Tudo isto em oposição ao ser fixo e à ordem, típicas do positivismo – e que condizem com uma das tradições da filosofia pré-socrática, marca registrada de grande parte de toda a filosofia ocidental. O caráter dogmático do positivismo corresponde, portanto, a este processo de afirmação dos avanços da humanidade, que teria alcançado o seu ápice com o advento da razão, deixando para trás as incertezas e a desordem promovidas pelos estágios teológico e metafísico. O contrário disto tudo encerraria uma lógica que promove, por sua natureza, o exercício de negação constante do homem a partir do processo material de produção, ressaltando suas condições de existência no curso histórico. O caráter antidogmático do materialismo histórico-dialético é algo que, por sua vez, é inerente a esse método.

Considerado o tom dogmático do positivismo, não é sem razão que, em 1847, dez anos antes da sua morte, Auguste Comte proclama o positivismo a Religião da Humanidade e, no prefácio de 11 de julho de 1852 da obra *Catecismo positivista*, subscreve intitulado-se o seu fundador! Não é também sem sentido que, tendo em vista que “o impulso orgânico e progressivo afastará, onde quer que estejam, os retrógrados e anarquistas, tratando todo prolongamento do estado teológico ou metafísico como enfermidade cerebral”, que houvesse a necessidade de um manual de catequese positivista com o conjunto de regras estabelecidas naquele catecismo que concretizava a “nova fé”.¹²

Por estranho que possa parecer, tudo que é repudiado por Comte se torna a sua convicção, o dogma positivista consubstanciado no culto à razão, em que há inclusive explicação de como ele se concretizará: contendo desde a indicação das capelas destinadas a grandes pensadores da humanidade, tais como Homero,

¹² Comte, Auguste. *Catecismo positivista*. Trad. Miguel Lemos. 2ª ed.. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 131 e 132.

Aristóteles, Dante, até o plano geral de um grande templo da humanidade em que se realizariam as celebrações a suas santidades. Enfim, os fundamentos de uma nova religião, uma nova fé: elementos da teologia e da metafísica, tão desprezadas por Comte, reaparecem no culto à razão. A substituição da figura de Deus pela da razão humana, com todos os seus santos e arcanjos (Dante, Homero, Shakespeare, Adam Smith etc.). Um pouco de elementos da teologia e muito dos componentes da metafísica, antes rejeitados, voltaram na figura do culto à etérea razão – mesmo a despeito de toda a luta promovida em especial por Kant exatamente para retirá-la das brumas metafísicas!

A triste saga do culto metafísico à razão é reproduzida ainda por alguns positivistas de nosso tempo. No Brasil, atualmente, se entrarmos no site da Igreja Positivista do Brasil¹³, fica marcado o registro do caráter dogmático/religioso do positivismo. Aliás, basta uma apreciação geral de sua apresentação primeira, que é bastante esclarecedora para os fins deste artigo: “Fundada em 19 de César de 93 – 11 de maio de 1881 por Miguel de Lemos, está localizada à Rua Benjamin Constant, 74 – Glória, Rio de Janeiro. Sua sede, também conhecida como Templo da Humanidade, foi o primeiro edifício construído, no mundo, para difundir a Religião da Humanidade”. O positivismo, como se verá na sua vertente jurídica, não se demove diante de sua constante tentação de promover a adoração, em seus templos, de santos, anjos e arcanjos – que, na realidade, escondem coisas extremamente nefastas sob o manto de suas figuras angelicais e santificadas!

O caráter dogmático do positivismo jurídico de Hans Kelsen a partir de uma leitura marxista

O aspecto místico mencionado se encontra revestido, no meio jurídico, na adoração aos códigos e à jurisprudência. Adoração que apresenta nas faculdades de direito os seus templos. A simples referência à terminologia usada pela “ciência” do direito deixa nítido o caráter quase religioso que o positivismo jurídico assumiu na vida dos que com ele operam: presente em termos como *dogmática* jurídica, *doutrina* trabalhista, civil ou previdenciária, e assim por diante.

Mas, além do caráter dogmático assumido pelas expressões e ensino jurídicos, há que se acentuar tal sentido a partir do exercício de segmentação realizado diariamente por aqueles que lidam com o direito. Ao assumir uma fragmentação por meio de seus ramos, de seus institutos, da separação rígida das outras áreas

¹³ Disponível em: <<http://www.igrejapositivistabrasil.org.br/igreja.html>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

do conhecimento humano – enfim ao fugir da noção de totalidade concreta –, o direito se resume a explicações de fenômenos sem ligação no concreto. A "ciência" normativa se apresenta como exercício de uma fragmentada relação entre o ser e o dever ser.

A perplexidade diante de tal fenômeno é revelada por Michel Miaille, ao analisar como se processa ao estudo da introdução ao direito:

A introdução ao direito tem todas as aparências de uma simples familiarização com a terminologia jurídica: tudo se passa como se, a partir de definições dadas *a priori*, se entregassem ao estudante os materiais que ele ia ter que manejar: a pessoa jurídica, o direito público e o direito privado, o contrato, a lei, as decisões judiciais e os actos dos poderes públicos e toda a terminologia jurídica. Acaba por se ter a ideia de que, no fundo, a introdução ao estudo do direito é uma coisa simples. A quem tenha um espírito esclarecido e um pouco de boa vontade é dado, sem mais, um conhecimento imediato do mundo jurídico. Não há diversas maneiras de conhecer o direito: bastaria mergulharem, sem hesitações, nesse universo e, dominando o vocabulário e as técnicas, vocês poderiam, em breve, tornar-se juristas conhecedores.¹⁴

E, ao pretender uma nova forma de estudar a matéria, sugere:

Um pensamento crítico já não pode contentar-se em descrever dado acontecimento, tal e qual ele se oferece à observação: ele não pode deixar de o reinserir na totalidade do passado e do futuro da sociedade, que o produziu. Desenvolvido assim, em todas as suas dimensões, esse acontecimento perde o carácter chão, unidimensional, que a mera descrição lhe conferia: torna-se preche de todas as determinações que o produziram e de todas as transformações possíveis que podem afectá-lo.¹⁵

Percebe-se que a solução a partir de uma crítica centrada no materialismo histórico-dialético, considera o fato de que o carácter dogmático do direito retira deste essencialmente o seu aspecto de totalidade, encerrando-o em si mesmo. Enfim, o dogma no direito emerge do fato de que o direito encerra em si próprio a sua suposta totalidade – o que sequer é desfeito na análise de temas mais progressistas ligados aos direitos humanos.

Para se entender este carácter dogmático, nada melhor do que recorrermos àquele que lutou pela pureza do direito. Assim como o positivismo em geral, a sua vertente jurídica assenta-se numa explicação do nada, tem a si mesma como começo e fim. O carácter dogmático surge de uma perspectiva a-histórica, já que deslocada da totalidade construída a partir da produção. Ninguém melhor do que

¹⁴ Miaille, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3ª ed. . Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 18.

¹⁵ *Idem*, p. 23.

o próprio autor da teoria pura para explicar os motivos desta tentativa. A figura do Barão de Munchaussem, descrita por Michel Löwy¹⁶ para o positivismo, se lhe aplica perfeitamente também aqui: quando em situação de perigo, o positivismo jurídico se vale de suas próprias forças, sem qualquer auxílio externo, para se retirar da areia movediça, como fez Munchaussem, puxando-se pelo próprio cabelo.

Preocupado com a contaminação a que o direito estava exposto decorrente do contato em especial com a política, Kelsen é categórico já no início do prefácio à primeira edição de sua obra *Teoria pura do direito*, escrito em maio de 1934:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade (...) Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.¹⁷

Na realidade, mais do que uma atitude contra as escolas sociológicas do direito que proliferaram em especial no início do século XX, acrescento que esta posição dogmática, baseada na pureza do direito, além de um resquício do culto à racionalidade típica do positivismo em sua origem, encontra-se carregada de um componente conservador já à época de seu advento. Assim, em vista de seu caráter antirrevolucionário – diferente do positivismo na sua origem –, o positivismo jurídico vem carregado de uma carga ideológica da burguesia já conservadora. Encontra-se envolto na ideia de que a norma é produto de um processo democrático, que, por ter passado por todo o procedimento da democracia burguesa, não merece questionamentos, devendo ser incondicionalmente aceita. A ideia da pureza do direito, portanto, ao invés de ser neutra, como pretendia Kelsen, é, na sua origem, altamente ideológica, ou mais, esta intimamente ligada à naturalização da democracia burguesa. Rende homenagens a esta democracia, embora queira escondê-lo – afinal deseja fazer crer que qualquer norma, produzida por qualquer regime político, possa ser preservada em sua pureza.

Este caráter ideológico está intimamente ligado à eliminação da história do processo de totalidade no qual se insere o direito. Assim, ainda aqui, o fim da história parece ser confirmado também pelo direito, mais especificamente o fim da história com a vitória do conceito burguês de democracia. Parecendo eliminar

¹⁶ Löwy, Michel, *op. cit.*

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

a ideologia e eliminando na realidade a totalidade histórica, a teoria pura nada mais faz do que reforçar o caráter ideológico de sua pureza dogmática. Assim, não é de se estranhar que Kelsen se coloque contra o caráter ilusório e ideológico do dever-ser e contra também a afirmação de que não seria possível uma ciência normativa, colocando-se em oposição aos que entendem que a única ciência do direito possível seria a sociologia jurídica.¹⁸ Ao comentar a respeito da inadequação deste raciocínio (contemplando tudo a partir da ilação de que sociologia do direito não faz o cotejo dos fatos do ser em relação aos do dever-ser, mas simplesmente os relaciona enquanto fatos que são) assevera: "Ela (a sociologia do direito) pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos". Assim, a sociologia jurídica investiga os fatos econômicos ou as representações religiosas que influenciam a edição da norma, sendo que:

a Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou – a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não as dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido – querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.¹⁹

O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido!!!
Um sentido que não se baseia no ser, mas em si mesmo a partir da própria norma!!!
Uma ciência que finge se valer do ser, mas apenas como desdobramento de um exercício interno de lógica formal – para efeitos da subsunção, que elimina todo o ser que o origina e que, surpreendentemente, é lastreado por um dever-ser não ideológico, não "ilusório"! Ainda que tomemos o sentido de ideologia mais baseado em um exercício de subjetivação, comum à época e que parece presente nesta parte do texto, chega a ser ridículo dizer que não há um aspecto ilusório em um dever-ser que tem como referência não um ser que vem do mundo, mas um ser que vem de um simples jogo formal de subsunção. Mais ridículo ainda fica se analisarmos a questão a partir de conceitos marxistas mais recentes de ideologia com o seu caráter objetivo e não subjetivo – fazendo o uso, por exemplo, de conceitos como de aparelhos ideológicos de estado.

Kelsen, *op. cit.*, p. 113.

Ibid., p. 114.

Há que, segundo Kelsen, se expurgar a ideologia do direito, retirar o seu caráter político, e isto não é ideológico?!? Isto seria simples exercício de objetividade!!! Um dever-ser descomprometido a partir de um ser artificial. Enfim, a total ruptura com qualquer perspectiva histórica. Em suma, aqui reaparece o caráter dogmático já existente nas proposições de Comte, antes referidas: "a tendência constante do espírito humano, quanto à exposição dos conhecimentos, é, pois, substituir progressivamente a ordem histórica pela ordem dogmática, a única conveniente ao aperfeiçoamento de nossa inteligência". O direito como produto, descolado da história, do aperfeiçoamento de nossa inteligência, não havendo sentido realizar novamente o percurso de todos que concretizaram uma mais daquelas perfeitas obras que a humanidade poderia ter imaginado: a de que o direito é a forma mais bem acabada de solução dos conflitos e de pacificação social, já que existe e sempre existiu na história da humanidade! A democracia burguesa como aquele dever-ser inexoravelmente alcançável pela via do direito. A naturalização desta modalidade de democracia como produto do fim da história, obtido pela concretização do direito em sua mais completa tradução: imaculado, revestido do manto da pureza. Uma democracia como a burguesa demanda um direito puro – em que todos possam ser identificados como livres, iguais e proprietários, de forma indistinta, para vender a sua força de trabalho livres de qualquer pressão ideológica. Ou seja, para que o fetiche do sujeito de direito assuma o seu caráter mais completo é indispensável uma teoria à sua altura, ou seja, a teoria pura do direito.

Neste instante nunca é demais lembrar o percurso feito pelo positivismo de Comte, que, concebendo um estágio superior da humanidade com o advento da razão retoma, a partir dela, a uma perspectiva duplamente dogmática: o conteúdo metafísico que inclui o culto à razão. Este percurso dogmático é também traçado pelo direito, como bem lembra Mialle:

A laicização do direito a partir da Renascença não transformará verdadeiramente as coisas: a Deus suceder-se-á a Razão ou a Natureza, a metafísica substituirá a teologia. Da mesma maneira, as instituições jurídicas serão analisadas a partir de um certo número de noções, tanto a natureza das coisas como a de vontade ou de equilíbrio. Por conseguinte, a ciência jurídica é governada por 'conceitos' e modos de raciocínio que lhe vêm de outro lado, de um sítio que é suposto ser o centro de todo o pensamento: a abstração metafísica.²⁰

No plano das formas, direito e religião separados, de maneira distinta do que se dava no modo de produção feudal (em que apareciam fundidos). No seu aspecto material (conteúdo), não obstante, o direito assume uma veste metafísica, quase

²⁰ Mialle, *op. cit.*, p. 40.

religiosa, assemelhando-se à inversão promovida na trilha percorrida pelo positivismo comtiano (da teologia para a razão, originariamente proposta, para o retorno ao misticismo teológico). Assim, buscando uma contribuição ao que prenuncia Maillie, segundo o qual, na perspectiva das formas, "as faculdades de direito já não vivem à sombra das catedrais"²¹, no plano material (conteúdo) do direito, as faculdades jurídicas passam a ser as próprias catedrais: com suas bíblias, os códigos; seus sacerdotes, os juízes e advogados; os seus seguidores, os estudantes de direito; os seus adoradores, a população em geral que deposita fé profunda no direito!

Por derradeiro, não há como se destacar a obra *Teoria pura do direito* do momento em que se encontrava inserida. Tratava-se do início da intensa polarização que iria viver o mundo. Os anos que se seguiriam àquele em que foi redigida seriam ditados pela intensificação da disputa num mundo dividido entre o capitalismo e o império soviético. Este fato, e o posicionamento político de Kelsen a partir dele, não pode jamais ser desconsiderado, ajudando inclusive à compreensão do purismo do direito e de sua consequente imposição dogmática como decorrente mesmo da disputa ideológica – e da escolha de um dos lados nesta disputa – em que estava imerso Hans Kelsen. Entendemos mesmo, a partir da literatura produzida por Kelsen sobre o marxismo, que, diversamente do positivismo comtiano (que aparece como uma postura crítica na lógica revolucionária em que estava inserida a burguesia emergente²²), tais razões históricas são indispensáveis para se entender o conservadorismo da obra mais importante de Kelsen. Uma burguesia não revolucionária, conservadora, exige uma obra conservadora para os que defendem a democracia burguesa. Portanto, uma teoria pura, neutra e objetiva do direito trata-se de uma opção já de início inserida na lógica da conservação inarredável da ordem, mas não de qualquer ordem e sim da ordem burguesa.

Não pretendemos aqui abordar a questão pelos limites da nossa proposta neste artigo. No entanto, para a melhor compreensão da conflituosa relação de Kelsen com o marxismo, sugerimos a leitura de dois ótimos artigos a respeito do tema:

²¹ *Ibid.*, p. 40.

²² Aqui deve-se registrar inclusive a participação de Comte dos círculos saint-simonianos, sendo que, assim como Saint Simon, Comte acredita que seria preciso acabar a Revolução de 1889, reorganizando a sociedade em especial a partir de uma modernização industrial. A ruptura teria vindo mais tarde em vista em especial da visão que acreditava ser mística de Simon com o seu novo cristianismo (a respeito confira-se o texto introdutório de Evaristo de Moraes Filho à obra *Augusto Comte: sociologia*. Organizador e tradutor Evaristo Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1978). O mais irônico, como já visto, é que Comte, próxima ao final de sua vida, também funda a sua religião, como já visto anteriormente, assentada no seu *Catecismo positivista*.

O caráter dogmático do pós-positivismo jurídico de Robert Alexy a partir de uma leitura marxista

Mais recentemente, promoveu-se a uma tentativa de se “oxigenar” o direito, com o advento de opções conhecidas como pós-positivistas. Alguns poderiam crer que o surgimento do que se chamou de “escolas pós-positivistas do direito” teria provocado a ruptura da visão dogmática do fenômeno jurídico. Ao colocar o direito “mais em contato com o mundo” – em especial com a utilização dos princípios –, supostamente o conteúdo jurídico se encontraria mais permeável à realidade, deixando de buscar apenas em si mesmo os seus fundamentos. Isto se daria em especial pelo exercício de técnicas como o sopesamento dos princípios. A ponderação seria a porta de entrada do mundo no direito. Tal abertura poderia significar, afirma-se, o fim do caráter dogmático do fenômeno jurídico.

O engano desta leitura é patente. Senão vejamos.

Analisaremos a questão a partir da obra *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy²⁴. Trata-se de texto aclamado como uma das mais importantes do pós-positivismo. Não nos ateremos aqui ao fato de que supostamente existam representantes de várias escolas pós-positivistas – até mesmo porque partimos, guardadas as especificidades, da mesma constatação de David Harvey. Quando Harvey analisa o pós-modernismo²⁵, constata que, na realidade, a partir da lógica de acumulação do capital, não há uma ruptura ou solução da continuidade na passagem do que se entende por modernidade para a pós-modernidade. Diríamos que, assim como não há qualquer ruptura significativa entre o modernismo e o pós-modernismo, não há qualquer descolamento, na perspectiva da dogmática, a ser destacado entre

²³ Particularmente, ao ler *Teoria marxista do direito e do Estado* (Trad. Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé Editores S.A., 1957), restou-me a nítida impressão de que Kelsen parte de concepções desvirtuadas de categorias marxianas e daquelas manuseadas por alguns juristas marxistas do início do século XX, mais especificamente de Stucka e Pachukanis. Alguns fizeram a leitura de que Kelsen, em sua percepção do marxismo, teria adotado uma espécie de leitura revisionista – altamente marcada pela influência sobre a teoria política por autores como Bernstein, Karl Renner e Karl Kautsky. No entanto, o que acredito mesmo, é que não se trata sequer disto, mas de alguns desvios conceituais marxistas mais graves (pelo menos na obra mencionada).

²⁴ Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

²⁵ Confira-se a obra *Condição pós-moderna*. Trad. Adil Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 22ª ed. São Paulo: Loyola, 1992.

o que se entende por positivismo jurídico e pós-positivismo²⁶. Estamos diante de fenômenos provenientes da mesma matriz, embora o último seja apresentado com roupagem supostamente mais progressista, na essência, é tão conservador quanto o primeiro. Assim, em ambos os casos, sob o aspecto da forma, se encontra marcante a lógica do sujeito de direito, com todos os seus traços característicos – sujeito igual e livre para vender a sua única mercadoria, a força de trabalho.

Nesta linha de raciocínio, não há qualquer ruptura na perspectiva dogmática do positivismo e do pós-positivismo (que, aliás, teria emergido exatamente para uma adaptação do direito às “novas” relações supostamente mais complexas e fluídas do pós-modernismo). A expressão dogmática dos direitos fundamentais, por exemplo, aparece por diversas vezes no texto de Alexy antes mencionado. Interessante, inclusive, para os fins deste artigo a transcrição da seguinte passagem: “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais”.²⁷

Trata-se de uma dogmática que, como a produzida no positivismo jurídico, reduz a relação entre o ser e o dever-ser a um exercício prático de simples sub-sunção, observados critérios de uma simplificada lógica formal. A complexidade histórica do dever-ser já está, com a redução a um exercício prático de lógica formal, inicialmente comprometida. O lugar da história é inexistente, abandonando-se a sua dialética material, e substituindo-a por um artifício de uma lógica aplicada internamente ao direito – na forma de um exercício, como se verá, envolvendo, no conflito de princípio, a ponderação. A ponderação, por seu turno, se baseia em conceito lógico tradicional, partindo de exercícios envolvendo noções como adequação e proporcionalidade. A relação entre ser e dever-ser, para que o direito preserve o seu conteúdo dogmático e não se revista da complexidade das relações materiais e históricas que permeiam o mundo, passa a ser conectada por um elo simplista, forjada a partir de um ato mecânico, de natureza eminentemente procedimental. Estamos diante de um exercício típico da lógica formal, não revestido da riqueza da lógica dialética.

²⁶ Esta ausência de ruptura na relação positivismo/pós-positivismo é denunciada também, ainda que por outro caminho, por Sartori, Vítor Bartoletti. “Ontologia, técnica e alienação: para uma crítica ao direito”. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 464.

²⁷ Alexy, *op. cit.*, p. 43.

Feitas as digressões anteriores, cabem mais algumas outras observações a respeito do pós-positivismo de Robert Alexy e da persistência, no seu bojo, do dogmatismo, típico de qualquer expressão do positivismo.

Embora concebido para ser utilizado no instante da edição das normas pelos poderes com capacidade de legislar (mais especificamente como forma de impor limites às restrições das liberdades), o exercício pós-positivista de Alexy passou a ser utilizado comumente para a interpretação do conflito de normas já existentes no ordenamento jurídico – em especial na atuação do poder judiciário.

Hasteado na razoabilidade, há um exercício lógico que tenta evitar a arbitrariedade, com a imposição, passo a passo, da realização do cotejo de normas constitucionais conflitantes. Assim, há uma técnica baseada em noções como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁸ Com base neste procedimento, afasta-se, para o caso concreto, determinado princípio em detrimento do outro, sendo que o afastado não perde a sua validade.

Assim, busca-se a realização de um exercício de racionalidade na ponderação, que possa resultar em uma efetiva na seleção, no caso concreto, de um princípio em detrimento do outro. Com isto, busca-se preservar a segurança jurídica, a partir de uma técnica de ponderação – supostamente tão ou mais eficiente do que o uso da regra pelo positivismo na sua vertente mais tradicional. Embora pudéssemos buscar uma sofisticação maior na explicação de como se dá o processo de ponderação de normas conflitantes, acreditamos que, para fins da nossa investigação, basta o que foi dito. A questão que remanesce é a do dogmatismo ou não deste procedimento.

A primeira crítica já foi tecida anteriormente. Encontrando-se no mesmo ambiente histórico em que foi forjado o positivismo – da concretização histórica de uma burguesia vitoriosa e conservadora –, não há que se desejar de qualquer pós-positivismo senão a perpetuação dos ideais naturalizados e vencedores da democracia burguesa. Dadas tais condições históricas, diversas do positivismo comtiano na sua origem, nada mais do que entender também as escolas pós-positivistas como a acomodação de uma ideologia conservadora.

Do mesmo modo, não sendo mais do que uma expressão da garantia da venda da força de trabalho por sujeitos livres, iguais e proprietários, que informa o capitalismo, muito pouco há que esperar de diferente das escolas pós-positivistas em relação aos positivistas mais “tradicionais” – inclusive aquela capitaneada por Robert Alexy.

²⁸ *Idem*, p. 587 a 611.

Da mesma forma que o culto à razão comtiano se alastra, ainda que algumas especificidades para o normativismo kelseniano, isto também se dá na teoria de Alexy. Veja-se que a razão aqui assume a sofisticada forma de razoabilidade. Não há espaços para devaneios desprovidos de um exercício, metuculoso e metódico, invocando passos bem especificados para que o razoável se faça presente. Trata-se uma razão domesticada a partir de um processo para a sua revelação (adequação, proporcionalidade e proporcionalidade em sentido estrito). A escolha, no caso de conflitos de princípios, deve obedecer à razão, mas não a qualquer razão é sim a uma razão que seja pensada a partir das noções de adequado e de proporcional.

Da mesma maneira, o recurso ao mundo do ser para preencher a lógica do dever-ser, que informa os princípios, se faz de forma artificial e sempre controlada por uma razão agora já dogmática, já pasteurizada, já enjaulada. O princípio aparenta o conflito entre o ser e o dever-ser, que se realiza de forma muito mais idealizada do que como recurso ao mundo que se nos apresenta. Aparentemente, há a presença do ser histórico, com o cotejo do princípio com outro, mas, na realidade – por trás da aparência –, revela-se a essência: o cotejo dos princípios, e o exercício de sua ponderação, esconde o sujeito que somente é livre para a venda de sua única mercadoria, a força de trabalho. O que parece ser, na realidade, não é!

A questão é tão delicada que há necessidade de se explicar as escolhas que reforçam a lógica do capital, sendo a razoabilidade um exercício usado para justificar a democracia burguesa e seu estreito conceito de liberdade. A democracia burguesa não se contenta mais com um único centro de poder, ou seja, aquele que legifera, precisa se espriar estendendo-se a todas as formas pelas quais, com a dinamicidade do processo de troca de mercadorias, haja necessidade de se autorreferenciar. A autorreferência normativa não pode mais ser apenas a atinente aos órgãos que legislam, há necessidade de que agora se ocupe das possibilidades também no plano da interpretação. Daí a importância das escolas pós-positivistas, que se acomodam mais a um tempo em que há uma suposta maior plasticidade da sociedade capitalista pós-moderna. No fundo, a complexidade é mais aparente do que real, já que tudo esconde a lógica da extração de mais-valia do capital – e nada mais do que isto. No entanto, no processo de intensificação do fetiche da mercadoria/fetiche do sujeito de direito, as coisas não podem mais se apresentar de forma tão simplificada como o foram nas origens do capitalismo. A dogmática pós-positivista de Alexy responde a esta necessidade.

Culto religioso à razão, na sua forma denominada razoabilidade/proporcionalidade, e subtração do elemento histórico estão aqui também presentes. No caso da razão, viu-se anteriormente, travestida em postulados lógicos simplórios.

No caso da tentativa de subtrair o elemento histórico, basta constatar a noção de que o princípio continuará existindo, mesmo que, no caso concreto, “perca” para o outro princípio cotejado.²⁹ Na colisão de princípios, o princípio derrotado continua a sua saga eterna, não sendo nunca expulso do paraíso (digo, do ordenamento jurídico).

A eternidade dos princípios é a própria naturalização do processo de vitória da democracia burguesa, que tem seus postulados fundantes que devem ser preservados (coisas como intimidade, liberdade de imprensa, livre iniciativa etc.). Há uma aparência democrática de que há disputas entre polos conflitantes, mas, na realidade, o que se encontra presente é uma constante conciliação, que faz permanecer, “de forma eterna”, os postulados mais caros à burguesia. Há uma acomodação da luta de classes, em que o conflito real é substituído pelo conflito de princípios, resolvido na forma da ponderação. A ponderação surge, não raras vezes, como a conciliação, aceita nos limites da democracia burguesa, para a luta entre as classes. O conflito é novamente pasteurizado e colocado em patamares civilizatórios aceitáveis (por uma das classes, é claro).

Um exemplo bem claro disso tudo é o direito de greve, constantemente limitado por noções como interesse público, necessidade social, paz da sociedade e coisas do gênero. O que parece ser um jogo de princípios solidifica uma solução em que, mesmo no caso concreto, há uma constante limitação do “direito fundamental de greve” perante os demais princípios. Assim, não é incomum ver que o princípio faz repetir a solução a tal ponto que não distingue mais de regra – passando, muito mais do que deseja aparentar, para o plano mesmo de validade. Assim, coisas como a repetida solução dada a greves como a dos metrôviários, que sentenciam que estas podem se realizar, desde que seja garantido um funcionamento de percentuais elevados, para se preservar o interesse público na circulação de pessoas. A aparência é de que houve conflito resolvido de forma conciliatória – afinal, a greve é preservada, assim como o interesse das pessoas de circular. A aparência é de os dois princípios em jogo foram preservados

²⁹ “Se dois princípios colidirem (...) um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, em casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só os princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além desta dimensão, na dimensão do peso” (Alexy, *op. cit.*, p. 93 e 94).

quanto à sua validade. A verdade, no entanto, é que apenas um dos postulados vence sempre e de forma constante no processo interpretativo (isto se encontra presente não apenas na interpretação dos tribunais, mas também como parâmetro para a elaboração da eventual lei de greve nos serviços essenciais). Nem se diga que isto se dá em vista da inadequada utilização do exercício de ponderação, já que isto é o que realmente ocorre de forma reiterada, quando se analisa a atuação jurisprudencial. A prova da exatidão de uma teoria é a sua submissão à práxis. Se a teoria é derrotada pela prática diária, não é o mundo que está errado, mas sim a explicação dada pela teoria.

A realidade é que a greve, no cotejo do caso concreto, tem sempre a sua validade afastada. A verdade é que, ao se afastar a greve do plano da validade (embora não se deseje que isto transpareça, na lógica do fetiche), o que se prestigia, no caso dos metroviários, por exemplo, é a livre circulação de mercadorias e não de pessoas. Prestigia-se a construção burguesa da livre circulação da mercadoria força de trabalho. No entanto, a essência tem que ser escondida na forma de aparência. Retira-se o princípio do plano da validade para a "dimensão do peso", da ponderação, exatamente para que se aparente haver uma solução conciliatória dos interesses das classes, quando, na realidade, há a preservação de apenas um dos interesses, o da burguesia. O caráter de fé que cerca os princípios permanece oculto, já que, aparentemente, eles são ora derrotados, ora vencedores, dependendo do cotejo dos casos concretos.³⁰

³⁰ Para fugir de debates como o posto anteriormente, Alexy retoma o recurso dogmático comum a qualquer positivismo. Busca salvar-se a si mesmo da forma já denunciada anteriormente de puxar-se pelos cabelos, quando está sendo dragado pela areia movediça. Nesta linha, ao tentar explicar a diferença entre princípios e valores, sentencia: "A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há qualquer dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. Mas o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. A isso soma-se o fato de que o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas que o conceito de valor. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê preferência ao modelo de princípios" (Ob. cit., nota 24, p. 153).

Conclusão: o materialismo histórico-dialético como indispensável à revelação da dogmática positivista

Realizado um percurso, no tempo, em que se mapeou a dogmática jurídica a partir de algumas de suas matrizes de pensamento, constatou-se que alguns elementos são constantes para a sua identificação.

O culto à razão que prestigia o elemento dogmático em detrimento do histórico se revelou o fio condutor desta construção. Por sua vez, o misticismo assumido por este culto somente acentuou, no curso dos anos, o idealismo em que incorreram as mais diversas manifestações do positivismo – inclusive na sua vertente jurídica.

O materialismo histórico-dialético nos auxilia a revelar exatamente o caráter dogmático do positivismo, e, ao mesmo tempo, trata-se de método que nos auxilia a evitar o dogmatismo do próprio marxismo.

A dogmática assumida pelo positivismo, em especial o jurídico, faz parte de um processo ideológico conservador da lógica burguesa, como forma de preservação e naturalização de diversas categorias que explicam a acumulação típica do capital. Trata-se, pois, de manifestação metodológico/ideológica em que a dogmática é pressuposto necessário, construída a partir da subtração do elemento histórico-materialista na explicação dos fenômenos que busca “identificar”.

A subtração do materialismo-histórico é elemento indispensável à composição do método positivista, sendo, inclusive, que na relação ser/dever-ser opera a um simples exercício de lógica formal – insuficiente como se percebe da lógica dialético-materialista.

A história concebida dialeticamente por meio de uma análise dos modos de produção nos auxilia a perceber as armadilhas postas no caminho e preparadas pelo positivismo – e, no nosso caso, pelas “diversas espécies” de positivismo jurídico. Precisamos, portanto, estar constantemente alertas, seja para não cairmos também em algum dogmatismo marxista, seja para compreendermos e evitarmos os perigos do dogmatismo positivista. Isto somente é possível se nos apoderarmos em sua real extensão do materialismo histórico-dialético – o que, pode parecer, mas não é tarefa das mais fáceis.

Por fim, deve-se sempre ressaltar que o materialismo histórico-dialético nos auxilia a perceber o idealismo em que recai o positivismo em geral³¹, e o jurídico destacadamente. Há que se ressaltar, por fim, que dogmatismo e idealismo caminham lado a lado.

³¹ Comte, por exemplo, se declarava expressamente não materialista (a respeito veja-se a introdução de Ivaristo de Moraes Filho, na obra já citada, p. 18).

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BRAZ, Marcelo; NETTO, José Paulo. *Economia política – uma introdução crítica*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2012.
- COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva*. Trad. José Arthur Giannotti. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- _____. *Catecismo positivista*. Trad. Miguel Lemos. 2ª ed.. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- CORREIA, Marius Oriene Gonçalves. Que fazer, in: FONTOURA COSTA, José Augusto; ARRUDA DE ANDRADE, José Maria; MATSUO, Alexandra Mary Hanse (orgs). *Direito: teoria e experiência – estudos em homenagem a Eros Roberto Gram*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 530-560.
- _____. Uma leitura marxista da redução da maioria penal. *Revista Margem Esquerda – ensaios marxistas*. Boitempo Editorial, São Paulo, n. 21, out. 2013, p. 21-26.
- _____. *Dilma e a vaca profanada*. Disponível em: <<http://bloglaboitempo.com.br/2015/01/28/dilma-e-a-vaca-profanada/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Trad. Adil Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 22ª ed. São Paulo: Ed. Loyola, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria marxista do direito e do Estado*. Trad. Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957.
- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LÖWY, Michel. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen – marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MORAES FILHO, Evaristo (org.) *Augusto Comte: sociologia*. Trad. Evaristo Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1978.