



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

MARIA ANGÉLICA ALBUQUERQUE MOURA DE OLIVEIRA

**A ESPECIFICIDADE DA FORMA JURÍDICA COMO RELAÇÃO OU NORMA: A
TEORIA JURÍDICA MATERIALISTA DE PACHUKANIS E SUA CRÍTICA AO
NORMATIVISMO DE KELSEN**

**JOÃO PESSOA/PB
2017**

MARIA ANGÉLICA ALBUQUERQUE MOURA DE OLIVEIRA

A ESPECIFICIDADE DA FORMA JURÍDICA COMO RELAÇÃO OU NORMA: A
TEORIA JURÍDICA MATERIALISTA DE PACHUKANIS E SUA CRÍTICA AO
NORMATIVISMO DE Kelsen

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB), em cumprimento às exigências para a obtenção do título de mestre em ciências jurídicas.

Área de Concentração: Direitos humanos.

Linha de Pesquisa: Filosofia e teoria dos direitos humanos; teorias críticas do direito; democracia, cultura e educação em direitos humanos.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Renata Ribeiro Rolim.

JOÃO PESSOA/PB

2017

O48e Oliveira, Maria Angélica Albuquerque Moura de.
A especificidade da forma jurídica com relação ou norma: a teoria jurídica materialista de Pachukanis e sua crítica ao normativismo de Kelsen / Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira. - João Pessoa, 2017.
140 f.

Orientadora: Renata Ribeiro Rolim.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/ PPGCJ

1. Direito - Teoria. 2. Crítica marxista do direito.
3. Pachukanis. 4. Evgene. 5. Hans. I. Título.

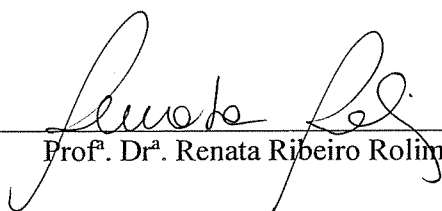
UFPB/BC

CDU: 34(043)

MARIA ANGÉLICA ALBUQUERQUE MOURA DE OLIVEIRA

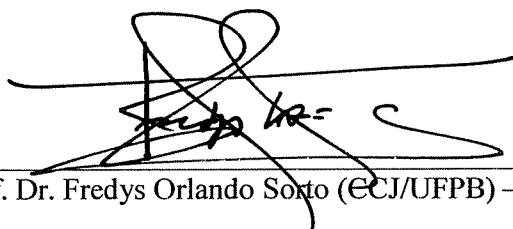
O DIREITO ENTRE RELAÇÃO E NORMA: A ESPECIFICIDADE DA FORMA
JURÍDICA EM PACHUKANIS E EM KELSEN

BANCA EXAMINADORA



Prof.ª Dr.ª Renata Ribeiro Rolim (CCJ/UFPB) – Orientadora

Prof.ª Dr.ª Ana Lia Vanderlei de Almeida (DCJ/UFPB) – Examinadora externa



Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto (CCJ/UFPB) – Examinador interno

Prof. Dr. Ricardo Prestes Pazello (CCJ/UFPR) – Examinador externo

João Pessoa, 27 de março de 2017.

AGRADECIMENTOS

A Nina Koshka, minha companheira felina que acompanhou de perto (sempre ao lado ou em cima do notebook) a feitura dessa dissertação.

A Laura Medeiros, por ser fonte de coragem e de alegria diárias. A Igor Gadelha, por toda paciência, amor e apoio ao longo dessa jornada. Aos meus pais e irmãs, por serem e estarem.

A Renata Rolim, que me orientou nesta pesquisa com atenção e sabedoria. Agradeço pelo respeito a minhas escolhas e pela amizade.

Aos meus amigos Talles Lopes, Hanna Brito, Lizandra Xavier e Maria Luiza Albano, que foram importunados em diversos momentos com dúvidas e questionamentos sobre os rumos, a pertinência etc. desta pesquisa.

Às companheiras de mestrado Bruna, Tayse, Juliana, Sophia, Dani e Sérgia, junto a quem suportei as aflições e o crescimento proporcionado por esta experiência que, afinal, permitiu a felicidade do nosso encontro.

Aos colegas do grupo de pesquisa Materialismo e modernidade – sobretudo ao Prof. Hélio Ázara –, junto aos quais venho fazendo a leitura do livro I de *O Capital*, de Marx, a qual muito me ajudou nessa tentativa de adentrar os recônditos da teoria de Pachukanis.

Ao Prof. Newton Lima, pela ajuda prestativa em assuntos kelsenianos e kantianos.

A Marcos José de Oliveira Lima Filho, que me forneceu alguns livros difíceis de encontrar sobre esse diálogo esquecido entre Kelsen e os teóricos marxistas do direito

Aos professores do PPGCJ da UFPB, pelos debates nas disciplinas que tive a oportunidade de cursar, sobretudo ao Prof. Enoque Feitosa, cujas aulas na disciplina Teorias dos direitos humanos me ajudaram a chegar a esta pesquisa. Aos servidores do PPGCJ da UFPB Luísa Gadelha, Allana Dilene, Fernando Aquino e Juliana Behar, pela presteza de sempre.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), pelo apoio financeiro no desenvolvimento desta pesquisa.

RESUMO

A questão da especificidade do fenômeno jurídico é um lugar persistente nos debates jusfilosóficos. Pachukanis, em sua teoria materialista do direito, logrou encontrá-la na arena das relações sociais, considerando o direito como relação social específica vinculada à sociabilidade capitalista: a relação de troca mercantil sendo aquela relação que se expressa, especificamente, sob a forma jurídica. Assim, em uma sociedade que se apresenta como um cadeia de relações jurídicas, o sujeito de direito figura como elemento fundamental, sendo uma mediação imprescindível para a apreensão do direito como totalidade concreta. Em Kelsen há a primazia da norma como elemento capaz de dotar de juridicidade uma relação, na medida em que este concebe o direito como ordenamento coercitivo externo, residindo aí a sua especificidade. Com uma ciência do direito que despreza as determinações históricas do seu objeto, Kelsen – o mais notável entre os filósofos do direito neokantianos – chegou à completa cisão entre ser e dever-ser, apartando normatividade e realidade, e assim direito e vida social. Na medida em que a teoria pura do direito kelseniana representa a mais acabada expressão teórica do direito moderno autonomizado e apreendido a partir do seu movimento superficial, o diálogo com a crítica marxista do direito de Pachukanis se mostra um campo profícuo de reflexões acerca da complexidade e das contradições do fenômeno jurídico. Nesta dissertação, pretende-se a retomada da contribuição teórica de Pachukanis guiada pela crítica deste ao pensamento jurídico de Kelsen. Isto será feito, sobretudo, a partir da obra principal de cada autor: *Teoria geral do direito e marxismo*, de 1924; e *Teoria pura do direito*, em sua segunda edição alemã, de 1960. As críticas reciprocamente direcionadas entre Kelsen e Pachukanis, atinentes ao cerne de suas teorias, também constituirão uma fonte primária desta pesquisa.

Palavras-chave: Pachukanis, Evgene; Kelsen, Hans; crítica marxista do direito, teoria pura do direito.

ABSTRACT

The specificity of the legal phenomenon is a lasting debate in the field of legal philosophy. In his materialist theory of law, Pashukanis found the specificity of law in the realm of social relations. The legal form, Pashukanis argues, is the form of a specific social relation: it developed directly out of the exchange of commodities in the capitalist market place. Thus, the legal form is an inherently bourgeois phenomenon. In a society in which social relations appear as an endless chain of legal relations, the legal subject is a fundamental element, as it is a necessary abstraction for the grasping of law as a concrete totality. Kelsen gives precedence to the legal norm as the element able to make a relation into a legal relation, as he conceives law as a coercive order: this, for Kelsen, is the specificity of the legal phenomenon. With a legal science that disregards the historical determinations of its object, Kelsen – the most notable among neo-Kantian legal philosophers – has reached the complete split between “is” and “ought”, separating normativity from reality, and thus law from social life. Insofar as Kelsen’s pure theory of law represents the most complete theoretical expression of an autonomised modern law, apprehended by its superficial movement, the dialogue with the Marxist critique of law by Pashukanis is a prolific field of reflections on the complexity and the contradictions of the legal phenomenon. This dissertation is an attempt to revive the theoretical contribution by Pashukanis by following his critique of Kelsen's legal science. To do this, we are going to use mainly Pashukanis’ and Kelsen’s main work, respectively: *The general theory of law and Marxism*, 1924; and *Pure the of law*, in its second German edition, 1960. Also, the criticisms directed to one another, regarding the core of their legal theories, will constitute a primary source for this research.

Keywords: Pashukanis, Evgeny; Kelsen, Hans; Marxist critique of law; pure theory of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O MÉTODO DE RECONSTRUÇÃO DO CONCRETO NA TEORIA JURÍDICA DE PACHUKANIS	16
1.1 Crítica às concepções marxistas do direito de Stutchka e Reisner	22
1.2 As tarefas e o método na construção de uma teoria geral do direito materialista	38
2 A CONCEPÇÃO GERAL DO DIREITO E DO ESTADO EM PACHUKANIS.....	54
2.1 O direito entre ideologia, relação e norma.....	54
2.2 Estado, sociedade de transição e extinção da forma jurídica.....	76
3 A TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN E A CRÍTICA A PACHUKANIS.....	92
3.1 A pureza metodológica: o positivismo jurídico kelseniano e suas influências epistemológicas e filosóficas.....	97
3.2 Alguns pontos centrais da teoria pura do direito.....	109
3.2.1 Norma jurídica e ordem jurídica: o direito como ordem normativa coativa.....	110
3.2.2 Princípios estático e dinâmico de fundamentação de validade das normas.....	112
3.2.3 Validade e eficácia: o problema da facticidade.....	114
3.2.4 Relação jurídica e sujeito de direito como conceitos constituídos pela ordem jurídica.....	115
3.2.5 Superação das dicotomias entre direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado e direito e Estado.....	118
3.3 A crítica de Kelsen a Pachukanis: uma teoria antinormativista.....	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS.....	135

INTRODUÇÃO

Todos os caminhos trilhados pelo estudo do direito durante a modernidade nos levaram à pergunta inexorável sobre o que é o fenômeno jurídico. A fim de respondê-la, uma profusão de teorias gerais do direito surgiu, – sobretudo a partir de meados do século XIX –, e com elas as mais variadas respostas¹. Se é o direito moderno uma esfera de regulação social específica, que não mais coincide com outras arenas da normatividade, como a religião ou a moral, por exemplo, faz-se premente delimitar qual é então o objeto desse domínio da vida social. Dentre a vasta literatura dedicada a determinar qual é a especificidade do fenômeno jurídico, alguns autores trataram, com maior ou menor rigor, das questões centrais à formulação de uma sistematização do direito: o direito é um fenômeno que se manifesta universalmente na humanidade, ou, ao revés, trata-se de um fenômeno histórico e, portanto, relativo?; existe uma fundamentação externa e universal para o direito?; como o direito se diferencia de outras ordens que se baseiam em ameaças e em que medida se relaciona com estas?; o Estado é a manifestação da vontade geral abstrata destinado a garantir a ordem pública e a manutenção do ordenamento jurídico?; a característica central do direito reside na esfera da normatividade ou da facticidade? etc.

A solução de tais questões, ainda que parcial, perpassa necessariamente o arcabouço teórico que constitui uma ou outra teoria geral do direito, na medida em que perfazem os traços que conformam tais teorias. Assim, enfrentar esses debates significa enfrentar o próprio problema da definição do direito. Não é a intenção, no presente trabalho, oferecer uma resposta límpida e definitiva à questão de que vêm se ocupando os juristas há séculos. Antes, pretende-se apenas ratificar a ideia de que só faz sentido pensar as categorias jurídicas fundamentais em um horizonte teórico bem delimitado, desviando-se do senso comum da dogmática jurídica.

Nesse contexto, as teorias do direito a partir das quais ora se pretende abordar o referido debate acerca da especificidade do fenômeno jurídico são aquelas de Evgeni

¹ No mesmo sentido, sobre a persistência da pergunta e a diversidade das respostas, cf. Hart em seu *O que é direito?*, de 1961: “Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão: ‘O que é o direito?’. Mesmo se limitarmos a nossa atenção à teoria jurídica dos últimos 150 anos e deixarmos de lado a especulação clássica e medieval acerca da “natureza” do direito, encontraremos uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática como disciplina acadêmica autônoma” (HART, 2001, p. 5).

Pachukanis² e de Hans Kelsen. A escolha se deu, sobretudo, em nome da primazia teórica e metodológica de suas teorias, bem como em razão da posição paradigmática que ocupam na literatura marxista relativa ao direito e na tradição teórica do normativismo positivista, respectivamente. Não obstante existam diferenças cruciais entre os pensamentos jurídicos de Kelsen e de Pachukanis, ambos buscavam, em seus empreendimentos teóricos, chegar à característica fundamental do fenômeno jurídico, ou seja, àquilo que ele tem de distintivo. Evidentemente, o fizeram por caminhos bastante díspares, embora existam algumas possibilidades pontuais de confluência, a exemplo do fato de terem sido ambos os autores aversos a noções apriorísticas e críticos dos conceitos ideológicos da teoria do direito tradicional.³ Porém, se é verdade que é possível encontrar entre os autores alguns poucos pontos de vistas semelhantes, estes o são apenas superficialmente, não resistindo a uma análise mais profunda que adentre os métodos e os objetivos das mencionadas teorias.

Em verdade, o debate entre Kelsen e Pachukanis se inicia no início do século XX, no contexto do período entreguerras, subsequente à Revolução Russa de 1917. Este debate foi sobremaneira impulsionado pelas críticas que cada um deles fazia à teoria do direito (e da política) bolcheviques e ao normativismo jurídico, respectivamente.

Pachukanis publicou em 1923, um ano antes da edição de sua principal obra, – *Teoria geral do direito e marxismo* –, uma resenha⁴ sobre dois livros de Kelsen (cujos títulos são *Das*

² Em russo, Евгений Брониславович Пашуканис. Contudo, como a tradução da língua russa para o português requer o processo de transliteração, isto é, a romanização do que fora escrito no alfabeto russo, existem diversas formas de se grafar um mesmo nome. Assim, em algumas traduções usa-se Pachukanis, em outras Pasukanis, em inglês usa-se ainda Pashukanis etc. O mesmo acontece com Stutchka, que ora aparece como Stucka ou ainda Stuchka. Neste trabalho utiliza-se a versão adotada pelas principais obras que lhe serviram de parâmetro, assim, preferimos Pachukanis, Stutchka, Reisner etc., em oposição às diversas outras versões. Cumpre, contudo, uma observação: ainda que no corpo do texto adotemos as versões da nossa preferência já mencionadas, sempre que se estiver diante de referência a uma obra em que a grafia seja outra que não aquela adotada, iremos grafá-la em conformidade com a tradução referenciada. Assim, ainda que utilizemos “Pachukanis” ao longo deste trabalho, quando em referência a duas outras traduções consultadas iremos grafar o nome do autor russo como Pasukanis ou Pashukanis, de acordo com a tradução citada.

³ Entretanto, deixa-se claro, desde agora, que o presente trabalho se posiciona na contramão de algumas tendências que pretendem conciliar a concepção de direito presente na obra de Karl Marx e Friedrich Engels, bem como de outros autores tidos como marxistas, com a teoria jurídica de Hans Kelsen. Os motivos para tanto restarão evidenciados ao longo do trabalho.

⁴ Não tivemos acesso direto a tal resenha, uma vez que é até agora desconhecida, conforme informa Norbert Reich em REICH, Norbert. Hans Kelsen y Evgeni Paschukanis. In: INSTITUTO HANS KELSEN. **Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho**. Bogotá: Temis, 1984. p. 19-47. Porém, este autor nos dá uma visão geral do conteúdo de tal resenha, afirmando que nela Pachukanis repete a crítica comumente feita contra Kelsen sobre seu método constituir uma visão unilateral e lógico-formal do objeto, que por este motivo produz um conhecimento não-científico acerca do direito e do Estado. De acordo com Naves (2009a, p. 15) e o próprio Norbert Reich na obra já aludida, Pachukanis já nesta resenha antecipa a concepção materialista de direito que virá a desenvolver na sua obra maior no ano seguinte (1924). Para maior esclarecimento cf. a página 26 de Reich (1984); bem como Kashiura Júnior e Naves (2012, p. 207-208), onde além de um resumo do conteúdo da tal crítica expendida contra a teoria kelseniana, há uma tradução do título original para o português como *Para o exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado*, bem como a informação de que esta resenha que foi publicada no periódico *Vestnik Sotsialisticheskoi Akademii*, nº 5, 1923.

Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, de 1920 e *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, de 1922)⁵ contendo críticas que dispensou a este autor, embora também as tenha desenvolvido largamente na sua obra maior de 1924, a qual utilizaremos como parâmetro para exposição da concepção jurídica em Pachukanis. Sua formulação teórica é parte dos primeiros esforços⁶ de criação de uma teorização sistematizada do direito no campo marxista, que inexistia no legado de Marx e Engels, embora, como veremos, haja apontamentos suficientes que possibilitaram a realização de tal empreitada.

Se é verdade que a criação jurídica soviética foi amplamente impelida pela necessidade de se reorganizar a estrutura judiciária e legislativa no período pós-Revolução de Outubro de 1917, – e assim a criação de uma teoria marxista do direito estava inicialmente atrelada à solução de questões essencialmente políticas –, não é pretensão deste trabalho adentrar em aspectos históricos do contexto soviético pós-revolução. Tampouco se insere no escopo deste trabalho abordar aspectos biográficos de Pachukanis ou seu período autocrítico, em que a sua concepção anterior de forma jurídica é revista por ordem das diretrizes oficiais da direção stalinista⁷ – no momento em que a orientação política e econômica soviética muda de rumo no final de 1929 –, e dá lugar a uma concepção de direito que retoma a dogmática jurídica burguesa ao chegar a admitir a existência de um “direito socialista”. Logo, apenas a sua formulação acerca da forma jurídica na sua expressão mais aperfeiçoada, conforme exposta na sua obra principal, será objeto da nossa análise.

Kelsen, igualmente, se dedicou à crítica das concepções de Estado e de direito socialistas, tendo escrito, já em 1920, *Socialismo e Estado (Sozialismus und Staat)*, onde afirma se voltar contra a teoria política do marxismo com seu ideal de realização do

⁵ Estes livros não foram traduzidos para o português. Contudo, podem ser traduzidos livremente como: *O problema da soberania e a teoria do direito internacional* e *O conceito sociológico e jurídico de Estado*, respectivamente.

⁶ Pode-se afirmar que, juntamente com Stutchka, estes foram os primeiros autores marxistas a lograr um estudo marxista dos temas da teoria geral do direito de forma sistematizada. Ainda que Stutchka o tenha feito anteriormente a Pachukanis, já que sua obra principal – publicada no Brasil sob o título *Direito e luta de classe*, mas cujo título original pode ser traduzido como *A função revolucionária do direito e do Estado* –, data de 1921, Pachukanis o empreendeu com maior sucesso.

⁷ Embora parem dúvidas sobre se a autocrítica pachukaniana se tratou de uma genuína mudança de rumo teórica – como defende, por exemplo, Redhead (2009) – ou de uma capitulação diante das novas diretrizes da ortodoxia stalinista, ficamos com o segundo posicionamento, diante da força evidenciadora do seu desaparecimento e morte em 1937 pelas mãos dos stalinistas, alguns meses após Pachukanis ter aceito a última imposição da censura do partido e de ter participado da elaboração da constituição de 1936. Outra evidência neste sentido é o fato de Pachukanis ter incorrido em várias contradições teóricas na obstinação de manter intacta algumas de suas formulações iniciais (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 54). Isto significaria, para os que defendem que se tratou de o resultado de uma adequação à concepção jurídico-política dominante, que tais incoerências foram propositalis. O fato é que sequer sua autocorreção foi suficiente para poupar sua vida. Para maiores esclarecimentos sobre tais episódios cf. o capítulo 5 da obra de Naves (2008), *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*.

socialismo sem o Estado. Entretanto, sua crítica às teorias jurídicas no seio do marxismo se encontram consolidadas, sobretudo, em seu *Teoria comunista do direito*⁸, de 1955, onde dispensa comentários não só à concepção jurídica de Pachukanis, como também àquela de Stutchka, de Reisner, de Lenin, dos próprios Marx e Engels, dentre outros. Importa mencionar que dois capítulos da referida obra foram dedicados a reprochar a crítica marxista do direito de autoria daquele que Kelsen considera o mais proeminente dos teóricos soviéticos do direito: Pachukanis⁹.

Mais que um exercício comparativo entre o que configura a especificidade do direito nas teorias de Pachukanis e de Kelsen, este trabalho representa a retomada da contribuição da crítica marxista do direito pachukaniana. Assim, a reflexão sobre o que é direito em ambos os autores não se dará de maneira igualitária em termos de aprofundamento, uma vez que a exposição da teoria e dos pressupostos filosóficos kelsenianos terá por fio condutor, precipuamente, a elucidação da crítica pachukaniana ao normativismo kelseniano. Isto ficará melhor evidenciado adiante, quando da apresentação dos capítulos.

O cotejo entre os dois pensamentos jurídicos será feito prioritariamente com base nas obras principais dos dois autores, isto é, *Teoria geral do direito e marxismo*, de Pachukanis, e, principalmente, *Teoria pura do direito*, de Kelsen, publicado pela primeira vez em 1934 – porém, tomaremos como base a sua segunda edição, de 1960. Não obstante, outras obras dentre a vasta produção literária de Kelsen serão utilizadas subsidiariamente. Quanto à obra pachukaniana, além do seu livro de 1924, utilizaremos também um ensaio intitulado *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*, de 1927. Além das barreiras da tradução, outro obstáculo que se impõe à utilização de outros textos de Pachukanis é o fato de que posteriormente¹⁰ à publicação de *Teoria geral do direito e marxismo*, o autor inicia um período autocrítico, sobre o qual já comentamos.

No propósito de se chegar ao que é direito no pensamento de cada um dos autores, serão transcorridas, necessariamente, as questões relativas às oposições entre direito objetivo

⁸ Ao lado da versão original em inglês, utilizaremos também uma tradução argentina para o espanhol, de 1957, que uniu as obras *The communist theory of law* e *The political theory of bolshevism* de Kelsen sob o título *Teoría comunista del derecho y del Estado*.

⁹ Cf. “*El representante más prominente de la teoría jurídica soviética durante el primer período de su desarrollo es E. B. Pashukanis.*” (KELSEN, 1957, p. 131). Ainda no sentido do amplo reconhecimento do primor do seu trabalho tanto entre os juristas burgueses quanto entre juristas marxistas, cf. Redhead (2009), p. 82.

¹⁰ Naves (2008, p. 126) aponta para dificuldades em precisar quando se inicia de fato este período, mencionando que Bjarne Melkevik afirma o ano de 1925 como marco inicial da autocrítica, enquanto que para Robert Sharlet isto se daria somente em 1930. Independentemente disso, o autor propõe a divisão da mudança da concepção de direito em Pachukanis em dois momentos: no primeiro há a conservação de alguns elementos da tese originária de Pachukanis, ainda que haja a introdução de elementos que a contradiga; no segundo momento, a partir de 1936, há uma reformulação da sua obra de 1924 orientada pelas diretrizes stalinistas (NAVES, 2008, p. 127-128).

e direito subjetivo (e bem assim entre o direito público e o direito privado) e à relação entre direito e Estado, bem como os seus desdobramentos. Isto será feito sem perder de vista os pressupostos filosóficos e epistemológicos que embasam as teorias em comento. Nessa esteira, o lugar do sujeito de direito, da relação jurídica e da norma jurídica, conceitos jurídicos fundamentais, será um eixo central de reflexão entre as duas teorias.

De um certo ponto de vista, sob o pano de fundo do velho debate entre universalismo e relativismo, é possível afirmar que enquanto ambos os autores se colocam contra a ideia de um universalismo moral como inerente ao direito, porquanto rechaçam qualquer fundamentação transcendente, e assim rejeitam a existência de qualquer conteúdo atemporal do direito, Kelsen o faz apenas relativamente ao seu conteúdo e não a sua forma, já que ao definir direito como ordem coercitiva, o reveste do caráter de um fenômeno universal, ainda que seu conteúdo seja variável de acordo com a época e o lugar. Pachukanis, ao contrário, afirma a historicidade não só do conteúdo, como também da própria forma jurídica, uma vez que a relaciona com relações sociais específicas: aquelas existentes em uma sociedade em que a distribuição da produção pressupõe a troca entre equivalentes. Assim, a forma jurídica tenderá a desaparecer com a superação das relações de produção capitalista. Logo, o direito é fenômeno burguês: aí reside, para Pachukanis, a sua especificidade.

Do ponto de vista das críticas recíprocas, com uma concepção de direito em que este é visto como relação social, Pachukanis lança fortes críticas à noção de direito preconizada pelo normativismo positivista, pois que apartado da vida social; assim, reputa a teoria kelseniana baseada na completa cisão entre ser e dever-ser como incapaz de explicar a realidade. Por outro lado, Kelsen considera que a teoria pachukaniana “antinormativista”, ao desprezar a norma jurídica como aquilo que dota certa relação de juridicidade, acaba por não distinguir as relações jurídicas das relações econômicas, e assim, não diferenciaria uma teoria do direito de uma teoria econômica. Em linhas gerais, este é o cerne das críticas dedicadas reciprocamente, a partir do qual se torna possível vislumbrar alguns desdobramentos que serão explorados ao longo do trabalho.

As questões ora aventadas são o foco em torno do qual o presente trabalho se desenvolverá. Para tanto, será realizada uma confrontação analítica e crítica do pensamento dos dois aludidos autores a partir de uma revisão bibliográfica. Assim, tais problemas serão abordados, sobretudo, a partir do cotejo sistemático entre a teoria pura do direito de Kelsen e a crítica jurídica marxista de Pachukanis, como também a partir das críticas direcionadas reciprocamente. O método utilizado para desenvolver a pesquisa proposta será a leitura

imane¹¹ dos dois pensamentos jurídicos que lhe são objeto. A pesquisa exegética é imperiosa para uma análise precisa das concepções de ambos os autores, o que requer o reconhecimento da prioridade do texto, em todas as suas dimensões: sua articulação conceitual interna; aquilo que nele está implícito e dele é possível inferir; aquilo que o texto não diz. Tendo sempre presente o predomínio do texto, é preciso igualmente considerar a finalidade do texto, que sempre aponta para além de si mesmo. Assim, quando possível, é construtivo para a atividade interpretativa perscrutar as razões advindas do contexto e das determinações históricas em que o texto se insere.

No primeiro capítulo faremos uma breve exposição da concepção do direito em Pachukanis, evidenciando seu método materialista histórico de investigação da realidade concreta no tocante ao fenômeno jurídico como fenômeno objetivo. Neste contexto, revela-se como sua formulação teórica seguiu os passos metodológicos e as indicações marxianas acerca da gênese da forma jurídica, que alcança seu máximo desenvolvimento e diferenciação na sociedade mercantil-capitalista. Ademais, examina-se as críticas que Pachukanis lançou a várias tendências teóricas no direito que lhe foram contemporâneas, – inclusive marxistas. Contudo, a crítica aos idealistas de toda sorte e aos normativistas neokantianos em específico, sobretudo Kelsen, será desenvolvida de maneira esparsa ao longo do primeiro e do segundo capítulos, de forma análoga àquela que Pachukanis a apresenta em sua obra principal. O ataque ao neokantismo jurídico se fundamenta, precipuamente, na crítica à completa cisão entre ser e dever-ser, e assim, entre realidade social e normatividade. Por construir sua teoria a partir do materialismo histórico, é de se esperar que Pachukanis recuse uma concepção dos conceitos jurídicos fundamentais como um *a priori* que possibilitaria a própria experiência jurídica.

O segundo capítulo é dedicado a uma apresentação da concepção geral do direito e do Estado na *Teoria geral do direito e marxismo* de Pachukanis. Assim, serão analisados os pontos centrais da sua obra de 1924¹², notadamente, o traçado que inicia a partir do sujeito de direito, passando pela oposição entre direito subjetivo e direito objetivo, chegando à concepção de direito como relação social específica, e findando em considerações sobre o Estado e o princípio marxista da extinção do direito. O resgate da contribuição teórica de Pachukanis enseja a discussão acerca dos limites da concepção jurídica do mundo dentro do

¹¹ Esta metodologia de estudo e pesquisa é utilizada principalmente no campo da filosofia. No Brasil é reconhecidamente adotada por José Chasin e Sérgio Lessa.

¹² Embora Pachukanis ainda traga em sua obra principal um capítulo dedicado à relação entre o direito e a moral e outro ao direito penal, estes capítulos não constituirão o foco do nosso estudo, por sua menor relevância ao propósito desta pesquisa.

horizonte do rompimento com a ideologia jurídica, no mesmo sentido da crítica apresentada por Friedrich Engels e Karl Kautsky em *O socialismo jurídico*. É preciso ter sempre presente que a crítica da sociedade burguesa não deve prescindir do horizonte prático da superação desta forma de sociabilidade.

O terceiro capítulo será destinado a expor o pensamento jurídico kelseniano no que diz respeito à formulação da sua ciência do direito, consolidada no seu *Teoria pura do direito* em sua segunda versão, de 1960. Para tanto, serão investigados os pressupostos filosóficos e epistemológicos de que parte o autor para estruturar sua teoria geral do direito sob as bases do seu positivismo jurídico. Assim, serão abordados os diferentes aparatos e perspectivas teóricas heterogêneas de que Kelsen lança mão no mister de descrever o direito positivo, e de localizar seu objeto à parte das considerações da ordem do ser (isto é, da esfera onde impera o método causal). Os pontos centrais de análise da teoria kelseniana, – além daqueles já mencionados, de caráter epistemológico, relativos à pureza metodológica e à distinção entre princípio da causalidade e princípio da imputação –, serão a norma, a ordem jurídica, a relação jurídica, o sujeito de direito, a superação das dicotomias entre direito subjetivo e direito objetivo (e assim entre direito privado e direito público), bem como a relação entre direito e Estado em sua teoria¹³. A exposição de alguns pontos centrais da teoria pura de Kelsen, bem como dos pressupostos jurídicos e filosóficos da fase clássica da obra kelseniana e do seu projeto juspositivista, tem como fim elucidar e aprofundar a crítica feita por Pachukanis a Kelsen – já trazidas nos dois capítulos iniciais. Assim, a crítica pachukaniana à teoria pura será oportunamente retomada no terceiro capítulo. A crítica à pureza metodológica da teoria kelseniana opera a partir da evidenciação de uma teoria que refuta a historicidade do seu objeto, e assim afasta as determinações que lhes são ontologicamente essenciais. Desse modo, perpassa-se as contradições que uma teoria do direito enseja ao levar ao extremo as possibilidades racionais de uma ciência do direito apolítica. Nesse contexto, este trabalho significa também o resgate das críticas recíprocas entre os autores, já que ainda no terceiro capítulo será abordada a crítica que Kelsen dedica a vários aspectos da teoria pachukaniana em seu *Teoria comunista do direito*. Serão apontados, então, os equívocos interpretativos de Kelsen sobre a teoria materialista de Pachukanis, remetendo a uma interpretação mais fiel ao texto pachukaniano e ao método marxiano presente nos dois capítulos iniciais.

¹³ Embora conste em *A teoria pura do direito* um importante capítulo sobre a interpretação na ciência do direito, este ficará de fora do nosso estudo, por sua menor relevância ao propósito desta pesquisa.

Ao final deste trabalho, pretendemos que as diferenças epistemológicas e metodológicas entre as duas teorias já estejam bem demarcadas. Assim, argumentamos a incompatibilidade basal entre a teoria geral do direito de Kelsen e a crítica marxista do direito de Pachukanis. Neste ponto é importante enfatizar que a presente pesquisa se propõe como uma reflexão sobre a natureza mais íntima do direito, não apenas como uma mera confrontação de argumentos a fim de aferir compatibilidades ou incompatibilidades: a constatação da incompatibilidade, que em certa medida se apresenta como resultado, é apenas uma decorrência natural de se perscrutar o pensamento jurídico de tais autores. Desse modo, ainda que nesta pesquisa percorramos a questão fundamental da especificidade do direito apontando as respostas encontradas a partir das teorias de Pachukanis e de Kelsen, é certo que a crítica marxista do direito de Pachukanis é nosso marco teórico fundamental. Isto explica o maior aprofundamento na obra de Pachukanis que na obra de Kelsen. Ainda que em certos momentos do capítulo terceiro a obra de Kelsen seja apresentada a partir dos seus próprios pressupostos, este passo constitui apenas um meio para se retomar e deslindar a crítica de Pachukanis à teoria normativista kelseniana. A escolha por resgatar a contribuição teórica de Pachukanis sobre a especificidade da forma jurídica perpassando a sua crítica à teoria de Kelsen se justifica na medida em que os dois autores dispensaram críticas recíprocas atinentes ao cerne de suas teorias. Outro ponto a sustentar tal escolha reside na importância e na perduração da teoria pura do direito como a mais pura expressão lógica do direito moderno em sua máxima autonomia e diferenciação. De fato, como a teoria kelseniana integra a prática e o discurso jurídicos comuns, não haveria melhor parâmetro em contraste ao qual apresentar a crítica marxista da teoria geral do direito de Pachukanis.

1 O MÉTODO DE RECONSTRUÇÃO DO CONCRETO NA TEORIA JURÍDICA DE PACHUKANIS

A análise da concepção da forma jurídica na obra de Pachukanis se dará, prioritariamente, a partir de sua obra principal, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, publicada pela primeira vez em 1924. Tal obra tem especial relevância nos círculos da literatura marxista dedicada à teoria geral direito, uma vez que empreendeu, com acurado rigor teórico, a partir dos apontamentos marxianos sobre o direito em *O capital*, uma percepção do direito como relação social específica vinculada às relações de produção social capitalistas. É no sentido dessa radicalidade retomada que se pode afirmar que a obra de Pachukanis constitui uma “pequena revolução teórica na jurisprudência” (NAVES, 2008, p. 16), inclusive dentro do próprio campo teórico marxista.

Pachukanis considera que a crítica marxista da jurisprudência burguesa deve seguir a trilha da crítica marxiana da economia política burguesa, tomando-a como paradigma (PACHUKANIS, 1988, p. 29). E, de fato, é este o empreendimento teórico do mencionado autor: partir dos conceitos jurídicos fundamentais que exprimem o sentido da forma jurídica, como sujeito jurídico e relação jurídica, – assim como Karl Marx o fez em *O capital*, onde iniciou sua crítica da economia política a partir da análise das categorias mais simples como o valor, a mercadoria, o lucro etc. –, para então chegar a um nível mais complexo, isto é, à apreensão da totalidade concreta com suas várias determinações e inter-relações. Assim, indo das formas mais simples às formas mais complexas, Pachukanis, na esteira de Marx, acredita seguir uma “via metodológica mais precisa” (PACHUKANIS, 1988, p. 31) que o caminho inverso, comumente trilhado por aqueles que tentaram estudar o desenvolvimento histórico da economia política e também do direito.

Dessa maneira, é possível afirmar que Pachukanis se baseou no método exposto por Marx na *Introdução de 1857*¹⁴, sobretudo na seção que trata do método na economia política, bem como no prefácio da *Contribuição à crítica da economia política*, onde se lê, como indicação ao método materialista histórico, que “[...] o leitor que se dispuser a me seguir terá que se decidir a se elevar do particular ao geral.” (MARX, 2008, p. 46), e ainda, que

[...] as relações jurídicas, bem como as formas do Estado, não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano; essas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em suas

¹⁴ Neste sentido, cf. Cerroni (1976, p. 65), Kashiura Júnior e Naves (2013, p. 10), e Naves (2008, p. 40).

totalidades, condições estas que Hegel, a exemplo dos ingleses e dos franceses do século 18, compreendia sob o nome de "sociedade civil". (MARX, 2008, p. 47)

Ainda no prefácio à *Contribuição à crítica da economia política*, Marx prossegue na mesma linha de crítica ao aduzir que à totalidade das relações de produção que os homens empreendem na reprodução social da sua existência, isto é, a base real econômica, “correspondem formas sociais determinadas de consciência” (MARX, 2008, p. 47). A conclusão, em linhas gerais, é a de que “o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual” (MARX, 2008, p. 47).

É dizer, a materialidade da vida social determina a consciência e não o contrário, como fazia crer a filosofia idealista alemã com seus conceitos hipostasiados, a qual, na expressão marxiana, “desce do céu à terra” (MARX; ENGELS, 2009, p. 31). Aqui, o caminho é inverso, parte-se do homem em sua materialidade. Trata-se do cerne da crítica de Marx e Engels à filosofia idealista de Hegel e dos pós-hegelianos alemães empreendida em *A ideologia alemã*. Nesta obra são lançadas as bases de uma nova concepção de história: o materialismo histórico, cujas únicas premissas – que são premissas reais e verificáveis empiricamente – são o fato concreto da existência de indivíduos humanos, as ações que desempenham na sua reprodução social e suas condições materiais de existência, tanto aquelas que já estão dadas quanto aquelas que eles criam enquanto fazem a história (MARX; ENGELS, 2009, p. 23-24). O impulsor do processo histórico é, então, a satisfação das necessidades humanas mais elementares – aquelas que satisfazem a reprodução biológica do homem –, que, por conseguinte, criará novas necessidades. Para satisfação de tais necessidades, isto é, para criar os bens fundamentais para a sua existência, o homem transforma intencionalmente a natureza através do trabalho, enquanto única mediação entre o ser humano e a natureza. E nesta atividade, não produzem apenas os bens essenciais para viver, com também produzem a realidade social enquanto produzem a si mesmos. Assim, é o trabalho e não as ideias o fundamento da vida social (TONET, 2009, p. 13). Para o materialismo histórico, a história é engendrada pela esfera da satisfação material dos homens, da realização de seus interesses privados; ao contrário da concepção da filosofia idealista hegeliana, em que o Estado é o sujeito da história: a história universal sendo o desenvolvimento da dialética interna da ideia do Estado, enquanto criação da razão. Nas palavras de Gorender (2015, p. 22), “não é o Estado, como pensava Hegel, que cria a sociedade civil: ao contrário, é a sociedade civil que cria o Estado”.

Para a ciência da história materialista, a totalidade é uma categoria central, uma vez que a realidade social não é feita de partes isoladas; sendo ela uma totalidade cujas partes,

portanto, não são passíveis de ser compreendidas autonomamente. Ao contrário, somente considerando o trabalho como a base comum sobre a qual tais partes vão se constituindo ao longo do processo histórico-social é possível apreendê-las na sua relação com os outros momentos sociais (TONET, 2009, p. 15). A totalidade não pode ser explicada sem se considerar o dinamismo entre as suas partes, suas relações recíprocas. É precisamente esse aspecto que Marx enfatiza, no início da sua *Introdução de 1857*¹⁵, ao aduzir que

A população é uma abstração quando deixo de fora, por exemplo, as classes das quais é constituída. Essas classes, por sua vez, são uma palavra vazia se desconheço os elementos nos quais se baseiam. P. ex., trabalho assalariado, capital etc. Estes supõem troca, divisão do trabalho, preço etc. O capital, p. ex., não é nada sem o trabalho assalariado, sem o valor, sem o dinheiro, sem o preço etc. Por isso, se eu comesse pela população, esta seria uma representação caótica do todo [...] (MARX, 2011, p. 77).

Isto é, ao se considerar de início a totalidade de forma abstrata, sem levar em conta as mediações que a compõem em suas inter-relações, chega-se, nos termos marxianos, à mera “representação caótica do todo”. Assim sendo, o método que propõe lança mão de mediações, como abstrações mais simples através das quais será possível chegar à apreensão do mais complexo como totalidade concreta, como uma síntese de muitas interações, ou ainda, como “unidade da diversidade”¹⁶. A premissa aqui é que o pensamento não é capaz de apreender o concreto de forma imediata, assim recorre-se às abstrações, de cuja síntese resulta uma reconstrução do concreto no pensamento. É nesse sentido que se diz que no método dialético marxiano eleva-se do mais simples ao mais complexo e simultaneamente do abstrato ao concreto. Transportando¹⁷ tal método para a teoria geral do direito, Pachukanis considerará que as abstrações necessárias para a apreensão do direito como totalidade concreta são justamente os conceitos jurídicos fundamentais, sendo o sujeito de direito a mais simples mediação.

¹⁵ Pela expressão ‘*Introdução de 1857*’ nos referimos ao texto que foi escrito como introdução aos *Grundrisse*, escritos entre 1857-8, e que foi posteriormente suprimido por Marx por acreditar que este texto antecipava resultados que ainda seriam demonstrados. Assim, este texto só foi encontrado e publicado posteriormente, no início do século XX. É nesta famosa introdução que a crítica ao método da economia política deixa entrever os fundamentos do método dialético marxiano que ali se encontram condensados.

¹⁶ Cf. “O concreto é concreto porque é a síntese de múltiplas determinações, portanto, unidade da diversidade. Por essa razão, o concreto aparece no pensamento como processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, não obstante seja o ponto de partida efetivo e, em consequência, também o ponto de partida da intuição e da representação.” (MARX, 2011, p. 77-78).

¹⁷ Neste ponto é importante a observação de Kashiura Júnior (2009a, p. 55) acerca da não pré-determinabilidade do método dialético. Apoiado em Adorno, Kashiura Júnior afirma a dependência do método dialético com relação a seu objeto de análise, de maneira que ao usarmos o verbo ‘transportar’ não queremos remeter a uma mera transposição exata do método que Marx utilizou na economia política.

Assim, a totalidade concreta, este conceito central da dialética materialista, é tanto a concepção materialista da realidade quanto uma exigência metodológica e epistemológica para se compreender racionalmente a realidade em suas íntimas leis, isto é, além da superficialidade e casualidade dos fenômenos, revelando assim suas conexões internas necessárias (KOSÍK, 2011, p. 41-44). É importante notar que a mera soma de todos os fatos não constitui a totalidade, sendo esta mais que o somatório das partes, uma vez que a totalidade se constitui pela interação das partes, enquanto se impõe a cada uma delas. De fato, como explica Kosík, “acumular todos os fatos não significa ainda conhecer a realidade; e todos os fatos (reunidos em seu conjunto) não constituem, ainda, a totalidade” (KOSÍK, 2011, p. 44).

É nesta senda metodológica do materialismo histórico, da totalidade concreta, e da relação entre essência e fenômeno¹⁸, que Pachukanis, tomando o sujeito jurídico como “átomo da teoria jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 68), chega à especificidade da forma jurídica ao longo da história. Torna-se então possível afirmar que da mesma forma que Marx procurou a anatomia da sociedade burguesa na economia política¹⁹, Pachukanis a procurou no estudo histórico da forma jurídica.

A este respeito, o próprio autor russo afirma, quando em comentário à observação de Stutchka²⁰ sobre sua crítica à teoria geral do direito ser uma aproximação entre a forma direito

¹⁸ No sentido da afirmação de Kosík: “O fenômeno indica a essência e, ao mesmo tempo, a esconde. A essência se manifesta no fenômeno, mas só de modo adequado, parcial, ou apenas sob certos ângulos e aspectos. O fenômeno indica algo que não é ele mesmo e vive apenas graças ao seu contrário. A essência não se dá imediatamente; é mediata ao fenômeno e, portanto, se manifesta em algo diferente daquilo que é. A essência se manifesta no fenômeno. O fato de se manifestar no fenômeno revela seu movimento e demonstra que essência não é inerte nem passiva. Justamente por isso o fenômeno revela a essência. A manifestação da essência é precisamente a atividade do fenômeno” (KOSÍK, 2011, p. 15). É preciso ter presente a diferença entre essência e fenômeno e não tomar o fenômeno por essência. É justamente porque não coincidem que se faz necessária a ciência e a filosofia. Conforme afirma Kosík, “compreender o fenômeno é *atingir* a essência” (KOSÍK, 2011, p. 16, grifo do autor), considerando que “a realidade é a unidade do fenômeno e da essência” (KOSÍK, 2011, p. 16).

¹⁹ Cf. o seguinte excerto retirado do prefácio da *Contribuição à crítica da economia política*: “Cheguei também à conclusão de que a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política.” (MARX, 2008, p. 47)

²⁰ Jurista e político nascido na Letônia, que também contribuiu para a formação de uma teoria do direito marxista na União Soviética, dominando, juntamente com Pachukanis, o primeiro período de elaboração de uma teoria jurídica na União Soviética pós-Revolução de 1917 até princípios dos anos 1930. Cerroni (1976, p. 55) ressalta que Stutchka foi, ao lado de Pachukanis, o único autor soviético que tentou desenvolver uma “teoria geral do direito orgânica”, isto é, um corpo teórico sistematizado e não apenas a abordagem teórica de alguns problemas jurídicos, tanto que sua obra *Direito e luta de classes* tem por subtítulo “teoria geral do direito”. Stutchka também teve importante participação política nas lutas revolucionárias que culminaram na Revolução Russa de 1917, tendo sido Comissário do Povo para a Justiça do primeiro governo revolucionário de Lenin (cf. nota 35). Para Piotr Stutchka, o direito era tomado como relações sociais e não como norma ou representações metafísicas, concepção que foi levada adiante com Pachukanis. Diga-se que apesar das afinidades mencionadas, havia um ponto de discordância importante entre os dois: a possibilidade de existência de um direito proletário no período

e a forma mercadoria, que não foi preciso “descobrir a América” (PACHUKANIS, 1988, p. 8). Isto porque as bases para tal aproximação já estavam lançadas em *O capital*, bem como em *Anti-Dühring*, de Friedrich Engels, onde existe, nas palavras de Pachukanis (1988, p. 8), “uma formulação absolutamente precisa do vínculo existente entre o princípio da igualdade e a lei do valor”. Tal relação entre princípio da igualdade jurídica e teoria do valor seria transposta, na concepção de forma jurídica pachukaniana, para a relação entre sujeito de direito e mercadoria²¹.

Pachukanis busca então mostrar o sentido histórico da categoria do sujeito através da análise da forma mercantil, ao mesmo tempo em que revela os fundamentos dos esquemas apriorísticos da ideologia jurídica, concluindo que “o processo de evolução histórica da economia mercantil-monetária e mercantil-capitalista acompanha a realização destes esquemas sob a forma da superestrutura jurídica concreta” (PACHUKANIS, 1988, p. 10), e ainda que na medida em que “as relações humanas têm como base as relações entre sujeitos, surgem as condições para o desenvolvimento de uma superestrutura jurídica, com suas leis formais, seus tribunais, [...] etc.” (PACHUKANIS, 1988, p. 10).

O princípio da subjetividade jurídica (com seus atributos da liberdade e igualdade formal), que na jurisprudência burguesa se funda abstratamente na vontade humana, deriva necessariamente das relações econômicas. O direito, enquanto forma historicamente condicionada, está atrelado ao capitalismo, porquanto é aquele o elemento de mediação do processo de exploração através do contrato livremente firmado, isto é, da compra da força de trabalho como mercadoria.²² É nesse contexto, das relações contratuais privadas, que Pachukanis vai afirmar que o “sujeito jurídico aparece na sua forma acabada, como complemento indispensável e inevitável da mercadoria” (PACHUKANIS, 1988, p. 11). Nesse sentido, com o desenvolvimento das relações mercantis e monetárias, a esfera da circulação²³

de transição revolucionária, tema que será abordado posteriormente neste trabalho a partir da visão de Pachukanis.

²¹ Nesse sentido, cf. “Depois de Marx, a tese fundamental, a saber, de que o sujeito jurídico das teorias do direito se encontra numa relação muito íntima com o proprietário das mercadorias, não precisava mais uma vez ser demonstrada” (PACHUKANIS, 1988, p. 8).

²² Essas implicações e relações entre a forma jurídica e a forma mercadoria serão comentadas de maneira mais esclarecedora ao longo do trabalho, sobretudo no tópico 1.3.

²³ É dizer, “a esfera que se compreende pela fórmula Mercado-Dinheiro-Mercadoria” (PACHUKANIS, 1988, p. 11). Conforme esclarece Marx: “A forma imediata da circulação de mercadorias é M-D-M, conversão de mercadoria em dinheiro e reconversão de dinheiro em mercadoria, vender para comprar.” (MARX, 2015, p. 223-224). Esta fórmula corresponde à esfera da circulação simples, onde a relação de troca se dá para satisfação de necessidades dos homens, ou seja, para apropriação de valores de uso, um fim que está além da circulação em si, uma vez que o ciclo é interrompido e a mercadoria sai da circulação para o consumo. (MARX, 2015, p.226 e p. 228). Importa notar que diferente do que ocorre na fórmula do capital, na fórmula da circulação simples os dois extremos são mercadorias, e há nos dois polos a mesma grandeza de valor (MARX, 2015, p. 226), isto é, a

representa um momento predominante com relação à forma jurídica. Desse modo, Pachukanis conclui que todo direito se desenvolve tendo por guia o direito civil, de maneira que as características essenciais da superestrutura jurídica são, simultaneamente, as próprias características do direito privado burguês (PACHUKANIS, 1988, p. 10-11).

A relação de troca de mercadorias é apontada no pensamento pachukaniano como a relação social específica que se expressa juridicamente. A relação entre sujeitos proprietários equivalentes que trocam livremente é a relação social que consubstancia a forma jurídica. Logo, esta é a especificidade da forma jurídica. É nesse sentido que Pachukanis afirma que o direito como forma desenvolve-se “como um sistema particular de relações que os homens realizam em consequência não de uma escolha consciente, mas sob pressão das relações de produção” (PACHUKANIS, 1988, p. 32-33) e conclui que “o homem torna-se inevitavelmente sujeito jurídico como inevitavelmente transforma o produto natural numa mercadoria dotada das propriedades enigmáticas do valor” (PACHUKANIS, 1988, p. 33).

Vê-se que na concepção pachukaniana a historicidade do direito não se restringe apenas aos seus conteúdos, mas também a sua forma²⁴, enquanto forma histórica determinada. Isto é, o direito é forma específica das relações sociais de produção do capitalismo e subsistirá enquanto houver troca de equivalentes na esfera da distribuição da produção. A evolução histórica da superestrutura jurídica acompanha o processo evolutivo da economia mercantil-monetária e mercantil-capitalista, de maneira que é possível asseverar que a forma jurídica atinge seu ápice e sua máxima diferenciação na sociedade burguesa capitalista (PACHUKANIS, 1988, p. 11). Daí a especificidade essencialmente capitalista do direito.

O autor empreende o estudo da superestrutura jurídica como fenômeno objetivo e não como mera crítica da ideologia jurídica burguesa. Assim, importa buscar a forma jurídica na análise do seu desenvolvimento ao longo da história, ao contrário de simplesmente investigar os conteúdos que o direito tomou historicamente. É preciso considerar a dialética entre forma e conteúdo em sua relação de determinação recíproca (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 56), pois, como afirma Pachukanis, a forma jurídica, a par das normas e instituições jurídicas, é

relação de equivalência é mantida nas duas fases contrapostas que integram a fórmula, quais sejam, M-D (venda) e D-M (compra).

²⁴ Nesse sentido: “Não resta dúvida de que a teoria marxista não deve apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada. Se se recusa analisar os conceitos jurídicos fundamentais, apenas se consegue uma teoria que explica a origem da regulamentação jurídica a partir das necessidades materiais da sociedade e, conseqüentemente, do fato de as normas jurídicas corresponderem aos interesses materiais de uma ou outra classe social. Contudo, fica em suspenso a análise da regulamentação jurídica propriamente dita, enquanto forma, não obstante a riqueza do conteúdo histórico por nós introduzida neste conceito.” (PACHUKANIS, 1988, p. 21).

igualmente modificada no processo histórico (PACHUKANIS, 1988, p. 35). É nesse sentido que Naves afirma que o estudo do direito como forma toma importância central para a apreensão do modo capitalista de produção na teoria de Pachukanis²⁵. Com uma concepção de forma jurídica intimamente atrelada, historicamente, à vida econômica, Pachukanis se contrapõe à asserção de que o que define o direito ao longo do tempo seria o momento da regulamentação coativa social, o que implica apreender o direito como ordem normativa. Tal conceito de forma jurídica, – dominante na produção teórica do direito –, por ser válido para qualquer época histórica e para qualquer fase de desenvolvimento das forças produtivas de uma sociedade, acaba por ser um lugar-comum vazio e não-científico e constitui um óbice ao estudo direito enquanto superestrutura objetiva, inclusive entre os teóricos marxistas. Este é, *grosso modo*, o teor da crítica que Pachukanis dispensará a outros juristas marxistas, o que o faz um crítico não só da filosofia jurídica burguesa, e das demais construções teóricas idealistas, – sobretudo o normativismo jurídico kelseniano –, mas também de críticas marxistas do direito que não chegaram à historicidade da forma jurídica e, dessa forma, consagram a sua perenidade.

1.1 Crítica às concepções marxistas do direito de Stutchka e Reisner

Conforme já afirmado, Pachukanis dispensou críticas a diversas tendências jurídicas contemporâneas de sua época. Tais críticas se revestem de importância na medida em que permitem elucidar a contribuição de Pachukanis à crítica marxista da teoria geral do direito. É nesse espírito que aqui se propõe uma breve exploração do contexto das controvérsias teóricas entre Pachukanis e teóricos do direito burguês, mas, sobretudo, entre aquele e outros juristas bolcheviques.

Se é verdade que os ataques ao normativismo kelseniano são constantes ao longo da *Teoria geral do direito e marxismo* (razão pela qual não lhes será dedicado um tópico específico; mas antes, as críticas serão apresentadas pontualmente, à medida em que a exposição da concepção pachukaniana enseje o contraponto direto com a teoria pura de Kelsen), não é menos verdade a afirmação de que sobejam críticas a construções teóricas marxistas, sobretudo aquelas de Stutchka e de Reisner.

²⁵ Cf. “A concepção de Pachukanis corresponde inteiramente às reflexões que Marx desenvolve, sobretudo nos *Grundrisse* e em *O capital*, a propósito do lugar central que ocupa a análise da forma para compreender as relações sociais capitalistas.” (NAVES, 2008, p. 48).

É importante ressaltar que, dada a ausência de sistematização do direito na esfera marxista, algumas das grandes influências dos teóricos marxistas pós-revolução advieram de juristas burgueses, notadamente Petrajitskii, Menger, Karl Renner (a quem Pachukanis chega a criticar diretamente algumas vezes em sua obra principal) e Leon Duguit (NAVES, 2008, p. 25).

A crítica pachukaniana do direito se coloca como crítica da filosofia jurídica burguesa, – aquela que toma como fundamento o conceito de sujeito de direito com sua autodeterminação –, afirmando ser esta nada mais que a filosofia da economia mercantil, que sistematiza as condições abstratas sob as quais se torna possível a troca regida pela lei do valor e a exploração pelo trabalho livre. Ainda sobre esta crítica, Pachukanis complementa que “este pensamento serve de base à crítica que o comunismo fez, e ainda faz, à ideologia burguesa da liberdade, da igualdade e da democracia burguesa formal, dessa democracia na qual ‘a república do mercado’ procura mascarar o ‘despotismo da fábrica’” (PACHUKANIS, 1988, p. 9). Isto é, este pensamento fornece os elementos para, revelando a ideologia jurídica burguesa, afirmar que os valores fundamentais da ordem jurídica correspondem à defesa dos interesses da classe dominante²⁶.

Contudo, a crítica pachukaniana também tece a crítica às concepções marxistas do direito que apesar de relacionar a forma mercantil com o sujeito de direito, não vão além de desvendar a ideologia burguesa da liberdade e da igualdade, pois priorizam o momento da regulamentação coativa externa como única característica fundamental do direito. Logo, em assim procedendo, não são capazes de explicar as especificidades fundamentais da forma jurídica enquanto fenômeno objetivo.

A objeção à ênfase no momento da regulação autoritária externa como característica central do direito se explica em face da sua consequência direta, qual seja, a possibilidade de tal conceito de direito poder ser aplicado a qualquer época e a todos os tipos de sociabilidade. Certamente esta é uma observação que se estende ao normativismo kelseniano. Porém, no contexto das críticas marxistas rechaçadas por Pachukanis, isso significa que ao apresentarem o direito como mero instrumento de classe, tais críticas dão prevalência ao conteúdo normativo e assim deixam de buscar, por meio das exigências metodológicas marxianas, as determinações profundas que fazem certas relações sociais, em certas condições, se revestirem de uma forma jurídica.

²⁶ No sentido da afirmação contida n’A ideologia alemã: “As ideias da classe dominante são, em todas as épocas, as ideias dominantes, ou seja, a classe que é o poder *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, o seu poder *espiritual* dominante.” (MARX; ENGELS, 2009, p. 67, grifos dos autores).

Ademais do normativismo, outra frente de crítica empreendida por Pachukanis diz respeito às correntes psicologistas e sociologistas do direito, porquanto tendem a apresentar o direito objetivo a partir de categorias abstratas e não a partir da forma jurídica. Utilizam-se de conceitos extrajurídicos e tratam as definições jurídicas apenas como “fantasmas ideológicos” (PACHUKANIS, 1998, p. 20). Embora as teorias psicológicas e sociológicas, ao contrário das teorias normativistas, não desprezem as determinações da vida social, – já que buscam estudar o direito em sua forma histórica –, elas acabam por não refletir sobre a forma jurídica, pois não se utilizam dos conceitos jurídicos fundamentais²⁷, relegados por tais teorias ao *status* de ficções. A este respeito Pachukanis comenta que, embora tais teorias se oponham às teorias idealistas e busquem uma explicação materialista do direito como fenômeno social, a muitos teóricos marxistas a tendência de simplesmente adicionar a estas teorias o momento da luta de classes pareceu bastante para caracterizá-las como teorias materialistas e verdadeiramente marxistas (PACHUKANIS, 1998, p. 20). Entretanto, o autor alerta que dessa atitude não se pode “esperar mais do que uma história das formas econômicas com matizes jurídicos mais ou menos carregados, ou uma história das instituições, mas jamais uma teoria geral do direito” (PACHUKANIS, 1998, p. 20).

Assim, embora as concepções psicológicas e sociológicas marxistas do direito cheguem a resultados tais quais considerar o direito como “o resultado dos conflitos sociais” (NAVES, 2008, p. 45), ou “um fenômeno que se desenvolve na *psique* humana” (NAVES, 2008, p. 45), ou ainda como a “expressão da autoridade material do Estado” (NAVES, 2008, p. 45), e tenham uma abordagem que não recorre a expedientes metafísicos, a exemplo de conceber o direito como uma ideia eterna ou “um *a priori* que tornaria possível a experiência jurídica” (NAVES, 2008, p. 45), elas não chegam a relacionar os conceitos mais desenvolvidos²⁸ do direito aos períodos históricos de seu desenvolvimento, e assim, não chegam a investigar as conexões internas entre a forma jurídica e o modo de produção capitalista.

Assim se dá com a teoria proposta por Stutchka, que relaciona o direito com os interesses materiais de uma classe social, porém não explica por que certos interesses são protegidos especificamente pelo direito, ou seja, por que certas relações se revestem da forma jurídica. Assim, sua teoria não é capaz de diferenciar as relações jurídicas das outras relações

²⁷ Pois, para Pachukanis, a tarefa de uma teoria geral do direito é lidar com os conceitos jurídicos fundamentais, assim considerados aqueles mais abstratos, conforme ficará mais claro no tópico seguinte.

²⁸ Isto porque, conforme como será corroborado na seção seguinte, no método dialético marxiano, as formas mais acabadas, posteriores, são capazes de revelar o que estava latente nas formas anteriores, em estágio embrionário. É dizer, as formas mais desenvolvidas são a chave para a compreensão das formas menos desenvolvidas.

sociais. Juntamente com a teoria de Pachukanis, a teoria de Stutchka dominou os círculos da filosofia jurídica soviética no primeiro período após a revolução, deixando um notável legado para a teoria geral do direito (CERRONI, 1976, p. 55).

No contexto pós-Revolução de Outubro a necessidade premente de se formular uma nova organização da estrutura legislativa e judiciária ocupava os juristas²⁹, de sorte que na esfera judiciária se pretendia uma maior participação popular, o que culminou na criação de tribunais populares. Estes tribunais eram compostos por operários e soldados eleitos, com competência jurisdicional limitada, auxiliados por técnicos dotados de conhecimento especializado a fim julgar os casos mais complexos (NAVES, 2008, p. 25-26). Sobre este contexto pós-revolução, em um ensaio intitulado *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*, Pachukanis afirma que logo o problema de destruir a antiga estrutura judiciária e outras questões eminentemente práticas exigiram o confronto no nível teórico do problema da relação entre lei e direito (PACHUKANIS, 2009, p. 137). Era um período de inúmeras dúvidas sobre como se daria a atividade dos tribunais e a partir de que espécie de justiça esta se guiaria. O mesmo acontecia quanto à atividade legislativa, uma vez que as antigas leis do período czarista e as leis do governo provisório não poderiam ser integralmente mantidas na revolução, tampouco se poderia substituir todas as leis ultrapassadas dizimadas pela revolução por novas normas. (PACHUKANIS, 2009, p. 137). Nesse sentido, o Decreto nº 1 de novembro de 1917³⁰, – de autoria de Stutchka – que organizou o funcionamento do tribunal popular, propugnava por uma administração da justiça que deveria observar as leis dos governos anteriores somente na medida em que estas não tivessem sido revogadas pela revolução e até o ponto em que não contradissem a consciência revolucionária e a consciência jurídica revolucionária.

Para Stutchka, tais tribunais não implicavam a reafirmação das instâncias formais burguesas, mas antes a defesa dos interesses do povo e do “direito proletário”. Logo, a contradição existente entre a manutenção da máquina judiciária burguesa, ainda que com um caráter diferenciado, e a participação das massas populares na administração da justiça enquanto um corpo de juízes apartado do povo é desprezada por Stutchka (NAVES, 2008, p.

²⁹ Sobre tal contexto afirma Stutchka no prefácio à primeira edição de *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*: “[...] a tarefa a mim incumbida de ‘pôr fim ao velho ordenamento jurídico e abolir o direito’, obrigaram-me [...] a expressar e expor teoricamente o que a nossa revolução realizou no campo do direito.” (STUCKA, 1988, p. 6).

³⁰ Cf. o art. 5º do Decreto nº 1: “Os tribunais locais (ou seja, populares) decidem as causas em nome da República russa e nas suas decisões e sentenças seguem as leis dos governos depositos somente enquanto estas leis não tenham sido revogadas pela revolução e não se oponham à consciência revolucionária e à consciência jurídica revolucionária” (STUCKA, 1988, p. 114, grifo do autor).

26). Ao contrário, a atuação dos tribunais populares significava, para o autor, a realização de uma justiça revolucionária.

Assim, a despeito de considerar a sua teoria como a primeira a se utilizar de uma base científica em conformidade com a concepção jurídica de Marx e Engels, Stutchka lança mão, no início do desenvolvimento de sua concepção teórica, do conceito de *consciência jurídica revolucionária*, proveniente (embora fundamentado de maneira diversa³¹) do direito intuitivo do jurista pré-revolucionário burguês Petrajitskii³². Posteriormente, ao rever as fases da elaboração de uma concepção marxista do direito, Stutchka admitiu a influência do direito intuitivo de Petrajitskii, afirmando que sob o manto da consciência jurídica revolucionária se escondia a mesma consciência jurídica burguesa. Contudo, o autor considerou que a concepção classista da consciência jurídica era suficiente para diferenciá-la da noção concebida por Petrajitskii (CERRONI, 1976, p. 57), e ainda, que foi dado um significado concreto ao conceito de consciência jurídica (STUCKA, 1988, p. 115), de forma que tal conceito estaria remediado pela composição popular dos tribunais locais (NAVES, 2008, p. 28), como se a natureza de classe do Estado fosse resultado da dominação direta do aparato estatal por uma classe³³. Estes episódios irão refletir na posterior definição de direito em Stutchka, que toma como elementos centrais a contradição de classes e a estrutura coercitiva do direito, de acordo com a sua concepção de uma teoria do direito que não o concebesse

³¹ Nesse sentido, cf. “A escola do dirigente cadete Petrajitskii poder-se-ia alegrar em virtude de que teríamos acolhido sua concepção referente ao Direito Intuitivo, porém dela divergimos, profundamente, no que concerne à sua fundamentação” (STUTCHKA, 2001, p.26).

³² Nas palavras de Cerroni (1976, p. 43), “o mais importante filósofo do direito pré-revolucionário”. Sobre o valor geral da teoria de Petrajitskii, Cerroni adiciona: “No fundo, a teoria de Petrazitsky teve na Rússia o valor de uma contestação radical do direito e da ciência jurídica, e sob este aspecto se apresentou aos juristas da revolução como uma teoria ao mesmo tempo antitradicionalista e aberta às perspectivas de um pluralismo sociológico, como também às de uma resolução do fenômeno jurídico no voluntarismo de grupo (direito intuitivo) e, em última análise, na política” (1976, p. 48).

³³ Este posicionamento vê o Estado (e também o direito) como um instrumento neutro, capaz de tomar os conteúdos de classe de acordo com a classe que o instrumentalize. Nesse sentido, este posicionamento é contrário àquele que defende Pachukanis, para quem o direito e o Estado são formas objetivamente capitalistas, em virtude do lugar que estruturalmente ocupam na reprodução do capital. No mesmo sentido, afirma Naves em comentário ao posicionamento que Marx adota quanto ao Estado em *18 Brumário de Luís Bonaparte*: “Ele mostra que a burguesia pode deixar de exercer o domínio direto do Estado sem que este perca a sua natureza de Estado da classe burguesa, porque a dominação de classe já está garantida, independentemente de ele ser ocupado ou não pela classe dominante, em virtude de sua *forma* mesma [...] Assim, do mesmo modo que o caráter de classe do Estado passa a ser considerado como um “atributo objetivo” e não como o resultado da ‘influência direta’ exercida pela burguesia sobre o aparelho estatal, também o direito pode ser compreendido sem o recurso ao conceito de ‘vontade’ (de classe), pois, independentemente da influência que essa vontade possa ter sobre o conteúdo da lei, o caráter de classe do direito já está dado pela sua própria organização interna, pelo modo como ele especificamente se estrutura no processo do valor de troca (como Marx desenvolverá depois n’*O capital*).” (NAVES, 2014, p. 33, grifos do autor).

como uma ideia eterna, mas como um fenômeno social que se modifica historicamente com a luta de classes³⁴.

É a partir de tais experiências contraditórias que Stutchka vai formular a primeira sistematização do direito nos círculos teóricos do marxismo (NAVES, 2008, p. 27). A elaboração dos princípios fundamentais do direito penal da URSS, pelo Colégio do Comissariado do Povo para a Justiça³⁵, em 1919, proporcionou que o problema da concepção do direito no contexto soviético fosse atacado. Ao elaborar os princípios diretivos para a dogmática penal, questões envolvendo o Estado e seu aparelho repressivo tiveram que ser necessariamente consideradas, o que requeria uma definição, ainda que mínima, do que é direito. Assim, no documento mencionado encontra-se a definição de direito em Stutchka como sendo o “sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe” (STUCKA, 1988, p. 16). Tal definição foi mantida pelo autor em sua principal obra, *Direito e luta de classes*, datada de 1921. Porém isto se deu não sem algumas observações adicionais, tais quais: substituir os termos “sistema” ou “ordenamento” por “outro que dê maior ênfase à participação consciente do homem na implantação desse sistema ou ordenamento” (STUCKA, 1988, p. 16); “talvez fosse melhor salientar mais o fato de que o interesse da classe dominante é o conteúdo fundamental, a característica essencial de todo o direito” (STUCKA, 1988, p. 16); e ainda houve proposição no sentido de enfatizar o direito como um sistema que protege contra violação tal sistema de relações sociais. Contudo, Stutchka considerou a definição de 1919 geralmente válida, já que contemplava os principais elementos definidores do direito em geral, e não só do direito soviético. Sua concepção de direito o revela como fenômeno eminentemente classista, e, por conseguinte, como fenômeno que perecerá com o fim da sociedade de classes.

Sobre este ponto, isto é, sobre o papel exercido pelo direito no período de transição pós-revolucionária³⁶, reside um dos principais aspectos de divergência entre as teorias de Stutchka e Pachukanis. Isto porque o primeiro atribuía ao direito em tal fase uma importância maior do que a que lhe conferia Pachukanis, sem defender, contudo, a supressão imediata da

³⁴ Cf. a opinião de Stutchka sobre a sua elaboração de 1919 sobre o direito: “O seu principal mérito consiste em colocar, pela primeira vez, o problema do direito em geral sobre uma base científica, renunciando a uma visão puramente formal e vendo no direito um fenômeno social, que muda com a luta de classes, e não uma categoria eterna.” (STUCKA, 1988, p. 16-17).

³⁵ Assinado pelo próprio Stutchka, uma vez que ele foi o primeiro Comissário do Povo para a Justiça do governo revolucionário, liderado por Lenin, entre o período de novembro de 1917 a janeiro de 1918 e de março a agosto de 1918 (STUCKA, 1988, p. 6).

³⁶ Sobre a questão direito no período de transição e a extinção da forma jurídica na teoria de Pachukanis trataremos com mais detalhes no último tópico deste capítulo.

forma jurídica. Logo, o caminho para o socialismo deveria vir acompanhado do gradual desaparecimento da forma jurídica. De fato, o período revolucionário soviético de transição não se mostrava como um intervalo efêmero. Contudo, ao contrário de Stutchka, que formula um “direito soviético”³⁷, como um instrumento revolucionário de reorganização da classe vitoriosa pós-revolução – ainda que com caráter de um direito provisório do período de transição³⁸ –, Pachukanis propunha a negação veemente de um direito proletário ou socialista, pois a continuidade da forma jurídica, enquanto forma condicionada pelas relações de troca mercantil, é a própria continuidade das relações sociais capitalistas (KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2012, p. 220).

É nesse sentido que Pachukanis vai afirmar que a busca por conceitos gerais próprios do “direito proletário”, embora possa ter a aparência de uma atitude revolucionária, é, na verdade, a proclamação da imortalidade da forma jurídica, porquanto abstrai a forma jurídica das condições históricas específicas que permitiram a sua completa determinação, e assim, ao ignorar seu condicionamento histórico, a apresenta como forma passível de renovação perpétua (PACHUKANIS, 1988, p. 26).

Retomando a concepção de direito como relação social, ou ainda, como sistema de relações sociais, noção que Stutchka introduz no contexto soviético, pode-se afirmar que Pachukanis é tributário de tal concepção. Contudo, Pachukanis irá ultrapassá-la, pois, diferente de Stutchka, irá chegar à relação específica que se reveste da forma jurídica. Para Stutchka as relações sociais consistiam na totalidade das relações de produção e de trocas. Para distinguir as relações econômicas das relações jurídicas, o autor classificou as relações sociais entre relações primárias (relações de produção e de troca) e relações derivadas (relações jurídicas). Ainda, devido à complexidade do sistema jurídico, este seria constituído por três tipos de formas, quais sejam, a forma jurídica concreta localizada na base³⁹, a forma

³⁷ À guisa de exemplo, no prefácio à primeira edição de *Direito e luta de classes*, Stutchka afirma que “o conceito de direito soviético é demais sério para ser tratado só por alto; e é nem mais nem menos do que o direito revolucionário do proletariado em luta contra o direito contra-revolucionário da burguesia.” (STUCKA, 1988, p. 7, grifos do autor).

³⁸ É importante mencionar que a despeito da crítica feita à elaboração de um direito proletário, soviético ou socialista, Pachukanis reconhece, em obra posterior àquela de 1924, que o direito soviético em Stutchka trata-se de um direito de natureza eminentemente diferente daquela do direito burguês. É um direito de um período pós-revolução, que, conforme preconiza Marx na *Crítica do programa de Gotha*, ainda se insere no “estreito horizonte jurídico burguês” (MARX, 2012, p. 33), na medida em que conserva o princípio da distribuição. Nesse sentido: “Repito ser o grande mérito de camarada Stutchka a constante ênfase sobre a natureza específica, singular do direito soviético, decorrente de sua origem revolucionária, em contraposição a quaisquer tentativas de considerar o nosso direito soviético como a mais completa conclusão de certas tendências ‘sociais’ observadas na ordem legal burguesa.” (PACHUKANIS, 2009, p. 144).

³⁹ A este respeito, contudo, o autor adiciona a seguinte observação: “porém, isto não significa, em absoluto, ‘que se proclama como base a superestrutura’, mas apenas que procura interpretar corretamente o pensamento de Marx e Engels.” (STUCKA, 1988, p. 80).

abstrata e a forma intuitiva (também abstrata). A primeira (forma I) seria a própria relação econômica; já a primeira forma abstrata (forma II) seria aquela expressa na lei, que pode não coincidir com a relação econômica; enquanto a segunda forma abstrata (forma III) seria a forma ideológica ou intuitiva, a exemplo da “consciência jurídica interna”, do “direito natural” (STUCKA, 1988, p. 79) etc. Stutchka afirma então que “qualquer relação econômica⁴⁰, na medida em que é contextualmente uma relação jurídica [...] tem três formas: uma forma concreta (I) e duas formas abstratas (II e III).” (STUCKA, 1988, p. 80), complementando que existe entre elas uma relação recíproca de influência, com uma “*primazia incondicionada e imediata à primeira*” (STUCKA, 1988, p. 80, grifo do autor). Em seguida, o autor afirma que a forma I tem influência sobre as outras duas formas abstratas tanto por ser fato tanto por ser reflexo, mas que o seu caráter jurídico (da forma I) “depende, apesar de tudo, das outras duas formas, cuja influência pode, por vezes, resultar decisiva.” (STUCKA, 1988, p. 80).

Assim, logo após afirmar a juridicidade da forma I, Stutchka a condiciona às outras duas formas; bem como após enfatizar a primazia da forma concreta sobre as formas abstratas (em consideração à metáfora sobre a base e a superestrutura), coloca a influência das formas abstratas como determinante. Tal significa, segundo Naves (2008, p. 32), menosprezar a determinação material do direito e considerar que o direito possa ser determinado pelas duas formas abstratas (formas II e III), isto é, pela vontade da classe dominante contida na norma e pela consciência jurídica.

No mesmo sentido da crítica feita por Naves está a crítica de Cerroni quanto ao empreendimento de Stutchka para esclarecer a problemática da relação jurídica específica e delimitar a noção de relação social. Cerroni vê consequências desastrosas no reconhecimento que Stutchka dá à supremacia incondicionada da forma I, para em seguida ressaltar que a influência das formas II e III (formas abstratas) pode ser, em alguns casos, decisiva. Principalmente em se tratando de uma teoria que se pretende materialista, já que considerando que a forma I corresponderia à própria base econômica, e as outras duas formas a formas superestruturais, restou claro que as formas que constituem mero reflexo⁴¹ da economia são às vezes determinantes sobre a própria economia (enquanto forma I). Nesse contexto, o autor da crítica considera que a hierarquia entre os estratos relação econômica – lei – ideologia (ou

⁴⁰ Neste ponto é importante notar que, conforme enfatiza Naves (2008, p. 31), Stutchka se refere a estas três formas indistintamente tanto como formas das relações econômicas quanto como formas das relações jurídicas.

⁴¹ Importa notar que o termo ‘reflexo’ é empregado pelo próprio Stutchka. Neste sentido, cf. a afirmação do autor sobre a forma I: “Nós reconhecemos uma *primazia incondicionada e imediata à primeira*. Esta influi sobre as duas formas abstratas, por um lado, enquanto é um fato, e, por outro, mediante um reflexo; [...]” (STUCKA, 1988, p. 80, grifo do autor).

relações de produção – poder estatal – consciência de classe) é colocada de maneira arbitrária em Stutchka, e está fundamentada, ulteriormente, no elemento da vontade, (mesmo que se considere não se tratar de vontade livre e determinante⁴²) (CERRONI, 1976, p. 59), em vista da possível dominância das duas formas abstratas. Daí emergem várias críticas emitidas por Cerroni ao pensamento de Stutchka, dentre as quais⁴³: a forma genérica através da qual a relação entre economia e direito é postulada; o fato de a norma estatal ser considerada apenas como vontade, a despeito de seu caráter institucionalizado e coercível; a redução da concepção de Estado a elemento volitivo, como uma construção voluntária para garantia dos interesses da classe dominante⁴⁴ através do poder, em detrimento de seus aspectos institucionais. Em linhas gerais, a crítica de Cerroni a Stutchka remete à asserção de que a teoria de Stutchka, apesar de se pretender contra a teoria metafísica da vontade em sua acepção enquanto direito intuitivo⁴⁵ em Petrajitskii, recorreu tanto à vontade quanto ao intuicionismo para sustentar sua concepção de direito.

A partir do exposto é possível perceber que a teoria de Stutchka não logrou distinguir as relações sociais, – enquanto conjunto de relações de produção e de troca –, das relações jurídicas, porquanto a forma I é a expressão jurídica das relações econômicas e ao mesmo tempo a própria relação econômica, uma vez que “coincide com a relação econômica” (STUCKA, 1988, p. 79). Dessa maneira, as relações sociais em Stutchka só se transformam em relações jurídicas quando contêm o elemento de defesa da ordem pelo Estado, de acordo com o interesse da classe dominante. O interesse da classe dominante figura então como razão de ser do direito e do Estado. Destarte, o pensamento jurídico de Stutchka, embora tenha sido proposto como uma concepção do direito não normativista e antivoluntarista, culminou por buscar fundamento no Estado e na vontade da classe dominante (NAVES, 2008, p. 33).

Assim, Pachukanis reconhece que apesar de Stutchka ter considerado corretamente o direito como um problema relativo às relações sociais, ele não chegou a investigá-lo em sua

⁴² Trata-se de uma referência ao que afirma Stutchka em comentário aos três sistemas (três formas do direito), quando o autor diz que “em cada um destes sistemas a vontade exerce um papel específico, mas em nenhum deles atua como vontade livre e determinante” (STUCKA, 1988, p. 81). Para maior aprofundamento, cf. STUCKA (1988), capítulo V.

⁴³ Para melhor aprofundar-se nas críticas mencionadas, cf. Cerroni (1976), p. 59-63.

⁴⁴ Para esta afirmação Cerroni se baseia no final do capítulo IV de *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, de Engels, onde, segundo o jurista italiano, Engels afirmaria que o Estado é uma invenção da classe que detém o poder. Cf. Cerroni (1976), p. 61.

⁴⁵ Conforme ficará mais claro nas páginas seguintes, o direito intuitivo de Petrajitskii negava o objeto do direito como sendo o direito positivo estatal, preconizando estar o fundamento do direito em uma consciência jurídica intuitiva, que deveria ser estudada pela psicologia. Nesse sentido, a teoria de Stutchka contrariava a noção de direito de Petrajitskii justamente por enfatizar a estrutura coercitiva do direito. A crítica de Cerroni é no sentido de que apesar de fazê-lo, Stutchka fundamenta a estrutura estatal, em última instância, na vontade, retornando assim, de certo modo, ao dogma da vontade.

especificidade objetiva, como relação social específica (PACHUKANIS, 1988, p. 46). Se se considerar que ao direito correspondem quaisquer formas de relação social, então não será possível, inicialmente, localizar suas características específicas (PACHUKANIS, 1988, p. 20). Não será possível, igualmente, responder ao questionamento sobre como o direito chegou a ser o que é (PACHUKANIS, 1988, p. 46). Logo, ainda que Stutchka tente especificar este sistema de relações sociais como aquele em que as relações correspondem ao interesse da classe dominante e que se baseia na violência estatal organizada para sua manutenção, Pachukanis considera que esta definição não capta os momentos determinantes do desenvolvimento da forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 46). Ademais, sinaliza o que considera outra falha no pensamento de Stutchka: a primazia do desenvolvimento histórico dos conteúdos das normas jurídicas com relação ao seu conteúdo de classe, em detrimento de uma análise do desenvolvimento lógico e dialético da forma jurídica⁴⁶.

Há ainda outros teóricos marxistas do direito que o concebem a partir das relações entre o conteúdo concreto das normas jurídicas e a economia, chegando-se a uma forma jurídica caracterizada pela regulamentação autoritária externa estatal, a partir de um exercício “grosseiramente”⁴⁷ empírico. Nesse sentido estão Ziber, Renner (ou Karner, seu pseudônimo) e Boukharin. Este último enfatiza o caráter de classe do poder do Estado e bem assim do direito. Entretanto, todas as definições deste tipo, obtidas pela lógica escolástica⁴⁸, não levam, para Pachukanis, à compreensão do conceito de direito em seu movimento real (PACHUKANIS, 1988, p. 22), tampouco permitem revelar as relações internas do seu conteúdo, porquanto suas abstrações universais ignoram o movimento histórico que leva à forma mais acabada da forma jurídica e as relações causais que nela subjazem. Ao contrário, sustenta Pachukanis (1988, p. 23), “oferecem-nos apenas um lugar-comum, deveras inconsistente, o de uma ‘regulamentação externa autoritária’ que serve indiferentemente para todas as épocas e para todos os estágios de desenvolvimento da sociedade humana.” Tais tentativas de se chegar a um conceito de um fenômeno tão complexo quanto o direito a partir de noções que o universalize e que não partam do direito na sua forma mais acabada, capaz de evidenciar suas conexões com uma época histórica determinada, leva, geralmente, a definições vazias e puramente escolásticas (PACHUKANIS, 1988, p. 23). Importa notar que a

⁴⁶ É nesse sentido que Cerroni afirma que Pachukanis leva a cabo uma investigação mais lógica e formal que histórica, sem, contudo, ignorar a história. Antes, Pachukanis utiliza com clareza a história como suporte de uma correta apreensão das categorias (CERRONI, 1976, p. 66).

⁴⁷ Cf. Pachukanis (1988, p. 22), onde o autor qualifica como grosseira a atividade empírica dos juristas marxistas que tentam caracterizar o direito como forma através do constrangimento exterior estatal, equiparando tal atividade àquela da dogmática jurídica, cuja superação é objetivo do marxismo.

⁴⁸ “*Per genus e per differentiam specificam*” (PACHUKANIS, 1988, p. 22).

crítica ora apresentada também se aplica ao conceito de direito em Kelsen como ordem coercitiva, embora, deva-se assinalar para fins de clareza, não seja o último, – ao contrário dos três juristas supramencionados –, nem marxista, nem preocupado com o conteúdo concreto da regulamentação jurídica; tampouco reconhece Kelsen qualquer caráter de classe no seu conceito de direito.

Todo o exposto leva à crítica geral que Pachukanis dispensa aos marxistas que ignoram a tarefa de formular uma definição formal para a teoria geral do direito, atendo-se antes aos conteúdos das normas jurídicas em determinada época. Assim, chega-se a uma espécie de história das instituições do direito, de forma que a questão da forma jurídica, considerada de um ponto de vista materialista, como forma histórica determinada, não é atacada. Tal “esboço” de análise do fenômeno jurídico, que não é capaz de diferenciá-lo com relação às “esferas vizinhas” (PACHUKANIS, 1988, p. 21), teria causa na recusa, por parte dos juristas marxistas, de se estudar os conceitos jurídicos fundamentais e assim encontrar a sua totalidade de determinações e relações internas. Ao se proceder dessa maneira, elabora-se apenas uma história das origens de um ordenamento jurídico a partir das necessidades materiais de certa sociedade, e assim, a partir dos interesses de certa classe.

Outra concepção jurídica marxista a que Pachukanis se opunha é aquela construída por Mikhail Reisner, com base, em grande medida, na teoria psicológica do direito de Petrajitskii, já que recorre a uma certa *consciência jurídica intuitiva*, atributo de todos os homens, que lhes fariam capazes de cumprir as obrigações jurídicas. Nesse sentido, Reisner foi herdeiro do psicologismo de Petrajitskii, que buscava o fundamento da questão do direito nos processos de motivação da conduta humana; assim, a investigação da ciência do direito deveria se dar na arena da psicologia. Para Petrajitskii, o objeto do direito excede o direito positivo e prescinde do reconhecimento estatal, incluindo todas as relações atributivo-imperativas, como as relações morais, costumeiras etc. (CERRONI, 1976, p. 44-45). Isto porque para o autor pré-revolucionário a atribuição e o cumprimento de obrigações jurídicas entre os homens se dá não pelo fato de existir uma previsão legal, mas por imperativo de uma consciência jurídica intuitiva. É em relação a este contexto que Cerroni comenta que, no pensamento de Petrajitskii, o comportamento jurídico é um comportamento ideológico⁴⁹. (CERRONI, 1976, p. 47).

Dessa maneira, fica clara esta influência quando Reisner considera que a natureza do fenômeno jurídico se encontra na esfera emocional e não nas normas positivas emanadas pelo

⁴⁹ Cerroni esclarece, contudo, que o termo ‘ideologia’ não é utilizado por Petrajitskii conforme a acepção comum na tradição marxista. (CERRONI, 1976, p. 47).

Estado (NAVES, 2008, p. 33). A partir daí, o que Reisner pretende é adicionar um ponto de vista classista na teoria psicológica de Petrajitskii, na tentativa de harmonizá-la com o marxismo⁵⁰ e com a psicologia social (CERRONI, 1976, p. 49). Ou seja, ele pretende levá-la da arena da psicologia individual para a arena da psicologia coletiva. Tendo em vista tais modificações, o autor vai elaborar um direito classista que se apresenta na forma de um direito intuitivo das massas populares e que existe de forma independente de qualquer estrutura institucional estatal (NAVES, 2008, p. 34).

A ideia de um direito revolucionário intuitivo pertencente ao proletariado, isto é, a ideia de um direito relativo às massas populares e existente fora do Estado, leva Reisner a se contrapor à noção de positivismo jurídico, e, conseqüentemente, à ideia de unidade entre Estado e direito. Ao se considerar o Estado como forma de organização da classe proprietária, o direito, como seu aliado necessário, restaria afetado pelo interesse dos exploradores (CERRONI, 1976, p. 50). Neste ponto, é importante mencionar a crítica que Reisner fazia às tentativas marxistas prévias de separar o direito da matriz do Estado se valendo de uma explicação do fenômeno do direito com base na economia. A crítica, em linhas gerais, se baseia na suposta incapacidade de tais tentativas de reconduzir todo o direito à economia, isto é, de explicar as determinações da forma do direito a partir da economia, já que não chegavam a transpor as dificuldades de entender a norma positiva historicamente, de forma relacionada a um fundamento econômico. Dessa maneira, ao tentar encontrar o condicionamento econômico do direito, não se chegava ao condicionamento econômico do Estado, restando este como um instrumento da classe dominante para tutela de seus respectivos interesses econômicos. Assim, o Estado continuava necessariamente associado ao direito.

Para empreender esta separação entre coerção estatal e direito, Reisner considerava necessário conceber o direito de maneira extranormativa, como um direito que existe de forma latente na consciência das massas, ou ainda, “como um momento da psicologia social” (CERRONI, 1976, p. 50). Como não existe apenas uma classe social, Reisner tinha de admitir, ao lado de um direito revolucionário, a existência de outros direitos de classe,

⁵⁰ Nesse sentido, cf. “*I refashioned Petrazhitsky’s doctrine concerning intuitive law in the sense that I put it upon a Marxist foundation, and thereby obtained not intuitive law in general (which could here and there furnish individual forms adapted to certain social conditions) but the most genuine class law which was worked out in the form of intuitive law (in the ranks of the oppressed and exploited mass) independently of any official framework whatsoever; [...]*” (REISNER, 1951, p. 85). Em português: “Eu reformulei a doutrina concernente ao direito intuitivo de Petrazhitsky, no sentido de colocá-la sobre uma base marxista, e assim obtive não um direito intuitivo em geral (que poderia fornecer pontualmente formas individuais adaptadas para certas condições sociais), mas o mais genuíno direito de classe colocado na forma de um direito intuitivo (nos círculos das massas oprimidas e exploradas) independentemente de qualquer moldura oficial.” (REISNER, 1951, p. 85, tradução nossa).

referentes aos diversos sistemas ideológicos de cada classe. Assim, o autor recai em um relativismo com relação ao conceito de justiça, que variaria de acordo com cada classe. Nesse contexto, é esclarecedor recorrer à acepção de direito elaborada por Reisner em 1912: nesta o direito é tido como uma ideologia que se baseia, dentro da nossa consciência, especialmente nos conceitos de verdade, justiça e igualdade na distribuição igualitária das coisas (REISNER, 1951, p. 89). Com relação a esta definição, Naves (2008, p. 35) considera que em Reisner o direito é fenômeno ideológico, porquanto baseado no conceito de justo⁵¹ existente na consciência. Nesse sentido, Cerroni afirma, no mesmo espírito da crítica pachukaniana, existir em Reisner uma redução do direito à ideologia (CERRONI, 1976, p. 51).

Contudo, com sua concepção de direito intuitivo variável de acordo com a classe ou grupo social, Reisner acaba por afirmar a economia como fundamentação do direito, considerando-se que as classes sociais criam seu direito de acordo com seu lugar no processo de produção e troca mercantil. Aqui é importante observar que embora tenha reconhecido um fundamento econômico para o direito, Reisner considera “a natureza específica do direito como uma forma ideológica”⁵² (NAVES, 2008 p. 36). A partir de tais considerações, Naves (2008, p. 37) reputa existir na concepção de direito de Reisner uma contradição entre o seu caráter psicologista (e necessariamente idealista) e a sua fundamentação econômica do direito. Entretanto, Reisner tem de chegar necessariamente à vinculação do direito à economia na medida em que considera a existência de diversos direitos atrelados a diferentes classes sociais, e assim, condicionados à história de cada classe. Essa constatação lhe traz uma dificuldade em conceber uma noção geral do direito, já que a existência de categorias jurídicas gerais aponta no sentido de que o direito não pode ser reduzido à ideologia de cada classe. Não obstante, o autor irá conceber o direito como resultado das relações econômicas, afirmando estar aí sua unidade⁵³, sem, contudo, esclarecer de que maneira as categorias jurídicas são determinadas a partir das categorias econômicas (CERRONI, 1976, p. 52). Sobre

⁵¹ É precisamente no conceito de justiça, aliado à verdade e à igualdade, que existe na consciência dos grupos, que Reisner irá encontrar fundamento para sua concepção de direito contrária ao normativismo jurídico. Sobre este aspecto, Cerroni comenta acerca de um suposto retorno ao direito natural: “Para Reisner, portanto, o direito devia estar nitidamente separado da coerção estatal. Esta recusa a caracterizar o direito positivo sugere até uma ressurreição do direito natural.” (CERRONI, 1976, p. 50).

⁵² Nesse sentido, cf. “*Law and legal ideology are by no means a merely objective (we would say, a merely technical) formulation of existing production relationships. [...] It must not be forgotten that law is an ‘ideological form’ [...]*” (REISNER, 1951, p. 108). Em português: “O direito e a ideologia jurídica não são um mera formulação objetiva (diríamos, uma mera formulação técnica) das relações de produção existentes [...] Não se deve esquecer que o direito é uma ‘forma ideológica’” (REISNER, 1951, p. 108, tradução nossa).

⁵³ É neste sentido que Reisner afirma que “a base do direito na sociedade de classes é econômica” (REISNER, 1951, p. 97, tradução nossa), e ainda que “o direito é resultado de relações econômicas – particularmente das relações de produção” (REISNER, 1951, p. 97, tradução nossa). No original: “*the basis of law in class society is economic*” (REISNER, 1951, p. 97) e “*law is the result of economic relationships – and in particular of production relationships*” (REISNER, 1951, p. 97).

este expediente Cerroni assevera: “com um processo muito elementar, Reisner refuta, pois, a conexão direito-Estado (direito-autoridade) e substitui-a por uma outra conexão (direito-economia), apenas para reduzir o direito a ideologia” (CERRONI, 1976, p. 52).

Com efeito, abrindo mão de uma análise histórica e econômica profunda e reduzindo a questão do direito, ulteriormente, à esfera da ideologia, Reisner vai considerar o direito como um reflexo deformado da economia; como a representação dos interesses opostos da vida econômica, formulados, numa conformação ideológica, sob a forma de exigências de igualdade e desigualdade na esfera jurídica (CERRONI, 1976, p. 53). Assim, segundo Naves (2008, p. 36), o direito é para Reisner uma forma ideológica que reflete de maneira deformada as relações sociais.

Em vista do que já foi aventado, torna-se possível afirmar que no contexto da refutação do normativismo jurídico, o fundamento do direito em Reisner é alocado no conceito de uma justiça (relacionada a uma distribuição igualitária) apriorística mas classista, e assim, variável de acordo com a consciência de cada classe. Sob este viés, sua concepção de direito pode ser considerada idealista. Entretanto, quando para explicar a existência de uma noção geral de direito a despeito de suas várias acepções classistas, Reisner fundamenta, igualmente, o direito na economia⁵⁴, – sem contudo explicitar historicamente tal vínculo –, limitando-se a ver o direito como reflexo distorcido da economia, o fundamento do direito é novamente colocado na esfera ideológica⁵⁵. Sob este viés, sua concepção de direito pode novamente ser considerada idealista.

Nesse contexto, em comentário às conclusões de Umberto Cerroni sobre o pensamento jurídico de Reisner, Naves afirma que “ou é o direito um fenômeno puramente ideológico e não existe ulterior fundamento econômico, ou o direito se funda na economia, e se torna necessário encontrar a ‘genealogia’ da forma jurídica nas relações econômicas” (NAVES, 2008 p. 37). Outra grave crítica imputada à teoria de Reisner por Cerroni diz respeito ao fato de sua concepção de direito intuitivo estar mais próxima de uma forma de psicologia de determinações irracionais do que de uma forma de realidade passível de explicação científica. Contudo, como Reisner não consegue explicitar as relações entre o fenômeno jurídico e a

⁵⁴ Bem como para se furtar das acusações de idealismo, conforme afirma Head (2008, p. 137): “*Defending himself against those who criticised him for taking an idealist approach, he also sought to relate his theory to the materialist interpretation of history.*”. Em português: “Se defendendo daqueles que o criticaram por ter empreendido uma aproximação idealista, ele também buscou relacionar sua teoria à interpretação materialista da história” (HEAD, 2008, p. 137, tradução nossa).

⁵⁵ A despeito das afirmações categóricas, de autoria de Reisner, sobre a relação entre direito e economia contidas na nota 50.

economia, acaba tendo que reduzi-lo a um fenômeno ideal na figura de um direito intuitivo. (CERRONI, 1976, p. 54).

Neste ponto, junta-se à crítica ao idealismo em que Reisner incorre ao se socorrer da noção de justiça para justificar sua concepção do direito como forma meramente ideológica – e se furtar de considerações acerca das determinações de caráter econômico –, a crítica expendida por Pachukanis contra a concepção subjetivista do Estado em Reisner, onde aquele é tido como mera ideologia, como uma “série ‘de emoções imperativas-atributivas’” (PACHUKANIS, 1988, p. 39): “[...] nós nos recusamos a conceber uma teoria marxista, isto é, materialista que opere exclusivamente com experiências subjetivas vividas.” (PACHUKANIS, 1988, p. 39). Pachukanis afirma ainda que Reisner comete o equívoco de identificar o Estado com a ideologia do Estado, ao se apoiar na citação de Engels, para quem o Estado aparece como o “primeiro poder ideológico que domina os homens” (PACHUKANIS, 1988, p. 38).

Em verdade, esse é o cerne da discussão entre Stutchka e Reisner, que Pachukanis suscita no início do capítulo II do seu *Teoria geral do direito e marxismo*, concernente à questão da ideologia e do direito. Em linhas gerais, a discussão aludida pode ser reduzida ao fato de Reisner considerar o direito e o Estado como formas puramente ideológicas, – que não têm existência material, isto é, como ideias que existem apenas no psiquismo humano – e acreditar que não há outra forma de se estudar o direito dentro do campo marxista a não ser como espécie de ideologia⁵⁶.

Contra esta concepção Pachukanis argumenta que não se nega o caráter ideológico do direito, ou seja, não se nega que o direito seja também uma experiência vivida psicologicamente, sobretudo sob a forma de regras e princípios gerais (PACHUKANIS, 1988, p. 37). Porém, tal não implica que o direito tenha uma significação exclusivamente psicológica, relativa a processos subjetivos. É dizer, seu caráter ideológico não impede que ele reflita relações sociais objetivas. De fato, como na afirmação marxiana⁵⁷, é necessário

⁵⁶ Sobre a crítica de Reisner aos juristas soviéticos que negavam ou subestimavam o caráter ideológico do direito, cf. o seguinte trecho: “*The fundamental teaching of Marxism concerning law – its teaching as to the ideological character of law – is, with negligible exceptions, either ignored ou perverted*” (REISNER, 1951, p. 95). Em português: “O principal ensinamento do marxismo com relação ao direito – sua lição com respeito ao caráter ideológico do direito – é, com raras exceções, ou ignorada ou pervertida” (REISNER, 1951, p. 95, tradução nossa).

⁵⁷ Cf. “Como em geral em toda ciência histórica e social, no curso das categorias econômicas é preciso ter presente que o sujeito, aqui a moderna sociedade burguesa, *é dado tanto na realidade como na cabeça*, e que, *por conseguinte, as categorias expressam formas de ser, determinações de existência*, com frequência somente aspectos singulares, dessa sociedade determinada, desse sujeito, e que, por isso, a sociedade, também do ponto de vista científico, de modo algum só começa ali onde o discurso é sobre ela enquanto tal.” (MARX, 2011, p. 85, grifo nosso).

compreender que um dado objeto existe simultaneamente no cérebro, como categoria teórica, como existe também efetivamente na realidade objetiva.

Da mesma forma, Pachukanis afirma ser o Estado não apenas “uma forma ideológica, mas também, e ao mesmo tempo, uma forma do Ser social.”⁵⁸ (PACHUKANIS, 1988, p. 39). Esta argumentação irá culminar em uma afirmação mais geral que será tomada como premissa na construção de uma investigação materialista da teoria geral do direito em Pachukanis: “a natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações por ele expressas” (PACHUKANIS, 1988, p. 39).

Logo, ao contrário do que sustentava Reisner acerca da imperatividade de um estudo do direito como mera ideologia dentro do campo teórico do marxismo, Pachukanis irá esclarecer, como indicação do seu método na construção do concreto no empreendimento de uma teoria marxista do direito, que “a constatação da natureza ideológica de um dado conceito não nos dispensa de modo algum da obrigação de estudar a realidade objetiva, isto é, a realidade que existe no mundo exterior e não apenas na consciência.”⁵⁹ (PACHUKANIS, 1988, p. 38).

Se é uma das tarefas da crítica marxista do direito revelar o caráter ideológico⁶⁰ da jurisprudência burguesa, este é apenas o início do caminho a ser trilhado na construção de

⁵⁸ Com respeito a este trecho da obra de Pachukanis, Cerroni comenta ser o autor o único, dentre os juristas soviéticos, capaz de vislumbrar uma conexão entre ideologia e realidade e assim não reduzir o Estado somente a conceito: “Numa vigorosa polémica, Pachukanis ataca também, através de Reisner, o psicologismo de Petrazitsky e – o único entre os juristas soviéticos – consegue ver mesmo, em relação ao Estado, a existência de um nexo unitário entre ideologia e realidade, evitando reduzir o Estado a simples conceito.” (CERRONI, 1976, p. 70).

⁵⁹ Sobre este trecho da *Teoria geral do direito e marxismo* de Pachukanis, Melkevik comenta: “Se o alvo aparente de Pachukanis nesta passagem é M. A. Reisner, convém não se enganar, já que é Friedrich Engels quem é realmente visado. Com efeito, Reisner se serve da autoridade de Engels quando este defende que o marxismo não poderá estudar o direito senão enquanto idealidade (ou ideologia), fazendo assim da consciência ideológica a própria instância explicativa do direito. De acordo com esta opinião, decorre que se o direito está situado no nível de uma idealidade, a instância explicativa só pode ser o nível mesmo desta idealidade, isto é, as formas ideológicas nas quais os homens tomam consciência. Em outras palavras, Reisner e Engels introduzem, assim como Hegel, a problemática do direito em um processo onde a consciência – o Espírito – vem a ser a instância explicativa. Para Pachukanis, ao contrário, uma tal teoria ideológica do direito não poderá ser mais que um hegelianismo ou um idealismo não declarado e ele rejeita completamente e sem ambiguidade a opinião de Engels.” (MELKEVIK, 2010, p. 10, tradução nossa). No original: “*Si la cible apparente de Pasukanis dans ce passage est M. A. Reisner, il convient de ne pas se leurrer puisque c’est Friedrich Engels qui est véritablement visé. En effet, Reisner se sert de l’autorité d’Engels lorsqu’il défend que le marxisme ne pourra étudier le droit qu’en tant qu’idéali   (ou id  logie), faisant ainsi de la conscience ideologique l’instance explicative même du droit. Suivant une telle opinion, il en découle que si le droit se situe au niveau d’une id  ali  , l’instance explicative ne peut être que le niveau même de cette id  ali  , c’est-  -dire les formes idéologique dans lesquelles les hommes prennent conscience. En d’autres termes, Reisner et Engels introduisent, tout comme Hegel, la problematique du droit dans un processus où la conscience – l’Esprit – devient l’instance explicative. Pour Pasukanis, au contraire, une telle théorie idéologique du droit ne pourra être qu’un h  g  lianism ou un idéalisme non avoué et il rejette entièrement et sans ambigüité l’opinion d’Engels.*”

⁶⁰ At   o momento n  o nos ativemos a conceitua  es sobre a categoria da ideologia. Isto se d  , precipuamente, pelo fato de a longa e não un  ssona discussão sobre a ideologia estar fora do alcance do escopo do presente trabalho. Da mesma maneira, não há em Pachukanis o debate sistemático sobre a ideologia e seu lugar estrutural.

uma crítica materialista do direito. Esta perpassa, na sua tarefa, o estudo das categorias fundamentais do direito com o fim de desvelar seus vínculos internos com as relações sociais objetivas e assim, como propôs Pachukanis, compreender o direito como forma histórica.

1.2 As tarefas e o método na construção de uma teoria geral do direito materialista

Para Pachukanis, uma teoria geral do direito é o estudo do desenvolvimento dos conceitos jurídicos fundamentais. Assim considerados aqueles conceitos mais abstratos, que independem do conteúdo concreto das normas jurídicas para manter sua significação. Assim, eles representam o resultado de uma elaboração lógica posterior feita a partir do direito positivo, em contraposição à espontaneidade das relações jurídicas e das normas jurídicas que os expressam (PACHUKANIS, 1988, p. 15); ainda que a escola neokantiana possa considerá-los como localizados acima da experiência, como a condição lógica de existência da própria experiência jurídica (PACHUKANIS, 1988, 16). Em sua crítica aos filósofos neokantianos⁶¹,

Não obstante, constam em sua obra principal, como visto, críticas a concepções de direito marxistas (notadamente a de Reisner) que tomam o direito como fenômeno puramente ideológico, no sentido de referente somente à consciência. Contudo, é importante apontar que em Pachukanis não há uma concepção de ideologia enquanto simples mistificação das relações sociais, como “falsa ideia”. Ao contrário, conforme esclarece Naves (2009b, p. 100), em Pachukanis “a ideologia jurídica [...] tem uma existência material, ela está inscrita na esfera objetiva da circulação, é um componente essencial do processo do capital e remete, em última instância, ao domínio da valorização do valor, à exploração da força de trabalho”. Trata-se de uma “distorção necessária das relações de produção capitalista, que produzem um efeito de ilusão/alusão, reconhecimento/desconhecimento do real” (NAVES, 2009b, p. 100). Ou seja, há uma concepção de ideologia que se aproxima daquela apresentada por Althusser em *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*, que rejeita toda noção de ideologia como “falsa consciência”, rejeitando assim a noção de ideologia trazida em *A ideologia alemã* por Marx e Engels, como conjunto de representações que domina o espírito de um grupo social ou de um indivíduo (ALTHUSSER, 1980, p. 69). Althusser intenciona formular um esboço de uma teoria da ideologia em geral fundamentada na asserção de que “a ideologia não tem história” (ALTHUSSER, 1980, p. 71), no sentido de que as ideologias em geral não têm história, porém as ideologias particulares têm história, já que exprimem sempre posições de classes. A partir daí Althusser ataca a questão através de duas teses, sendo a primeira, referente à materialidade da ideologia: “Tese 1: A ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com as suas condições reais de existência.” (ALTHUSSER, 1980, p. 77); e sendo a segunda tese enunciada como: “A ideologia tem uma existência material.” (ALTHUSSER, 1980, p. 83). Assim, o autor conclui que as duas teses podem ser conjuntamente apresentadas a partir de duas premissas: “1 - Só existe prática através e sob uma ideologia; 2 - Só existe ideologia através do sujeito e para sujeitos.” (ALTHUSSER, 1980, p. 91). Para melhor se aprofundar no debate cf. ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Tradução Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980. p. 69 e seguintes. Para considerações sobre a ideologia jurídica a partir de possíveis relações entre a concepção de ideologia em Althusser e o sujeito de direito em Pachukanis, cf. KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. Sujeito de direito e interpelação ideológica: considerações sobre a ideologia jurídica a partir de Pachukanis e Althusser. In: **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 06, N. 10, 2015, p. 49-70.

⁶¹ Neste ponto é importante notar que a crítica de Pachukanis é dirigida especificamente contra alguns neokantianos, a exemplo de Cohen e Stammler, como o autor evidencia na página 16 do seu *Teoria geral do direito e marxismo*. Embora Kelsen conste como o mais célebre jusfilósofo neokantiano, sustentamos que tal crítica não se lhe aplica diretamente, em razão de seu posicionamento contrário à adoção indiferenciada de um catálogo de conceitos apriorísticos que fazem parte da dogmática jurídica, não deixando, contudo, de figurar no rol dos idealistas. Porém, tal tema será tratado de maneira mais pormenorizada quando da abordagem da questão do sujeito de direito em Kelsen em um capítulo posterior.

Pachukanis argumenta que embora estes possam tentar nos convencer de que a “ideia do direito” não precede temporalmente a experiência, mas apenas como condição lógica e gnoseológica, tal método remete à escolástica medieval, do ponto de vista de uma filosofia crítica.

Pachukanis parte da asserção de que o método do pensamento jurídico exige a existência de conceitos jurídicos fundamentais formais, assumindo que tais definições gerais e abstratas são essenciais para o “pensamento jurídico evoluído” (PACHUKANIS, 1988, p. 16), seja qual for a área particular do direito. A despeito do fato de que tais abstrações, conforme tomadas pela dogmática jurídica, serem dotadas de um caráter técnico e prático, o autor afirma que daí não se pode concluir que os conceitos dessa ciência jurídica não possam, após considerações que lhes dêem uma forma mais generalizada e aprofundada, serem reformulados em uma disciplina teórica (PACHUKANIS, 1988, p. 17). Assim, ainda que tais categorias abstratas tenham, na sua parcialidade, pretensões universais, ainda deste seu caráter irreal, não se pode deduzir que estejam alheias à realidade, já que também são expressão de seus condicionamentos históricos reais (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 64), ou ainda, este mesmo caráter irreal e parcial não significa que a teoria geral do direito deva desprezar as abstrações fundamentais que exprimem a essência da forma jurídica teoricamente (PACHUKANIS, 1988, p. 17). É no mesmo sentido que Pachukanis considera que as categorias jurídicas, em sua pretensão universal, são a expressão unilateral de certo aspecto de um sujeito histórico determinado: a sociedade burguesa (PACHUKANIS, 1988, p. 35).

Dessa forma, Pachukanis concebe o direito como forma dotada de uma existência real e concreta, isto é, ele não existe apenas na mente e nas teorias dos juristas especializados (PACHUKANIS, 1988, p. 32). O fenômeno jurídico se desenvolve como um sistema particular de relações sociais, não como um sistema de ideias. É no sentido de tal crítica ao idealismo que Pachukanis declara que “o homem torna-se sujeito de direito com a mesma necessidade que transforma o produto natural em uma mercadoria dotada das propriedades enigmáticas do valor” (PASUKANIS, 1989, p. 35). É dizer, a generalização da forma mercadoria na sociedade burguesa pressupõe a generalização do sujeito de direito. Assim, o sujeito de direito, bem como outras categorias fundamentais do arcabouço teórico das teorias jurídicas, não têm uma existência descolada da vida social, não são a pura invenção da mente dos juristas.

Entretanto, no âmbito das teorias do direito burguesas, esta necessidade com que o homem se torna sujeito de direito é vista como uma necessidade natural. Isto porque, para tais teorias, as condições de existência da sociedade burguesa aparecem naturalmente como as

condições de existência de qualquer sociedade. Contudo, não se pode negar que no seu afã de construir teoricamente as formulações mais gerais e abstratas acerca das condições de existência da sociedade burguesa (e assim da sociedade em geral), a jurisprudência burguesa acabou por oferecer o mais claro e aprofundado modelo para a apreensão da forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 33). Por tal razão, não é por acaso que a doutrina do direito natural, – que foi capaz de traduzir as reivindicações da burguesia quando esta surgiu como classe revolucionária –, é também, de maneira consciente ou inconsciente, a base de todas as teorias do direito burguesas (PACHUKANIS, 1988, p. 33).

Assim, se se relega todo e qualquer conceito jurídico à categoria de arbitrariedades⁶², a exemplo do que fazem as correntes psicologistas e sociologistas que tendem a tratá-los como “fantasmas ideológicos”, comete-se o mesmo erro dos racionalistas do século dezoito, denunciado por Marx (PACHUKANIS, 1988, p. 25); os quais, não sendo capazes de entender as “formas enigmáticas” das relações sociais, consideraram se tratar de meras invenções humanas sem qualquer lastro na realidade, a fim de se furtar da incompreensibilidade. Entretanto, as abstrações com as quais a teoria geral do direito lida, como relação jurídica ou sujeito jurídico, revelam “forças sociais absolutamente reais” (PACHUKANIS, 1988, p. 25). Contudo, tais categorias não são passíveis de ser desvendadas pelo método das ciências naturais, por exemplo, por meio do microscópio, como Marx alertou⁶³; sendo preciso recorrer, nos termos marxianos, à força da abstração. Deste modo, chega-se à reveladora conclusão:

o desenvolvimento dialético dos conceitos jurídicos fundamentais não nos oferece somente a forma jurídica no seu completo desenvolvimento e em todas as suas articulações, mas reflete igualmente o processo de evolução histórica real, que é justamente o processo de evolução da sociedade burguesa. (PACHUKANIS, 1988, p. 25)

Assim, tal qual procedeu Marx n’*O capital* quanto à economia política, a crítica ao direito não deve abrir mão das generalizações e abstrações provenientes da jurisprudência burguesa construídas desde as necessidades de um tempo e de uma classe (PACHUKANIS, 1988, p. 29). Antes, é preciso analisar tais categorias e revelar a sua significação real, suas ligações com as relações sociais concretas, e assim, suas determinações históricas

⁶² Embora Pachukanis aponte para o fato de que “uma grande parte das construções jurídicas é, com efeito, bastante discutível e arbitrária. Tal acontece, por exemplo, com *a maior parte das construções do direito público*.” (PACHUKANIS, 1988, p. 25, grifo nosso). Tal afirmação restará melhor esclarecida mais adiante, quando da abordagem sobre questão do direito público para Pachukanis.

⁶³ Cf. este trecho do prefácio à primeira edição de *O capital*: “Além disso, na análise das formas econômicas não podemos nos servir de microscópio nem de reagentes químicos. A força da abstração [*Abstraktionskraft*] deve substituir-se a ambos.” (MARX, 2015, p. 78).

(PACHUKANIS, 1988, p. 29); considerando-se que a superação de um certo modo de relações sociais é precedido pela revelação do caráter ideológico dos seus conceitos, capaz de evidenciar as relações sociais das quais emergiram. Tal é precisamente a tarefa que Marx realiza ao reconstruir as categorias já existentes na economia política com o fim de retirar-lhes o “feitiço” que o funcionamento da sociedade burguesa engendra⁶⁴. Isto é, desmistificar a normalidade com que relações sociais historicamente específicas se apresentam como as condições naturais e eternas da humanidade.

Para analisar o condicionamento histórico das categorias jurídicas fundamentais, no mesmo sentido do método dialético de Marx, Pachukanis irá recorrer às abstrações. O recurso às abstrações constitui uma necessidade do método das ciências sociais: considerando-se que não é possível apreender o concreto de forma imediata, decompõe-se a realidade em seus elementos mais simples; contudo, como nem sempre é possível que essa decomposição se dê através de uma atividade prática, recorre-se às abstrações. Logo, para reconstruir a realidade total e concreta na teoria parte-se de tais generalizações abstratas: o método dialético consiste em partir dos pressupostos mais simples, das abstrações, para reconstruir a totalidade concreta no pensamento, porém já não como uma totalidade abstrata e difusa, mas como uma unidade plena de relações internas recíprocas (PACHUKANIS, 1988, p. 31). Deste modo, assim como o método marxiano na economia política vai das categorias mais simples às mais complexas, também na teoria geral do direito deve-se partir das categorias jurídicas fundamentais para então chegar ao fenômeno jurídico em sua concretude, inserido na totalidade das relações sociais, isto é, o direito em sua manifestação na sociedade burguesa, com suas contradições imanes e em sua dinamicidade. Portanto, a totalidade concreta (a sociedade, o Estado etc.) figura, no método da construção do concreto na teoria geral do direito, como ponto de chegada e não como ponto de partida, como acontece na teoria tradicional. O concreto é o resultado desse processo de síntese mediada pelas determinações abstratas, como visto no início do capítulo. Esse é, para Marx, o modo de o pensamento apropriar-se do concreto⁶⁵.

Embora pareça mais intuitivo começar pelo concreto, é preciso tomar o caminho inverso. Assim, não se pode começar pelo direito visto como ordenamento jurídico, por exemplo, para daí deduzir os elementos mais simples; antes, é necessário identificar a unidade

⁶⁴ Importa notar que a naturalização operada pelo fetiche não se trata de simples aparência capaz de ser eliminada pela crítica. Ao contrário, nas palavras de Jorge Grespan, “a ilusão criada pelo fetichismo é real. Ela de fato condiciona comportamentos, concentra poderes sociais efetivos em representações, dificulta a percepção de todos os seus artifícios” (GRESPLAN, 2008, p. 38).

⁶⁵ Marx o afirma em referência à ilusão hegeliana de conceber o real como criação do pensamento: “[...] o método de ascender do abstrato ao concreto é somente o modo do pensamento de apropriar-se do concreto, de reproduzi-lo como um concreto mental. Mas de forma alguma é o processo de gênese do próprio concreto.” (MARX, 2011, p. 78).

básica, aquela categoria que para ser explicada não demanda nenhuma mediação e assim, a partir dela, proceder à explicação das categorias mais complexas, ascendendo finalmente à totalidade. Se por um lado, para a ciência materialista da história tem-se como ponto de partida a materialidade da vida, e por outro, quanto ao método, afirma-se que são as abstrações o ponto de partida do pensamento, esta aparente confusão logo é elucidada por Marx. Isto se dá quando este afirma que o concreto é, de fato, o ponto de partida efetivo da representação (MARX, 2011, p. 77-78), embora seja também o ponto de chegada, após todo o processo de síntese de sua representação no pensamento.

É preciso ter em mente que as abstrações científicas das quais falamos são também parte da realidade objetiva, embora não possamos senti-las através da experiência empírica. Assim informa Althusser:

Atenção: a abstração científica não é em absoluto “abstrata”, ao contrário. Exemplo: quando Marx fala do capital social total, ninguém pode “tocá-lo com as mãos”; quando Marx fala do “mais-valor total”, ninguém pode tocá-lo com as mãos ou contá-lo: contudo, esses dois conceitos abstratos designam realidades efetivamente existentes. O que torna científica a abstração é justamente o fato de ela designar uma realidade concreta que existe realmente, mas que não podemos “tocar com as mãos” ou “ver com os olhos”. [...] Esse objeto é terrivelmente concreto porque é infinitamente mais concreto, mais eficaz, do que os objetos que podemos “tocar com as mãos” ou “ver com os olhos”, contudo não podemos tocá-lo com as mãos ou vê-lo com os olhos. (ALTHUSSER, 2015, p. 42).

Portanto, a concretude dos conceitos abstratos está no fato de revelar a existência de um objeto “terrivelmente concreto”. Então, em sua abstratividade, os conceitos abstratos designam objetos que apesar de não serem palpáveis ou visíveis, são ainda mais concretos e atuantes que objetos que podemos tocar ou ver. Com efeito, em Marx há uma interpretação objetiva da categoria do abstrato, assim, o abstrato não significa aquilo que é somente fenômeno puramente psicológico. Ao contrário, ele caracteriza também fenômenos e relações reais existentes fora da consciência, sejam ou não refletidos na consciência. De forma que o abstrato designa frequentemente aquilo que é mais simples, pouco desenvolvido, unilateral; ao contrário do conhecimento concreto, tido como aquele que está bem desenvolvido, rico em determinações, completo em suas conexões orgânicas⁶⁶ (ILYENKOV, 2008, p. 33-37).

Retomemos o ponto da abstração científica básica da qual se parte. Já foi dito que esta categoria elementar, em Pachukanis, é o sujeito de direito. O processo de representação do fenômeno jurídico como totalidade concreta começa pelo sujeito de direito não por uma

⁶⁶ Para melhor se inteirar sobre a dialética da relação entre o abstrato e o concreto em Marx cf. ILYENKOV, Evald. **The dialects of the abstract and the concrete in Marx's Capital**. Tradução Sergei Syrovatkin. Delhi: Aakar Books, 2008.

escolha arbitrária ou por uma dedução lógico-formal. Ainda, também não se começa pelo sujeito por sua suposta precedência histórica dentre a universalidade das categorias jurídicas, o que sequer corresponderia à realidade⁶⁷. Até porque, conforme será esclarecido adiante, em Marx é a forma mais desenvolvida a chave para a compreensão das formas anteriores. O sujeito de direito é o átomo da teoria jurídica em Pachukanis por causa das relações que estabelece com as outras partes dentro da estrutura do todo, isto é, com as outras categorias jurídicas. Isso quer dizer que seu lugar estrutural, relativamente às outras categorias na totalidade, perpassa todas as demais, contendo em si a explicação potencial das outras categorias, e assim do direito e da sociedade burguesa como um todo (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 67). Trata-se de um início necessário⁶⁸, a partir do qual as outras determinações se desdobrarão de forma necessária, em uma transformação – também necessária – do abstrato em concreto (KOSÍK, 2011, p. 38-39). Partindo desta categoria como unidade básica, será possível reconstruir no pensamento a estrutura do objeto tal como se apresenta na realidade, como concreto pensado. Uma vez identificada a especificidade do objeto, a sua historicidade será igualmente compreendida, tornando-se possível vislumbrar a sua gênese e também as condições de sua extinção (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 68).

Na análise da economia política a mercadoria é a categoria básica, – já que é a forma social que todo trabalho humano adquire no capitalismo –, a partir do seu lugar estratégico no todo da economia capitalista, a mercadoria servirá como meio para explicação do dinheiro, do capital, do preço etc. De maneira análoga, o sujeito de direito, como contraparte viva da mercadoria, é a unidade básica no direito. Ambas se relacionam de maneira indissociável na relação de troca mercantil, que é a relação socialmente dominante no capitalismo. Isto corresponde à generalização da mercadoria e, por conseguinte, do sujeito de direito, sendo este o momento em que a forma jurídica apresenta seu completo desenvolvimento. Neste estágio, a mercadoria está completamente desenvolvida e por isso (não por sua anterioridade

⁶⁷ De fato, o sujeito de direito não é a categoria jurídica mais antiga, tampouco manteve o mesmo papel ao longo dos tempos: “E, de maneira semelhante, do ponto de vista histórico o sujeito de direito não se destaca, e não apenas porque não é necessariamente a figura mais antiga entre os componentes do fenômeno jurídico, mas porque o desenvolvimento e o “papel” do sujeito de direito em períodos anteriores (por exemplo, no direito romano e no direito costumeiro feudal) não foram os mesmos que os atuais.” (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 68).

⁶⁸ Sobre o início necessário no método da explicitação dialética, cf. “Na investigação o início é arbitrário, enquanto a exposição é *explicitação da coisa* justamente porque a apresenta no seu desenvolvimento e na sua evolução interna e necessária. Aqui um início verdadeiramente autêntico é um início necessário, a partir do qual se desenvolvem *necessariamente* as demais determinações. Sem um início necessário, a interpretação nunca é desenvolvimento, explicitação; é combinação eclética ou um contínuo saltar de um assunto para outro; ou então o final se opera o desenvolvimento interno e necessário da *coisa em si* mas o desenvolvimento do reflexo da coisa, da meditação sobre a coisa, o que – no tocante à coisa – é algo externo e arbitrário” (KOSÍK, 2011, p. 38, grifos do autor).

histórica ou por uma necessidade lógica), por seu lugar dentro da sociedade burguesa com relação às demais categorias, fundamenta a explicação destas outras dentro da estrutura interna da economia capitalista⁶⁹. É de se observar que tanto Marx quanto Pachukanis partem, em suas análises, do mesmo estágio histórico: a sociedade capitalista.

Essa observação está colocada no mesmo sentido da afirmação pachukaniana:

Estas abstrações jurídicas fundamentais que engendram a evolução do pensamento jurídico e que representam as definições mais aproximadas da forma jurídica como tal, refletem relações sociais totalmente precisas e muito complexas. (PACHUKANIS, 1988, p. 23).

Isto é, as categorias jurídicas fundamentais designam relações sociais precisas e complexas presentes na sociedade mercantil capitalista. Logo, tentar definir o direito para além dessas complexas e precisas relações sociais, fazendo-o coincidir também com uma certa natureza humana eterna ou a outras universalizações, conduz a definições vazias que nada esclarecerem sobre a especificidade da forma jurídica. Contudo, – critica Pachukanis –, assim procede a filosofia do direito “corrente”, que partindo dos resultados de uma elaboração lógica posterior, sem levar em consideração a origem histórica de tais conceitos, lhes confere um caráter de eternidade. Para a teoria marxista, ao contrário, importa “reconduzir todas as relações humanas ao próprio homem” (PACHUKANIS, 1988, p. 46), revelando o mistério das formas sociais a partir do recurso à história.

Assim, conhecendo o substrato histórico das abstrações e generalizações conceituais é possível conhecer os limites dentro dos quais faz sentido a sua aplicação, isto é, os limites temporais em que o sentido de sua utilização é o mesmo sentido da sua evolução histórica real (PACHUKANIS, 1988, p. 32). Esta afirmação se encontra em total conformidade com a afirmação de Marx em comentário à passagem do trabalho ao trabalho abstrato como categoria (que se dá com a indiferença às determinações dos diversos tipos de trabalho existentes, considerando-o em sua universalidade como atividade criadora de riqueza), e sobre esta só ter um correspondente real na sociedade burguesa mais moderna⁷⁰, quando, de fato, há uma

⁶⁹ Conforme afirma Marx na parte final da seção sobre o método na economia política na *Introdução de 1857*: “Seria impraticável e falso, portanto, deixar as categorias econômicas sucederem-se umas às outras na sequência em que foram determinantes historicamente. A sua ordem é determinada, ao contrário, pela relação que têm entre si na moderna sociedade burguesa, e que é exatamente o inverso do que aparece como sua ordem natural ou da ordem que corresponde ao desenvolvimento histórico. Não se trata da relação que as relações econômicas assumem historicamente na sucessão de diferentes formas de sociedade. Muito menos de sua ordem “na ideia” ([como em] Proudhon) (uma representação obscura do movimento histórico). Trata-se, ao contrário, de sua estruturação no interior da moderna sociedade burguesa.” (MARX, 2011, p. 87).

⁷⁰ Cf. “Logo, só nos Estados Unidos a abstração da categoria ‘trabalho’, ‘trabalho em geral’, trabalho ‘puro e simples’, o ponto de partida da Economia moderna, devém verdadeira na prática. Por conseguinte, a abstração

totalidade de trabalhos muito desenvolvida em que não há o predomínio de nenhum tipo de trabalho sobre outro:

Esse exemplo do trabalho mostra com clareza como as próprias categorias mais abstratas, apesar de sua validade para todas as épocas – justamente por causa de sua abstração –, na determinabilidade dessa própria abstração, são igualmente produto de relações históricas e têm sua plena validade só para essas relações e no interior delas. (MARX, 2011, p. 83-84).

Nesse sentido, as categorias abstratas, que são expressão também do seu condicionamento histórico real, apesar de terem validade para todas as épocas em razão do seu caráter abstrato, – que se traduz na indiferença a particularidades efetivas –, só correspondem plenamente às condições históricas determinadas em que emergiram, nos limites das quais a utilização destas abstrações tem total validade. Isto é, tais categorias abstratas só serão plenamente verdadeiras dentro de tais limites históricos.

Remetendo ao exemplo marxiano referente ao trabalho mencionado logo acima, Pachukanis afirma que o trabalho, enquanto relação mais simples entre o ser humano e a natureza, está presente em todos os estágios históricos, contudo, como abstração econômica, surgirá bem mais tarde (PACHUKANIS, 1988, p. 32). Dessa forma, a evolução do conceito de trabalho humano acompanhou a evolução real das relações econômicas⁷¹ que, em certo momento, desprezou as distinções entre as diferentes espécies de trabalho chegando ao “trabalho em geral”⁷². Na mesma tônica, o autor evidencia o paralelo entre o conceito do valor na teoria da economia política e a história das condições materiais que permitiram que tal

mais simples, que a Economia moderna coloca no primeiro plano e que exprime uma relação muito antiga e válida para todas as formas de sociedade, tal abstração só aparece verdadeira na prática como categoria da sociedade mais moderna.” (MARX, 2011, p. 83).

⁷¹ É nesse sentido que Pachukanis chega à seguinte afirmação, com base na *Introdução de 1857*: “Não devemos nos esquecer que a *evolução dialética dos conceitos corresponde à evolução dialética do próprio processo histórico*.” (PACHUKANIS, 1988, p. 35, grifo nosso). Entretanto, importa notar que à p. 32, em uma nota de rodapé, Pachukanis faz uma observação quanto a esta correspondência: “No entanto, não é necessário pensar que a evolução da forma do valor e a evolução da teoria do valor se tenham operado sincronizadamente. Pelo contrário. Estes dois processos de modo algum são cronologicamente concordantes.” (PACHUKANIS, 1988, p. 32).

⁷² O trabalho humano indiferenciado, como trabalho abstrato, surge apenas com o modo de produção capitalista (e devém totalmente verdadeira na prática, como organização particular do processo de trabalho, somente na sociedade capitalista mais moderna, v. nota 67). Surge como o resultado de uma forma de sociabilidade em que o modo de produzir demanda a mediação da troca de mercadorias para que o trabalho exercido de forma privada se torne trabalho social (NAVES, 2014, p. 40). De fato, a “unidade de medida” da categoria mais abstrata e caracterizadora da sociabilidade capitalista – a forma valor do produto de trabalho – é o dispêndio de tempo de trabalho enquanto trabalho humano abstrato. Cf. “Abstraindo a determinidade da atividade produtiva, e, assim, do caráter útil do trabalho, resta nele que é um dispêndio de força humana de trabalho. [...] o valor da mercadoria se apresenta no trabalho humano simplesmente, dispêndio de trabalho humano em geral” (MARX, 2006, p. 29). Nesse passo, a equalização dos trabalhos diferenciados consiste também em uma “abstração de sua desigualdade real, na redução desses trabalhos ao seu caráter comum como dispêndio de força humana de trabalho, como trabalho humano abstrato.” (MARX, 2015, p. 149).

“qualidade ‘ideal’” (PACHUKANIS, 1988, p. 32) das coisas adquirisse relevância na realidade, ao ponto de se tornar decisiva com respeito às condições naturais. Tal momento é precisamente aquele em que o valor transforma o produto do trabalho, a mercadoria, de fenômeno natural em fenômeno social. De igual maneira, com o conceito de Estado se sucede o mesmo: o Estado surge da sociedade feudal e da sociedade gentílica até que se torna mais abstrato como “poder ‘que se basta a si próprio’” (PACHUKANIS, 1988, p. 32) e “‘bloqueia todas as portas da sociedade’” (PACHUKANIS, 1988, p. 32), atingindo sua forma mais acabada e plena de determinações. Assim, ao lado da história dos conceitos há um substrato real e histórico que nos aponta os limites temporais dentro dos quais faz sentido a utilização de tais abstrações, ou melhor, os limites nos quais o sentido de tais abstrações correspondem ao estágio de desenvolvimento do substrato histórico real que as determina.

No campo jurídico, levar em conta esta noção significa reconhecer que a forma jurídica e suas categorias fundamentais não têm validade plena em todas as épocas da história humana. Apesar de ser precisamente isto o que afirmam certas teorias jurídicas que propugnam a existência eterna do direito, vislumbrando a história de sua evolução como mera alteração em seus conteúdos. Em Pachukanis, ao contrário, há o reconhecimento de que apenas na sociedade burguesa a forma jurídica atinge seu apogeu, sua máxima diferenciação com relação às esferas da normatividade vizinhas (moral, religião etc.), correspondendo ao direito moderno tal qual o conhecemos. Este estágio em que o direito atinge seu máximo desenvolvimento, que condiz com as relações econômicas e sociais do modo de produção capitalista, é caracterizado pelo surgimento de um sistema de conceitos gerais que expressam na teoria o fenômeno jurídico como totalidade orgânica (PACHUKANIS, 1998, p. 36).

Nesse sentido, o pensamento de Pachukanis está em completa harmonia com a afirmação⁷³ contida na *Introdução de 1857* sobre as abstrações mais gerais, – capazes de anular os elementos particulares e de evidenciar um aspecto que aparece como comum a todos –, nascerem apenas com o desenvolvimento concreto mais elaborado. Como a sociedade burguesa representa o momento em que há o maior desenvolvimento e complexificação da organização da produção (MARX, 2011, p. 84), será a partir dela que se irá buscar explicar as sociedades passadas, e não o contrário. Assim, na mesma direção das considerações metodológicas apresentadas na *Contribuição à crítica da economia política* e na *Introdução de 1857*, Pachukanis afirma que “a forma mais desenvolvida permite-nos compreender os

⁷³ Cf. “Portanto, as abstrações mais gerais surgem unicamente com o desenvolvimento concreto mais rico, ali onde um aspecto aparece como comum a muitos, comum a todos. Nesse caso, deixa de poder ser pensado exclusivamente em uma forma particular.” (MARX, 2011, p. 82).

estágios anteriores onde ela surge unicamente de forma embrionária” (PACHUKANIS, 1988, p. 35). Logo, as formas posteriores revelam o significado das formas anteriores, que aparecem nos estágios passados em formas inferiores e menos desenvolvidas⁷⁴. É essa a perspectiva que Marx apresenta ao afirmar que

A sociedade burguesa é a mais desenvolvida e diversificada organização histórica da produção. Por essa razão, as categorias que expressam suas relações e a compreensão de sua estrutura permitem simultaneamente compreender a organização e as relações de produção de todas as formas de sociedade desaparecidas, com cujos escombros e elementos edificou-se, parte dos quais ainda carrega consigo como resíduos não superados, parte [que] nela se desenvolvem de meros indícios em significações plenas etc. A anatomia do ser humano é uma chave para a anatomia do macaco. (MARX, 2011, p. 84)⁷⁵

É dizer, as categorias que expressam as relações mais desenvolvidas, presentes na sociedade burguesa, lançam luz sobre as formas de relação precedentes, menos complexas, que subsistem como resquícios na sociedade mais diferenciada, indicando as bases sobre as quais as relações de produção capitalistas se ergueram. Assim, se partimos da compreensão da forma mais desenvolvida para explicar aquela menos desenvolvida, é possível ver o que na forma anterior originou a mudança presente na forma posterior. Ao contrário, se tentarmos explicar as formas mais desenvolvidas a partir das menos desenvolvidas, pressupõe-se a ideia de que se trata de uma continuidade, quando na verdade é a partir da ruptura com as formas antigas que emerge a forma mais desenvolvida.

Nesse sentido, a proposta metodológica de Marx implica em uma concepção de história em que esta não é vista como uma evolução linear, isto é, sem rupturas ou desvios. Ao contrário, a economia capitalista significa para Marx a ruptura com a economia feudal, não a continuidade ou evolução desta e de outras economias menos desenvolvidas

⁷⁴ Nesse contexto, cf. “Em cada estágio se manifesta e se torna patente o anterior, e isso é sua verdade. E cada estágio inclui o anterior, *absorvido*, isto é, ao mesmo tempo *conservado* e *superado*.” (MARÍAS, 2004, p. 350). Esta é uma observação referente à historicidade dinâmica na dialética hegeliana, mas que, com a devida cautela, pode ser aplicada também a Marx neste tocante, especificamente.

⁷⁵ Florestan Fernandes relembra que a afirmação sobre a anatomia do homem ser a chave para a anatomia do macaco gerou uma onda de “apreciações confusas” (FERNANDES, 2012, p. 184). Portanto, cumpre esclarecer que em Marx esta afirmação, sob nenhuma hipótese, significa uma visão de história que a tome sob a perspectiva de um processo evolucionista linear ou teleológico. Ao contrário de Hegel, Marx não concebia a história com um fim já pré-estabelecido. A sociedade burguesa, como forma mais desenvolvida, é fruto do devir histórico, e, portanto, leva em si os escombros de tal processo histórico. Essa perspectiva é o contrário de conceber a sociabilidade capitalista de forma a-histórica, tomando-a como a forma eterna das relações humanas, sob o manto ideológico de eternização e naturalização das relações de produção capitalistas. É o contrário de reconhecer nas formas primitivas os traços característicos do capitalismo, atitude comum entre os economistas e criticada por Marx. Com essa analogia Marx enfatiza apenas o presente como momento privilegiado para entender o fluxo permanente da história, formado por continuidades e descontinuidades (FREDERICO, 2010, p. 7).

(KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 61). Nesse contexto, Marx atenta para o fato de que é preciso ter em mente que embora a forma da economia burguesa forneça a chave para a compreensão das economias mais antigas, é imprescindível considerar as peculiaridades históricas entre as diferentes formas sociais e não tentar ver a sociedade burguesa nas sociedades antigas. A cautela é necessária, pois ainda que as categorias da sociedade burguesa contenham a verdade sobre as categorias das sociedades precedentes, elas as contêm de maneira essencialmente diferente das formas anteriores (MARX, 2011, p. 84)⁷⁶.

De maneira análoga, Pachukanis considera que como a forma jurídica encontra sua máxima diferenciação⁷⁷ e desenvolvimento na sociedade burguesa, vinculada a relações econômicas e sociais determinadas, só será possível chegar a definições precisas sobre o direito se partimos da análise da forma jurídica em seu máximo desenvolvimento (PACHUKANIS, 1988, p. 35). A partir de tal estágio, será possível desvendar tanto as formas jurídicas precedentes como as suas próprias formas embrionárias⁷⁸. Dessa maneira, apreende-se o fenômeno jurídico como uma categoria histórica vinculada às relações sociais, que tem por alicerce a oposição entre interesses privados (PACHUKANIS, 1988, p. 35). Assim, o direito não aparece como uma característica eterna da humanidade, tampouco como um fenômeno homogêneo ao longo da história.

O direito somente pode ser concebido como um fenômeno atemporal à custa de se desconsiderar as singularidades nas diversas manifestações históricas de formas sociais precedentes. Prescindindo da historicidade das formas sociais, é possível elaborar categorias pretensamente válidas para todas as épocas. Dessa forma, teorias que consideram que a forma do direito é a mesma desde a antiga Babilônia até os dias atuais, – a exemplo daquela de Hans Kelsen –, somente o fazem porque ao conceituar o direito como ordenamento coercitivo externo, apagam todas as diferenças históricas e deixam de encontrar aquilo que

⁷⁶ No mesmo sentido alerta Pachukanis: “Com efeito, a crítica das definições mais abstratas e completas do direito burguês pode ser útil para a elucidação das formas precedentes, apesar de, em muitos aspectos, elas possuírem características exatamente contrapostas a ela” (PACHUKANIS, 2009, p. 146).

⁷⁷ Cf. “Na história ocidental, durante a antiguidade e o medievo, não havia completa diferenciação daquilo que hoje se identifica como o direito. A forma jurídica não apresentava fronteiras claras quer quanto à religião – misticismo e uma pretensa vontade divina constituindo regras de conduta –, quer quanto à política – a vontade do soberano como lei, *status* sociais fundamentando privilégios. O romano que pronunciava palavras sagradas para selar um pacto profano, o vassalo que se ligava por laços de dependência pessoal ao suserano, o sistema de provas conhecido como ordália e o direito oriundo das monarquias absolutas, para ficar apenas com exemplos os mais patentes, atestam a indiferenciação da forma jurídica em relação a outros domínios da vida social.” (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 61).

⁷⁸ Pachukanis aponta o período em que a forma jurídica surge como forma embrionária como sendo o período romano, cf. “A estes dois ciclos de desenvolvimento [i.e., o surgimento da forma jurídica como forma embrionária e pouco diferenciada e seu posterior desenvolvimento como direito moderno] correspondem duas épocas de desenvolvimento superior dos conceitos jurídicos gerais: Roma e o seu sistema de direito privado e os séculos XVII e XVIII, na Europa, quando o pensamento filosófico descobriu a significação universal da forma jurídica como potencialidade que a democracia burguesa era chamada a realizar.” (PACHUKANIS, 1988, p. 36).

especificamente caracteriza a forma jurídica. O mesmo se aplica às teorias que consideram o Estado simplesmente como autoridade política organizada, identificando a autoridade política de tempos longínquos com o Estado tal qual o conhecemos modernamente, em toda a sua complexidade. Estas teorias assim o fazem à custa de ignorar que o Estado moderno somente se constitui a partir da separação entre as esferas pública e privada.

Tais teorias, ao desprezar as considerações ora expostas sobre o método histórico e dialético, incorrem em uma representação da realidade e do direito como totalidade abstrata. Isto é, como um todo inerte e indeterminado, como uma abstração forçada capaz de tomar qualquer conteúdo. É preciso superar as definições do direito que o captam de uma forma imutável e nos dão uma representação imprecisa e inarticulada do fenômeno jurídico, em prol de uma “análise da forma jurídica tal como ela existe realmente” (PACHUKANIS, 1988, p. 24). Somente por meios artificiosos se torna possível transpor as dificuldades e inconsistências encontradas em uma teoria que parte de uma definição geral de direito que não leva em conta suas determinações e vínculos internos.

À guisa de exemplo, Pachukanis nos traz o problema entre o direito subjetivo (*jus agendi*) e direito objetivo (*norma agendi*). Estes são normalmente apresentados como duas espécies de direito, logo após a apresentação de uma definição geral do direito que de forma alguma prevê a possibilidade de tal dicotomia. O autor afirma que diante de tal situação temos que ou negar a existência de uma das espécies de direito ou considerá-las como mera ficção; ou, ainda, temos que admitir a existência um vínculo exterior e acidental entre a definição geral do fenômeno jurídico e as suas duas espécies (PACHUKANIS, 1988, p. 24). Contudo, esse caráter dúplice do direito, como faculdade jurídica e como norma jurídica, é tão importante para a teoria do direito quanto, por exemplo, o desdobramento da mercadoria em valor de uso e valor de troca (PACHUKANIS, 1988, p. 24). Trata-se de uma contradição imanente à forma jurídica.

Assim é que Pachukanis afirma que o direito, como forma objetiva, não pode ser apreendido se se prescinde das suas mais simples definições, tampouco se se o considera fora dos seus opostos. Isto é, fora das oposições entre o direito subjetivo e o direito objetivo, entre o direito público e o direito privado, etc. Ao contrário, quando uma definição geral e universal (no sentido temporal e espacial) do direito tenta explicar a dupla natureza do direito, esta não consegue ir além de criar um vínculo mecânico entre tal definição e as mencionadas oposições que não existiam em outras sociedades e em outras épocas que não na sociedade capitalista. Pois é somente na sociedade burguesa capitalista que existem as condições necessárias para a plena determinação da forma jurídica nas relações sociais (PACHUKANIS,

1988, p. 24). Assim, da mesma forma que “só as relações da economia mercantil capitalista constituem o objeto da economia política como disciplina teórica particular que utiliza conceitos específicos” (PACHUKANIS, 1988, p. 23), quanto ao direito, apenas o direito da sociedade burguesa é objeto da teoria geral do direito para Pachukanis.

É possível afirmar que a questão do método na construção de uma teoria do direito materialista em Pachukanis parte da pergunta que já traz em si sua solução⁷⁹: “Seria possível uma análise das definições fundamentais da forma jurídica, tal como existe em economia política uma análise das definições fundamentais e gerais da forma do mercado ou da forma do valor?” (PACHUKANIS, 1988, p. 17). Isto é, parte do questionamento acerca da capacidade de a teoria geral do direito figurar como uma “disciplina teórica autônoma” (PACHUKANIS, 1988, p. 17), independente da psicologia e da sociologia.

Conforme tudo que já foi ventilado, vê-se que a crítica marxista do direito de Pachukanis é uma tentativa de aproximação ao método logrado por Marx quando da formulação da sua crítica à economia política. Da mesma forma que Marx iniciou suas investigações a partir da análise da mercadoria e do valor e não da economia em geral, – pois a esfera particular de relações a que se chama economia somente se diferencia quando surgem as relações de troca –, Pachukanis procedeu de maneira análoga com respeito ao direito, em consideração ao fato de que, a forma jurídica, igualmente, somente se diferencia totalmente quando as relações de troca de mercadorias se generalizam.

Por outra via, se se retoma o questionamento acima acerca da possibilidade de uma teoria geral do direito como disciplina autônoma capaz de analisar as definições fundamentais da forma jurídica, e ao contrário, em vez de se seguir pela senda já exposta, se procurar uma resposta no domínio da filosofia do direito burguês, a solução certamente seria distinta. De fato, como a maior parte dos teóricos da filosofia do direito burguês se situa num terreno kantiano (PACHUKANIS, 1988, p. 17), a solução viria através da oposição entre duas categorias, a do ser e a do dever-ser, de onde derivam duas modalidades de pontos de vista científicos, quais sejam, o explicativo e o normativo, respectivamente. Tal separação, entre os filósofos do direito neokantianos, logo se transformou em método por excelência da ciência jurídica como disciplina normativa.

Assim é que Stammler, em sua principal obra, intitulada *Economia e direito* (*Wirtschaft und Recht*), desenvolve a noção de que a conformidade às leis pode se dar por

⁷⁹ Afirma-se no espírito da asserção marxiana encontrada nos seus *Manuscritos econômico-filosóficos de 1844*, na seção sobre o trabalho alienado, onde se lê: “Esta nova posição da pergunta é inclusive já sua solução” (MARX, 2015a, p. 320).

dois métodos diferentes: o causal e o teleológico (PACHUKANIS, 1988, p. 18). Do aprofundamento do referido método surge a concepção kelseniana do direito como ciência puramente normativa, pois, para este autor, é o direito a disciplina mais adequada a operar dentro dos limites lógico-formais da categoria do dever-ser (PACHUKANIS, 1988, p. 18). De fato, em Kelsen esta oposição entre ser e dever-se se dá de maneira definitiva, a fim de que nenhum resquício de facticidade (isto é, de elementos psicológicos ou sociológicos), com sua consequente obediência às leis da causalidade, contamine a esfera da pura normatividade. Com a função legislativa colocada como questão metajurídica, nada resta de facticidade na teoria pura de Kelsen, se tornando senão um sistema normativo hierárquico lógico-formal, que, para Pachukanis, foge às “determinações de natureza racional” (PACHUKANIS, 1998, p. 19).

Assim, a tarefa da ciência do direito na teoria pura do direito de Kelsen, para Pachukanis, se resume a ordenar os conteúdos das normas de maneira lógica e sistemática. Isto porque para o objeto da ciência do direito inserida na esfera do dever-ser somente interessa a hierarquia das normas, em cujo topo consta a autoridade maior que as dita e que figura na sua formulação teórica como um pressuposto necessário. Em referência a esta concepção teórica, Pachukanis afirma, de forma irônica, ser ela “um grande mérito” de Kelsen, entendendo que este, com sua “lógica audaz”, levou ao extremo a cisão entre as duas modalidades científicas da metodologia do neokantismo (PACHUKANIS, 1988, p. 18-19). É nesse sentido que o jurista russo vai afirmar que em Kelsen “o princípio do Imperativo”⁸⁰ aparece sob uma forma inegavelmente heterônoma⁸¹” (PACHUKANIS, 1988, p. 18-19).

⁸⁰ Esta terminologia remete à filosofia kantiana, onde há a distinção entre imperativo categórico e hipotético, sendo o primeiro aquele que norteia o agir moral, em que uma ação é boa em si, sem referência a qualquer exterioridade (autônomo); já o imperativo hipotético é um comando condicional, denotando uma ação que é meio para certo fim externo (heterônomo). A vontade jurídica, em Kant, é heterônoma, isto é, recebe sua lei do exterior, não a encontra em si mesma. De igual maneira, o juízo kantiano que caracteriza a relação normativa jurídica em Kelsen é o juízo hipotético. Entretanto, a relação entre Kant e Kelsen será abordada no capítulo em que trataremos da teoria do direito de Kelsen.

⁸¹ Além do que já foi comentado na nota precedente, é importante tentar esclarecer o que Pachukanis parece querer dizer quando afirma que na teoria kelseniana o princípio do imperativo é heterônimo e como isto se relaciona com uma normatividade pura. Em outras disciplinas normativas, como a moral e a estética, há a influência de elementos psicológicos, de sorte que a normatividade pode ser entendida como uma vontade qualificada (dirigida a certo fim), isto é, impregnada de elementos da ordem do ser. Ao contrário, no direito, – que para Kelsen é precipuamente a lei estatal –, a normatividade parece completamente purificada da facticidade, na medida em que o dever-ser da norma jurídica não está direcionado a nenhum fim que remeta ao exterior do direito. Assim, se na filosofia kantiana o agir da moral é um fim em si mesmo, e aquele do direito, ao contrário, é um agir condicionado a um dever exterior, não é nesse sentido de uma suposta ausência de fim externo (autonomia) ou presença de fim externo (heteronomia) que Pachukanis utiliza o termo “heterônimo” em referência a Kelsen, já que para Kelsen a ciência do direito não interessa diretamente a questão dos fins. Pachukanis parece utilizar o termo “heterônimo” simplesmente em referência à proveniência da vontade, se provém do mesmo indivíduo a quem a ordem se dirige, sendo assim autônoma, ou se provém de uma autoridade exterior, sendo assim heterônoma. No mesmo sentido está a opinião de Chris Arthur (inscrita em uma nota

Assim, em consideração a tal imperativo jurídico, a finalidade é-lhe completamente indiferente. Pode-se afirmar, portanto, que para a teoria do direito kelseniana o dever jurídico prescinde de um fim em si mesmo⁸².

Este é o cerne da crítica pachukaniana ao normativismo kelseniano, reputando sua teoria pura como uma teoria não científica, porquanto seu extremo formalismo nada diz sobre a realidade concreta. Ao tomar por objeto somente as normas jurídicas e sua ordenação lógica e sistemática, conseqüentemente, se aparta completamente da vida social, relegando como extrajurídicas até mesmo questões referentes à origem e às conexões das normas com interesses materiais. Em Kelsen há o isolamento da forma jurídica tendente à pureza, e assim, a especificidade do direito é colocada de forma alheia à da realidade social; em Pachukanis, ao contrário, a especificidade do direito é encontrada na historicidade da forma jurídica inserida na realidade social. Nesse contexto, Pachukanis conclui que a “teoria”⁸³ kelseniana não tem como objetivo analisar o direito como forma histórica, na medida em que não lida absolutamente com a realidade, e assim é desprovida de qualquer potencial de análise desta. Dessa forma, em consideração ao direito visto como norma, Pachukanis assevera que “na realidade material a relação prevalece sobre a norma” (PACHUKANIS, 1998, p. 48), isto é, a relação jurídica cria a norma e não o inverso, como quer o normativismo.

Como era de se esperar, a crítica marxista do direito de Pachukanis e a teoria pura do direito de Kelsen operam por vias metodológicas bastante distintas ao se propor a tarefa de construir uma ciência do direito, e conseqüentemente, respondem de forma díspar à questão

editorial à p. 51 de PASHUKANIS, 2003), para quem, nesta passagem, Pachukanis se refere à dicotomia entre autonomia e heteronomia com relação a interioridade ou a exterioridade da vontade. Na mesma oportunidade Chis Arthur relembra ainda que é justamente nesta dicotomia que Kelsen vê a única diferenciação possível entre direito privado e direito público, conforme veremos no capítulo 3; ainda, Kelsen remete igualmente a esta dicotomia para diferenciar a sanção moral da sanção jurídica.

⁸² Sobre este tema, o comentário de Naves e Kashiura Júnior (2013, p. 5, grifo nosso) sobre a crítica de Pachukanis feita a Kelsen na resenha de 1923: “Nele, Pachukanis questiona o caráter científico da doutrina kelseniana, apontando o quanto ela é “artificial”, “paradoxal” e “sem vida”, constituindo-se em uma abordagem unilateral e lógico-formal do direito, que leva até às últimas consequências os esforços anteriores do positivismo, até cavar “um abismo lógico entre ser e dever-ser”, fechando “ao jurista qualquer passagem do mundo das normas para o mundo da realidade”. Analisando as contradições que decorrem da postulação da “norma fundamental”, Pachukanis mostra que, em virtude da “compreensão formal do direito” de Kelsen, que o leva a vincular a norma jurídica a essa norma fundamental da qual ela decorre, e considerando, assim, *como sendo “indiferente” o conteúdo das normas, ele teria que admitir como “um regime de direito o mais extremado despotismo”, que é o que Kelsen efetivamente faz – como mostra o jurista russo – ao admitir a possibilidade da introdução da escravatura como instituto jurídico em um Estado de direito.*”

⁸³ Para denotar sua dúvida quando ao caráter científico da teoria kelseniana, Pachukanis por vezes utiliza as aspas ao se referir à sua formulação teórica sobre o direito como teoria. Em realidade, o autor russo faz uso de um tom sarcástico quanto a Kelsen em outros momentos, a exemplo de quando afirma que a teoria kelseniana “não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no mesmo sentido em que, por exemplo, se fala popularmente em uma teoria do jogo de xadrez” (PACHUKANIS, 1988, p. 19). Já em outro momento, ele afirma que “o extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) exprime, sem sombra de dúvida, a decadência geral do mais recente pensamento científico burguês, o qual, glorificando o seu total afastamento da realidade, se dilui em estéreis artifícios metodológicos e lógico-formais.” (PACHUKANIS, 1988, p. 34).

sobre a possibilidade de uma teoria geral do direito como disciplina teórica independente capaz de analisar as definições fundamentais do direito. As consequências de tais caminhos metodológicos reverberam em todas as esferas da teoria jurídica, uma vez que perpassam o âmago da definição do que é direito em cada uma delas.

2 A CONCEPÇÃO GERAL DO DIREITO E DO ESTADO EM PACHUKANIS

2.1 O direito entre ideologia, relação e norma

Conforme visto quando da crítica à concepção jurídica psicologista de Reisner, as categorias jurídicas fundamentais, assim como as categorias da economia política, não são exclusivamente representações ideológicas, na medida em que também refletem relações sociais objetivas. Antes, os conceitos gerais da economia política, e bem assim do direito, configuram abstrações em função das quais se elabora cientificamente a totalidade concreta. Nesse momento, passa-se do questionamento sobre se as categorias jurídicas representam de fato as categorias conceituais objetivas que correspondem a relações sociais objetivas, ao seguinte questionamento: *“poderá o direito ser concebido como uma relação social no mesmo sentido em que Marx chamou ao Capital uma relação social?”* (PACHUKANIS, 1988, p. 38, grifo do autor). Assim colocada, tal pergunta posiciona o debate em um nível além do caráter ideológico do direito, uma vez que, consoante já aventado, a constatação da natureza ideológica de um conceito não interfere na materialidade das relações objetivas que ele informa, tampouco dissipa a necessidade de se estudar a realidade objetiva, levando-se em consideração, para tanto, não só o momento psicológico, mas sobretudo o momento material.

Nesse contexto, Pachukanis pretende eliminar os momentos ideológicos e psicológicos e tratar o problema do direito do ponto de vista dos processos materiais. Para tanto, recorre a mais uma analogia com o capital, no sentido de ser este considerado como uma relação social objetiva: *“Como diz Marx, ele não pode ser descoberto com o auxílio do microscópio, embora não se deixe reduzir às experiências vividas, às ideologias e a outros processos subjetivos que decorrem no psiquismo humano”* (PACHUKANIS, 1988, p. 41). A partir de tais considerações, o autor afirma que assim como o capital é uma relação social objetiva, capaz de transferir sua forma a outras relações sociais, o mesmo se aplicaria ao direito, entendendo que também este é uma relação social, capaz de comunicar-se em diferentes medidas a outras relações sociais e lhes transferir a sua forma. Neste contexto, não se pode considerar o direito como *“forma em geral”*, mas como forma de uma relação social específica. Assim, através do exame de suas definições fundamentais, chega-se à consideração de que o direito representa a forma, *“envolvida de brumas místicas, de uma forma social específica”* (PACHUKANIS, 1988, p. 42), de sorte que se torna possível afirmar que a relação jurídica *“transfere a sua própria forma para qualquer outra relação social ou mesmo para a totalidade das relações.”* (PACHUKANIS, 1988, p. 42).

Desse modo, a afirmação de que o direito disciplina as relações sociais⁸⁴ deve antes ser entendida como “a *regulamentação* das relações sociais, em certas condições, reveste *um caráter jurídico*” (PACHUKANIS, 1988, p. 42, grifos do autor), na medida em que há uma profusão de relações sociais, sobretudo no âmbito das sociedades mais primitivas e mesmo dentre os animais que vivem coletivamente, que não são reguladas pelo direito. Contudo, não se pode dizer que estas relações não são de forma alguma disciplinada, apenas que o são “extrajudicialmente” (PACHUKANIS, 1988, p. 42). Pachukanis argumenta então que mesmo no âmbito da sociedade capitalista, nem todas as formas de regulamentação social são do tipo regulamentação jurídica. Como exemplo, o autor cita a regulamentação dos serviços postais ou das estradas de ferro, que só podem ser consideradas como regulamentação jurídica de um ponto de vista superficial, caso se leve em consideração apenas o aspecto externo de que se revestem, como lei, decreto etc. Nesse sentido, ele distingue a regulamentação jurídica da regulamentação meramente técnica, ilustrando com alguns exemplos, dentre os quais o mais esclarecedor: “a planificação ferroviária regula o tráfego nas estradas de ferro em um sentido inteiramente diverso daquele, digamos, que a lei regula sobre responsabilidade das estradas de ferro na entrega de mercadorias transportadas” (PASUKANIS, 1989, p. 48). Quanto ao exemplo, o primeiro tipo de regulamentação seria essencialmente técnico, enquanto o segundo seria essencialmente jurídico, denotando que “a regulamentação das relações sociais assume, em maior ou menor medida, um caráter jurídico” (PACHUKANIS, 1988, p. 42), isto é, a regulamentação das relações sociais não é necessariamente jurídica, podendo ou não estar fundada na relação fundamental específica do direito, e assim, conclui-se que “a regulamentação, ou a normativização das relações sociais só aparece homogênea e totalmente jurídica para uma reflexão superficial ou puramente formal” (PACHUKANIS, 1988, p. 43).

De maneira mais generalizada, a diferença entre a regulamentação técnica e a regulamentação jurídica pode ser exposta como a presença ou não de interesses contrários. É nesse sentido que Pachukanis afirma que “uma das premissas fundamentais da regulamentação jurídica é, assim, o antagonismo dos interesses particulares ou privados” (PACHUKANIS, 1988, p. 44). O referido antagonismo não é apenas “causa real de evolução

⁸⁴ Pachukanis nos remete a esta afirmação para expor de que maneira é possível livrar-se da conclusão tautológica a que se chega ao se partir da concepção de que as definições abstratas da forma jurídica exprimem relações sociais objetivas e a partir daí concluir que a afirmação de que o direito disciplina relações jurídicas corresponde à afirmação tautológica de que as relações jurídicas se regulam a si mesmas. O resultado tautológico de tal raciocínio foi usado como argumento por Reisner, em defesa do direito como ideologia, para confrontar a teoria de Stutchka em que o direito figura como relação social. Sobre tal questão, cf. a p. 41 da *Teoria geral do direito e marxismo*.

da superestrutura jurídica” como também a própria “condição lógica da forma jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 44), já “a unidade de fim, ao contrário, representa a condição da regulamentação técnica” (PACHUKANIS, 1988, p. 44). O direito não atua quando há união de fins, ele somente passa a atuar quando há pontos de vista opostos representados por sujeitos titulares dos seus interesses privados. É neste momento que os sujeitos se transformam em sujeitos detentores de direitos e deveres e as normas que os unem em normas jurídicas. Nesse caso, a coação, caso exista, será juridicamente lícita, do ponto de vista formal, embora, importa notar, também exista a possibilidade de coação nas situações abrangidas pela regulamentação técnica, ainda que esta siga a finalidade da consecução do interesse comum⁸⁵.

Assim, a possibilidade de se adentrar a esfera jurídica equivale, na sociedade baseada na troca de mercadorias, ao fato de as diferentes relações sociais se alicerçarem sobre o tipo das relações de troca comerciais – isto é, com sujeitos proprietários portadores de interesses contrários figurando em cada polo da relação – e, por consequência, assumirem a forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 45). Dessa maneira, a universalidade da forma jurídica permite que ela transfira sua forma às relações sociais as mais diversas⁸⁶, mesmo aquelas que não se situam no âmbito do direito privado, que constitui seu fundamento real (NAVES, 2008, p. 51). Daí porque os juristas burgueses deduzirem a universalidade da forma jurídica na sociedade mercantil “quer de propriedades eternas ou absolutas da natureza humana, quer do fato de os decretos públicos se aplicarem a todo e qualquer objeto em geral” (PACHUKANIS, 1988, p. 45). Apesar de tal universalidade da forma jurídica, Pachukanis atenta para o fato de que as demandas e construções jurídicas terão uma base tanto mais sólida quanto mais se relacionem com os temas do direito privado, sobretudo do direito de propriedade. Isto vem como decorrência do fato de as relações jurídicas terem como lastro

⁸⁵ Neste tocante, é possível argumentar que aqui reside um importante ponto de discrepância com relação à teoria do direito kelseniana, isto porque, além de Pachukanis se opor à concepção de que o momento de coação externa é a característica fundamental e típica do fenômeno jurídico, tanto assim o considera, que mesmo a regulamentação técnica é, segundo o autor, passível de sanção socialmente organizada. Assim, contrapõe-se definitivamente à definição de Kelsen de direito enquanto “técnica social específica de uma ordem coercitiva” (KELSEN, 2005, p. 27), cuja especificidade reside no fato de se obter o cumprimento da conduta esperada através da ameaça de uma medida de coerção em caso de não cumprimento de um mandamento, ou seja, através de uma sanção socialmente organizada, que representa um ato da comunidade jurídica (uma vez que a sanção é prescrita pela ordem jurídica e aplicada por um indivíduo autorizado por essa mesma ordem).

⁸⁶ De igual maneira, – aponta Naves –, “a forma do valor – que só se torna universal em uma economia capitalista na qual as relações mercantis estejam plenamente desenvolvidas – assume, além das formas primárias, formas derivadas e artificiais. É precisamente o caso quando ela surge sob o aspecto de objetos que não são produtos do trabalho – o que não impede que o valor só possa ser conhecido sob a ótica do dispêndio de trabalho socialmente necessário.” (NAVES, 2008, p. 51). Nesse sentido, assim como o valor, enquanto tempo de trabalho socialmente necessário, pode assumir formas artificiais e derivadas (quando se aplica a objetos que não são fruto do trabalho), também a forma jurídica assumiria formas derivadas e artificiais, quando reveste relações sociais que não têm por base a troca mercantil. É precisamente este o caso no âmbito das relações de direito público.

concreto as relações de troca mercantil. No mesmo sentido, o autor afirma que é no âmbito das relações de direito privado em que o pensamento jurídico está mais aperfeiçoado, sendo este “o núcleo mais sólido da nebulosa esfera jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 43), onde o sujeito jurídico aparece como a encarnação concreta do sujeito econômico egoísta⁸⁷ titular de interesses privados (PACHUKANIS, 1988, p. 43).

Logo, ao contrário da concepção costumeira na filosofia do direito de relação jurídica enquanto ato de vontade entre os homens, em Pachukanis, a relação jurídica, aquela expressa pela forma jurídica, é a “relação dos proprietários de mercadorias entre si” (PACHUKANIS, 1988, p. 45), – aí reside a sua especificidade –, que nela tomam parte não por uma vontade consciente⁸⁸. Na sociedade capitalista as relações jurídicas se mostram como relações entre vários indivíduos isolados que, sob a forma de sujeitos de direito, se relacionam entre si por livre vontade. Entretanto, tais relações são dominadas por coisas⁸⁹, que por não se trocarem por si mesmas, impõem como condição necessária à sua circulação a existência de indivíduos elevados abstratamente à condição de igualdade jurídica. É por tal motivo que a condição de sujeito de direito é a condição geral dos indivíduos na sociedade burguesa. No entanto, nas palavras de Kashiura Júnior (2009b, p. 130), “os sujeitos de direito ignoram seu papel secundário na relação entre coisas, que para eles parece uma relação tão-somente entre vontades, isto é, entre pessoas”. É justamente essa aparência naturalizada do sujeito de direito,

⁸⁷ Sobre o homem burguês egoísta, como proprietário membro da comunidade burguesa, separado da comunidade em seu interesse privado cf. “[...] o *citoyen* é declarado como serviçal do *homme* egoísta; quando vemos que a esfera em que o homem se comporta como ente comunitário é inferiorizada em relação àquela em que ele se comporta como ente parcial; quando vemos, por fim, que não o homem como *citoyen*, mas o homem como *bourgeois* é assumido como o homem propriamente direito e verdadeiro.” (MARX, 2010, p. 50). Marx procede a essa distinção entre o homem proprietário egoísta que atua na esfera privada e o homem enquanto cidadão que atua na esfera pública ao tecer sua crítica aos direitos humanos como direitos do homem egoísta, e assim sua crítica à insuficiência da emancipação política. Para se debruçar sobre tal crítica cf. MARX, 2010.

⁸⁸ No sentido da afirmação marxiana no prefácio à *Contribuição à crítica da economia política*: “na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais.” (MARX, 2008, p. 47, grifo nosso). Tal não significa, contudo, que sua vontade não seja juridicamente livre, já que o sujeito de direito age em comum acordo com outro sujeito de direito, sem que a violência, a princípio, se faça necessária.

⁸⁹ Cf. “As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica.” (MARX, 2015, p. 159).

como possuidor de vontade sobre diversos fatores externos contra os quais a vontade do indivíduo nada pode, que constitui o seu “feitiço”⁹⁰.

Assim, do ponto de vista econômico, a relação de troca mercantil surge como uma relação entre coisas, enquanto a partir do ponto de vista jurídico, a mesma relação aparece como uma relação entre pessoas – sujeitos de direito que “reinem” juridicamente sobre a coisa. É nesse sentido que Pachukanis afirma que:

Se a coisa se sobrepõe economicamente ao homem, uma vez que, como mercadoria, coisifica uma relação social que não está subordinada ao homem, ele, em contrapartida, reina juridicamente sobre a coisa, porque, ele mesmo, na qualidade de possuidor e de proprietário, não é senão uma simples encarnação do sujeito jurídico abstrato, impessoal, um puro produto das relações sociais. (PACHUKANIS, 1988, p. 72).

Assim, as relações no processo de produção, surgem, em determinado estágio, tanto como relação entre coisas (mercadorias), como também enquanto relação entre pessoas com suas vontades livres e independentes entre si, porém também iguais entre si (sujeitos de direito), já que a circulação de mercadorias requer que os sujeitos se reconheçam uns aos outros como proprietários privados equivalentes⁹¹. Por tal motivo é que Pachukanis afirma que “o fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo do direito” (PACHUKANIS, 1988, p. 75), pois do mesmo modo que o fenômeno social da propriedade mística do valor é atribuído ao produto do trabalho, a forma do sujeito de direito, também um fenômeno social, é atribuída ao indivíduo. O problema do fetichismo gira precisamente em torno da naturalização do deslocamento de relações sociais para coisas, como se fossem determinações iminentes destas (GRESPLAN, 2008, p. 37; MARX, 2011, p. 922). Contudo, o fetiche do sujeito de direito é diverso do fetiche da mercadoria⁹² (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 128): ele se

⁹⁰ Para se aprofundar na questão do fetiche da mercadoria e do sujeito de direito especialmente em Pachukanis, cf. KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 117-133.

⁹¹ Isto equivale a dizer que não há sujeição de vontade entre os sujeitos. Trata-se de um acordo de vontades livres e equivalentes. Da mesma forma que há equivalência entre os valores de troca, a equivalência também se dá entre os proprietários de mercadorias, que se reconhecem como iguais em vontade e liberdade. Nesse sentido, cf. “Para que os produtos do trabalho humano possam entrar em contato entre si como valores, devem os homens comporta-se como pessoas mutuamente independentes e iguais.” (PACHUKANIS, 1988, p. 104). E ainda: “As categorias mais características do direito burguês – o sujeito de direito, a propriedade, o contrato etc. – antes de mais nada e mais claramente do que tudo, revelam a sua base material no fenômeno de troca. A categoria do sujeito de direito corresponde à categoria do valor-trabalho. Os atributos da mercadoria, impessoalidade, generalidade e mensurabilidade, são complementados pelos atributos formais da igualdade e da liberdade, os quais os proprietários de mercadoria conferem uns aos outros. Eis o ponto de partida da crítica das categorias jurídicas abstratas que já é encontrado em Marx” (PACHUKANIS, 2009, p. 143).

⁹² Para lançar um pouco mais de luz à questão cumpre tecer um breve comentário acerca do fetichismo da mercadoria, trazido já no capítulo primeiro de *O capital*. O fetichismo da mercadoria relaciona-se com a dupla existência desta categoria: a mercadoria existe por um lado como objeto concreto, cuja utilidade é sensível (isto é, sua dimensão enquanto valor de uso), e por outro, existe como um objeto abstrato, simples receptáculo que

relaciona com a forma social universal que toma a forma do sujeito de direito na sociabilidade capitalista, isto é, com a naturalização e a obviedade de que se reveste esta forma. Entretanto, esta obviedade “oculta” a historicidade da forma sujeito de direito, cuja origem está assentada nas relações de troca mercantil que a generalização da circulação sistemática do modo de produção capitalista engendra. Assim, a relação de troca aparece condicionada à existência de sujeitos de direito, enquanto que é ela mesma condição da existência dos sujeitos (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 129)⁹³.

Nesse sentido, a categoria do sujeito de direito é constituída na relação de troca que ocorre no mercado, onde simultaneamente a mercadoria realiza seu valor através de um ato de vontade consciente do seu proprietário⁹⁴. Nesta relação o sujeito realiza em plenitude a liberdade formal da sua autodeterminação (PACHUKANIS, 1988, p. 75), isto é, na relação de oposição entre sujeito (proprietário) e objeto (mercadoria). Logo, na relação jurídica o homem só se determina quando oposto a uma coisa, isto é, quando colocado na situação de sujeito (PACHUKANIS, 1988, p. 70); enquanto que nas relações econômicas, o homem surge coisificado, com sua força de trabalho, dispêndio de sua vida, tomada na forma de mercadoria. É em referência a essa condição do homem enquanto sujeito e objeto de si mesmo que Bernard Edelman (1976, p. 95) afirma que “o sujeito existe apenas a título de representante da mercadoria que ele possui, isto é, a título de representante de si próprio enquanto mercadoria”. É dizer, a realização da sua autodeterminação é ao mesmo a sua comercialização como mercadoria⁹⁵. Nesse sentido, a relação de troca engendra as categorias

cristaliza certa quantia de trabalho abstrato (isto é, sua dimensão enquanto valor de troca), atuante em um contexto em que as coisas se relacionam quase de maneira autônoma. Assim, a mercadoria existe como objeto que pode ser usado para algum fim, como também como suporte de uma propriedade mística (valor) que a torna trocável por outras mercadorias. O caráter enigmático dessa categoria refere-se à crença de que o trabalho se corporifica nestes objetos: “O misterioso da forma mercadoria consiste, portanto, simplesmente em que elas refletem aos homens as características sociais de seu próprio trabalho como características objetivas dos produtos mesmos do trabalho, como propriedades naturais sociais destas coisas e, daí, reflete também as relações sociais dos produtores com o trabalho conjunto como uma relação existente fora deles, entre objetos” (MARX, 2006, p. 69).

⁹³ Nesse sentido, cf. “Não é a ‘natureza humana’ ou qualquer tipo de aptidão pré-social para o porte de direitos e obrigações que faz dos homens sujeitos de direito e sim uma formação social específica na qual os homens vivem” (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 129).

⁹⁴ Se é verdade que fora da circulação o valor da mercadoria não pode se realizar, é importante lembrar que a mercadoria “adquire” seu valor na produção, de forma independente da vontade do trabalhador que a produz: “Porém, se a mercadoria conquista o seu valor independentemente da vontade do sujeito que a produz, a realização do valor no processo de troca, pressupõe, ao contrário, um ato voluntário, consciente, por parte do proprietário de mercadorias” (PACHUKANIS, 1988, p. 70).

⁹⁵ Ainda neste tema, vale mencionar a importante passagem presente no capítulo 4 de *O Capital*, que tem por título *A transformação do dinheiro em capital*: “Sob esse pressuposto, a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o *livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa*. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e *estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias*, com a única

jurídicas da liberdade e da igualdade, na medida em que são pressupostos para a livre disponibilidade da força de trabalho humana no mercado e da capacidade de figurar nos polos da relação contratual, já que o acordo entre vontades livres requer a condição de equivalência formal entre os sujeitos (NAVES, 2013, p. 13). Esta concepção se encontra em harmonia com a afirmação marxiana sobre a relação entre equivalência mercantil e equivalência jurídica, no sentido de que o processo do valor de troca é a base real de toda igualdade e liberdade (MARX, 2011, p. 298).

Como é na esfera da circulação que o trabalho aparece no seu aspecto social⁹⁶, o vínculo social entre os homens enquanto sujeitos autonomizados se dá de maneira coisificada nos produtos dos trabalhos, ou seja, se dá justamente através da mediação das coisas, na troca de mercadorias. Nessa relação, enquanto a forma mercadoria enseja a universalização da trocabilidade entre as coisas, de maneira análoga, o sujeito de direito permite a universalização da igualdade entre os indivíduos (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 129). Em um só passo o produto do trabalho reveste a forma da mercadoria com suas propriedades do valor (enquanto materialização de trabalho abstrato⁹⁷) e o indivíduo se torna sujeito de direito, com sua capacidade de adquirir direitos e obrigações. A universalização da forma de mercadoria, perpassando todos os domínios da vida social, traz consigo o fato de que os vínculos sociais se dão pela mediação das coisas que impulsionam as pessoas a se relacionar (GRESPLAN, 2008, p. 37). Nesse sentido, Kashiura Júnior (2015, p. 54) afirma que

diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, *pessoas juridicamente iguais*.” (MARX, 2015, p. 242, grifos nossos). É igualmente importante ter presente que a mercadoria força de trabalho é aquela específica cujo próprio valor de uso tem “a característica peculiar de ser fonte de valor” (MARX, 2015, p. 242), e cujo consumo é “objetivação de trabalho e, por conseguinte, criação de valor” (MARX, 2015, p. 242). O capital em seu movimento de autovalorização encontra na relação de oposição com a força de trabalho (única fonte de valor) seu outro.

⁹⁶ Consulte a nota 131, sobre a divisão social do trabalho.

⁹⁷ De fato, valor é expressão do tempo de trabalho socialmente necessário para a produção de certa mercadoria, o que requer a existência do trabalho abstrato. O valor é esta qualidade idêntica das mercadorias como produto do trabalho abstrato que enseja a imediata trocabilidade entre mercadorias de valores equivalentes. Assim, embora qualitativamente diversas em seus valores de uso, as mercadorias, como valores, expressam objetivamente trabalhos iguais (MARX, 2006, p. 26), “gelatina de trabalho humano indiferenciado” (MARX, 2006, p. 18), simples dispêndio de força de trabalho. Cf. também nota 69 sobre trabalho abstrato. Sobre essa equalização dos trabalhos concretos e seus pressupostos materiais Marx afirma, ao comentar a incapacidade de Aristóteles em chegar à teoria do valor: “Mas que na forma do valor das mercadorias todos os trabalhos sejam trabalho humano igual, e, portanto, expressos como equivalentes, não podia Aristóteles deduzir da forma de valor, porque a sociedade grega repousava sobre a escravidão, e, assim, tinha como base natural a desigualdade dos homens e de suas forças de trabalho. O segredo da expressão de valor, a igualdade e igual validade de todos os trabalhos, porque e na medida em que eles são trabalho humanos em geral, pode ser decifrado apenas assim que o conceito de igualdade humana já possui a fixidez de um preconceito popular. Isso só é possível, contudo, numa sociedade em que a forma da mercadoria é a forma geral dos produtos do trabalho, ou seja, em que a relação mútua dos homens como possuidores de mercadoria é a relação social dominante.” (MARX, 2006, p. 51, grifos nossos)

A subjetividade jurídica é constituída para a troca mercantil, como condição para que o valor consubstanciado no corpo das mercadorias se realize na esfera da circulação – em última instância, para que o movimento de valorização do valor, determinado desde a produção capitalista, que “aparece e não aparece na circulação”, tenha lugar.

Isto é, as relações de troca mercantil constituem de fato a condição de existência dos sujeitos, que existem para cumprir uma função específica nestas relações: a representação das mercadorias, como porta-voz da vontade que “reside nas coisas”. É neste processo, que se dá na esfera da circulação, que o valor pode se realizar, o que também implica, ulteriormente, que o processo do capital (valorização do valor) pode se realizar. É nesse sentido que o proprietário de mercadorias se encontra em estreita relação com o sujeito de direitos.

O acordo de vontades livres e independentes entre os possuidores de mercadorias aparece, na forma jurídica, como uma relação contratual. Logo, na mesma medida em que a capacidade de ser sujeito de direito se desprende de vez da personalidade concreta, e assim a qualidade de ser sujeito de direito torna-se puramente formal, uma forma jurídica abstrata⁹⁸; igualmente, o contrato privado se constitui como ponto central no direito, se tornando “um elemento constitutivo da idéia do direito” (PACHUKANIS, 1988, p. 78), através do qual a vontade jurídica é expressa; e, do ponto de vista histórico, onde o sujeito de direito e a vontade jurídica realizam seu movimento real (PACHUKANIS, 1988, p. 79). Importa notar que é apenas no auge do desenvolvimento da sociedade burguesa que a forma jurídica se mostra plenamente abstrata⁹⁹. Este momento de plena determinação da forma jurídica se dá quando há a generalização da relação de troca mercantil, e assim a mercadoria (com seu apêndice necessário – o sujeito de direito) torna-se a forma dominante. Isto é, a universalização da forma mercadoria¹⁰⁰ implica a universalização da forma sujeito de direito.

⁹⁸ Nesse sentido, cf. “Do mesmo modo que a diversidade natural das propriedades úteis de um produto não aparece na mercadoria senão sob a forma de simples embalagem do valor e assim como as variedades concretas do trabalho humano se diluem no trabalho humano abstrato, como criador de valor, assim também a diversidade concreta da relação do homem com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas, que diferenciam um representante da espécie *Homo sapiens* de um outro, se diluem na abstração do homem em geral, do homem como sujeito jurídico” (PACHUKANIS, 1988, p. 72). Para que tais abstrações ocorram – afirma Pachukanis (1988, p. 73) – é necessária a coexistência de algumas condições concretas; por exemplo, o valor somente se tornou uma categoria econômica objetiva com o aprofundamento da divisão social do trabalho que tem por consequência o aprofundamento das trocas, que deixam de ser acidentais ou ocasionais. Também com o sujeito de direito são necessárias condições reais para que ocorra tal abstração, tais como o aprofundamento dos vínculos sociais e o aumento do poder do Estado burguês.

⁹⁹ Nesse sentido, cf. “Historicamente, entretanto, o ato de troca possibilitou um aprofundamento na idéia de sujeito, como portador de todas as possíveis pretensões jurídicas. É somente na economia mercantil que nasce a forma jurídica abstrata, em outros termos, que a capacidade geral de ser titular de direitos se separa das pretensões jurídicas concretas. [...] Deste modo se cria a possibilidade de abstrair das diversidades concretas entre os sujeitos jurídicos e de os reunir sob um único conceito genérico” (PACHUKANIS, 1988, p. 75-76).

¹⁰⁰ Enfatize-se que a universalização da forma mercadoria tem como pressuposto a tomada da força de trabalho como mercadoria: “Isso significa que a mercadoria, em sentido próprio, só pode adquirir plena existência em

Após esta breve incursão na relação entre a forma sujeito de direito e a forma mercadoria¹⁰¹, importa notar que Pachukanis vai buscar na sua origem histórica as explicações para o fato de ter a forma jurídica se transformado em uma forma geral, na medida em que os atos de troca se transformaram, na economia mercantil-capitalista, “as formas naturais de qualquer relação humana” (PACHUKANIS, 1988, p. 46), transformando o direito, por conseguinte, em um meio tão essencial para as relações do cotidiano na sociedade burguesa. Desse modo, chega o autor ao ponto que Stutchka não conseguiu alcançar: a distinção da relação social, dentre as relações sociais em geral, especificamente representada pela forma jurídica. Aqui é importante atentar para o fato de que é a relação de troca mercantil a relação social que se manifesta especificamente sob a forma jurídica. Porém, embora a forma jurídica seja imediatamente determinada pela esfera da circulação (que é determinada pela esfera da produção¹⁰²), ela é mediatemente determinada, em última instância, pela esfera da produção¹⁰³. Trata-se de uma sobredeterminação¹⁰⁴. É nesse sentido que Kashiura Júnior (2014, p. 213) afirma que “a produção capitalista não se realiza na circulação mercantil, mas através dela: ou seja, não se realiza no direito, mas através do direito”. É dizer, a esfera da

uma formação social capitalista [...] é somente nela que a condição absolutamente essencial para a generalização da forma mercadoria se verifica: a transformação da própria força de trabalho em mercadoria” (NAVES, 2014, p. 41).

¹⁰¹ Para uma análise clara e penetrante das profundas conexões entre o sujeito de direito e o modo de produção capitalista, buscando o lugar estrutural desta categoria na totalidade concreta, recomendamos fortemente KASHIURA JÚNIOR, 2014.

¹⁰² De fato, só nas relações de produção capitalista é possível constituir a esfera de circulação tal como existe, onde a mercadoria é o produto de trabalho humano abstrato etc. Cf. “a existência da forma jurídica depende do surgimento de uma esfera de circulação que só modo de produção capitalista pode constituir. Se a mercadoria é um produto típico da sociedade burguesa, isto é, das relações de produção específicas dessa sociedade, o direito também pode ser entendido como o resultado, em última instância, dessas mesmas relações de produção” (NAVES, 2008, p. 77).

¹⁰³ Sobre a circulação ser um momento da produção cf. “Na medida em que a troca é só um momento mediador entre a produção e a distribuição, por ela determinada, e o consumo; mas, na medida em que o próprio consumo aparece como momento da produção, a troca também está evidentemente incluída como momento da produção. [...] Nesse sentido, a própria troca é um ato contido na produção” (MARX, 2011, p. 75).

¹⁰⁴ No capítulo 2 da sua obra *Marxismo e direito*, Naves recorre ao termo sobredeterminação trazido por Althusser em seu *Pour Marx*, de 1965, — mais precisamente no ensaio intitulado *Contradição e sobredeterminação (notas para uma pesquisa)* —, onde este admite que tendo tomado emprestado o conceito de outras disciplinas (notadamente da psicanálise), o utiliza por falta de termo melhor. Neste ensaio Althusser discute a questão da contradição dentro da dialética hegeliana e da dialética marxiana, argumentando que as estruturas fundamentais de tais dialéticas não são nem podem ser iguais, portanto não se trata simplesmente de “inverter” a dialética de Hegel. A contradição hegeliana não pode ser sobredeterminada, pois embora seja complexa, encontra a sua simplicidade na redução ao princípio interno que constitui a essência de todo período histórico. Ao contrário, na prática e na experiência histórica marxista, toda contradição é sobredeterminada, esta sendo a sua especificidade com relação à contradição hegeliana. Sobre tal contradição sobredeterminada afirma Althusser: “Basta-me, aqui, reter o que é preciso chamar de *acumulação de determinações eficazes* (saídas das superestruturas e das circunstâncias particulares, nacionais e internacionais) sobre a *determinação em última instância pelo econômico*.” (ALTHUSSER, 1979, p. 99, grifos do autor). Para maior elucidação cf. o ensaio em comento, que compreende as páginas 75-102 da obra já mencionada. Naves recorre a este expediente teórico para combater as críticas ao suposto “circulacionismo” pachukaniano, bem como às críticas de que se trata de uma concepção economicista do direito.

circulação, enquanto reino da equivalência entre mercadorias e sujeitos, e assim da igualdade e da liberdade jurídicas, é um momento necessário para que a esfera da produção se realize, enquanto reino da exploração da força de trabalho e da desigualdade de classe:

A sociedade capitalista se caracteriza, exatamente por isso, como aquela na qual a extração de mais-valor é mediada pela equivalência mercantil, e a desigualdade de classe é mediada pela igualdade jurídica: a circulação mercantil da força de trabalho é o momento de equivalência e igualdade que abre as portas para extração de mais-valor e para a dominação de classe, isto é, para uma não equivalência e uma desigualdade essenciais. (KASHIURA JÚNIOR, 2014a, p. 211)

Isto é, os momentos da produção e da circulação não são momentos contrários. Ao revés, o momento da realização da circulação mercantil é uma mediação necessária para a realização da produção capitalista. A dominação e a desigualdade da esfera da produção necessitam, assim, da plena realização da liberdade e da igualdade na esfera da circulação, esfera onde se dá a atuação do sujeito de direito através do contrato.

Sendo o contrato o vínculo que une os proprietários de mercadorias isolados em uma economia atomizada, a sociedade constitui-se em uma “cadeia ininterrupta de relações jurídicas” (PACHUKANIS, 1988, p. 47), na mesma medida em a riqueza na sociedade capitalista se apresenta como uma coleção de mercadorias¹⁰⁵, conforme anuncia Marx como frase inaugural d’*O capital*. Assim o é porque, para Pachukanis, a relação jurídica entre sujeitos de direito é “o reverso da relação entre os produtos do trabalho tornados mercadorias” (PACHUKANIS, 1988, p. 47). Deste modo, a relação jurídica assume lugar primordial na teoria pachukaniana, fazendo-o afirmar que é esta a “célula central do tecido jurídico”¹⁰⁶(PACHUKANIS, 1988, p. 47), onde “o direito realiza seu movimento real” (PACHUKANIS, 1988, p. 47). Isto é, o direito há de ser encontrado antes na relação jurídica que na norma jurídica.

A partir deste ponto é possível vislumbrar os desdobramentos da priorização da relação jurídica sobre a norma jurídica e a crítica necessária à concepção normativista, de que Kelsen é o principal expoente. Com efeito, Pachukanis reputa a concepção que toma o direito por um aglomerado de normas como uma “abstração sem vida” (PACHUKANIS, 1988, p. 47), que nada explica sobre a realidade concreta. Nesse sentido, o autor considera que a negação da relação jurídica como relação entre sujeitos opostos à ordem normativa,

¹⁰⁵ Cf. “A riqueza das sociedades onde reina o modo de produção capitalista aparece como uma ‘enorme coleção de mercadorias’” (MARX, 2015, p. 113).

¹⁰⁶ Na medida em que toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos, entende-se porque o sujeito de direito constitui a categoria elementar para análise da forma jurídica.

preconizada pela teoria kelseniana, significa desprezar o direito em sua existência real, na medida em que a concepção normativista prioriza as normas e a relação de validade entre estas. Para esta corrente, “o direito objetivo ou a norma fundamental fundamenta, tanto lógica como realmente, a relação jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 48). Assim, a norma jurídica objetiva geraria a relação jurídica, e não o inverso, como defende a teoria materialista pachukaniana, para a qual o direito objetivo não passa de um momento derivado. O direito seria deduzido a partir das normas objetivas e não formulado com base na generalização de situações concretas. Conforme a lógica dogmática, nada existe além das normas, cuja análise da validade prescinde da análise da existência de um fenômeno social objetivo que lhe seja correspondente, sendo suficiente a caracterização de uma subordinação lógica de certa norma a uma proposição normativa mais geral.

É contra esta concepção que Pachukanis se volta¹⁰⁷ ao afirmar, conforme já visto, que a relação jurídica prevalece sobre a norma jurídica. Isto é, a relação jurídica cria a norma e não o inverso, o que implica que a relação jurídica dá sentido real¹⁰⁸ à norma jurídica que dela decorre. O normativismo formal só é capaz de preservar sua autonomia dentro de limites estreitos e somente “enquanto a tensão entre o fato e a norma não ultrapassar certo limite máximo” (PACHUKANIS, 1988, p.48).

Assim, o autor nos apresenta o lugar estrutural em que a norma se insere na forma jurídica: para o direito tomado como fenômeno social objetivo, a norma é “deduzida diretamente das relações já existentes ou [...] um sintoma que permite prever com certa

¹⁰⁷ E o jurista russo não o faz somente na sua obra de 1924, conforme já afirmado. Na verdade, de maneira geral e conforme se constatará no presente tópico, do ponto de vista lógico, é propriamente sobre o vínculo entre relação jurídica e norma jurídica e suas implicações que circunda a crítica de Pachukanis à teoria geral do direito kelseniana. As observações sobre o caráter não científico e apartado da vida social que Pachukanis tece sobre o pensamento de Kelsen em sua obra principal já têm início no ano anterior, em uma resenha que o jurista russo publica sobre dois livros de autoria do jurista austríaco. Nesta, Pachukanis afirma que com sua aproximação unilateral e centrada no formalismo e na lógica, Kelsen chega apenas a uma doutrina artificial e paradoxal. Sendo uma das contradições, precisamente aquela referente à norma fundamental, que representa, não obstante a sua inserção no positivismo, um retorno ao direito natural; outra inconsistência residiria no abismo cavado entre ser e dever-ser, separando completamente o mundo das normas da realidade; ainda, outra crítica apontada reside no fato de o extremo formalismo a que chega a tese kelseniana levar ao absurdo de admitir como direito um regime de despotismo. Opondo-se a tudo isso, já naquela oportunidade, Pachukanis assevera que a dogmática jurídica se constituiu enquanto sistema por tomar como base real de suas construções as relações reais entre as pessoas, que se enfrentam entre si na condição de produtores de mercadorias, implicando que a sua lógica está assentada nas relações de troca da sociedade burguesa (REICH, 1984, p. 25-26; KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2012, p. 208-209), o que já antecipa o que seria posteriormente desenvolvimento na *Teoria geral do direito e marxismo*.

¹⁰⁸ A este respeito, Pachukanis comenta que mesmo Kelsen reconhecia ser preciso um mínimo de efetividade para que seja reconhecida a “eficácia global” da ordem jurídica: “Kelsen, o mais coerente defensor do método puramente normativo, não pôde deixar de reconhecer que era necessário conferir, de uma ou de outra maneira, à ordem normativa ideal, um elemento de vida real, isto é, de conduta humana efetiva” (PACHUKANIS, 1988, p. 48). Iremos nos debruçar sobre questão da eficácia global da ordem jurídica em um capítulo posterior, em que a concepção de direito em Kelsen será objeto.

probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes” (PACHUKANIS, 1988, p. 48-49), caso uma certa lei seja promulgada pelo poder estatal anteriormente à consolidação na prática social das relações sociais correspondentes. A relação jurídica (e também o sujeito de direito) estaria para a norma jurídica, assim como o valor estaria para a lei da oferta e da demanda, isto é, como essência está para a manifestação empírica. Logo, esse sistema normativo coativo, ao contrário do que afirma o formalismo do positivismo jurídico, não cria a relação jurídica, embora viabilize a sua preservação.

Caso retomemos o debate acerca da anterioridade entre relação e norma, e em vez desta, tomarmos a ordem jurídica objetiva¹⁰⁹, isto é, as forças objetivas reguladoras que garantem as relações jurídicas, de igual maneira, temos que a relação as precede, porquanto a ordem jurídica não cria a relação. Conforme ilustra Pachukanis com o recurso do exemplo: “não pode afirmar-se que a relação entre o credor e o devedor seja *criada* pelo sistema coativo de cumprimento de dívidas existentes no Estado em questão. Esta ordem, existente objetivamente, *garante* certamente a relação, *preserva-a* mas em nenhum caso a *cria*” (PACHUKANIS, 1988, p. 50, grifos do autor). Prova disso, para o autor, está no fato de as relações terem subsistido mesmo em situações históricas onde a atividade reguladora social exterior e coativa não era aperfeiçoada, ou mesmo, em casos em que não existia esta terceira força incumbida de garantir o cumprimento da norma que estabeleceu. A relação, assim, não é criada nem pela norma nem pela ordem jurídica. Ao contrário do que proclama a teoria normativista, a relação tem como condição de existência apenas a presença de sujeitos portadores de interesses privados e autônomos.

Nesse sentido, Pachukanis considera que o pensamento lógico-formal juspositivista, que prioriza a norma como regra de conduta emanada de uma autoridade, divisando aí a essência do fenômeno jurídico, incorre, no seu formalismo, a um empirismo que o leva a concluir do fato de as relações tuteladas pelo Estado serem aquelas mais garantidas, que a positivação de certa conduta é garantia da natureza jurídica do seu conteúdo. Ou ainda, que está na norma jurídica a essência do direito, desconsiderando o conteúdo das relações sociais que contém em si a essência conformadora do direito.

Nesse contexto, afirma Pachukanis:

¹⁰⁹ Pachukanis argumenta até esse ponto porque, para ele, pode existir atividade social reguladora sem normas: “É preciso notar aqui que uma atividade social reguladora pode igualmente passar sem normas *estabelecidas a priori*. É isso que prova a criação jurisprudencial do direito. A sua importância foi particularmente grande naqueles períodos que não conheceram produção centralizada de leis. Assim, por exemplo, o conceito de uma norma acabada, dada exteriormente, era totalmente estranha aos tribunais da antiga Germânia” (PACHUKANIS, 1988, p. 50).

A jurisprudência dogmática concluiu, portanto, que todos os elementos existentes da relação jurídica, inclusive, também, o próprio sujeito, são gerados pela norma. Na realidade, *a existência de uma economia mercantil e monetária é, naturalmente, a condição fundamental, sem a qual todas estas normas concretas carecem de qualquer sentido*. É unicamente sob esta condição que o sujeito jurídico tem na pessoa do sujeito econômico egoísta um substrato material que não é criado pela lei, mas que ela encontra diante de si. Daí, onde falta este substrato, a relação jurídica correspondente é *a priori* inconcebível. (PACHUKANIS, 1988, p. 54, grifo nosso).

Neste ponto o problema da precedência entre relação e norma é colocado por Pachukanis como um problema de relação entre a superestrutura jurídica e a superestrutura política. Se tomarmos a norma como elemento anterior, é necessária a pressuposição de uma estrutura política que a emita, então, a superestrutura jurídica seria posterior à superestrutura política. Porém, no mesmo caminho das afirmações marxianas em *A sagrada família*, para Pachukanis, é a vida civil, o interesse e a necessidade natural dos indivíduos, enquanto relações de produção e sua expressão jurídica, que constitui o vínculo real entre os membros atomizados da sociedade burguesa; não a vida política, isto é, o Estado. Logo, “a superestrutura política e notadamente a vida política estatal oficial são momentos secundários e derivados” (PASUKANIS, 1989, p. 61). Este ponto de vista vai suscitar algumas críticas à suposta limitação da concepção pachukaniana de Estado, conforme veremos adiante ¹¹⁰.

A concepção de Pachukanis acerca do papel secundário do Estado em conferir juridicidade às relações (e, em última instância, em criar o direito) está em conformidade com a afirmação de Engels e Kautsky em *O socialismo jurídico*, quando atribuem a origem das normas aos fatos econômicos, e não ao poder estatal:

Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social – isto é, por meio da concessão de incentivos e créditos – engendra complicadas relações contratuais recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade – normas jurídicas estabelecidas pelo Estado –, imaginou-se que tais normas não proviessem dos fatos econômicos, mas dos decretos formais do Estado. (ENGELS; KAUTSKY, 2013, p. 18-19).

Assim, Pachukanis critica o dogmatismo jurídico que impõe o intermédio necessário da norma e do Estado entre as relações de produção e a relação jurídica, afirmando que da mesma maneira que é o homem que produz em sociedade o pressuposto e ponto de partida da teoria econômica, o mesmo deveria ser tomado quanto à teoria geral do direito, enquanto esta tem por objeto os conceitos jurídicos fundamentais. Como as relações econômicas em seu movimento real são o alicerce da relação jurídica, aquelas se tornam condição para o

¹¹⁰ Para se inteirar do debate cf. Redhead (2009), p.81-93, bem como Cerroni (1976), p. 70-74. Em defesa de um posicionamento contrário, cf. Naves (2009b) e Naves (2008), capítulo 3.

surgimento desta. É precisamente quando há o desacordo, o antagonismo de interesses, que surge a forma jurídica. É dizer, é no litígio, no processo judicial, que os sujeitos econômicos figuram como partes, e é aí, historicamente, onde o direito começa (PACHUKANIS, 1988, p. 54). O que leva o autor a afirmar que “o tribunal representa, ainda que na sua forma mais primitiva, a superestrutura jurídica por excelência. Pelo processo judicial, o momento jurídico separa-se¹¹¹ do momento econômico e surge como momento autônomo” (PACHUKANIS, 1988, p. 54).

Ao ignorar o processo histórico e assim partir da norma abstrata estatal que se aplica a uma diversidade de matérias na sociedade, – supostamente lhes conferindo uma natureza jurídica –, a dogmática jurídica despreza a materialidade econômica, que é precisamente o momento fundamental das relações jurídicas de compra e venda, de financiamento etc.; e considera como determinante para a constituição do momento jurídico o imperativo advindo do Estado e destinado aos indivíduos. Segundo Pachukanis, esta concepção em nada contribui para o estudo tanto da ordem jurídica positiva quanto das determinações íntimas da forma jurídica, e é precisamente contra o normativismo, que vê no poder estatal o sustentáculo da estrutura jurídica, que ele se coloca.

Não é por outro motivo que Kelsen irá reputar a teoria pachukaniana como “*uma doutrina antinormativa*”¹¹² (KELSEN, 1955, p. 89, tradução nossa) em seu *Teoria comunista do direito* (*The communist theory of law*). Kelsen considera a norma como a premissa tanto da relação jurídica quanto do sujeito de direito, e assim, faz preceder o dever jurídico ao direito subjetivo, já que este estaria condicionado ao direito objetivo (norma), isto é, à existência de determinada conduta enquanto conteúdo de um dever previsto pela ordem jurídica e cuja conduta oposta é pressuposto de uma sanção; da mesma forma, ser sujeito de um poder jurídico significa que certos atos específicos desse indivíduo, de acordo com sua previsão em uma ordem jurídica, fazem produzir ou aplicar normas jurídicas, ou ainda que “determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p. 189). Assim é que para Kelsen, o desnecessário¹¹³ conceito de sujeito jurídico ‘nasceria’ da ordem jurídica positiva, ou, em última instância, do Estado.

¹¹¹ Sobre esta passagem do econômico para o jurídico em Pachukanis cf. a parte final do presente tópico, mais especificamente a partir da crítica feita por Umberto Cerroni (1976).

¹¹² No original, “*an anti-normative doctrine*” (KELSEN, 1955, p. 89). Entretanto, a crítica de Kelsen à construção teórica de Pachukanis será assunto de um capítulo posterior.

¹¹³ Tal afirmação tem como embasamento o seguinte trecho do *Teoria Pura do Direito*: “Os conceitos personalísticos ‘sujeito jurídico’ e ‘órgão jurídico’ não são conceitos necessários para a descrição do Direito. São simplesmente conceitos auxiliares que, como o conceito de direito reflexo, facilitam a exposição. O seu uso somente é admissível quando se tenha consciência deste seu caráter. Revelá-lo é tarefa da Teoria Pura do Direito. Se também ela se serve destes conceitos, fá-lo no sentido aqui estabelecido” (KELSEN, 2006, p. 189).

Importa mencionar ainda que, para Hans Kelsen, em linhas gerais, o conceito de sujeito jurídico na teoria tradicional está estritamente ligado ao conceito de direito subjetivo como titularidade de um direito, independente do direito objetivo positivo, tendo por fim “defender a instituição da propriedade privada” (KELSEN, 2006, p. 191). O autor chega a tal posicionamento ao refutar as teorias tradicionais sobre o direito subjetivo¹¹⁴. É dizer, aquelas de matriz jusnaturalista, em que o direito subjetivo é uma entidade que preexiste à ordem jurídica, cabendo ao direito apenas reconhecê-lo.

Se é verdade que o autor russo também destoa das teorias da jurisprudência tradicional, em que a autodeterminação figura como fundamento do sujeito de direito, cuja existência é eterna, não é menos verdade que sua concepção de sujeito de direito enquanto “átomo da teoria jurídica” e suas consequências diretas se contrapõem à noção kelseniana. De fato, Pachukanis, por outra via, reafirma o papel central do sujeito de direito na sua construção teórica, pois não há relação jurídica sem sujeitos. O sujeito é, pois, o fundamento da forma jurídica, e não a propriedade privada, pois esta necessita, antes de tudo, de sujeitos que a mercantilizem. É nesse sentido que o autor declara que a propriedade só se torna o fundamento da forma jurídica “enquanto livre disponibilidade dos bens no mercado” (PACHUKANIS, 1988, p. 69), quando então o sujeito atua como manifestação de tal liberdade.

Neste ponto a questão do predomínio entre norma e relação jurídica se transmuta na questão das relações recíprocas entre direito objetivo e direito subjetivo, e, em última instância, na questão das relações entre direito público e direito privado.

Desde este ponto de vista, a questão em Kelsen resulta na supressão dos dualismos referidos, conforme é possível inferir a partir das suas premissas já expostas. Ao reduzir o direito subjetivo à norma jurídica, o autor procede igualmente à superação do dualismo entre Estado e direito, pois considera que o Estado como a mera personificação da ordem jurídica¹¹⁵ (KELSEN, 2005, p. XXXI). Dessa forma, identifica o Estado ao direito, numa concepção

Entretanto, as questões relativas ao sujeito jurídico em Kelsen serão melhor abordadas em um capítulo posterior, dedicado ao pensamento jurídico do autor referido.

¹¹⁴ O ataque se dirigia diretamente a Puchta, para quem o homem é sujeito de direito por ser livre e autodeterminado, o que para Kelsen se traduzia em notória contradição. As principais teorias tradicionais sobre a natureza do direito subjetivo são a teoria do interesse (fim) de Jhering, a teoria da vontade de Windscheid e a teoria eclética ou da combinação de Jellinek.

¹¹⁵ As questões ora abordadas, sobre o Estado na teoria geral do direito kelseniana, bem como sobre os dualismos em comento, serão ainda atacadas de forma mais detida em um capítulo posterior, onde trataremos do pensamento jurídico do autor a fim de melhor explicitar a crítica ao positivismo normativista realizada por Pachukanis.

monista. Assim, se todo direito subjetivo só é concebível como decorrente da ordem positiva, e esta ordem é de fato o Estado, não subsiste a divisão entre direito público e direito privado.

A superação destes dualismos, no entanto, é para Pachukanis, somente uma aparência, porquanto a noção de sujeito de direito é novamente reintroduzida, nestas teorias, por vias artificiosas. Isso acontece porque estes dualismos, tão caros às teorias jurídicas burguesas, expressam antagonismos reais, e não são passíveis de serem diluídos por meio de subterfúgios de definição (REICH, 1984, p. 27), sob pena de inconsistência teórica. Assim, o direito subjetivo passa a ser definido por meio do direito objetivo, com base em imperativos e obrigações. Entretanto, ao assim fazê-lo, não é possível apreender o direito subjetivo em sua real significação, em razão da qual o direito subjetivo se manifesta no proprietário de mercadoria (PACHUKANIS, 1988, p. 58). Já que, para Pachukanis, é o direito subjetivo o elemento primordial, ele corresponde, em última análise, a interesses materiais que independem de regulamentação externa da ordem jurídica para existir (PACHUKANIS, 1988, p. 58). Dessa forma, a obrigação existe como contraparte da pretensão jurídica individual. Do ponto de vista da relação jurídica, a obrigação por si não é capaz de explicar o conteúdo lógico do direito¹¹⁶; este só é explicado ao se considerar os dois lados da relação, tanto o portador do direito, quanto aquele que correspondentemente é obrigado por tal direito (PACHUKANIS, 1988, p. 60).

Portanto, é na relação jurídica (e no sujeito de direito) onde a forma jurídica encontra seu movimento real e sua estrutura lógica. A norma, ao contrário, enquanto comando imperativo, sequer caracteriza o direito, uma vez que não constitui exclusividade do jurídico, existindo igualmente no âmbito da moral, da estética etc. Pachukanis considera que o que dota a norma jurídica de caráter jurídico, ou seja, o que diferencia a ordem normativa jurídica das demais é precisamente a característica de pressupor “sujeitos privados isolados” (PACHUKANIS, 1988, p. 61). Ou ainda, “a norma jurídica deve a sua especificidade, que a diferencia da totalidade das demais regras morais, estéticas, utilitárias etc., justamente ao fato de pressupor uma pessoa munida de direitos fazendo valer, através deles, suas pretensões” (PACHUKANIS, 1988, p. 61).

Não é, portanto, a sanção socialmente organizada, – como método utilizado pela ordem jurídica coercitiva para obter o cumprimento da conduta esperada através da ameaça de

¹¹⁶ Pachukanis nos oferece, como exemplo a favor do argumentado, considerar o direito à propriedade como mera proibição contra terceiros: “Se a tentativa para reduzir o direito de propriedade a uma série de *proibições* dirigidas a terceiras pessoas não é mais que um procedimento lógico, uma construção mutilada e deformada, a representação do direito de propriedade burguês como uma obrigação social por sua vez não passa de mera hipocrisia” (PACHUKANIS, 1988, p. 59, grifo do autor).

um ato de coerção em caso de não cumprimento de um mandamento –, o que a diferencia das demais ordens sociais. Desse modo, vê-se que enquanto a sanção é a característica específica da ordem jurídica para a teoria kelseniana; para a concepção pachukaniana, a especificidade da ordem da regulação jurídica reside nos interesses privados contrapostos, isto é, nos sujeitos de direito autônomos, portadores de direitos oponíveis à totalidade da sociedade. O que, de resto, já era de se esperar como consequência de a sua diferenciação entre regra técnica e regra jurídica estar fundada na presença de interesses opostos como característica da última.

Assim, para Pachukanis, o cerne do direito deve ser buscado antes nas relações sociais da sociedade onde a mercadoria é a forma dominante (isto é, a sociedade composta por titulares de interesses privados isolados), que na regulamentação autoritária. De fato, a equalização do direito com a ordem social autoritária advém da tendência¹¹⁷ de se considerar a regulamentação externa como o momento lógico central do fenômeno jurídico (PACHUKANIS, 1988, p. 56-61). Contudo, a submissão a uma autoridade normativa¹¹⁸ nada tem a ver com a forma jurídica, tanto menos quanto mais se exclui qualquer referência a uma vontade autônoma particular (PACHUKANIS, 1988, p. 61-62). É por esse motivo que, para Pachukanis, a teoria do direito público é composta por construções teóricas artificiais, enquanto que o direito privado, sobretudo o direito civil, que lida diretamente com a categoria do direito subjetivo, constitui um sistema mais simples e claro (PACHUKANIS, 1988, p. 63). Tanto que, no âmbito do Estado, os direitos públicos subjetivos só subsistem enquanto reflexos do direito subjetivo na organização política, de outra forma, deixam de ser direito¹¹⁹ (PACHUKANIS, 1988, p. 63).

Em última instância, o problema das referidas dicotomias no seio da teoria geral do direito é tomado como reflexo de um único fenômeno em Marx, qual seja, aquele da separação entre sociedade civil e Estado político (PACHUKANIS, 1988, p. 62). Quanto à dupla dimensão do direito, isto é, a sua separação entre direito subjetivo e direito objetivo, Pachukanis nos informa que se trata, do “problema do homem como indivíduo burguês privado e do homem como cidadão do Estado” (PACHUKANIS, 1988, p. 62), em termos

¹¹⁷ Segundo o autor, tal tendência refletiria o espírito de sua época, onde reinava a política imperialista e os monopólios capitalistas; e assim complementa: “o capital financeiro dá muito mais valor a um poder forte e à disciplina do que ‘aos direitos eternos e intocáveis do homem e do cidadão’” (PACHUKANIS, 1988, p. 61).

¹¹⁸ Para exemplificar esta afirmação, Pachukanis menciona uma ordem militar onde todos estão submetidos a uma ordem na qual prevalece a vontade do comandante como “único princípio ativo e autônomo” (PACHUKANIS, 1988, p. 61); bem como uma suposta ordem jesuíta onde se obedece incondicionalmente a vontade do superior. São ordens em que há a submissão incondicional a uma autoridade normativa, mas não são ordens jurídicas.

¹¹⁹ Para maior esclarecimento sobre este tema, cf. a argumentação presente nas páginas 62 e 63 da *Teoria geral do direito e marxismo* (1988).

filosóficos. Analogamente, em uma dimensão mais concreta, é o mesmo problema da separação entre direito público e direito privado. São esferas que se interpenetram, não sendo possível delimitar seus alcances a não ser abstratamente.

Estas divisões, longe de ser o fruto da imaginação do pensamento jurídico, são produtos do processo histórico. As ditas oposições são características da forma jurídica¹²⁰ na mesma medida em que esta é a característica da sociedade burguesa: a contraposição entre os interesses privados e os interesses gerais destacados daqueles. Nessa contraposição, os interesses sociais se revestem da forma dos interesses individuais, isto é, da forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 63-64). Por tal motivo, a dogmática jurídica, com seus métodos lógico-formais, não é capaz nem de explicar, tampouco de dissolver tais contradições, uma vez que a superação destas pressupõe um tipo de sociabilidade onde não haja oposição entre interesse privado e interesse geral (PACHUKANIS, 1988, p. 64), e, por consequência, onde a forma jurídica e a ideologia jurídica estejam superadas.

Está clara a primazia do direito privado, como o centro de gravidade de todo o direito em Pachukanis. Na arena do direito público, o direito visto como função ou permissão, sem o alicerce do interesse privado que lhe dá sentido, não é direito, e logo se transforma em obrigação, já que, para o autor, todo direito público é simultaneamente obrigação (PACHUKANIS, 1988, p. 65-66). As definições do direito público, que se opõe ao direito privado, logo retornam a este. E as definições centrais do direito privado são as próprias definições fundamentais do direito, que não podem ser encontradas partindo-se do conceito de norma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 65). Partir da norma para elucidar as definições gerais do direito resulta em construções imprecisas e meramente formais, que, aliás, não estão a salvo de contradições (PACHUKANIS, 1988, p. 65).

Cumprе mencionar que para Kelsen, ao contrário, os dualismos entre direito público e direito privado, bem como entre direito subjetivo e direito objetivo, apenas existem por motivos ideológicos, não tendo fundamentação na realidade jurídica¹²¹. Em verdade, Kelsen irá rechaçar toda a crítica empreendida por Pachukanis contra o normativismo, atacando, inclusive, sua distinção entre regra jurídica e regra técnica, a prevalência da relação sobre a norma, bem como a prevalência do direito privado como único direito verdadeiro. Porém, a crítica a Pachukanis realizada por Kelsen é um dos objetos do capítulo posterior.

¹²⁰ No mesmo sentido, cf. “A separação do direito em direito público e direito privado caracteriza esta forma jurídica, tanto do ponto de vista lógico como do ponto de vista histórico” (PACHUKANIS, 1988, p. 65).

¹²¹ Cf. “[...] *esos dualismos y, en particular, el dualismo de derecho público y privado, tienen carácter puramente ideológico y carecen de fundamentación en la realidad jurídica*” (KELSEN, 1957, p. 139).

Na sua tentativa de empreender o estudo da forma jurídica como fenômeno objetivo, Pachukanis acaba por chegar a uma interpretação sociológica do fenômeno jurídico e das categorias gerais que o exprimem, tomando como objeto central da sua ciência materialista as relações sociais, sobretudo aquela que especificamente se reveste da forma jurídica. Daí as críticas necessárias às concepções meramente ideológicas (no sentido de relativas a formas de consciência) do direito e às concepções que tomam a norma como objeto precípua do direito, uma vez que são incapazes de apreender de maneira exaustiva o fenômeno jurídico como forma objetiva, considerando sua inserção na totalidade concreta.

Entretanto, a desconsideração da norma como forma por excelência do direito em Pachukanis, – visível quando da diferenciação entre norma técnica e norma jurídica, por exemplo –, não passa imune a críticas, advindas não só do normativismo. Como Pachukanis rejeita a norma jurídica como aquilo que dá juridicidade às relações, é esperado que busque o caráter de jurídico de maneira intrínseca nas relações que tomam, para o autor, a forma jurídica. Contudo, para alguns autores¹²², Pachukanis não explicaria como se dá esta passagem da relação econômica específica que reflete a forma jurídica para a relação jurídica que lhe é o reflexo, uma vez que não são idênticas. Este será precisamente o ponto de crítica à concepção pachukaniana que se apresentará de maneira mais consistente em Kelsen¹²³, que, continuando nesta linha de argumentação, irá afirmar que Pachukanis não é capaz de responder o que é a forma do direito, sugerindo assim que a sua teoria do direito não se diferencia de uma teoria econômica.

A partir do campo teórico do marxismo, Cerroni igualmente apontará uma insuficiência na teoria de Pachukanis para explicar essa passagem do econômico ao jurídico, uma vez que este não recorre às normas para dotar uma relação de caráter jurídico. Na verdade, para Cerroni, Pachukanis passa ao largo tanto da questão das normas jurídicas quanto de todo o sistema do direito público, o que inclui o próprio Estado político-jurídico. Dessa maneira, concentra toda a sua teoria no sujeito jurídico e na relação jurídica, e assim, “as dificuldades são apenas afastadas, uma vez que uma relação é jurídica e não econômica precisamente por força de uma qualificação normativa” (CERRONI, 1976, p. 72). Logo, Pachukanis não explicitaria de que forma o sujeito econômico se torna sujeito jurídico ou uma relação econômica se torna relação jurídica etc., precisamente porque para tanto, se faria preciso uma qualificação normativa. Nesse caminho argumentativo, Cerroni expõe o motivo

¹²² Neste sentido cf. KELSEN, 1957 ou KELSEN, 1955 e CERRONI, 1976.

¹²³ Para conhecer o debate, cf. as páginas 135 e 136 de KELSEN, 1957. Contudo, esta crítica será melhor esmiuçada no capítulo seguinte.

pelo qual Pachukanis não recorreu às normas jurídicas: “porque, tendo visto que a relação económica não é constituída pelas normas, não viu, no entanto, que ela própria constitui (postula) a norma jurídica” (CERRONI, 1976, p. 73).

Ainda, Norbert Reich, de um ponto de vista materialista, critica a forma “*poco dialéctica*” (1984, p. 27) com que Pachukanis contrapõe relação e norma, o que ficaria visível na concepção da última apenas como um meio de garantir a relação jurídica, desprezando a ambiguidade entre relação e norma, inerente ao direito moderno¹²⁴. Steve Redhead (2009, p. 91) em artigo intitulado *The discrete charm of bourgeois law: a note on Pachukanis*¹²⁵, igualmente, tece críticas à concepção de Estado em Pachukanis conforme apresentada em sua obra de 1924, considerando que nesta ocasião o autor deixou a análise do Estado para segundo plano, não chegando a formular de maneira coerente uma teoria materialista do Estado¹²⁶.

Vê-se que as críticas ora expostas se relacionam diretamente com uma interpretação da questão do Estado em Pachukanis onde aquele é visto fundamentalmente como instrumento criado pela classe dominante, que serve para garantir os interesses daquela mediante o comando de suas normas. Assim considerando, Pachukanis chegaria a uma compreensão que não explica o Estado de direito moderno, ou ainda, não explica o processo lógico e histórico que possibilita que um Estado apartado, meramente político, surja em uma sociedade de mercado atomizada (CERRONI, 1976, p. 70-71). Ainda que sua crítica do Estado tenha ido mais longe que aquelas de Stutchka e Reisner, ao aprofundar-se em reflexões sobre a problemática do Estado para além de considerá-lo ou como forma puramente ideológica ou de forma voluntarista como mero instrumento da classe dominante, quando, por exemplo, afirma que “na medida em que a sociedade representa um mercado, a máquina do Estado estabelece-se, com efeito, como a vontade geral, impessoal, como a autoridade do direito etc” (PACHUKANIS, 1988, p. 97).

Contudo, Naves (2009b, p. 101), em contestação à crítica empreendida por Redhead (2009) no seu artigo já referido, considera que na *Teoria geral do direito e marxismo*, Pachukanis desenvolve a apreensão do Estado de maneira a percebê-lo como um aparato público que aparece como um poder despersonalizado, acima das classes¹²⁷, e que se

¹²⁴ Nesse sentido parecem concordar Reich e Cerroni, cf. Reich (1984), p. 27.

¹²⁵ Ou “O discreto charme do direito burguês: uma nota sobre Pachukanis”, em português.

¹²⁶ Na mesma ocasião, Redhead considera que o fato de Pachukanis ter reformulado sua visão sobre o Estado em sua autocritica de 1930 é prova da insuficiência de sua teoria precedente. Nesse sentido, cf. Redhead (2009), p. 91-92.

¹²⁷ Conforme alertam Naves e Kashiura Júnior (2013, p. 15): “Isto não implica que o poder político sob a forma de Estado tenha efetivamente se colocado ‘acima’ ou ‘fora’ do terreno de luta das classes sociais, mas mostra de

configura em uma necessidade existente somente na sociedade mercantil-capitalista. Desde esse ponto de vista, Pachukanis teria alcançado na sua obra principal uma análise que supera uma noção marxista reducionista e que contraria as críticas ora expostas. Entretanto, a questão do Estado e da sua extinção, juntamente com a da forma jurídica, será tema da seção seguinte.

Por fim, importa argumentar aqui que as impressões de Cerroni e de Reich sobre a articulação entre norma e relação em Pachukanis partem de interpretações equivocadas. Ao afirmar que é a norma jurídica que concede o caráter jurídico a uma relação econômica ou ao sujeito proprietário de mercadoria, Cerroni retoma, ainda que dentro do campo marxista, a posição normativista, dominante na arena jurídica. Assim, deixa de apreender a especificidade da forma jurídica em prol de uma noção universalizante de direito, em última instância, como ordem coercitiva externa – uma forma a-histórica e vazia.

Porém, o que Pachukanis aponta é, precisamente, que não se faz necessária a “subsunção” de uma relação à norma jurídica para que aquela se torne jurídica. Na verdade, a diversidade das relações sociais pode se apresentar como pertencente ao jurídico na medida em que se revestem da forma jurídica, isto é, da forma da relação entre sujeitos de direito. Isto é válido mesmo para as relações sociais que não têm proximidade com a relação de troca mercantil, como, por exemplo, as relações privadas sem caráter econômico e as relações de direito público; também estas relações se revestem da forma jurídica, pois são relações em cujos polos figuram sujeitos de direito equivalentes (KASHIURA JÚNIOR, 2014b, p. 75). Assim, a relação jurídica, enquanto expressão da relação de troca mercantil, encontra sua juridicidade em si mesma¹²⁸. Ainda, conforme afirmam Kashiura Júnior e Naves, “a incidência normativa não pode, por si só, estabelecer a juridicidade de relação social alguma”¹²⁹ (KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2012, p. 217); ao contrário, a norma jurídica, posta pelo legislador, está para a relação jurídica como um momento secundário, como expressão posterior¹³⁰ de uma relação que já é jurídica; como modelo abstraído das relações

modo preciso porque o Estado não pode manifestar-se diretamente como poder privado de uma determinada classe social”.

¹²⁸ Nesse sentido, cf. “Nós constatamos assim que a relação jurídica é diretamente gerada pelas relações materiais de produção existentes entre os homens onde quer que se encontre uma camada primária da superestrutura jurídica. Concluimos daí que não é necessário partir do conceito de norma como lei autoritária externa para analisar a relação jurídica em sua forma mais simples. É suficiente fundamentar a análise numa relação jurídica ‘cujo conteúdo é dado pela própria relação econômica’ e, seguidamente, examinar a forma ‘legal’ dessa relação jurídica como um caso particular.” (PACHUKANIS, 1988, p. 57, grifos nossos).

¹²⁹ Sobre esta questão, Kashiura Júnior afirma categoricamente: “É a forma subjetiva derivada da troca de mercadorias que confere juridicidade a uma relação social, não a incidência de uma norma.” (KASHIURA JÚNIOR, 2014b, p. 75).

¹³⁰ De fato, como afirma Pachukanis, a norma está para a relação jurídica como resultado da dedução de relações sociais já existentes ou como previsão do nascimento de relações que lhe correspondam. Contudo, alerta o autor: “Se certas relações foram efetivamente constituídas, isso significa que nasceu um direito correspondente; porém,

sociais baseadas no modelo fundamental das relações de troca de mercadorias. Ainda sobre o caráter posterior da norma afirma Kashiura Júnior (2009a, p. 72):

Ela [norma jurídica] se manifesta e opera efeitos tão-somente quando a circulação de mercadorias está dada – e, como não poderia deixar de ser, ela se torna a figura central do pensamento jurídico apenas quando a mercadoria e, consequentemente, o sujeito de direito, já venceram todos os obstáculos e se tornaram as formas socialmente dominantes da ordem burguesa.

Com efeito, a condição prévia fundamental da relação jurídica reside no estabelecimento da divisão social do trabalho¹³¹ e o consequentemente surgimento de sujeitos econômicos que realizam o ato de troca. É dizer, a relação jurídica e estes fatos que constituem sua condição não têm origem nos imperativos do Estado, ainda que a questão da mediação concreta das relações jurídicas seja um assunto concernente ao poder estatal e suas normas (PACHUKANIS, 2009, p. 148).

Pachukanis nos oferece várias reflexões neste sentido, isto é, do caráter posterior da norma jurídica (e do Estado) em sua articulação com a relação jurídica. Isto acontece, por exemplo, quando afirma que o conceito de lei está adstrito a um estágio de desenvolvimento em que os momentos fundamentais da forma jurídica já estão realizados (uma vez que a separação entre esfera pública e civil já está consolidada), por isso não é preciso partir do conceito de lei para chegar-se às definições fundamentais do direito (PACHUKANIS, 1988, p. 12); bem como quando aponta o erro na noção de que o sujeito jurídico e a relação jurídica não existem sem a norma jurídica, se utilizando para tanto da analogia com a economia política, ao colocar esta noção equivocada em pé de igualdade com aquela outra noção equivocada que considera que o valor não existe sem a lei da oferta e da procura, o que significa tomar por primário o que não passa de manifestação empírica (PACHUKANIS, 1988, p. 51).

se uma lei ou um decreto foram apenas promulgados sem que na prática tivesse surgido qualquer relação correspondente, então isso significa que foi feita uma tentativa fracassada para criar um direito. Este ponto de vista de modo nenhum tem seu equivalente na negação da vontade de classe como fator de evolução ou na renúncia à intervenção consciente enquanto evolui o desenvolvimento social ou ainda no "economismo", no fatalismo e em outras coisas abomináveis." (PACHUKANIS, 1988, p. 49).

¹³¹ A divisão social do trabalho – afirma Marx – “é a condição de existência da produção de mercadorias” (MARX, 2006, p. 24). A troca tem como pressuposto a divisão social do trabalho (MARX, 2011, p. 75). Como a divisão social do trabalho pressupõe a propriedade dos meios de produção dividida entre muitos produtores de mercadorias independentes entre si (MARX, 2015, p. 429), é através das relações de troca que os produtos de trabalhos privados autônomos e independentes se relacionam como mercadorias (MARX, 2006, p. 24). Assim, é na esfera da circulação mercantil, através da mediação de um equivalente geral, que o trabalho realiza seu aspecto social, pois na esfera da produção, executada entre unidades autônomas e independentes, o trabalho afirma seu caráter privado.

Essas intuições e suas implicações subjacentes nos parecem suficientes para vislumbrar o desenvolvimento de uma aproximação dialética da norma jurídica, tendo por fio condutor o processo pelo qual Pachukanis partiu do sujeito de direito para explicar, dialeticamente, categorias mais complexas, notadamente a relação jurídica e o Estado (KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2012, p. 217). Ainda que não seja de todo possível afastar a acusação vagamente formulada por Reich, que reputou como “pouco dialética” a análise da relação entre relação jurídica e norma em Pachukanis. Em parte isto se explica pelo que expõe o autor no prefácio da sua obra de 1924, quando elucida que esta não deve ser lida como um manual, sendo antes um ensaio para fins de esclarecimento pessoal:

De onde a abstração e a forma concisa e mesmo assim apenas esboço de exposição; de onde também o seu aspecto unilateral que se deve inevitavelmente à concentração da atenção sobre determinados aspectos do problema que se revelam essenciais. Todas estas particularidades demonstram que este livro não pode de modo algum servir de manual. (PACHUKANIS, 1988, p. 7)

Trata-se, portanto, de uma obra incompleta. Contudo, este esforço iniciado por Pachukanis, de apreender o direito como totalidade concreta, já oferece diversos apontamentos sobre continuidades da reprodução dialética das categorias jurídicas na teoria. Nesse contexto, é possível retomar a explicitação dialética das categorias jurídicas fundamentais a partir do ponto até o qual Pachukanis nos legou, isto é, o Estado, e a partir daí continuar o desdobramento até a norma jurídica e além dela. Isto é precisamente o que propõe Kashiura Júnior:

É possível propor que do Estado se avance para a forma completamente desenvolvida da norma jurídica, desta para o direito como conjunto de normas e daí por diante, de modo a dar conta do fenômeno jurídico tal como se apresenta em toda a sua complexidade na sociedade capitalista avançada (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 75).

Assim, a densidade teórica da obra de Pachukanis – juntamente com a própria obra de Marx e Engels –, com seus profundos nexos causais e vínculos nem sempre explicitados, provêm diversas intuições profundas que servem como chave para propor esta continuidade da apreensão do direito, em toda a sua complexidade moderna, como totalidade concreta.

2.2 Estado, sociedade de transição e extinção da forma jurídica

Após a análise da relação jurídica em Pachukanis, é possível ter presente que assim como a norma não é aquilo que dota certa relação social de juridicidade, tampouco o Estado

constitui uma condição *sine qua non* do direito. Assim, a explicitação da forma jurídica não pode começar pelo Estado; ao contrário, o Estado somente pode ser explicado a partir das mediações do sujeito de direito e da relação jurídica (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 72). De fato, o Estado surge apenas em um estágio posterior, quando a relação de troca já é um fenômeno generalizado. Assim, Pachukanis afirma que

[...] quando nos apresentamos a relação jurídica como uma relação organizada e bem disciplinada, identificando deste modo o direito com a ordem jurídica, esquece-se de que, na realidade, a ordem nada mais é senão uma tendência e o resultado final (ainda por cima imperfeito), e nunca o ponto de partida e a condição da relação jurídica. O próprio estado de paz, que ao pensamento jurídico abstrato parece ser contínuo e uniforme, de modo algum existia, como tal, nos primórdios do desenvolvimento do direito. (PACHUKANIS, 1988, p. 91)

Esta afirmação confirma o caráter posterior do Estado e do direito como ordem normativa já comentado anteriormente. Com efeito, o Estado não é condição da relação jurídica e assim, não é condição da forma jurídica. A relação de troca de mercadorias, em um período inicial, não depende da existência do Estado em seu papel de manutenção da ordem social. Somente com a universalização da circulação de mercadorias, quando a troca se torna um fenômeno regular e generalizado, é que se faz preciso um órgão que preserve a ordem. Originalmente, o descumprimento do acordo firmado entre as vontades dos proprietários de mercadorias se dá apenas de forma acidental, o que leva Pachukanis a afirmar que a relação jurídica não requer, por sua própria natureza, um Estado como fiador da paz (PACHUKANIS, 1988, p. 90). É somente quando a generalidade das relações sociais toma a forma da relação de troca entre as livres vontades de proprietários abstratos que se faz necessária à manutenção da ordem um poder localizado, ao menos em sua aparência, externamente e acima de tais relações. Este poder autônomo, que surge como uma terceira parte, personifica as garantias que os proprietários de mercadorias dão uns aos outros, e ao fazê-lo, se eleva ao posto de guardião das regras das relações mercantis. Em outras palavras, a evolução das relações do comércio exige meios de garantir a propriedade e a segurança, o que requer a atuação dos tribunais, da polícia etc., isto é, instituições que compõem o aparelho estatal.

Neste estágio de desenvolvimento econômico impera a liberdade, enquanto condição para a circulação de mercadorias, uma vez que as trocas se realizam pela livre vontade dos sujeitos de direito, sem que atue qualquer autoridade coatora¹³². Assim, a dominação ou

¹³² Cf. “Para o mercado, os proprietários de mercadorias que participam na troca significam o fato primário, enquanto a ordem autoritária é qualquer coisa de derivado, de secundário, qualquer coisa que se soma do exterior aos proprietários de mercadorias existentes.” (PACHUKANIS, 1988, p. 98).

subordinação de um homem a outro não mais se dá de maneira direta, não sendo permitido aos homens o uso direto da violência. Todas as coisas passam a ser negociadas por meio da troca voluntária de mercadorias, e neste passo, todas as coisas – inclusive a força de trabalho humana – tomam a forma de mercadoria, como produto do trabalho humano. Ao contrário do escravo que se encontra em uma relação de total subordinação com seu senhor, o trabalhador assalariado, como já visto, é livre para vender sua força de trabalho no mercado para quem a queira comprar. Assim, a exploração capitalista se dá por meio da circulação de mercadorias, ou seja, por meio do direito e do Estado¹³³, de maneira diversa da exploração nas relações patriarcais e feudais, que prescindia de qualquer intermediação jurídica. Portanto, neste estágio em que a troca é a forma universal das relações sociais, o uso da violência desaparece da esfera do mercado para se concentrar somente na esfera pública, onde unicamente o Estado tem a prerrogativa de exercê-la. Assim, a violência é identificada com o poder político e o Estado surge como expressão do bem comum, cuja função é fazer valer os acordos firmados voluntariamente e, por consequência, viabilizar a reprodução do modo de produção capitalista.

O poder nas relações patriarcais e feudais era caracterizado por um elemento teológico e não pelo elemento jurídico: o poder somente passa a ser interpretado juridicamente com o desenvolvimento do comércio e da economia monetária (PACHUKANIS, 1988, p. 92). Desenvolvendo esta afirmação, Pachukanis conclui que “apenas tais formas econômicas criam a oposição entre a vida pública e a vida privada que, com o tempo, reveste um caráter ‘eterno’ e ‘natural’ e que constitui o fundamento de toda a teoria jurídica do poder” (PACHUKANIS, 1988, p. 92). Isto é, é apenas com o desenvolvimento do comércio e da economia monetária que o Estado surge em sua acepção moderna¹³⁴, o que se dá no momento em que se estabelece

¹³³ Nesse sentido, cf. “À medida que a relação de exploração se realiza formalmente como relação entre dois proprietários de mercadorias “independentes” e “iguais” dos quais um, o proletário, vende a sua força de trabalho, e outro, o capitalista, a compra, o poder político de classe pode revestir-se da forma de um poder público” (PACHUKANIS, 1988, p. 96).

¹³⁴ O Estado moderno em sua forma mais desenvolvida surge com a separação entre Estado e sociedade civil, embora tenham existido outras formas de autoridade política organizada ao longo da história. Assim, as formas precedentes de organização do poder político fazem parte da pré-história do Estado, não da sua história (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 73). O mesmo se dá com o direito: as formas menos desenvolvidas da forma jurídica, anteriores ao seu desenvolvimento e complexificação máximos que se dá no auge da sociedade burguesa, igualmente, fazem parte da pré-história do direito. Aqui se faz importante mencionar um desenvolvimento recente dos estudos de Márcio Bilharinho Naves acerca do debate entre direito e marxismo. Em *A questão do direito em Marx*, Naves afirma que o direito em Marx (e em Pachukanis) é “a forma da equivalência subjetiva autônoma” (NAVES, 2014, p. 87, grifo do autor), o que somente é possível como resultado do processo de subsunção real do trabalho ao capital, que traz o estabelecimento de fato do modo de produção especificamente capitalista. Assim, diante deste entendimento, não se pode falar em formas jurídicas pré-burguesas. Para acompanhar este debate cf. NAVES, 2014, p. 86-89, bem como as p. 68-80 do mesmo livro, sobre a impossibilidade de um direito romano, uma vez que a “equivalência subjetiva real” só se realiza objetivamente nas condições ensejadas pelo modo de produção especificamente capitalista.

a cisão entre esfera pública e esfera privada¹³⁵ – em outras palavras, a divisão entre Estado e sociedade civil, característica da sociedade burguesa. Nesse sentido, afirma Pachukanis:

O domínio de fato assume um pronunciado caráter de direito público desde que, ao lado e independentemente dele, surgem relações que estão ligadas ao ato de troca, isto é, relações privadas por excelência. Na medida em que a autoridade aparece como o fiador destas relações, impõe-se como autoridade social, um poder público, que representa o interesse impessoal da ordem. (PACHUKANIS, 1988, p. 92-93)

Assim, com a separação entre o público e o privado, o Estado ascende como autoridade pública, enquanto representação do interesse impessoal da ordem, ou ainda, do bem comum. Esta representação do Estado é absolutamente adequada à dominação de classe na sociedade burguesa, que não pode se dar, como vimos, de maneira direta. É nesse sentido que o domínio de fato se reveste de um caráter público e impessoal. Dessa maneira, o Estado não aparece como porta-voz dos interesses de nenhuma das classes, mas antes como portador de uma vontade geral localizada acima e à parte dos interesses classistas. Nesse contexto, o Estado moderno burguês se apresenta como incumbido de manter a ordem pública e a observância das normas jurídicas que produz; e neste exercício, faz com que a coerção estatal apareça como realização de uma vontade impessoal e abstrata e não como um ato de dominação de uma classe por outra (NAVES, 2008, p. 80).

Com efeito, Pachukanis esclarece que a coação, enquanto imposição fundada na violência de um indivíduo sobre outro indivíduo, se contrapõe às premissas que fundamentam as relações de troca entre proprietários, onde é a vontade autônoma dos sujeitos que realiza o processo do valor (PACHUKANIS, 1988, p. 98). É por este motivo que a coação não pode se dar na esfera privada, na relação entre proprietários, uma vez que isto significaria a subordinação de um sujeito de direito a outro. Assim, a coação se apresenta de maneira velada, como proveniente de uma pessoa abstrata e coletiva, cuja vontade expressa o interesse comum de todos aqueles que tomam parte nas relações jurídicas; e jamais o interesse individual. Nesse sentido, é no âmbito público que a coação se dá. O poder estatal é expresso como poder do direito, como a simples execução de uma norma objetiva e abstrata; ocultando, na realidade, tratar-se da expressão do poder de um homem contra outro (PACHUKANIS, 1988, p. 98).

¹³⁵ Pachukanis recorre em dois momentos distintos (No seu *Teoria geral do direito e marxismo*, à p. 12 da edição da Acadêmica, bem como no texto *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*, à p. 148) à citação de um trecho de *Sobre a questão judaica* para ilustrar a sua concepção ao tratar da questão do Estado: “A constituição do Estado político e a dissolução da sociedade burguesa nos indivíduos independentes – cuja relação é baseada no direito, assim como a relação do homem que vivia no estamento e na guilda era baseada no privilégio – se efetiva em um só e mesmo ato.” (MARX, 2010, p. 53, grifos do autor).

Desse modo, todo conflito de classe fica restrito à esfera privada, onde os interesses particulares se manifestam; em oposição à esfera pública, onde reina o interesse geral, de sorte que, justamente por ser a expressão de interesses impessoais e não de interesses privados, toda manifestação de classe resta excluída da esfera estatal pela ideologia jurídica¹³⁶. Nesse contexto, sendo o Estado o âmbito da política (dos interesses gerais) e a sociedade civil o âmbito dos interesses particulares das relações mercantis, os indivíduos somente podem atuar no âmbito público na medida em que se despem das suas circunstâncias concretas, isto é, da sua condição de classe, já que tal condição não pode ser reconhecida pelo Estado (NAVES, 2008, p. 82). Ao contrário, no âmbito político, todos os homens integram um mesmo estatuto: aquele de cidadão. A pertença a uma comunidade política engendra o reconhecimento de uma igualdade básica entre os homens, o que só pode se dar com a desconsideração das desigualdades econômicas entre eles. É nesse sentido que Marshall (2007, p. 22, tradução nossa), tratando da cidadania, afirma ser esta “o arquiteto de uma desigualdade social legitimada”¹³⁷, enquanto propulsora de uma igualdade formal que invisibiliza as desigualdades de classe.

Esta representação do indivíduo como cidadão corresponde à representação do indivíduo como sujeito de direito, portador das determinações da liberdade, da igualdade e da propriedade. Como o Estado somente reconhece o indivíduo na condição de cidadão, isto é, desprovido da sua condição de classe, os interesses contrários provenientes da sociedade civil irão se expressar na esfera estatal sob a forma de interesse geral. Isto porque, por estarem circunscritos à esfera estatal, têm necessariamente de negar esta determinação específica (NAVES, 2008, p. 83). Sobre este movimento de passagem da sociedade civil para o Estado que vincula, por meio da ideologia jurídica, estas duas esferas, Naves (2008, p. 83-84) comenta que “tudo se passa, portanto, como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a própria contradição, se erigindo em lugar da não contradição, onde se realiza o ‘bem comum’”.

Entretanto, trata-se de uma contradição insolúvel, que não é capaz de ser resolvida pelo poder estatal. A superação da contradição entre as classes pressupõe a superação da própria sociabilidade capitalista e de suas formas inerentes, dentre as quais o Estado. Tal superação só virá com um novo modo de organizar a produção: aquele baseado na existência

¹³⁶ Conforme esclarece Naves (2008, p. 85): “[...] o terreno da política é reservado à manifestação dos cidadãos na esfera do Estado, ao passo que a classe operária como tal ‘pertence’ à esfera da sociedade civil, e, portanto, não pode intervir politicamente na condição de classe”.

¹³⁷ No original: “[...] *la sociedad actual acepta aún esa compactibilidad* [entre igualdade formal e as desigualdades de classe], *hasta el punto de que la propia ciudadanía se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legitimada.*” (MARSHALL, 2007, p. 21-22).

de produtores iguais trabalhando de maneira associada¹³⁸. Nesse sentido, a representação do Estado em Pachukanis está de acordo com aquela de Engels que, após análise histórica da forma estatal, afirma:

O Estado não é pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é "a realidade da ideia moral", nem "a imagem e a realidade da razão", como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devam e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado. (ENGELS, 1984, p. 191)¹³⁹

O Estado surge, de forma paralela à esfera do mercado, em uma sociedade que organiza seu modo de produção e de circulação de uma maneira tal que pressupõe a divisão social do trabalho e a propriedade privada¹⁴⁰. O Estado é então o produto desta sociedade,

¹³⁸ Cf. “A sociedade, reorganizando de uma forma nova a produção, na base de uma associação livre de produtores iguais, mandará toda a máquina do Estado para o lugar que lhe há de corresponder: o museu de antiguidades, ao lado da roca de fiar e do machado de bronze” (ENGELS, 1984, p. 196).

¹³⁹ Embora Pachukanis critique esta passagem da obra de Engels, bem como outra passagem seguinte onde se diz, em linhas gerais, que o poder do Estado deve cair nas mãos da classe mais forte, que através dele se tornaria classe politicamente dominante (cf. nota 141, onde consta a citação deste trecho de Engels). Para Pachukanis, Engels não foi claro, pois essas duas citações em conjunto “deixa supor que o poder de Estado não nasce como uma força de classe, mas como algo situado acima das classes, que salva a sociedade da segregação e que só se torna objeto de usurpação após um golpe” (PASUKANIS, 1989, p. 114). Em seguida, Pachukanis afirma que sequer Engels concordaria com esta interpretação de suas palavras, pois ela não condiz com a realidade histórica e contradiz o fato de que o Estado é produto da classe dominante; porém continua com a acusação de que se trata de uma passagem pouco clara. Outro ponto obscuro, para Pachukanis, é em seguida atacado: a afirmação engelsiana de que o Estado surge para que os antagonismos de classe não consumam a sociedade é entendida por Pachukanis como a afirmação de que o Estado só surge porque não é possível que uma classe obtenha vitória decisiva sobre outra. Dessa premissa Pachukanis conclui que ou o Estado de fato seria o causador de equilíbrio e seria de fato um poder localizado acima das classes, o que, nas palavras de Pachukanis, “não podemos admitir” (PASUKANIS, 1989, p. 114); ou Estado é produto da vitória decisiva de uma classes, e assim se tornaria desnecessário. Acreditamos, contudo, que essa controvérsia surge de uma interpretação equivocada desse trecho da obra de Engels: na realidade, Engels não quer dizer, naquela passagem, que o Estado surge para apaziguar as classes ou de outra forma a sociedade se aniquilaria. O que Engels diz é que o Estado é produto de uma sociedade que se encontra cindida em classes de maneira irremediável. Portanto, ao fim e ao cabo, a concepção de Estado em Pachukanis é condizente com a de Engels, que coloca o Estado como órgão apenas aparentemente acima das classes e que tampouco considera o Estado como um aparato de conciliação de classes. Na verdade, conforme já aventado, a citação de Engels significa que o Estado é a expressão da contradição irremediável das classes, não um conciliador das classes, e que apenas de forma aparente se coloca acima delas, como um poder de classe que se apresenta como poder público impessoal, conforme a interpretação apresentada por Lenin (1988) em *O Estado e a revolução*, que pode ser vista adiante. Para acompanhar esta discussão em Pachukanis cf. a p. 114 e seguintes da edição da Renovar de 1989 ou a p. 94 e seguintes da edição da Acadêmica de 1988.

¹⁴⁰ Em uma tal sociedade o trabalho privado individual só se depara com seu caráter social nas relações de troca, o que já pressupõe a existência de um equivalente geral etc., é nesse sentido que Pachukanis afirma que nesta sociedade já existe a divisão entre esferas pública e privada e assim a possibilidade de surgimento de um poder político que se opõe ao poder puramente econômico: “Numa sociedade onde existe dinheiro, e onde, por conseguinte, o trabalho privado individual só se torna trabalho social pela mediação de um equivalente geral, encontram-se já estabelecidas as condições de uma forma jurídica com as suas oposições entre o subjetivo e o

emergindo em certo estágio histórico como manifestação do caráter inconciliável da contradição de classes, e que apenas de forma aparente se coloca como um poder acima da sociedade. Conforme aponta Lenin (1988, p. 226), o trecho retirado da obra de Engels não quer dizer que o Estado seja, de modo algum, um aparelho de conciliação entre as classes. Antes, significa que o Estado somente pôde surgir porque a conciliação entre as classes é impossível. Assim, recorrendo a Marx e Engels, Lenin (1988, p. 226) afirma ser o Estado um aparato de opressão legítima¹⁴¹ de uma classe por outra através da moderação do conflito de classes. Para Lenin (1988, p. 226) esta moderação não significa conciliação, mas antes a retirada às classes oprimidas de certos meios de luta contra os opressores¹⁴², na medida em que despolitiza a luta de classes.

Como visto, a dominação que se dá através do Estado moderno representativo produz a equalização política dos indivíduos tornados cidadãos. É precisamente através do voto, da participação equitativa na esfera política, que se dá a ligação que enseja a passagem da sociedade civil ao Estado. Este processo de participação nas decisões da esfera política engendra, nas palavras de Naves (2008, p. 84), uma “circulação de vontades políticas”. Como estas vontades advindas dos cidadãos estão todas equiparadas e esterilizadas de determinações provenientes da sociedade civil, é possível afirmar, nessa linha de argumentação, que o processo de representação jurídica do Estado se assemelha ao processo de realização do valor de troca que se dá na esfera da circulação, palco da atuação do sujeito de direito (NAVES, 2008, p. 84). É dizer, a ideologia do sujeito de direito é análoga à ideologia do cidadão.

objetivo. É, pois, somente numa tal sociedade que se abre a possibilidade de o poder político se opor ao poder puramente econômico, o qual se revela, o mais distintamente, sob a forma do poder do dinheiro. Ao mesmo tempo a forma da lei torna-se igualmente possível” (PACHUKANIS, 1988, p. 11-12).

¹⁴¹ Cf. “Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é, por regra geral, o *Estado da classe mais poderosa*, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, *se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida*. [...] o moderno Estado representativo é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado.” (ENGELS, 1984, p. 193-194, grifos nossos).

¹⁴² Nesse trecho Naves (2008, p. 85) exemplifica uma das formas pelas quais a atuação do Estado retira da classe trabalhadora todo o seu potencial de luta: “A operação que o direito promove, transformando o homem em cidadão, torna os trabalhadores desprovidos de sua condição de membros de uma classe, impossibilitando-os como classe de perceber e de lutar por seus interesses estratégicos – a destruição do Estado burguês e a revolucionarização das relações de produção capitalistas – tornando-os prisioneiros da ideologia jurídica e da política de classe burguesa, fazendo com que reproduzam as formas políticas de sua própria dominação”. É nesse sentido que se dá a afirmação de Lenin quando deixa claro que a ordem que o Estado estabelece é a opressão de uma classe por outra classe, e que quando o Estado “modera o conflito”, ele o faz retirando das classes oprimidas certos meios de luta. Lenin (1988, p. 226-227) se coloca veementemente contra certa interpretação deturpada do marxismo feita por ideólogos burgueses (a quem Lenin também chama de “pequeno-burgueses” e “filisteus”) que consideram que Engels, na passagem citada acima, coloca o Estado como órgão conciliador das classes e assim defendem a democracia burguesa.

Fica claro que é a partir do terreno do mercado que se pode desvelar o surgimento das formas políticas burguesas e assim compreender o Estado¹⁴³. Conforme visto, a dominação de fato só toma a forma de um poder público despersonalizado na medida em que surge, paralelamente e independente dele, a esfera de circulação de mercadorias. Não é por outro motivo que Pachukanis irá afirmar que é justamente no papel de fiador da circulação que o Estado encontrará sua máxima expressão jurídica:

A autoridade como fiador da troca mercantil em contrapartida, não só pode exprimir-se na linguagem do direito, mas revelar-se ela própria, também, como direito e somente como direito, ou seja, confundir-se totalmente com a norma abstrata objetiva. (PACHUKANIS, 1988, p. 93)

É nesse papel que o Estado encontra o substrato material que lhe fornece sentido jurídico, e, portanto, é capaz de se expressar juridicamente. Em sentido contrário, o Estado quando incumbido de outros papéis, como, por exemplo, a tarefa de travar guerras externas ou a organização do domínio de classe, não pode ser compreendido juridicamente, pois nesta arena impera a razão de Estado (PACHUKANIS, 1988, p. 93), isto é, o Estado atua por meio de forças extra-jurídicas¹⁴⁴. Por este motivo, o autor acredita ser inadequada uma teoria jurídica do Estado que o apreenda em suas múltiplas funções, a não ser que o faça não como uma descrição fiel de todos os seus aspectos, mas apenas como reprodução deformada da realidade. Igualmente, importa notar que a dominação de classe excede a esfera estatal¹⁴⁵,

¹⁴³ É por este caminho que Pachukanis irá responder à questão que ele próprio coloca sobre por quê o Estado surge como forma de um domínio estatal oficial, como um poder público impessoal separado da sociedade: “por que é que o domínio da classe não se mantém naquilo que é, a saber, a subordinação de uma parte da população a outra? Por que é que ele reveste a forma de um domínio estatal oficial ou, o que significa o mesmo, por que é que o aparelho de coação estatal não se impõe como aparelho privado da classe dominante, por que é que ele se separa desta última e reveste a forma de um aparelho de poder público impessoal, deslocado da sociedade?” (PACHUKANIS, 1988, p. 93). Este estimulante questionamento de Pachukanis é ponto de partida de toda uma concepção teórica conhecida como teoria derivacionista do Estado. Esta teoria, na trilha da teoria pachukaniana, deriva a forma do Estado da própria natureza da produção mercantil capitalista. Holloway e Picciotto (1978, p. 2) informam que este debate teve seu início na Alemanha, no final da década de 1960, dentro dos círculos marxistas, como “derivação do Estado” (*Staatsableitung*), em um contexto de renascimento do interesse de construção de uma teoria materialista do Estado a partir das categorias desenvolvidas por Marx. De maneira geral, esta teoria deriva a forma do Estado das relações de produção capitalistas como o ponto de partida para a construção de uma teoria materialista do Estado e do seu desenvolvimento na sociedade burguesa (HOLLOWAY; PICCIOTTO, 1978, p. 2). Este é o ponto de confluência das teorias ditas derivacionistas. Para conhecer melhor o debate derivacionista cf. HOLLOWAY; PICCIOTTO, 1978, onde há, dentre outros textos sobre o tema, um ensaio de autoria de Joachim Hirsch, um dos mais proeminentes teóricos da derivação do Estado. No Brasil, Alysson Mascaro, autor de *Estado e forma política*, também aprofunda este debate.

¹⁴⁴ Nesse sentido, cf. “Ao concentrar a atenção na onipotência do Estado na esfera da criação e sustentação da forma jurídica (as leis gerais obrigatórias, a força da decisão judicial, a firme execução das sentenças, etc.), os juristas positivistas, consciente ou inconscientemente, dissimulam a força extra-judicial, extra-jurídica e extra-legal do Estado, que se orienta para a defesa da dominação de classe por todos os meios estranhos a qualquer forma jurídica.” (PACHUKANIS, 2009, p. 148).

¹⁴⁵ Cf. “O domínio de classe, seja na sua forma organizada ou inorganizada, tem um âmbito bem mais extenso do que o setor que se pode designar como sendo a esfera oficial do domínio do poder de Estado. O domínio da

existindo também em formas mais diretas e imediatas (que não têm expressão jurídica oficial) que esta forma de dominação mediata que se mostra como poder oficial do Estado, como poder destacado da sociedade (PACHUKANIS, 1988, p. 93). Assim, tanto a dominação de classe perpassa mas excede a esfera estatal, como a atuação estatal perpassa mas excede a apreensão jurídica.

Após esta breve análise das determinações históricas do Estado, tornou-se possível apreender de onde advém o caráter secundário e posterior do Estado com respeito à relação jurídica e à própria forma jurídica. Retomando a citação pachukaniana acima, é preciso afirmar que o Estado somente pôde ser, no decurso do seu desenvolvimento histórico, primeiramente aproximado e posteriormente totalmente identificado com a norma jurídica objetiva porque a forma do direito já existia (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 73). É somente quando o Estado e o direito passam a ser formas plenamente desenvolvidas e tornadas autônomas que se dá a identificação do Estado e do direito, pela qual o Estado é fonte de todo direito e somente se expressa pela linguagem jurídica (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 74).

É após este estágio que o pensamento jurídico passa a identificar o direito na norma e não na relação, isto é, que o direito passa a ser visto como sistema normativo resguardado por um poder organizado. O foco é então retirado da vontade livre para a segurança (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 74). Para o pensamento burguês, que vê na produção mercantil a condição natural e eterna de toda a sociedade (PACHUKANIS, 1988, p. 98), tanto o Estado visto simplesmente como autoridade política organizada, quanto o direito visto simplesmente como sistema normativo garantido pelo Estado, aparecem como aspectos pertencentes a todas as sociedades.

As teorias jurídicas do Estado tradicionais passam alheias ao fundamento real da organização do Estado e às lutas entre forças políticas que a condicionam. O Estado tomado como poder político autônomo, a partir do ponto de vista jurídico, não permite evidenciar os interesses privados e de classe que atuam sob o manto estatal. Kelsen também irá criticar as teorias tradicionais do direito e do Estado, mas por outro motivo: Kelsen considera que a separação entre direito e Estado tem uma função meramente ideológica, que é a legitimação do Estado pelo direito. Negando também este dualismo, o autor irá identificar a forma do

burguesia exprime-se tanto na dependência do governo frente aos bancos e aos grupos capitalistas, como na dependência de cada trabalhador particular frente à entidade que o emprega e, por fim, no fato de o pessoal do aparelho do Estado estar intimamente unido à classe dominante. Todos estes inumeráveis fatos não têm qualquer espécie de expressão jurídica oficial, muito embora no seu significado coincidam completamente com os fatos que tenham bastante expressão jurídica oficial, tais como, por exemplo, a subordinação dos mesmos operários às leis do Estado burguês, às ordens e decretos dos seus organismos, aos julgamentos dos seus tribunais etc. Ao lado do domínio de classe, direto e imediato, nasce um domínio mediato, refletido sob a forma do poder do Estado oficial enquanto poder particular, separado da sociedade.” (PACHUKANIS, 1988, p. 93-94).

Estado à forma do direito, considerando que o Estado só é cientificamente apreendido, isto é, de maneira isenta de elementos ideológicos, se for considerado como ordem jurídica. Iremos desenvolver estas afirmações de maneira mais aprofundada no próximo capítulo. Para o momento é oportuno mencionar a crítica que Pachukanis lança à concepção de Estado em Kelsen: Pachukanis afirma que ao considerar o Estado como ordem normativa Kelsen retira do Estado toda a sua materialidade e o coloca no nível do puro pensamento. Concluindo, de forma irônica, que “tal imaterialidade do objeto da teoria jurídica do direito público deve, com certeza, escandalizar os juristas práticos” (PACHUKANIS, 1988, p. 101). Afinal, o Estado, mesmo apreendido sob lentes puramente jurídicas, está ligado a uma realidade bastante concreta: a estrutura estatal, com seus órgãos e seus servidores públicos (PACHUKANIS, 1988, p. 102).

Retomando a concepção de Estado em Pachukanis, fica claro que direito e Estado são coisas distintas: o Estado só surge em um estágio em que a forma jurídica já está bastante desenvolvida e em que há a separação entre esferas pública e privada. Neste estágio se torna possível a ideia comum de identificação do direito à lei, com o Estado ocupando o posto de criador de todo o direito. Fica igualmente claro que a forma do Estado, assim como a forma jurídica, são fenômenos intrinsecamente capitalistas – formas sociais necessárias à reprodução das relações capitalistas. Desse modo, o Estado é, estruturalmente, um aparelho de poder de classe. Assim, a emancipação da classe oprimida só seria possível por meio da revolução proletária, que levaria à destruição do Estado burguês e do direito que este protege (LÉNINE, 1988, p. 227; PACHUKANIS, 2009, p. 144). O princípio marxista da extinção do direito era um problema persistente no contexto pós-Revolução de 1917, contexto no qual Pachukanis formulava sua crítica marxista do direito.

Passaremos a algumas considerações acerca da extinção da forma jurídica em Pachukanis, tendo em vista a importância desta questão para esclarecer a relação entre a forma do direito e a forma mercantil. Como afirma Naves (2008, p. 87), é a partir da maneira como Pachukanis relaciona a forma jurídica e o socialismo que a sua análise do direito adquire um sentido acabado, teórica e politicamente. Trata-se, contudo, de uma formulação complexa da relação entre direito e socialismo, que tomou lugar não apenas no seu livro de 1924, como em artigos subsequentes escritos entre 1925 e 1930 (NAVES, 2008, p. 88); de forma que excede o propósito do presente trabalho examinar esta questão de maneira pormenorizada¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Para um estudo expressivo da relação entre socialismo e forma jurídica em Pachukanis remetemos ao capítulo 4 do livro *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*, de autoria de Naves (2008).

Como já comentado, Pachukanis se opunha à formulação de um direito “socialista” ou “proletário”, como um direito que surgiria em uma sociedade de transição, sendo este um dos principais pontos de divergência com a teoria de Stutchka. De fato, para Stutchka a época de transição se caracterizava por uma forma de Estado específica e também por um ordenamento social específico, um direito de transição, ao qual denominou direito proletário ou soviético (STUCKA, 1988, p. 38). Para Pachukanis, ao contrário, a construção de um direito proletário se mostrava uma atitude conservadora (NAVES, 2008, p. 100), que ao desconsiderar os condicionamentos históricos da forma jurídica, tenderia a chancelar a sua eternização. Nesse sentido, Pachukanis segue as considerações de Marx e Engels sobre a extinção do direito e do Estado; sobretudo as anotações marxianas sobre o direito e o Estado no período de transição para o comunismo que constam na *Crítica ao programa de Gotha*:

A transição para o comunismo evoluído não se apresenta, segundo Marx, como uma passagem para novas formas jurídicas mas como um aniquilamento da forma jurídica enquanto tal, como uma libertação em face desta herança da época burguesa destinada a sobreviver à própria burguesia. (PACHUKANIS, 1988, p. 28)

Isto é, não bastava substituir as categorias do direito burguês por novas categorias “proletárias”¹⁴⁷, já que uma mera superação verbal das formas burguesas em nada alteraria as condições materiais de existência que estão na base da persistência da forma jurídica no período de transição. É nesse sentido que está a afirmação pachukaniana, para quem a superação do direito burguês significa a superação do direito como um todo (PACHUKANIS, 1988, p. 27). Como a transição socialista somente pode se dar com o aniquilamento gradual das formas burguesas, dentre as quais a forma jurídica – pois esta está incondicionalmente vinculada às formas da economia mercantil –, não faz sentido, teoricamente ou politicamente, a construção de um direito socialista. Contudo, este aniquilamento da forma jurídica também não se opera de maneira imediata, conforme veremos.

A transição socialista é um esforço coletivo e complexo em prol da gradual unificação entre os meios de produção e a classe operária, com vistas à extinção das formas mercantis, já que esta separação entre meios de produção e trabalhador direto define o surgimento da relação de capital (NAVES, 2014, p. 95; NAVES, 2008, p. 87). Assim, no período de

¹⁴⁷ Nesse sentido, cf. “O aniquilamento de certas categorias (precisamente de certas categorias e não de tais ou quais prescrições) do direito burguês, em nenhum caso significa a sua substituição pelas novas categorias do direito proletário. Da mesma forma como o aniquilamento das categorias do valor, do capital, do lucro etc., no período de transição para o socialismo evoluído, não significa o aparecimento de novas categorias proletárias do valor, do capital etc.” (PACHUKANIS, 1988, p. 26-27).

transição almeja-se a atenuação (com vistas à extinção na fase superior da sociedade comunista) das formas mercantis capitalistas, que são o fundamento real da existência do direito. Dessa maneira, o recrudescimento das relações jurídicas e da ideologia jurídica significa um entrave à transição ao socialismo, na medida em que implica a consolidação das relações de produção capitalistas. Entretanto, não se nega ao direito um papel importante na fase de transição, já que o “processo de revolucionarização das relações de produção” (NAVES, 2014, p. 97) é um processo lento e complexo, de maneira que o direito tem, provisoriamente, um papel nas reivindicações de classe pós-revolução¹⁴⁸.

É nesse sentido que Pachukanis afirma, com base na *Crítica ao programa de Gotha*, que o período de transição permanece, temporariamente, sob o “horizonte limitado do direito burguês”¹⁴⁹ (PACHUKANIS, 1988, p. 27). De fato, inicialmente, a luta contra a forma jurídica pode se dar pela redução da sua esfera de atuação. Preparando as condições para que em um segundo momento, com o fim da realização do processo do valor, e assim o fim da circulação mercantil, chegue-se igualmente ao fim da forma jurídica (NAVES, 2014, p. 97).

Este horizonte limitado do direito burguês ao qual alude Pachukanis diz respeito à manutenção do princípio da equivalência¹⁵⁰ na sociedade de transição. Isto é, a manutenção da ideia de que a mesma quantidade de trabalho dada à sociedade pelo trabalhador deverá ser a ele restituída sob outra forma (MARX, 2012, p. 33). Para Marx, esta forma de distribuição proporcional ao trabalho despendido conduz-se ainda pelo mesmo princípio que rege a troca de mercadorias, já que a troca se dá entre mercadorias equivalentes, isto é, com o mesmo valor de troca. Enquanto houver um “padrão igual de medida” (MARX, 2012, p. 32), que nesse caso é o tempo de trabalho, este “igual direito” continuará adstrito à forma jurídica e será, portanto, direito burguês, ainda que se trate de um “direito burguês sem burguesia” (PACHUKANIS, 2009, p. 144). Como as desigualdades individuais não são levadas em

¹⁴⁸ Em toda a sua obra Marx nunca defendeu a possibilidade de construção de um direito socialista na fase de transição (NAVES, 2008, p. 90; ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 34). Contudo, em uma sociedade pós-revolução a luta da classe operária pode tomar a forma de reivindicações jurídicas: “Isso naturalmente não significa que os socialistas renunciem a propor determinadas reivindicações jurídicas. É impossível que um partido socialista ativo não as tenha, como qualquer partido político em geral. As reivindicações resultantes dos interesses comuns de uma classe só podem ser realizadas quando essa classe conquista o poder político e suas reivindicações alcançam validade universal sob a forma de leis. Toda classe em luta precisa, pois, formular suas reivindicações em um programa, sob a forma de reivindicações jurídicas.” (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 37). Como elucida Naves (2013, p. 15, grifo do autor): “Toda a complexidade da questão reside em que a classe operária deve apresentar demandas jurídicas *ao mesmo tempo* que deve recusar o campo jurídico”.

¹⁴⁹ Com essa expressão Pachukanis faz uma referência à expressão marxiana usada em *Crítica ao programa de Gotha*, que na edição que utilizamos está traduzida como “estreito horizonte jurídico burguês” (MARX, 2012, p. 33).

¹⁵⁰ Nas traduções da editora Renovar e da editora Acadêmica esta expressão está traduzida como “princípio da distribuição”, como pode ser conferido à p. 26 e à p. 27, respectivamente. Preferimos, contudo, a expressão conforme trazida por Naves (2008, p. 90), por expressar melhor o sentido pretendido.

consideração na aplicação do padrão igual de medida, trata-se ainda, conforme afirma Marx, de um direito da desigualdade, como o é todo direito¹⁵¹. Assim, afirma Pachukanis:

Enquanto a relação entre os produtores individuais e a sociedade continuar mantendo a forma de troca de equivalentes, esta relação manterá igualmente a forma do direito, uma vez que "pela sua natureza, o direito só pode consistir no emprego de uma mesma unidade de medida. Porém, como não se leva em consideração a desigualdade natural das aptidões individuais, o direito "é, pois, no seu conteúdo, um direito baseado na desigualdade, como todo o direito". (PACHUKANIS, 1988, p. 27-28)

Pachukanis recorre a citações de Marx na *Crítica ao programa de Gotha* para enfatizar, no trecho acima, que a forma jurídica persistirá em uma sociedade em que haja uma relação de equivalência entre trabalho despendido e remuneração respectiva, desde que essa relação de equivalência se dê de forma minimamente semelhante ao processo do valor. Assim, mesmo em uma sociedade pós-revolução, não mais cindida em classes, a forma da relação de equivalência perdurará por certo período, e com ela, a forma do direito e do poder público estatal¹⁵². A superação do direito, bem como do Estado¹⁵³, somente será possível com a total superação da forma da relação de equivalência¹⁵⁴ (PACHUKANIS, 1988, p. 28).

Este não era o caso na sociedade soviética pós-revolução, pois apesar da tomada do Estado pela classe operária, as relações mercantis persistiam. Pachukanis relata que os vínculos entre as unidades econômicas continuavam se dando pela troca mercantil, que não

¹⁵¹ Cf. "Esse igual direito é direito desigual para trabalho desigual. Ele não reconhece nenhuma distinção de classe, pois cada indivíduo é apenas trabalhador tanto quanto o outro; mas reconhece tacitamente a desigualdade dos talentos individuais como privilégios naturais e, por conseguinte, a desigual capacidade dos trabalhadores. Segundo seu conteúdo, portanto, ele é, como todo direito, um direito da desigualdade." (MARX, 2012, p. 32, grifo nosso).

¹⁵² Pachukanis comenta que embora Marx não mencione na *Crítica ao programa de Gotha* a necessidade do Estado para garantir o cumprimento do "igual direito" que permanece na sociedade de transição, recorrendo a Lenin, Pachukanis afirma que o Estado burguês se faz necessário já que o direito burguês necessita de um aparelho coercitivo para impor suas normas. Assim, na transição, tanto o direito quanto o Estado persistirão por algum tempo. (PACHUKANIS, 1988, p. 28).

¹⁵³ Do fato de a superação do Estado vir conjuntamente com a superação do direito, Kelsen conclui, em sua crítica a Pachukanis, que isto só se explica se se considerar o Estado como ordem jurídica específica, isto é, como direito. Cf. "Sólo la circunstancia de que el Estado es un orden jurídico específico, es decir, relativamente centralizado, explica el hecho – de otro modo inexplicable – de que según la doctrina de Marx y Engels el Estado comienza a existir y desaparece junto con su 'derecho'" (KELSEN, 1957, p. 140). Contudo, esta crítica sequer considera o fato de que na teoria pachukaniana o Estado só aparece em um momento posterior, quando a forma jurídica já está bem desenvolvida.

¹⁵⁴ Com essa afirmação Pachukanis tenta sumarizar a seguinte passagem de Marx em *Crítica ao programa de Gotha*, onde este evidencia as condições para a superação das formas burguesas e a chegada da fase superior do comunismo: "Numa fase superior da sociedade comunista, quando tiver sido eliminada a subordinação escravizadora dos indivíduos à divisão do trabalho e, com ela, a oposição entre trabalho intelectual e manual; quando o trabalho tiver deixado de ser mero meio de vida e tiver se tornado a primeira necessidade vital; quando, juntamente com o desenvolvimento multifacetado dos indivíduos, suas forças produtivas também tiverem crescido e todas as fontes da riqueza coletiva jorrarem em abundância, apenas então o estreito horizonte jurídico burguês poderá ser plenamente superado e a sociedade poderá escrever em sua bandeira: 'De cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!'" (MARX, 2012, p. 33).

foram substituídas integralmente e imediatamente pela planificação econômica. Nesse sentido, o autor considera que a conquista do poder político por meio da revolução proletária não implica a imediata supressão das relações mercantis, uma vez que o princípio do planejamento econômico não pode ser aplicado plenamente (NAVES, 2008, p. 91). Assim, a forma jurídica perduraria enquanto a economia não estivesse totalmente planificada. É nesse sentido que Naves (2008, p. 91) afirma que para Pachukanis o socialismo significa o total planejamento econômico, com a superação gradual da contradição entre relações mercantis e planejamento. Isto se daria somente quando as relações entre as empresas estatais estiverem ligadas não mais por contratos, mas por uma forma de conexão técnica e racional¹⁵⁵, não fetichizada. Assim, o processo do desaparecimento da forma jurídica se dá de maneira gradual, e este processo corresponde ao gradual desaparecimento das formas mercantis. Contudo, já no período de transição a forma jurídica apenas existe de maneira limitada, trata-se de um direito diferente daquele direito que existe na sociedade burguesa, já que a sua existência temporária tem a função de esgotar a própria forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 89). É nesse sentido que Pachukanis afirma que os proletários devem explorar, de acordo com seus interesses de classe, as formas remanescentes advindas da sociedade burguesa com o fim de esgotá-las. Contudo, ele adverte que, para tanto, o proletariado deve ter presente, de maneira esclarecida e livre de qualquer “véu ideológico”, o condicionamento histórico de tais formas (PACHUKANIS, 1998, p. 112).

De fato, trata-se de um “direito burguês não genuíno” (PACHUKANIS, 2009, p. 144), conforme esclarece o autor no seu ensaio *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*. Nesta ocasião, em resposta a Stutchka, ele afirma que jamais concebeu o período de transição e a extinção da forma jurídica como uma passagem imediata do direito burguês para a não existência do direito. Na verdade, o direito burguês que remanesce durante o período de transição não é o mesmo direito burguês que tem seu auge no capitalismo, isto é, a forma jurídica que serve de mediação para o processo de exploração do trabalho. Ao contrário, trata-se de um direito burguês não genuíno, semelhante àquele que Marx descreve na *Crítica ao programa de Gotha*¹⁵⁶. Ou seja, um direito proveniente de um processo

¹⁵⁵ Esta conexão técnica e racional se daria por meio de uma direção técnico-administrativa: “A isto corresponde o método das diretivas imediatas, isto é, das determinações técnicas sob a forma de programas, de planos de produção e de distribuição etc.” (PACHUKANIS, 1988, p. 87).

¹⁵⁶ Pachukanis considera que o direito soviético à época que escrevia consistia em um estágio inferior ao desenvolvimento do direito burguês não genuíno que Marx descreve na *Crítica ao programa de Gotha*. Cf. a p. 144 de PACHUKANIS, 2009. Em sentido semelhante está a afirmação de que na mesma obra, “Marx pressupõe um sistema social no qual os meios de produção pertencem a toda a sociedade e onde os produtores não trocam os seus produtos, ele supõe, por conseguinte, um nível de desenvolvimento superior ao da ‘Nova economia política’ na qual vivemos atualmente.” (PACHUKANIS, 1988, p. 27).

revolucionário, cuja “funcionalidade de classe” (PACHUKANIS, 2009, p. 144) é diferente¹⁵⁷ e mesmo oposta à do direito burguês genuíno.

Assim, Pachukanis conclui, em defesa de que sua concepção de extinção da forma jurídica não se trata de uma passagem do direito burguês genuíno para a não existência do direito, que somente o direito burguês não genuíno pode ser extinto. A única forma de aniquilação do direito burguês de fato, aquele protegido pelo Estado burguês, é através da revolução proletária (PACHUKANIS, 2009, p. 144). Neste ponto, a concepção pachukaniana se alinha àquela de Lenin quando este afirma, com base em Engels, que apenas a revolução proletária é capaz de suprimir o Estado burguês (LÉNINE, 1988, p. 234). De forma que somente se pode extinguir o Estado proletário, aquele decorrente da revolução socialista, que se constitui com a tomada da posse e consequente socialização dos meios de produção¹⁵⁸.

Este direito burguês não genuíno que paira no período de transição não pode ser considerado como o desenvolvimento de um direito proletário ou socialista. Pachukanis explica que o período de transição não configura uma formação socioeconômica específica, isto é, não se caracteriza por relações de produção específicas, já que ao lado dos elementos socialistas, as relações mercantis ainda perduravam no período soviético pós-revolução proletária. Naves (2008, p. 99) mostra que por este motivo Pachukanis afirmava que não se poderia desenvolver para este período um sistema completo de direito, já que as relações sociais estavam em constante transformação e a criação de um direito soviético poderia se mostrar uma tendência que retardaria o socialismo.

Assim, embora o direito da fase de transição soviética mantivesse a forma jurídica, – isto é, a forma do direito burguês –, tratava-se de um direito burguês não genuíno, porquanto tinha natureza de um direito transitório, que serviria ao Estado proletário na construção do socialismo e que tenderia a desaparecer (e não a se transformar em direito socialista) tão logo estivessem superadas as condições que constituem o fundamento real da forma jurídica, dentre as quais a divisão social do trabalho, com a distinção entre trabalho manual e trabalho intelectual, a oposição entre interesses públicos e privados, dentre outras condições que subjazem às relações de produção capitalistas.

¹⁵⁷ Para Naves (2008, p. 98-99) a distinção feita por Pachukanis significa que este se baseia em dois pressupostos: “o de que a sociedade soviética não é uma sociedade fundada na exploração da força de trabalho, portanto não é uma sociedade capitalista, e o de que o Estado soviético é um Estado operário, que aplica e garante o direito visando a defesa dos interesses dos trabalhadores e o aprofundamento do socialismo.”

¹⁵⁸ Esta distinção se reveste de importância pois Lenin e Engels se contrapunham tanto aos anarquistas para quem o Estado era simplesmente abolido e também se colocavam contra os que defendem a extinção do Estado burguês, como uma mudança gradual sem rompimentos, já que o Estado burguês pode apenas suprimido por meio da revolução. Esta distinção também teve um papel importante para a polêmica entre Lenin e Kautsky.

Como visto, a transformação social que se opera no período de transição socialista não é determinada por medidas de cunho jurídico. Apenas a transformação da base material da sociabilidade capitalista, com a reapropriação das condições objetivas e subjetivas de trabalho pela classe trabalhadora e o rompimento com as condições de reprodução da exploração da força de trabalho e do processo incessante da valorização do valor, é capaz de trilhar o caminho para uma sociedade pós-capitalista. A sociedade comunista significa o desaparecimento da forma jurídica nas relações humanas, de sorte que também o sujeito e qualquer relação de equivalência estarão extintos (NAVES, 2014, p. 100). Qualquer medida jurídica, por sua própria natureza, é ineficaz para operar transformações nas relações de produção capitalistas. Os atos jurídicos de expropriação ou nacionalização da propriedade nada podem contra a exploração da classe trabalhadora (NAVES, 2005, p. 59). Somente a luta de classe operária, travada fora da arena jurídica, é capaz de transformar radicalmente as relações sociais existentes. Uma luta demarcada somente dentro da ideologia jurídica, por meio de reivindicações de direitos, tem como consequência direta o fortalecimento da concepção jurídica de mundo (ENGELS; KAUTSKY, 2013, p. 19), que, para Engels, é a concepção burguesa de mundo por excelência.

3 A TEORIA PURA DO DIREITO DE KELSEN E A CRÍTICA A PACHUKANIS

É certo que a concepção kelseniana de direito é muito mais amplamente conhecida que aquela de Pachukanis. Embora tal afirmação não suscite maiores desconfiâncias, o lugar que a teoria pura do direito de Hans Kelsen ocupa nos conteúdos curriculares das faculdades de direito, bem como a miríade de traduções¹⁵⁹ de sua vasta obra atestam este fato. É possível afirmar que a teoria e o discurso jurídico comuns, sobretudo nos países de *civil law*, remetem expressivamente às contribuições das filosofias kantiana e neokantianas¹⁶⁰, encontrando uma de suas mais contumazes manifestações nas recorrências positivistas e analíticas a Kelsen (MASCARO, 2002, p. 49; p. 127-128). Este é um dos motivos pelos quais a exposição da concepção de direito em Kelsen será feita de forma menos detida, enfatizando preferencialmente aquelas questões centrais ao debate com a crítica de Pachukanis e os conceitos basilares da teoria pura do direito.

Assim, não é objetivo deste trabalho a análise exaustiva da obra kelseniana, seja pela multiplicidade de temas¹⁶¹ (ainda que atinentes ao direito) sobre os quais escreveu, seja pela extensão da sua obra, que somava mais de quatrocentos títulos originais em meados da década de 1980 (LOSANO, 1985, p. 56), e mais de seis centenas de textos, levando em conta as traduções (LOSANO, 1985, p. 56; LOSANO, 2003, p. VIII). A análise ora empreendida toma como fonte a sua obra maior, *Teoria pura do direito (Reine Rechtslehre)*, que representa a síntese¹⁶² dos seus trabalhos sobre o direito, iniciados em 1911 com *Problemas fundamentais*

¹⁵⁹ Para efeitos comparativos, a obra capital de Pachukanis conta apenas com duas traduções no Brasil, uma da Editora Renovar, de 1989, e outra da Editora Acadêmica, de 1988, que não chegaram a ser reeditadas. Atualmente, duas novas traduções da *Teoria geral do direito e marxismo* estão em curso, uma pelo Editorial Boitempo, outra pela editora Sundermann, ambas diretamente do russo. Por outro lado, apenas uma das traduções para o português brasileiro (a da editora Martins Fontes) da obra principal de Hans Kelsen – *Teoria pura do direito* –, estava na sua 8ª edição no ano de 2009. Outro indicativo menos singelo é a existência do Instituto Hans Kelsen, fundado em 1971, com sede em Viena, cujo principal objetivo é documentar a teoria pura do direito e sua repercussão ao redor do mundo, bem como fomentar seu desenvolvimento.

¹⁶⁰ Cf. “Nos países de civil law, principalmente, e no Brasil, em particular, as idéias de Kant sempre foram a principal forma de justificação filosófica ou de construção de sistemas de direito ao mesmo tempo liberais e ora conservadores, ora meramente legalistas. Muito disso se deve à pobre filosofia de arremedos que sempre foi característica dos juristas, mas muito ainda deve respeito ao fato de que Kant, de todos os filósofos modernos, foi o que melhor construiu um sistema de filosofia e de jusfilosofia” (MASCARO, 2002, p. 49).

¹⁶¹ No livro *Hans Kelsen: Leben und Werk*, Rudolf Aladár Métall (1976, p. 108), discípulo e renomado biógrafo de Kelsen, classifica sua obra a partir dos seguintes temas abordados: teoria geral do direito/teoria pura do direito; exposição e crítica de fenômenos jurídico-positivos (direito constitucional, direito internacional); filosofia do direito (doutrina da justiça, doutrina do direito natural); sociologia (retribuição e causalidade, crenças anímicas); teoria política (democracia, socialismo e bolchevismo); crítica da ideologia.

¹⁶² Rudolf Aladár Métall (1976, p. 110-111) relata uma profusão de textos escritos desde a primeira década do século XX em que os temas centrais da teoria pura, que viriam a ser sintetizados na primeira edição da *Teoria pura do direito* em 1934, já estavam sendo desenvolvidos, a exemplo da dicotomia entre direito público e direito privado, a unidade entre Estado e direito, a diferença entre sistema normativo estático e dinâmico etc. Losano (1985, p.55) afirma que a teoria pura do direito de Kelsen foi construída e refinada ao longo de toda a sua vida,

da teoria do direito público¹⁶³ (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*), apresentado como tese de livre-docência. Nesta obra inaugural, Kelsen já lança as bases da teoria pura do direito como uma teoria do direito positivo, no entanto, a revisão dos fundamentos metodológicos de sua teoria foi uma tarefa permanente. É nesse sentido que Mario Losano (1985, p.55) reputa a teoria pura kelseniana como “*opus perpetuum*”¹⁶⁴. É verdade que escritos posteriores, sobretudo a *Teoria geral das normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), publicada postumamente, em 1979, modificou o sentido da teoria pura em alguns aspectos até então julgados definitivos dentro desta teoria. Um dos principais deles diz respeito à relação entre direito e lógica, já que nesta obra póstuma há a consolidação¹⁶⁵ do novo posicionamento de Kelsen sobre a não aplicabilidade de princípios lógicos ao direito¹⁶⁶; outro aspecto importante é a mudança de consideração quanto à natureza da norma fundamental, que passa de hipótese a ficção¹⁶⁷, no sentido da filosofia do como se¹⁶⁸ de Hans Vaihinger. Contudo, a intenção inicial de construir uma teoria do direito positivo

como um projeto que perdurou entre 1911 e 1973, ano em que o autor faleceu. Paulson (2013, p. 27), por outro lado, esclarece que Kelsen encerrou suas pesquisas em 1971, não tendo realizado qualquer produção científica nos 18 meses que precederam a sua morte.

¹⁶³ Embora o título original contenha uma espécie de complementação, podendo ser traduzido como “Problemas fundamentais da teoria do direito público, desenvolvidos a partir da teoria da norma jurídica”, preferimos a versão mais curta por ter sido a obra assim intitulada em algumas línguas para as quais foi traduzidas, a exemplo da tradução mexicana (*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*) de 1987, da Editora Porrúa, bem como da tradução italiana (*Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*) de 1997, da Edizioni Scientifiche Italiane.

¹⁶⁴ Losano (1985, p.55) assim o faz para se referir tanto ao seu caráter de constante movimento interno, quanto a sua suposta perenidade enquanto teoria que vem sendo desenvolvida e enriquecida mesmo após a morte do seu criador.

¹⁶⁵ *Teoria geral das normas* é o resultado final dos novos estudos que Kelsen vinha desenvolvendo entre 1962 e 1968 sobre as imbricações entre direito e lógica. Constituem fragmentos anteriores desse novo posicionamento os seguintes títulos: *Derogation* (1962); *Law and logic* (1965); *Recht und Logik* (1965); *Recht, Rechtswissenschaft und Logik* (1966); *Nochmals: Recht und Logik* (1967) e *Zur Frage des Praktischen Syllogismus* (1968).

¹⁶⁶ Este novo posicionamento fez com que a teoria de Kelsen fosse denominada de irracionalismo jurídico por Ota Weinberger e de uma teoria não cognoscitivista do direito por Kalinowski (LOSANO, 1985, p. 68). A partir de *Recht und Logik* (1965), Kelsen considera, após seus debates com Ulrich Klug, que às normas não se aplicam nem o princípio lógico da não contradição, nem as regras de inferência lógica: a lógica só seria aplicável às proposições jurídicas, não às normas jurídicas. As normas, enquanto atos de vontade (e não de pensamento), não são passíveis de tratamento lógico. Tal posicionamento leva ao extremo a cisão entre ser e dever-se (LOSANO, 1985, p. 68). Se se considera que o conhecimento racional está ligado à lógica, então a teoria tardia de Kelsen passa a ser incognoscível já que irracionalista.

¹⁶⁷ “A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal ela é uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. [...] Segundo Vaihinger, uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente [...]” (KELSEN, 1986, p. 328-329).

¹⁶⁸ Expressa no seu livro *Die Philosophie des Als Ob* (1911). Esta obra foi publicada no Brasil sob o título *A filosofia do como se: sistema das ficções teóricas, práticas e religiosas da humanidade, na base de um positivismo idealista*, pela editora Argos da Unochapecó, em 2011.

embasada na pureza metodológica, – isto é, uma metodologia própria distinta do método sociológico e livre da doutrina do direito natural –, se manteve constante ao longo de sua vida.

A despeito da perpétua mudança que marca a teoria do direito kelseniana, iremos tomar por objeto de análise a segunda edição alemã da *Teoria pura do direito*¹⁶⁹, que é considerada sua expressão clássica. Esta obra surge em 1934, a partir de uma revisão de um ensaio¹⁷⁰ de 1933, com o objetivo de trazer um apanhado da teoria de Kelsen a outros países. Posteriormente, em 1953, é editada uma versão francesa que já mostrava novos desenvolvimentos da teoria pura. Em 1960 é então lançada uma nova edição alemã com modificações substanciais¹⁷¹, embora seu “núcleo essencial” permaneça inalterado¹⁷², conforme o próprio Kelsen (2006, p. XVII) o afirma no prefácio à segunda edição. Há ainda uma edição posterior da *Teoria pura do direito*, publicada na Itália em 1966, que já deixa para trás o logicismo¹⁷³ da versão clássica, trazendo alguns novos posicionamentos que seriam posteriormente plenamente desenvolvidos na *Teoria geral das normas*.

Embora não exista unanimidade acerca da periodização¹⁷⁴ da teoria do direito de Hans Kelsen, o intervalo que compreende a fase clássica de sua obra é comumente delimitado entre

¹⁶⁹ Conforme já esclarecido na nota 12, a teoria da interpretação que Kelsen oferece no capítulo VIII da *Teoria pura do direito*, ainda que seja de grande importância dentro da sua teoria, não será aqui diretamente abordada.

¹⁷⁰ Este ensaio é intitulado *Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre*. Em uma tradução livre para o português: *Método e conceitos fundamentais da teoria pura do direito*.

¹⁷¹ Houve ainda a adição de um apêndice sobre a questão da justiça ao final da segunda edição da *Teoria pura do direito*, motivada em grande medida pelas críticas que esta teoria, que se propunha como alheia a critérios de valor para o direito positivo, já havia recebido e continuava recebendo após a Segunda Guerra Mundial, momento em que o anseio por um direito justo – e a consequente retomada do jusnaturalismo – se fazia onipresente. No Brasil esse apêndice foi publicado separadamente sob o título *O problema da justiça*. Kelsen deixa claro, contudo, que o problema da justiça não é objeto da ciência do direito, embora seja um tema caro à política do direito.

¹⁷² Neste ponto é importante mencionar que a nossa intenção de elucidação da crítica de Pachukanis a Kelsen a partir da abordagem de alguns temas centrais do *Teoria pura do direito* em sua segunda edição alemã só se faz possível na medida em que esta obra constitui a síntese dos resultados desenvolvidos por Kelsen desde 1911 (oportunidade em que o autor já lançou as bases da sua teoria pura), bem como pelo fato de que o seu projeto de construção de uma teoria pura do direito como uma teoria do direito positivo com base na pureza metodológica se manteve constante ao longo de toda sua obra. Assim, ainda que Pachukanis não tenha chegado a ler nenhuma das edições da *Teoria pura do direito*, já que este não era mais vivo quando do lançamento da primeira edição alemã em 1934, os pontos centrais da teoria kelseniana já estavam presentes nos seus textos a partir daquele de 1911, e igualmente naqueles escritos durante a década de 1920, aos quais Pachukanis teve acesso.

¹⁷³ Por logicismo se quer significar a aceitação da possibilidade de aplicação de princípios lógicos às normas. Losano (1985, p. 61) utiliza o termo nesse sentido(com base na definição de Paul Amselek em *Méthode phénoménologique et théorie du droit*.) para referir-se à teoria pura do direito de Kelsen elaborada até 1960.

¹⁷⁴ Atualmente, as propostas de periodização mais relevantes são aquelas de Stanley L. Paulson e a de Carsten Heidemann. Paulson (20013, p. 3-4; 1998, p. XXIII-XXIV) não deixa, contudo, de mencionar outras, como as de Horst Dreier, Günther Wrinkler, Mario Losano, Eugenio Bulygin e Vladimír Kubeš. No Brasil, há uma proposta de periodização da teoria geral do direito de Kelsen recentemente desenvolvida por Gabriel Nogueira Dias com base na variação da sua concepção de validade em cada uma das fases, que são as seguintes: “1) uma teoria geral do direito concebida primeiramente apenas estaticamente entre 1911 e 1913; 2) um tempo de “rearmamento” teórico entre 1913 e 1920; 3) a Teoria Pura do Direito clássica (Reine Rechtslehre) entre os anos 20 e o início dos anos 60 e 4) uma última fase no período entre 1962 e 1973 que pode ser visto como uma continuação crítica da Teoria Pura do Direito clássica” (DIAS, 2010, p. 351-352, grifos do autor).

o início da década de 1920 e o início da década 1960, sendo a segunda edição da *Teoria pura do direito* o ponto de ruptura, pois a noção ali presente da norma jurídica como o sentido de um ato de vontade já faz entrever traços do período subsequente: a fase cética¹⁷⁵, caracterizada pela ruptura com a filosofia kantiana. Segundo a periodização de Stanley L. Paulson (2013, p. 15), toda a fase clássica (*circa* 1921-1960) é marcada pela presença de uma formulação jurídica da questão transcendental de Kant; pela ideia da cognição do direito com caráter constitutivo do seu objeto; bem como pela noção de norma fundamental como categoria transcendental, como condição lógico-transcendental cuja função epistemológica é permitir a validade do direito positivo. Assim, a tônica do período em que a obra de 1960 se inclui é justamente a busca por fundamentar os conceitos centrais da teoria pura em terreno kantiano ou neokantiano, ainda que a partir de 1935¹⁷⁶ Paulson aponte para o início de um processo de hibridização dos preceitos kantianos com teorias analíticas e empiristas (PAULSON, 2013, p. 17; PAULSON, 1998a, p. XXVI).

É, portanto, o âmbito da aqui chamada fase clássica, o período mais profícuo da obra kelseniana, o horizonte onde a nossa análise se insere. Contudo, se por um lado a apreensão estruturada do direito em Kelsen conhece periodizações, por outro, seu projeto juspositivista constitui um elemento constante da sua vasta produção teórica (DIAS, 2010, p. 351). Tal projeto se baseia nas seguintes teses fundamentais:

- 1) todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo, *secundum non datur*; 2) o primado do relativismo; 3) *ser* e *dever-ser* como modelos de conhecimento; 4) a *tese da pureza* fornece objetividade e autonomia para a ciência do direito. (DIAS, 2010, p. 351, grifos do autor)

Estas são as premissas do positivismo jurídico de Kelsen, que embasam a sua pretensão de reconhecer uma legalidade específica do direito fundamentada na oposição entre ser e dever-ser, e, portanto, diferenciada daquela da natureza e da sociedade. Isto é, a construção da sua ciência do direito autônoma, livre de todo “sincretismo metodológico” (KELSEN, 2006, p. 2).

¹⁷⁵ É importante mencionar que a primeira fase na periodização de Paulson é a fase construtivista, que vai de 1911 a 1922 (PAULSON, 2013, p. 16), ou construtivismo crítico, que vai de 1911 a 1922 (PAULSON, 1998a, p. XXIII-XXIV), sendo este o período em que Kelsen se preocupa em estabelecer a ciência do direito como uma ciência normativa e assim se esforça para construir os conceitos fundamentais do direito como conceitos normativos, isto é, como construções decorrentes da norma jurídica (PAULSON, 2013, p. 5-6; PAULSON, 1998a, p. XXIV). O nome desta fase refere-se ao significado do termo alemão para “construção”, que significa formação de conceito (PAULSON, 1998a, p. XXIV).

¹⁷⁶ Início do período híbrido dentro da fase clássica como proposta por Paulson (2013, p. 17; 1998, p. XXVI), composta por dois períodos: neokantiano (*circa* 1921 a 1935) e híbrido (1935 a 1960).

O escopo do presente capítulo é explorar – ainda que *en passant* – as teses do positivismo jurídico de Kelsen, recorrendo, quando possível, às suas principais influências epistemológicas e aos seus pressupostos filosóficos. Em seguida, abordar algumas categorias centrais da teoria pura do direito a partir da sua segunda edição alemã, com o fito de relacioná-las à orientação jurídico-filosófica da fase clássica e às teses centrais do positivismo jurídico de Kelsen. A importância de enfatizar antes os aspectos epistemológicos que as minúcias dos conceitos construídos na teoria do direito de Kelsen se impõe, porquanto a crítica de Pachukanis à teoria de Kelsen (e vice-versa) constitui uma crítica transcendente¹⁷⁷. Segundo a classificação de Mario Losano, críticas transcendentais seriam aquelas que “partindo de pressupostos diferentes dos de Kelsen, acabam inevitavelmente por chegar a conclusões diferentes das de Kelsen” (LOSANO, 2003, p. XVI). Assim, as limitações vislumbradas a partir da crítica imanente, aqui considerada como sendo aquela “que – com um procedimento cientificamente mais correto – tome como certos os pressupostos da teoria examinada e investigue a coerência da construção que neles se fundamentam” (LOSANO, 2003, p. XVII-XVIII), aparecem apenas como consequências necessárias.

Apesar de partirem de pressupostos diferentes, tanto Kelsen quanto Pachukanis buscaram apreender a natureza e a função do direito. Ainda que Kelsen afirme não desconhecer a influência da facticidade e dos valores no fenômeno jurídico (quando, por exemplo, procede à dicotomia política do direito *versus* ciência do direito) e, portanto, afirme não ter a intenção de conceber o direito como um fenômeno purificado, a forma como propõe o conhecimento daquilo que é essencialmente o direito é precisamente a sua teoria pura, um método puro para o conhecimento do direito que toma o direito positivo como sendo a realidade jurídica. É esse o ponto de apoio do debate que permeia este trabalho.

Na medida em que o diálogo entre as duas concepções de direito demanda, este capítulo tem por objetivo abordar a teoria de Kelsen para melhor elucidar a crítica de Pachukanis à teoria pura do direito. Embora tal crítica já tenha sido delineada nos capítulos anteriores, iremos aqui retomá-la oportunamente. Ainda, constitui também objetivo deste capítulo apresentar a crítica que Kelsen lançou à teoria marxista do direito de Pachukanis em *Teoria comunista do direito (The communist theory of law)*, de 1955, apontando os equívocos de uma leitura que não foi feita a partir da perspectiva do método marxiano.

¹⁷⁷ Ainda que Pachukanis, em sua resenha de 1923, critique questões que possam ser consideradas como formadoras de uma crítica imanente, como por exemplo, a questão do caráter jusnaturalista da norma fundamental. A este respeito cf. as notas 80 e 105.

3.1 A pureza metodológica: o positivismo jurídico kelseniano e suas influências epistemológicas e filosóficas

Embora Kelsen seja comumente reputado como kantiano e/ou neokantiano, muito se discute sobre a exata fonte do seu kantismo ou neokantismo (PAULSON, 2013, p.4). O próprio Kelsen (1998, p. 171) esclarece, em uma carta a Renato Treves datada de 1933, que é correto afirmar que a base filosófica de sua teoria do direito é, de fato, kantiana, e, sobretudo, neokantiana, pois toma em consideração, ainda que não completamente, a interpretação que Hermann Cohen – líder e fundador da escola de Marburgo¹⁷⁸ – fez de Kant. Porém, ainda assim, esta questão resta controvertida¹⁷⁹. Tal querela, contudo, não será abordada aqui, uma vez que ultrapassa o nosso propósito; sendo suficiente a apresentação de algumas doutrinas centrais na teoria kelseniana em que o matiz kantiano (ou neokantiano) é evidente. Isto será feito, principalmente, tomando por fio condutor a exposição das considerações de Stanley L. Paulson (1998a, p. XXXV-XLIII), que analisa as razões pelas quais é essencial considerar a dimensão neokantiana da teoria pura do direito de Kelsen.

¹⁷⁸ A Escola de Marburgo faz parte do movimento de retorno a Kant que se deu em meados do século XIX na Alemanha. Este retorno resgata, sobretudo, o Kant da *Crítica da razão pura*, apontando para o predomínio das questões gnosiológicas sobre as metafísicas (ROVIGHI, 2004, p. 257-258). A retomada de Kant é também uma nova interpretação de Kant, negando alguns postulados de sua filosofia e desenvolvendo outros. Opondo-se à concepção positivista (em que o *a priori* relaciona-se com o arbitrário e subjetivo), Cohen resgata o conceito de revolução copernicana de Kant para afirmar que o *a priori* é o que fundamenta a objetividade científica, sendo a teoria o *a priori*, o conhecimento puro, já que a ciência moderna não seria uma coleção de experiências, mas a “unificação de fatos sob leis, hipóteses, teorias” (ROVIGHI, 2004, p. 259). O retorno a Kant levado a cabo pela Escola de Marburgo significava a condição para a cientificidade da filosofia. Outros membros da escola de Marburgo eram Paul Nartop e Ernst Cassirer (OLLIG, 2005, p. 723). Ao lado da escola de Marburgo, surge outra corrente neokantista: a escola de Baden, escola alemã sul-ocidental ou escola do sudoeste da Alemanha, em referência às universidades a partir das quais este grupo se difundiu: Heidelberg e Freiburg. O neokantismo da escola de Baden propunha a crítica ao racionalismo cientificista e ao idealismo, tendo um ideário programático voltado para o estudo da cultura humana assimilada na filosofia dos valores. Para a escola de Baden era prioritário o estudo das ciências históricas e sociais, vistas como polo oposto às ciências matemáticas e da natureza, o que implica a adoção da teoria dualista das ciências, ao contrário da escola de Marburgo, que propunha uma teoria unitária da ciência (VASCONCELOS, 2003, p. 67). Eram membros da escola de Baden: Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Wilhelm Dilthey, Emil Lask, Jonas Cohn e Bruno Bauch (OLLIG, 2005, p. 723; ROVIGHI, 2004, p. 269; HÖFFE, 1986, p. 275). Ambas as escolas neokantianas representaram, no século XX, de forma geral, uma aproximação da filosofia à teoria do conhecimento, vendo-a como disciplina básica do conhecimento (HÖFFE, 1986, p. 273), bem como um afastamento com relação à metafísica. De forma geral, elas expandiram a questão kantiana da possibilidade de conhecimento científico para outras disciplinas que não a física newtoniana, da qual a teoria do conhecimento kantiana seria a base filosófica. A questão sobre as condições de possibilidade de conhecimento empírico científico para além das ciências naturais foi então colocada pelos neokantianos, abrangendo a cultura, a moral, a história e o direito (HAMMER, 1998, p. 179).

¹⁷⁹ Em uma nota do editor [Stanley L. Paulson e Bonnie L. Paulson] presente à página 171 de Kelsen (1998), afirma-se que “the question of Cohen’s influence on Kelsen remains controversial”. Não há, portanto, consenso sobre as influências kantianas e neokantianas em Kelsen, alguns posicionamentos sobre tais influências com predominância para o lado kantiano em uns e para o lado neokantiano em outros podem ser encontrados em: HAMMER, 1998; EDEL, 1998; LUF, 1998.

Inicialmente, cumpre retomar a influência confessa de Cohen sobre a teoria de Kelsen. Ainda na mesma carta, Kelsen (1998, p. 171) enfatiza que o entendimento da *Crítica da razão pura* de Kant como uma teoria da experiência¹⁸⁰ por Cohen é um ponto substancial dessa influência, já que a sua teoria pura do direito seria uma aplicação do método transcendental a uma teoria do direito positivo. Portanto, a teoria pura do direito só poderia ser considerada empírica (considerando que o direito positivo seja empírico), se considerada a partir da medida do empirismo presente na filosofia transcendental de Kant¹⁸¹. E assim como a filosofia transcendental de Kant se opõe à metafísica, Kelsen (1998, p. 172) afirma que sua teoria do direito também o faz, já que este é o terreno em que o direito natural está situado. Neste ponto, o autor afirma ter conseguido ir além de Kant, pois construiu uma teoria do direito positivo a partir do desenvolvimento da sua filosofia transcendental, algo que nem o próprio Kant fez: a filosofia do direito de Kant rejeita o método transcendental (KELSEN, 1998, p. 1732). Com efeito, para Kant, sua teoria do conhecimento não poderia responder o problema da justiça. Assim, é por meio dos imperativos categóricos que a teoria kantiana responde às questões da justiça, dos valores, de tudo que atine à vida prática. Note-se que não é na *Crítica da razão pura*, mas na *Crítica da razão prática*, na *Fundamentação da metafísica dos costumes* e na *Metafísica dos costumes* que está a filosofia prática kantiana, sendo este último o lugar onde sua doutrina do direito é desenvolvida. O direito natural¹⁸² de Kant está irremediavelmente conectado a uma metafísica moral, e assim, Kelsen (1998, p. 172)

¹⁸⁰ No seu *A teoria kantiana da experiência*, Cohen pretende desenvolver uma releitura da *Crítica da razão pura* com o fim de eliminar a leitura psicologista e refundar uma leitura transcendental do criticismo de Kant. Nesse sentido, há quem afirme que Cohen reduz a *Crítica da razão pura* de Kant a uma mera teoria da experiência (HÖFFE, 2005, p. 43).

¹⁸¹ A filosofia transcendental crítica ou idealismo transcendental de Kant remete à parte da sua filosofia que se encontra cristalizada na *Crítica da razão pura*, onde há uma crítica transcendental à razão teórica, à razão como faculdade de conhecimento. Há um esforço para construir uma teoria do conhecimento contrariando o empirismo cético (Locke, Hume etc.) e o racionalismo dogmático (Descartes, Leibniz, Wolff etc.), mas ao mesmo tempo fazendo confluir esses dois pensamentos filosóficos: para Kant o conhecimento advém da síntese entre sensibilidade e entendimento, o que implica uma correlação entre sujeito e objeto. Na teoria do conhecimento kantiana o sujeito conhece por meio da experiência (ainda que apenas o fenômeno e nunca a coisa em si), porém existem estruturas *a priori* do entendimento que organizam o conhecimento empírico. Pela sensibilidade os objetos nos são dados, pelo entendimento eles são pensados (KANT, 2008, p. 56). Tais formas *a priori* – tanto do entendimento quanto da sensibilidade – constituem a condição do próprio conhecimento. Para uma exposição mais minuciosa da filosofia transcendental crítica de Kant cf. HÖFFE, 2005, p. 33-80; MASCARO, 2002, p. 49-58 e KANT, 2008, p. 15-87 (que corresponde ao prefácio da segunda edição, introdução e primeira parte da seção I Doutrina transcendental dos elementos).

¹⁸² Sobre a filosofia do direito de Kant ser uma doutrina do direito natural, Kelsen afirma: “Assim, acontece que Kant, cuja filosofia da lógica transcendental estava proeminentemente destinada a fornecer o fundamento para uma doutrina jurídica e política positivista, permaneceu, como filósofo jurídico, na rotina da doutrina do Direito natural. Na verdade, os seus *Princípios da metafísica da ética* podem ser considerados como a mais perfeita expressão da doutrina clássica do Direito natural, tal como desenvolvida nos séculos XVII e XVIII com base no cristianismo protestante” (KELSEN, 2005, p. 635-636).

considera que sua teoria pura foi o primeiro desdobramento profícuo da filosofia kantiana para o direito¹⁸³.

Assim, é a teoria do conhecimento de Kant (e não sua filosofia moral) o suporte filosófico para a teoria positivista do direito de Kelsen. Assim como os filósofos neokantianos, que pretenderam recepcionar o transcendentalismo kantiano para aplicá-lo além das ciências naturais, também Kelsen quis levar o método transcendental para a ciência do direito, a fim de estabelecê-la como uma ciência objetiva. Em verdade, a afirmação de que a teoria de Kelsen seria uma transposição do transcendentalismo kantiano para a filosofia do direito é corriqueira, e, de fato, seu pensamento sugere uma afinidade com as categorias da filosofia crítica de Kant (EBENSTEIN, 1971, p. 617). Em um certo ponto da *Teoria pura do direito*, Kelsen afirma:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? (KELSEN, 2006, p.225)

A afirmação acima reflete a preocupação metodológica de Kelsen com a questão da normatividade: como o direito pode ser visto normativamente, em termos de um dever-ser “objetivo”¹⁸⁴, sem que se recorra à metafísica ou ao direito natural para fundamentar em preceitos morais a normatividade do direito positivo? Como a teoria pura é positivista, rejeita qualquer espécie de explicação moral para o direito; ao mesmo, ela não se inclui entre o

¹⁸³ Kelsen acusa Kant de não ter se mantido fiel à sua própria teoria do conhecimento ao elaborar sua filosofia moral: “À luz da teoria do conhecimento de Kant (a que ele claramente não se mantém fiel na sua ética), mandaria a coerência dizer que uma ciência da moral de forma alguma pode responder a esta questão, que aquela só pode determinar sob que condição ou pressuposto lógico são possíveis os juízos de que algo é bom ou mau, e que tal condição é: pressuporem-se como válidas normas gerais que prescrevem uma determinada conduta humana”(KELSEN, 2003, p. 28). Na verdade, para a generalidade dos filósofos neokantianos, a perspectiva do próprio Kant quanto à razão prática é considerada não científica e metafísica: somente a análise das normas como objetos do conhecimento constituiria uma aproximação científica, ao contrário de justificar as normas como imperativos categóricos (HAMMER, 1998, p. 180).

¹⁸⁴ Kelsen distingue entre dever-ser em sentido objetivo e em sentido subjetivo: “Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo” (KELSEN, 2006, p. 9). A título de ilustração cf. a diferenciação que o autor faz entre a ordem de um gangster e a ordem de um secretário de finanças, argumentando que apenas a segunda ordem representa um dever-ser no sentido objetivo, isto é, uma norma válida: “A ordem de um gangster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma de dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gangster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato do funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto que o ato do gangster se não apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência.” (KELSEN, 2006, p. 9).

positivismo jurídico tradicional, fundado em fatos: ela é ao mesmo tempo positivista e normativista¹⁸⁵, rejeitando igualmente qualquer fundamentação fática. Assim, a resposta de Kelsen para tal questão se dá nos seguintes termos: “A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve” (KELSEN, 2006, p. 225). Vê-se então que na teoria kelseniana, a solução para o problema da normatividade representa o esforço de dotar o direito positivo de validade através de um argumento lógico-transcendental¹⁸⁶. É precisamente isso que o autor tenta fazer ao afirmar a norma fundamental como a condição lógico-transcendental da interpretação dos sentidos subjetivos das normas como sentidos objetivos, isto é, como normas objetivamente válidas e vinculantes¹⁸⁷. A norma fundamental (*Grundnorm*) na fase clássica¹⁸⁸, notadamente na segunda edição da *Teoria pura do direito*, é trazida como pressuposição lógico-transcendental, como uma norma advinda de um ato de pensamento e não de um ato de vontade, como pressuposto necessário para conferir validade objetiva (e assim normatividade) e unidade a certa ordem jurídica positiva, isto é, a normas postas por meio de atos de vontade¹⁸⁹. A função da norma fundamental é epistemológica, não ético-política (KELSEN, 2006, p. 243).

Ao mesmo tempo, a questão acima citada foi atacada por Kelsen como a busca por um argumento em favor do caráter constitutivo do conhecimento da ciência do direito (PAULSON, 1998a, p. XXXVI), já que a consistência da unidade material das normas jurídicas enquanto ordem jurídica é uma pressuposição do conhecimento jurídico científico. Para Kelsen, o centro epistemológico da filosofia transcendental crítica de Kant é a sua revolução copernicana¹⁹⁰ (HAMMER, 1998, p. 183), que significa, *grosso modo*, um novo

¹⁸⁵ Sobre o positivismo jurídico de Kelsen, Paulson (2011, p. 118) o classifica como positivismo sem naturalismo, em oposição ao positivismo naturalista, de John Austin. Para um estudo sobre o assunto cf. PAULSON, 2011.

¹⁸⁶ É importante lembrar que aqui se usa o termo “transcendental” no sentido kantiano, isto é, de uma maneira que se relaciona mais com o conhecimento que está preocupado com a forma de se conhecer o objeto *a priori* que com o próprio objeto do conhecimento.

¹⁸⁷ Trata-se da concepção forte de normatividade em Kelsen, segundo a qual o autor relaciona o conceito de validade ao caráter de obrigatoriedade da norma para os sujeitos de direito; junto com a validade da norma nasce também sua obrigatoriedade. Sobre a delicada questão da normatividade em Kelsen e suas duas respostas possíveis (tese forte da normatividade e tese fraca da normatividade) cf. DIAS, 2010, p. 341-349.

¹⁸⁸ Como já visto, Kelsen formulou seu entendimento sobre a norma fundamental de maneira diversa ao longo de sua vida. Para uma análise mais detida sobre o tema cf. PAULSON (1993) e LOSANO (1985).

¹⁸⁹ No mesmo sentido, cf. “Em outras palavras: a norma fundamental não é o sentido subjetivo de um ato de vontade empírico; ela é apenas o conteúdo de um ato de pensamento cuja tarefa é dar ao jurista condições de poder interpretar o *sentido subjetivo* da hipótese normativa de um sistema normativo como seu *sentido objetivo*, i.e., como norma válida de um ordenamento jurídico.” (DIAS, 2010, p. 247, grifos do autor).

¹⁹⁰ A revolução copernicana em Kant significa a mudança na forma em que se chega ao conhecimento, e faz parte da formulação da sua filosofia crítica (cf. nota 181). Em Kant o caminho para o conhecimento vai do sujeito ao objeto e não o contrário. O conhecimento não mais se regula pelo objeto, mas sim o objeto pelo conhecimento do sujeito (HÖFFE, 2005, p. 44), assim, a ontologia passa a não poder ser autônoma (HÖFFE,

posicionamento do sujeito (transcendental) com relação à objetividade, pois a necessidade e a universalidade do conhecimento objetivo passam a ter origem no sujeito cognoscente e não nos objetos (HÖFFE, 2005, p. 44). O conhecimento não é determinado por objetos que existem de maneira independente, mas antes, os objetos só existem à medida que são determinados pelas categorias transcendentais do conhecimento, sendo tais categorias constitutivas do próprio conhecimento (HAMMER, 1998, p. 183). Assim, os objetos do conhecimento são constituídos pelas condições *a priori* da razão, sendo revelados pelo sujeito cognoscente como fenômenos, não como coisas em si. Ademais, a coisa em si não é passível de conhecimento na filosofia transcendental de Kant, apenas enquanto fenômeno o ser das coisas é cognoscível – daí a separação entre mundos, em um estão os númenos e em outro os fenômenos¹⁹¹. Sobre o caráter constitutivo da ciência do direito Kelsen afirma:

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica. (KELSEN, 2006, p. 81-82)

Desse modo, no mesmo sentido da virada copernicana de Kant, Kelsen introduz a noção da ciência do direito como constitutiva do seu objeto. Como a coisa em si não é passível de conhecimento, o sujeito cognoscente constrói logicamente o seu objeto ao conhecê-lo. Um ordenamento jurídico somente se torna um todo dotado de sentido objetivo a partir da cognição jurídico-científica, que tem por pressuposto a norma fundamental. Nesse sentido, o direito é constituído através do seu conhecimento científico, aqui considerado como um processo de construção epistemológica.

Ainda neste paralelo com a teoria do conhecimento kantiana, Kelsen coloca o dever-ser (como função da imputação) como uma categoria transcendental originada na razão, – tais

2005, p. 45), cria-se uma espécie de ontologia da subjetividade. É nesse sentido que Mascaro (2002, p. 55) afirma que Kant criou uma teoria subjetivista do conhecimento.

¹⁹¹ Em Kant há essa cisão entre mundo da realidade e mundo racional, que se traduz no dualismo fenômeno-coisa em si, bem como do dualismo sujeito-objeto. Posteriormente, essa separação será alvo da crítica veemente de Hegel. A importância dessa observação está no fato de que a superação dos dualismos kantianos será uma herança que Marx receberá, embora este se coloque tanto contra Kant quanto contra Hegel, uma vez que tanto um quanto o outro se inserem dentro do que se pode chamar de “idealismo alemão” (ainda que se trate de idealismos distintos), que será, de uma vez por todas, superado pela ciência materialista da história de Marx.

quais as categorias kantianas do entendimento¹⁹² (causalidade, substância, comunidade, necessidade etc.) –, que possibilitaria a constituição das normas legais como objetos do conhecimento da ciência do direito. Dessa forma, assim como na natureza um ato e sua consequência estão ligados por uma relação de causalidade; no direito, a punição de um delito e o fato material que constitui um ato ilícito estão conectados por uma relação de imputação. Logo, a imputação torna possível conectar um fato a outro não de maneira causal, mas de maneira normativa, oferecendo uma interpretação normativa desses fatos materiais; de maneira análoga, de acordo com o argumento kantiano, a experiência dos objetos da natureza é constituída através da função categorial da causalidade (HAMMER, 1998, p. 183). Assim, a esfera do dever-ser é a encarnação do conhecimento dos objetos determinado pela função da imputação; a norma fundamental seria a expressão formal de todas as funções de imputação que tomam a forma “se *a*, então *b* deve ser” (HAMMER, 1998, p. 184). Assim como para Kant o conhecimento da natureza só pode se relacionar com as condições da experiência possível (nas quais os objetos são dados como condicionados causalmente), não sendo o ser incondicionado (a coisa em si) passível de conhecimento científico; na ciência do direito, somente é possível o conhecimento do dever-ser condicionado, do direito positivo, não de um dever-ser absoluto incondicionado (a justiça, por exemplo). É neste paralelo com a teoria kantiana do conhecimento – na medida em que esta se propunha como uma crítica à metafísica dogmática – que reside o caráter antimetafísico da teoria pura do direito para Kelsen (HAMMER, 1998, p. 184).

Tal caráter antimetafísico perpassa as duas primeiras teses fundamentais do projeto juspositivista kelseniano, que são, de acordo com a sistematização de Dias (2010, p. 351): “1) todo direito é positivo e exclusivamente direito positivo, *secundum non datur*; 2) o primado do relativismo”. Estas duas premissas do positivismo kelseniano representam a contraposição do autor às teorias do direito natural, porquanto tais teorias, de modo geral, reconhecem um direito acima do direito dos homens e remetem a um sistema absoluto de valores, isto é, a uma moral absoluta como parâmetro do direito (tese da unidade entre direito e moral). É importante mencionar que o positivismo jurídico kelseniano foi sendo construído como uma reação inversa às críticas direcionadas às teorias que o autor acreditava inaptas para apresentar uma metodologia capaz de apreender o direito cientificamente. Em outras palavras, “por

¹⁹² Explica Kant sobre as categorias: “As categorias são conceitos que prescrevem leis *a priori* aos fenômenos e, portanto, à natureza como conjunto de todos os fenômenos (*natura materialiter spectata*); [...] Não podemos pensar nenhum objeto que não seja por *meio* de categorias; não podemos *conhecer* nenhum objeto pensado a não ser por intuições correspondentes a esses conceitos. [...] Consequentemente, *nenhum conhecimento a priori nos é possível, a não ser o de objetos de uma experiência possível.*” (KANT, 2008, p. 166-169).

dedução *a contrario* das tradições criticadas” (DIAS, 2010, p. 132). Assim, também a terceira e quarta teses fundamentais – a saber: “3) *ser* e *dever-ser* como modelos de conhecimento; 4) a *tese da pureza* fornece objetividade e autonomia para a ciência do direito” – implicam a contrariedade às teorias positivistas do direito baseadas na facticidade, porquanto nestas, de modo geral, se defende um nexos causal direto entre realidade e norma jurídica: o direito positivo é tido como parte integrante da realidade natural, e, portanto, conformado à lei da causalidade.

Contra essas duas espécies de teorias jurídicas, que dão conta da generalidade da ciência jurídica tradicional desenvolvida durante os séculos XIX e XX¹⁹³, Kelsen irá propor a sua ciência do direito metodologicamente adequada para o conhecimento científico do direito. Já nas linhas iniciais da *Teoria pura do direito* lê-se: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica” (KELSEN, 2006, p. 1). Está assim delimitado o objeto da ciência jurídica: o direito positivo. Esta afirmação contém o seguinte desenvolvimento:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. (KELSEN, 2006, p. 79)

Isto significa que embora todo direito positivo seja obra humana e tenha origem empírica, pois a norma jurídica advém de um ato de vontade humano, a única relação entre facticidade e norma jurídica está adstrita à conduta humana como conteúdo de uma certa norma jurídica. Este é o limite do empirismo na teoria pura do direito. Mesmo que o ato de vontade seja condição para a produção da norma jurídica, não se deflui daí qualquer vínculo de causalidade entre realidade e validade da norma jurídica. Dessa forma, está excluída da descrição da ciência jurídica qualquer fenômeno que esteja além da norma positivada e da sua relação com o todo do ordenamento jurídico. Kelsen enfatiza que a ciência jurídica apreende seu objeto juridicamente, ou seja, “como norma jurídica ou como conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”¹⁹⁴ (KELSEN, 2006, p. 79). A realidade jurídica é então a positividade do direito (KELSEN, 2005, p. XXIX), que se opõe à

¹⁹³ Nesse sentido, cf. “Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza.” (KELSEN, 2006, p. 1).

¹⁹⁴ Em uma nota de rodapé que remete a esta citação, Kelsen expõe que esta é a sua resposta à teoria egológica do direito, que toma por objeto da ciência do direito não só as normas jurídicas, como também a conduta humana; bem como é sua resposta à teoria marxista do direito, que, nas palavras do autor, “considera o Direito como um agregado de relações econômicas” (KELSEN, 2006, p. 407).

realidade natural, pois não se configura na ordem dos fatos da vida concreta, mas na existência de uma ordem jurídica enquanto sistema de normas que determinam condutas humanas.

A afirmação do direito positivo ou real como único objeto da ciência pura do direito certamente exclui do âmbito de possíveis objetos da ciência jurídica qualquer espécie de direito ideal – esteja ele na forma de justiça ou de direito natural –, na medida em que o direito positivo existe independentemente da sua compatibilidade com tal direito ideal¹⁹⁵ (KELSEN, 2005, XXIX). O direito ideal e a questão dos valores é objeto da política e não da ciência do direito; de maneira contrária, o objetivo da ciência do direito é “descrever seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos” (KELSEN, 2005, XXVIII). Desde esta perspectiva, Kelsen adota uma posição relativista¹⁹⁶ com relação aos valores, negando uma suposta essencialidade moral do direito, pois para assumi-la seria necessário admitir uma moral absolutamente válida. Como do ponto de vista científico e racional não se pode afirmar uma moral absoluta¹⁹⁷, todo juízo de valor é puramente subjetivo e, portanto, relativo (KELSEN, 2005, p. 11). Com efeito, os problemas valorativos (assim como o é o problema da justiça¹⁹⁸) não podem ser tratados cientificamente, estando fora do âmbito de uma ciência do direito que se limita ao direito positivo como realidade jurídica (KELSEN, 2006, p. XVIII).

Fica claro que, para Kelsen, conhecer um objeto cientificamente significa descrevê-lo fielmente, sem incorrer em qualquer valoração subjetiva¹⁹⁹. Conhecer e valorar são, portanto,

¹⁹⁵ Com a separação total entre direito e moral, o direito positivo não pode tomar seu critério de validade objetiva de um sistema moral, uma vez que este será sempre subjetivo e relativo. De resto, como visto, na teoria pura, toda validade das normas jurídicas remonta, ulteriormente, à norma fundamental.

¹⁹⁶ Há uma diferença entre relativismo moral e ceticismo moral: o primeiro rejeita apenas a ideia de uma moral absoluta, não negando a possibilidade de se conhecer valores; já o segundo rejeita a possibilidade de conhecimento moral. Kelsen, nesse contexto, é um relativista moral subjetivista, já que a origem das diversas morais reside nas diferentes sistemas de valores individuais ou coletivos (DIAS, 2010, p. 145).

¹⁹⁷ Kelsen chegar a afirmar que a justiça absoluta é incognoscível pela razão humana: “Justiça absoluta é um ideal irracional.” (KELSEN, 2001, p. 23)

¹⁹⁸ Kelsen aponta ainda para o caráter ideológico da justiça, quando a despeito de relativa e subjetiva, é apresentada como um valor absoluto e objetivo, dotado de validade geral. Além disso, a tese de que o direito é essencialmente moral pode servir para legitimar de maneira acrítica uma certa ordem jurídica positiva (KELSEN, 2006, p. 78). Vale mencionar que no seu *Teoria geral do direito e marxismo*, Pachukanis dedica um capítulo à questão da justiça, que não foi diretamente objeto da nossa análise. Neste capítulo, Pachukanis, assim como Kelsen, tampouco reconhece qualquer critério autônomo e absoluto na ideia de justiça (PACHUKANIS, 1988, p. 112), chegando a afirmar que também a questão da justiça “deriva da relação de troca e fora dela não tem sentido” (PACHUKANIS, 1988, p. 112).

¹⁹⁹ Nesse contexto, cf. “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e

atividades distintas²⁰⁰. Sob forte influência de uma conceituação positivista de ciência, que durante o século XIX tentou extirpar a metafísica do seu domínio, Kelsen toma como modelo de ciência aquele da ciência natural. Sua tentativa de purificar o direito se dá através da elaboração de uma ciência do direito comparável à ciência natural em força explicativa e consistência lógica (CARRINO, 1998, p. 515), construindo uma ciência formal do direito que se pretende objetiva e exata²⁰¹. É verdade que as expressões relacionadas à pureza remetem à filosofia transcendental kantiana, contudo, neste tocante, não é seguro afirmar a influência kantiana na pureza metodológica da teoria pura (DIAS, 2010, p. 155). Na verdade, Kelsen recebe outros influxos quanto a este ponto da sua metodologia: o positivismo jurídico de Albrecht, Gerber e Laband²⁰², que pretendia despolitizar a ciência do direito; bem como o ensaio de 1904 de Max Weber sobre a objetividade do conhecimento na ciência social e na ciência política (DIAS, 2010, p. 155). Nesse aspecto, a empreitada de Kelsen no direito se aproxima àquela de Weber²⁰³ na sociologia (CARRINO, 1998, p. 515). Com efeito, Losano (2003, p. X) relata que Kelsen recebe forte influência da discussão sobre a ausência de juízo de valor nas ciências sociais que tomava lugar na Alemanha no início do século XX. Encabeçado por Weber, Sombart e Jaffé e dirigido contra Schmoller, este posicionamento chegou à proeminência quando aqueles assumiram o papel de redatores da revista *Arquivo para a ciência social e a política social* (*Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik*) e lançaram um programa que promovia claramente a ideia de distinção entre conhecer e valorar, correspondendo a primeira atividade ao dever científico e a segunda atividade à defesa de ideais subjetivos (LOSANO, 2003, p. X). Ainda sobre a polêmica entre Weber e Schmoller, Losano (2003, p. X) esclarece:

a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada.” (KELSEN, 2006, p. 118).

²⁰⁰ Nesse sentido, cf. “Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.” (KELSEN, 2006, p. 77)

²⁰¹ Sobre a exatidão e a objetividade como objetivos ideais da ciência, cf. Kelsen (2006, p. XI): “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.”

²⁰² Além destes, também Jellink pretendia a pureza metodológica, isto é, a purificação dos métodos de conhecimento, evitando sincretismos. Contudo, Jellinek admitia que um mesmo objeto pudesse ser observado a partir de métodos distintos, coisa que Kelsen não admitia (PAULSON, 1998b, p. 28).

²⁰³ Segundo Höffe (1986, p. 275-276), Weber teria levado ao extremo a diferença kantiana entre conhecer e valorar, embora não o tenha feito na linha da distinção entre razão prática e razão teórica em Kant, uma vez que Weber não aceita a razão no âmbito dos valores, como o direito e a moral.

[...] o grupo de Schmoller acredita que a ciência pode guiar a ação social, harmonizando os interesses em conflito (e, portanto, não só admite juízos de valor como também nesses se fundamenta); o grupo de Weber, ao contrário, não acredita nessa função ativa da ciência e a limita, portanto, à descrição “objetiva” da realidade (banindo assim qualquer juízo de valor da atividade que tenha aspirações científicas).

A separação irreconciliável entre ciência e ação, representada por esses dois posicionamentos metodológicos opostos, tem por consequência na teoria kelseniana (na medida em que este adere ao lado weberiano) o fato de esta teoria se colocar como um “instrumento cognoscitivo fechado em si mesmo” (LOSANO, 2003, p. XXX), e não como um “instrumento de progresso humano” (LOSANO, 2003, p. XXX). No contexto da crítica que Losano lança a esse aspecto da teoria de Kelsen, resta o questionamento: “o conhecimento é um fim em si mesmo ou deve servir à ação?” (LOSANO, 2003, p. XXX). Essa questão é de suma importância diante da perspectiva marxiana de uma teoria fundada na práxis social.

O princípio da pureza metodológica como alicerce da teoria geral do direito kelseniana se refere por um lado à ausência de elementos valorativos, e por outro, ao isolamento do direito como disciplina teórica autônoma com metodologia própria. Para se chegar à essência do que é direito se faz necessário perscrutar os limites metodológicos da ciência jurídica, que só podem ser determinados pela própria natureza do seu objeto (KELSEN, 2006, p. 2). Com isso, Kelsen afirma não pretender negar a conexão existente entre o direito e o objeto de outras ciências, tais quais a sociologia, a psicologia, a ética etc., mas antes depurar metodologicamente a ciência do direito de objetos e elementos que lhes são alheios (KELSEN, 2006, p.1). Assim, admite-se que o direito não é “puro”²⁰⁴, apenas o método utilizado para conhecê-lo o é. Trata-se da concepção de unidade sistemática da ciência inspirada pela filosofia neokantiana, sob esta perspectiva importa mais o método que o objeto da ciência: a cada ciência deve corresponder uma unidade com método específico (LOSANO, 2003, p. XIII). As limitações impostas tanto ao objeto quanto ao método da ciência do direito kelseniana fazem com que a busca pela natureza e função do direito (que é, em última análise, objetivo de toda teoria do direito), resulte em uma teoria da validade do direito. Uma teoria dessa espécie tem como fim descrever os pressupostos formais que ensejam a validade (ou existência) de uma norma jurídica ou de um ordenamento jurídico. Cuida-se de uma teoria formal do direito, que prescinde da realidade social na qual o direito está inserido. Assim, apenas o processo de conhecimento do direito e não o momento de sua criação social importa

²⁰⁴ De fato, Kelsen não nega a relação existente entre o fenômeno jurídico e a realidade social. Dessa forma, ele não nega que os conteúdos das normas jurídicas são diretamente influenciados por questões concretas. Entretanto, a origem e formação das normas é um assunto que está excluído do objeto da ciência do direito.

(KELSEN, 2005, p. XXVIII). A pureza metodológica, tão enfaticamente propugnada pela teoria kelseniana, significa a sua objeção ao sincretismo metodológico das teorias jurídicas tradicionais, em um esforço de libertação do direito da ideologia política e dos elementos das demais ciências, reconhecendo-lhe uma legalidade própria e um método adequado a sua especificidade (KELSEN, 2006, p. 1).

A especificidade da ciência jurídica está no fato de a ela corresponder a abordagem epistemológica do dever-ser (*Sollen*), na qual vigora a lei da imputação; em oposição à ordem do ser (*Sein*), regida pela lei da causalidade, que corresponde à abordagem epistemológica das ciências naturais. O ser e o dever-ser constituem modos de pensar que desempenham diferentes funções instrumentais na ciência (DIAS, 2010, p. 152). Conforme já afirmado, ao *ser* corresponde a abordagem das ciências explicativas, âmbito no qual um certo fato acontece como consequência necessária de outro; enquanto ao *dever-ser* corresponde a abordagem das ciências normativas (que inclui não só a ciência do direito, como também a estética, a lógica, a gramática etc.), âmbito no qual as normas prescrevem como algo deve ser por meio da imputação. Como a ciência jurídica tem por objeto uma ordem normativa, considerada como um sistema de normas de regulação da conduta humana, ela cuida diretamente de como certo comportamento humano *deve ser*. Assim, a norma é um *dever-ser*, implicando um ato intencionalmente dirigido à conduta de outrem (KELSEN, 2006, p. 5). Contudo, este dever não tem apenas o sentido de obrigação: “Com efeito, uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira” (KELSEN, 2006, p. 6). Embora seja a norma um dever-ser que constitui o sentido de um ato de vontade direcionado à conduta humana, o ato de vontade cujo sentido ela constitui é um ser (KELSEN, 2006, p. 6). Assim, a separação metodológica entre ser e dever-ser não significa uma completa ausência de relação entre esses dois âmbitos. Contudo, Kelsen alerta que a afirmação de que “um ser corresponde a um dever-ser” não é verdadeira, pois

não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele “algo”, que por um lado “é”, que corresponde àquele “algo”, que, por outro lado, “deve ser” e que, figurativamente, pode ser designado como conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser. (KELSEN, 2006, p. 7)

Do ponto de vista lógico, o dualismo ser e dever-ser é, de fato, uma separação²⁰⁵. Embora a independência mútua entre estes dois âmbitos não signifique que inexista uma

²⁰⁵ Sobre esta separação, Dias (2010, p. 152) afirma: “Kelsen defende essa ‘dualidade’ dentro da ciência mais por necessidade que por convicção”. Para comprovar seu argumento, cita um trecho da obra de 1911 de Kelsen, que aqui reproduzimos: “Por mais insatisfatória que me pareça uma construção dualista da visão de mundo, no meu

relação entre eles, não se pode seguir do fato de algo deva ser que algo é e vice-versa (KELSEN, 2006, p. 401). O abismo epistemológico entre duas esferas independentes – o mundo da facticidade e o mundo da normatividade – segue diretamente dessa oposição entre ser e dever-ser na teoria kelseniana. Kelsen não nos fornece maiores esclarecimentos acerca do referido dualismo metodológico, limitando-se a afirmar que se trata de “um dado imediato da nossa consciência” (KELSEN, 2006, p. 6), e, portanto, não pode ser descrito. As origens do dualismo metodológico (normatividade/facticidade) em Kelsen remetem, para Paulson (1998b, p. 28-29; 1998a, p. XXXI), ao neokantismo de escola de Heidelberg, com a sua distinção entre fato e valor, sobretudo a Windelband e Rickert, embora, Lask, Simmel, Radbruch e Weber também sejam mencionados. Para Dias (2010, p. 151), a influência vem expressamente de Simmel e Kitz.

Ainda no âmbito da influência neokantiana, Ebenstein (1971, p. 622) aponta outro debate que teve repercussão na teoria kelseniana: aquele da superação do dualismo entre substância e função levado a cabo por Ernst Cassirer. Em *Substanzbegriff und Funktionsbegriff* (*Substância e função*), Cassirer expôs a tendência de transmutação dos conceitos tradicionais na ciência moderna, como matéria, átomo etc., em conceitos não substanciais, como função, relação etc. O afastamento do conceito aristotélico de substância em favor do conceito matemático de função sustentava-se na ideia de que o primeiro estava relacionado a uma metafísica essencialista nas ciências. Na teoria pura de Kelsen essa ideia encontrou acolhimento na consideração de que alguns conceitos jurídicos fundamentais, como sujeito jurídico, Estado etc., eram meras reificações ou hipostatizações de funções e relações. Assim, o autor eliminou os dualismos das teorias tradicionais do direito – a exemplo daquele entre direito e Estado – por considerar que eram simplesmente falsos e tinham como razão de ser ou motivações ideológicas ou falhas teóricas.

Por fim, é importante mencionar outra influência presente desde a obra inicial de Kelsen: a de Geber, Laband e Jellinek, seus antecessores na teoria do direito público na Alemanha, cujas origens apontam para a escola pandectista alemã. Na primeira fase da sua obra, a fase do criticismo construtivista²⁰⁶, Kelsen se preocupa em construir os conceitos fundamentais do direito como conceitos normativos, isto é, como construções decorrentes da norma jurídica (PAULSON, 2013, p. 5-6; PAULSON, 1998a, p. XXIV). Esta influência lança luz sobre o fato de que para o autor todo direito é direito público, embora esta estreita

pensamento não vejo um caminho que conduza além da discrepância intolerável entre o eu e o mundo, a alma e o corpo, o sujeito e o objeto, a forma e o conteúdo – e tantas outras palavras nas quais se oculta a eterna dualidade.” (KELSEN *apud* DIAS, 2010, p. 152)

²⁰⁶ Cf. nota 175.

aproximação²⁰⁷ entre direito e Estado em Kelsen já se possa deduzir da delimitação do direito positivo como único objeto da ciência jurídica.

Embora não exista consenso sobre a origem direta do inegável kantismo e neokantismo na teoria do direito kelseniana em seus aspectos mais específicos, não resta dúvida que o grande cenário em que Kelsen se insere inicialmente, e que marcará sua obra, é aquele do positivismo alemão. Inicialmente, a tendência positivista surgiu na Alemanha negando o iluminismo do passado e o caráter crítico da filosofia hegeliana, sobretudo através da filosofia de Stahl (COELHO, 1984, p. 58). Também o positivismo do empirismo crítico de Avenarius foi uma influência tendente a reduzir a filosofia a uma teoria da ciência, retirando-lhe toda preocupação social e política e reduzindo a razão à ciência; posteriormente, o retorno a Kant retoma a sua crítica, que não se dá no sentido social, mas na busca dos *a priori* da razão, transformando a filosofia em uma teoria do conhecimento. Assim, o pensamento europeu continental estava tomado por uma filosofia apolítica e submissa às preocupações epistemológicas da ciência (COELHO, 1984, p. 58-59). O ideal epistêmico da teoria pura do direito de Kelsen representa, portanto, o conformismo positivista com a ordem imanente: “erigindo a neutralidade ideológica em princípio basilar da Ciência do Direito, legitimou o ideal da nova sociedade burguesa, da absoluta alienação do jurista em face da problemática social, econômica e política” (COELHO, 1984, p. 60).

Após esta breve síntese das bases metodológicas e pressupostos filosóficos kelsenianos, percebe-se que o autor busca fundamentações diversas para a construção da teoria pura do direito. Em boa parte, isto é fruto do fato de Kelsen ter se mantido em constante revisão metodológica da sua obra, que, de resto, funda um positivismo jurídico distinto das teorias jurídicas positivistas do século XIX. O positivismo kelseniano representa, nas palavras de Losano (2003, p. XIII), “a mais elaborada teoria do positivismo jurídico”.

3.2 Alguns pontos centrais da teoria pura do direito

Neste tópico serão abordadas algumas teses centrais da teoria pura do direito, com o fim de acentuar a sua conformidade com os pressupostos jurídicos e filosóficos já brevemente delineados. A exposição de alguns pontos centrais da teoria pura do direito terá como parâmetro a medida em que estas teses dialogam com a crítica pachukaniana à teoria do direito de Kelsen já apresentada nos capítulos anteriores, uma vez que é também objetivo do

²⁰⁷ Ou melhor, equalização entre direito e Estado, conforme veremos adiante.

presente tópico fornecer elementos para elucidar este debate e aprofundá-lo. Assim, as críticas feitas por Pachukanis a Kelsen, já expostas anteriormente, serão aqui resgatadas quando oportuno.

3.2.1 Norma jurídica e ordem jurídica: o direito como ordem normativa coativa

A norma jurídica é o elemento constitutivo da teoria kelseniana, na medida em que integra o direito positivo. Com norma se quer significar um dever-ser, uma conduta humana esperada, porquanto é o direito uma ordem normativa da conduta humana. A conduta humana que é objeto da norma jurídica pode ser uma ação positiva ou uma omissão, desde que seja a conduta de um indivíduo em relação a um ou mais indivíduos, isto é, a conduta recíproca entre indivíduos. Assim, uma certa conduta somente se transforma em objeto de uma ordem jurídica na medida em que é considerada valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos (KELSEN, 2006, p. 35).

A norma jurídica atua como um esquema de interpretação, dotando o ato de significado jurídico, conferindo sentido objetivo a um ato de vontade²⁰⁸. Assim, o ato de vontade cujo sentido a norma constitui é um ser, enquanto a norma jurídica é um dever-ser²⁰⁹. A norma jurídica pode ser entendida como “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, 2006, p. 6).

Kelsen afirma que o uso da palavra *Recht* (direito) e seus equivalentes em diversas línguas e épocas corresponde, de modo geral, a objetos que podem ser abrangidos por um conceito comum. Esse núcleo comum seria o fato de que o direito, em diferentes épocas e lugares, teria sempre representado ordens de conduta humana. Uma ordem normativa sendo um sistema de normas que têm o mesmo fundamento de validade: uma norma fundamental que ao dotar de validade todas as normas pertencentes à mesma ordem, dá ao mesmo tempo unicidade a esta ordem (KELSEN, 2006, p. 33).

Além de ser uma ordem de conduta humana, há outra característica essencial que define certa ordem normativa como direito: ser uma ordem coativa, isto é, uma ordem que estabelece uma reação às situações consideradas socialmente indesejáveis na forma de um ato de coação, assim entendido como “um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto” (KELSEN,

²⁰⁸ Sobre a distinção entre sentido objetivo e sentido subjetivo do dever ser cf. nota 184.

²⁰⁹ O dever-ser na teoria pura é apenas uma conexão funcional, não tem qualquer natureza ética ou moral.

2006, p. 35). Assim, toda ordem a que se chama direito são ordens normativas coativas da conduta humana, que estabelecem a uma conduta contrária àquela exigida um ato de coação à pessoa²¹⁰ que comete o ato ilícito. Este ato de coação é comumente recebido como um mal por seu destinatário. A sanção que caracteriza as ordens jurídicas é aquela que é socialmente organizada e socialmente imanente, isto é, o ato de coação estatuído pela ordem jurídica constitui uma reação atribuída à totalidade da comunidade jurídica. Assim, a especificidade das ordens normativas jurídicas reside no fato de se poder obter o cumprimento da conduta esperada através da ameaça de uma medida de coerção em caso de não cumprimento de um mandamento, ou seja, através de uma sanção socialmente organizada, que representa um ato da comunidade jurídica (já que a sanção é prescrita pela ordem jurídica e aplicada por um indivíduo autorizado por essa mesma ordem). Tal não significa, contudo, que a força física seja sempre empregada; ao contrário, normalmente não há resistência à efetivação da sanção (KELSEN, 2006, p. 36).

Fica claro que, para Kelsen, a especificidade do direito reside no fato de ser uma ordem normativa de coação. Entretanto, como diferenciar o direito com relação a outras ordens normativas que estabelecem a cominação de atos coercitivos em caso de descumprimento de certa conduta? Kelsen aborda tal questão ao distinguir o direito com relação a uma ordem constituída por um “bando de salteadores”²¹¹: o autor chega à solução de que é a norma fundamental aquilo que vai dotar as normas da ordem jurídica de sentido objetivo, e, portanto, de normatividade. As ordens advindas de um gângster, ainda que tenham o sentido subjetivo de um dever-ser, não são reconhecidas como atos criadores do direito, isto é, como uma norma que vincula o seu destinatário, pois não emanam de uma ordem jurídica com eficácia duradoura, pressuposto de uma norma fundamental que lhe confira validade objetiva.

Kelsen esclarece que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um fato da ordem do ser²¹², antes, apenas outra norma, enquanto dever-ser, pode constituir fundamento de validade para uma norma. Assim, a fundamentação da validade de uma norma se dá como em um silogismo lógico, onde a norma superior consta como premissa maior e a norma inferior como conclusão²¹³ (KELSEN, 2006, p. 216). O autor ressalta que a investigação da fundamentação de

²¹⁰ Kelsen esclarece que este ato de coerção pode se direcionar contra a pessoa que comete o ato em desconformidade com a ordem jurídica ou contra seus familiares: “Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares).” (KELSEN, 2006, p. 36)

²¹¹ Para acompanhar esta argumentação cf. KELSEN, 2006, p. 48-55.

²¹² Nesse sentido, cf. “O fundamento da validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 2006, p. 215).

²¹³ Kelsen exemplifica que o fundamento de validade dos dez mandamentos não é o fato de terem sido emanados por uma autoridade divina, mas a norma que estatui o dever de obedecer aos mandamentos divinos. Assim, a norma superior que determina a obediência às ordens divinas figura como premissa maior e a norma inferior que

validade de uma norma não poder ser um regresso *ad infinitum*, impondo a necessidade de uma norma considerada a mais elevada, que por sua própria natureza, não pode ser posta por nenhuma autoridade, mas somente pressuposta. A norma fundamental, por definição, não retira sua validade de nenhuma outra norma. Assim, é esta norma superior que irá conferir unidade a um sistema de normas, uma vez que pertencem a uma mesma ordem normativa todas as normas jurídicas que retiraram seu fundamento de validade, em última instância, da mesma norma fundamental (KELSEN, 2006, p. 217).

3.2.2 Princípios estático e dinâmico de fundamentação de validade das normas

Kelsen diferencia dois tipos distintos de sistemas normativos de acordo com a natureza do seu fundamento de validade: sistema normativo estático e sistema normativo dinâmico. O primeiro designa um sistema em que a norma que o fundamenta confere validade não só formal, como também de conteúdo, às normas que o integram. Assim, todas as normas de um sistema estático já estão compreendidas no conteúdo da norma fundamental, podendo ser obtidas através de uma operação de dedução lógica. Trata-se de um princípio estático de fundamentação das normas. Kelsen objeta que este princípio exige uma norma fundamental que seja imediatamente evidente, o que, por sua vez, pressupõe o conceito de uma razão prática legisladora, que é, na opinião do autor, um conceito insustentável. Isto porque a criação de normas é um ato de vontade para o qual a razão não se presta, já que sua função é cognoscitiva e não volitiva (KELSEN, 2006, p. 218).

Já o sistema dinâmico, classificação em que se enquadram as ordens de natureza jurídica, se caracteriza pelo fato de a norma fundamental pressuposta ter como único conteúdo a delegação de poder a uma autoridade legisladora (KELSEN, 2006, p. 219). Isto é, a norma fundante contém apenas a regra por meio da qual se criam as normas gerais e individuais de dito sistema. Os conteúdos das normas que integram um sistema dinâmico não podem ser deduzidos da norma fundamental por meio de um raciocínio lógico. Dessa forma, a norma fundamental jurídica figura apenas como fundamento de validade, para o qual os conteúdos

determina a obediência aos dez mandamentos figura como conclusão. A proposição que afirma o fato (portanto um elemento da ordem do ser) de que os dez mandamentos foram ordenados por Deus constitui a premissa menor que vincula a premissa maior à conclusão. Nesse sentido, conclui: “Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o fato da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão.” (KELSEN, 2006, p. 216)

das normas que repousam sobre sua validade é indiferente. Assim, as normas jurídicas podem tomar qualquer conteúdo, não existindo conduta humana que não possa, em razão da sua natureza, ser objeto de uma norma jurídica (KELSEN, 2005, p. 166; KELSEN, 2006, p. 221). A validade de uma norma decorre unicamente do fato de sua criação estar de acordo com o procedimento definido em outra norma que retira sua validade, em última instância, da norma fundamental. A compatibilidade ou não de seu conteúdo com valores políticos ou morais não se relaciona com seu fundamento de validade. Assim, ainda que a validade das normas em um sistema dinâmico seja deduzida da norma fundamental, o conteúdo de tais normas não são deduzidos logicamente da norma fundamental – pois esta não é uma norma material, conforme acontece, por exemplo, em um sistema estático moral – mas, ao contrário, são o resultado de um ato de vontade, porquanto o direito positivo é criado por atos de seres humanos. Isto é, a norma fundamental representa o fundamento de validade de um sistema normativo dinâmico, porém não oferece o conteúdo de validade das normas pertencentes a este sistema (KELSEN, 2006, p. 219).

Assim, a norma fundamental transcendental²¹⁴ figura no ápice da ordem normativa jurídica, dotando-lhe de validade e constituindo o ponto de partida do processo de produção do direito, já que autoriza a autoridade legislativa a disciplinar o procedimento pelo qual as normas pertencentes a este sistema devem ser criadas de maneira hierárquica. As normas que compõem uma ordem jurídica assentada em uma norma fundamental se ordenam em uma estrutura escalonada interligada. Nesse sentido, Kelsen une a teoria da hierarquia das normas desenvolvida por Adolf Merkl²¹⁵ com a teoria da norma fundamental (DIAS, 2010, p. 254). Dessa forma, tornou-se possível a apreensão do direito como fenômeno normativo dinâmico, isto é, em seu processo de criação contínua²¹⁶.

²¹⁴ Sobre a norma fundamental como pressuposto lógico-transcendental na segunda edição alemã da *Teoria pura do direito*, remetemos ao tópico anterior, onde se analisa a influência da filosofia transcendental kantiana na formulação da teoria do direito kelseniana.

²¹⁵ Adolf Merkl era um dos discípulos de Kelsen, assim como Alfred Verdross. Ambos compunham a Escola de Viena, juntamente com o autor da teoria pura do direito.

²¹⁶ Para compreender melhor de que forma e em que momento se dá a passagem na obra de Kelsen da acepção estática do direito, que toma a lei como única forma de direito, para a acepção dinâmica do direito, que toma por base a teoria da hierarquia das normas desenvolvida por Merkl, cf. DIAS, 2010, p. 197-214 e PAULSON, 1998a, p. XXV-XXVI.

3.2.3 Validade e eficácia: o problema da facticidade

A questão da validade²¹⁷ da norma jurídica em Kelsen já foi aqui abordada como relacionada à pertinência de certa norma a um ordenamento jurídico, o que nos remete à norma fundamental como base da sua fundamentação em última instância. Assim, em conformidade com o postulado da pureza metodológica, Kelsen busca uma fundamentação transcendental para a norma jurídica, tomando a norma fundamental como pressuposto epistemológico capaz de dotar de validade um dever-ser com base em outro dever-ser. Este expediente ao mesmo tempo que o retira a fundação do direito do âmbito do ser, isto é, do terreno do método causal, rejeita a unidade entre fato e norma. Contudo, a relação entre fato e norma, que é ao mesmo tempo a relação entre o dever-ser da norma e o ser da realidade (KELSEN, 2006, p. 235), aparece também como a delicada relação entre validade e eficácia de uma norma jurídica. Kelsen não ignora a importância da eficácia sobre o direito, admitindo a eficácia como condição de validade de uma norma, sem que isso implique a aceitação do método causal na ciência jurídica.

O autor tenta encontrar um meio termo entre duas concepções opostas: aquela que considera que a validade do direito se identifica com a sua eficácia; e aquela que preconiza que a validade do direito é indiferente à sua eficácia. Nesse sentido, Kelsen argumenta que da mesma forma que a norma de dever-ser não se confunde com o ato de vontade que a institui, também a validade da norma não se confunde com a sua eficácia na realidade do ser. Assim, a eficácia da norma (bem como a eficácia da ordem jurídica como um todo) é apenas uma condição de validade da norma, não fundamento da sua validade (KELSEN, 2006, p. 236). Em outras palavras, a eficácia constitui *conditio sine qua non* da validade, mas não *conditio per quam*. De fato, uma ordem jurídica ou uma norma jurídica já não podem ser consideradas válidas quando não têm mais qualquer eficácia. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as normas que a compõem são globalmente eficazes, isto é, são observadas de maneira geral, ainda que nem todas as suas normas singulares o sejam. Dessa forma, a razão de validade da ordem jurídica é a norma fundamental pressuposta, que estatui o dever de se conduzir de acordo com uma constituição globalmente eficaz. Assim, a norma fundamental inclui duas condições relacionadas com a facticidade: que uma constituição tenha sido posta e que esta seja globalmente eficaz (EBENSTEIN, 1971, p. 640-641).

²¹⁷ Dias (2010, p. 261) esclarece que há pelo menos quatro sentidos distintos em que Kelsen utiliza o termo *Geltung* (traduzido como “validade”) na teoria pura do direito com base no modelo dinâmico de validade. Entretanto, não é nosso objetivo desenvolver sobre esta questão, para conhecer este estudo cf. DIAS, 2010, p. 260-282.

Ainda que se possa objetar que a solução proposta por Kelsen para a tensão entre facticidade e normatividade²¹⁸ confira à eficácia de um papel meramente decorativo²¹⁹ dentro da teoria pura do direito (DIAS, 2010, p. 286), Pachukanis não deixou de notar que esta era a precisa medida da facticidade contida na teoria kelseniana. A este respeito, Pachukanis comenta, ao tratar da prevalência da relação jurídica relativamente à norma jurídica, que mesmo Kelsen admitia ser preciso um mínimo de efetividade como condição de validade da ordem jurídica: “Kelsen, o mais coerente defensor do método puramente normativo, não pôde deixar de reconhecer que era necessário conferir, de uma ou de outra maneira, à ordem normativa ideal, um elemento de vida real, isto é, de conduta humana efetiva” (PACHUKANIS, 1988, p. 48).

3.2.4 Relação jurídica e sujeito de direito como conceitos constituídos pela ordem jurídica

Para Kelsen a relação jurídica é constituída pela ordem jurídica (KELSEN, 2006, p. 183). O autor se opõe às teorias jurídicas tradicionais que conceituam a relação jurídica como sendo uma relação entre sujeitos de direito na qual um é sujeito de um dever jurídico e outro sujeito do direito correspondente. Inicialmente o autor afirma que dizer que um direito e um dever se correspondem é o mesmo que afirmar que o direito é um reflexo do dever; e ainda, que o conceito de direito reflexo é supérfluo, pois se trata do mesmo dever jurídico visto a partir do ponto de vista daquele diante do qual o dever deve ser cumprido. Kelsen conclui daí que “não há qualquer relação entre um dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde”

²¹⁸ A respeito desta tensão Ebenstein (1971, p. 642) afirma: “*Just as Kelsen is willing to admit that the concept of the basic norm contains a minimal element of natural law-inasmuch as the validity of the legal order is derived from a norm outside of positive law-he also concedes that the basic norm, to be meaningful, must take into account a minimum of social facts, or social reality. Thus the concept of the basic norm and that of the indispensable tension between norm and behavior supplement each other: the concept of the basic norm seeks to solve the problem of validity of law; the tension concept, the problem of its positivity*”. Em português: “Assim como Kelsen está disposto a admitir que a norma fundamental contém um mínimo de elemento do direito natural – na medida em que a validade de uma ordem jurídica é derivada de uma norma situada fora do direito positivo – ele também concedia que a norma fundamental, para que seja dotada de significado, tem que levar em conta um mínimo de facticidade, de realidade social. Assim, o conceito de norma fundamental e aquele da indispensável tensão entre norma e comportamento se complementam: o conceito de norma fundamental procura solucionar o problema da validade do direito; o conceito da tensão entre norma e comportamento procura solucionar o problema da positividade do direito” (EBENSTEIN, 1971, p. 642, tradução nossa). Sobre este tema, Losano (2003, p. XIX) comenta: “Depois de construir essa estrutura hierárquica para manter a distinção entre o mundo do “ser” e o do “dever-ser”, a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: a coerência com seu pressuposto metodológico de pureza é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever. [...] Em outras palavras, para responder à questão em torno da qual constrói toda a sua doutrina (ou seja, quais são os pressupostos formais para a validade de uma norma jurídica), Hans Kelsen precisa renunciar à rigorosa separação entre ‘ser’ e ‘dever-ser’”.

²¹⁹ Para melhor entender esta opinião cf. a argumentação presente em DIAS, 2010, p. 286-291.

(KELSEN, 2006, p. 185). Assim, as relações entre indivíduos não são consideradas na teoria pura do direito, pois não são os sujeitos que constituem o conteúdo das normas jurídicas, mas apenas a conduta dos sujeitos. Para o conhecimento do direito considerado como um sistema de normas, as relações jurídicas são aquelas entre normas jurídicas ou entre fatos estatuídos pelas normas jurídicas (KELSEN, 2006, p. 188).

A concepção de relação jurídica na teoria pura do direito se encontra em posição diametralmente oposta àquela da teoria pachukaniana. Como visto, para Pachukanis, a relação jurídica existe previamente à norma jurídica e, portanto, não retira sua juridicidade da norma. A norma jurídica é somente um desenvolvimento posterior do direito cujo sentido não prescinde da existência de uma relação jurídica que lhe dê substrato real. Para Kelsen, ao contrário, a relação jurídica não é uma relação da vida social que existe previamente à norma; antes, a relação jurídica somente pode ser assim considerada por ter sido criada por normas jurídicas. Ademais, como já afirmado, a relação jurídica só diz respeito à realidade na medida em que a conduta humana constitui o objeto das normas jurídicas. Nesse contexto, Kelsen afirma:

[...] assim como o direito subjetivo não é o interesse protegido pelas normas jurídicas mas a proteção que consiste nestas mesmas normas, também a relação jurídica não é uma relação de vida que seja extrinsecamente regulada ou determinada pelas normas jurídicas como se fosse um conteúdo vestido pela forma jurídica, mas esta mesma forma, quer dizer, uma relação que somente é constituída, instituída ou criada pelas normas jurídicas. (KELSEN, 2006, p. 187)

Pela citação acima é possível perceber que, na teoria pura do direito, não apenas a relação jurídica é constituída pela ordem jurídica, como também o direito subjetivo não existe fora da ordem jurídica. Na verdade, Kelsen irá dissolver tanto o conceito de direito subjetivo quanto o de dever subjetivo no conceito de norma jurídica que relaciona uma sanção a determinada conduta de um indivíduo (KELSEN, 2006, p. 213; KELSEN, 2006, p. 188). Isto porque, como visto, na ciência do direito kelseniana os indivíduos não são levados em consideração, somente suas ações e omissões o são, na medida em que são objeto de uma norma jurídica. Para Kelsen, as expressões “sujeito jurídico” e “órgão jurídico” são apenas o resultado de uma linguagem personalística aplicada ao direito para descrever condutas humanas determinadas pela ordem jurídica (KELSEN, 2006, p. 189). Assim é que Kelsen irá considerar o conceito jurídico fundamental de sujeito jurídico (ou sujeito de direito) como

sendo um conceito meramente auxiliar²²⁰ dentro da ciência do direito, isto é, um conceito que não é necessário para a própria definição do que é direito.

Kelsen argumenta que a ideia presente nas teorias jurídicas tradicionais do direito subjetivo como titularidade de um direito, o que requer a noção de sujeito de direito como portador de direitos e pretensões jurídicas, é, na verdade, uma necessidade ideológica da proteção da propriedade privada²²¹ (KELSEN, 2006, p. 189-191). Esta ideia remete à noção do sujeito de direito cuja essência precede a própria ordem jurídica, devendo o direito apenas reconhecê-la. Isto é, a preponderância do direito como *facultas agendi* em detrimento da sua acepção como *norma agendi*, significa, para Kelsen, a defesa da ideia do sujeito de direito como “categoria transcendente” (KELSEN, 2006, p. 190) oponível ao direito positivo e, portanto, limitadora da possibilidade de o direito positivo eventualmente suprimir a garantia da propriedade privada.

O que Kelsen faz é perceber a centralidade do conceito de sujeito de direito nas teorias jurídicas tradicionais, as quais, comumente, justificam a importância deste conceito com base na capacidade de autodeterminação do homem ou em outros motivos que remetem a uma essência humana. Assim como as outras teorias jurídicas idealistas, a teoria pura não é capaz de compreender o sentido histórico da categoria sujeito de direito, e como nega qualquer elemento transcendente à ordem jurídica, Kelsen passa a suprimir o conceito de sujeito jurídico em nome de uma teoria que toma a ordem normativa estatal como sendo a totalidade do direito. Embora Pachukanis também reconheça que a razão de ser da centralidade do sujeito de direito não está em uma suposta liberdade humana essencial, ao contrário de Kelsen, não relega este conceito ao *status* de “fantasma ideológico”; antes, busca sua significação real a partir de suas determinações históricas concretas. Para Pachukanis importa ir além de desmascarar o princípio da subjetividade jurídica como um “meio dissimulatório” (PACHUKANIS, 1988, p. 10) da burguesia:

[...] esqueceu-se de que a vitória deste princípio *não é* apenas e tão-somente um processo ideológico (isto é, um processo da ordem das ideias, das representações etc.) mas antes um real processo de transformação jurídica das relações humanas, que acompanha o desenvolvimento da economia mercantil e monetária (da economia capitalista, falando da Europa) e que engendra profundas e múltiplas

²²⁰ Kelsen (2006, p. 189) adiciona que o uso deste conceito auxiliar somente é admissível quando se tem em mente o seu caráter acessório, que a teoria pura do direito tem o papel de revelar.

²²¹ Kelsen elabora esta argumentação: “A idéia de sujeito jurídico independente, na sua existência, de um Direito objetivo, como portador de um Direito subjetivo que não é menos “Direito”, mas até mais, do que o Direito objetivo, tem por fim defender a instituição da propriedade privada da sua destruição pela ordem jurídica. Não é difícil compreender por que a ideologia da subjetividade jurídica se liga com o valor ético da liberdade individual, da personalidade autônoma, quando nesta liberdade está também incluída sempre a propriedade.” (KELSEN, 2006, p. 191)

modificações de natureza objetiva. Este conjunto de fenômenos compreende o surgimento e a consolidação da propriedade privada, a sua extensão universal tanto aos sujeitos como a todos os objetos possíveis; a libertação da terra das relações de domínio e servidão; a conversão de toda a propriedade em propriedade mobiliária; o desenvolvimento e preponderância das relações obrigacionais e, finalmente, a constituição de um poder político autônomo como particular forma de poder — ao lado do qual tem lugar o poder puramente econômico do dinheiro — assim como a subsequente divisão, mais ou menos profunda, entre a esfera das relações públicas e a das relações privadas, entre o direito público e o direito privado. (PACHUKANIS, 1988, p. 10)

Assim, o sujeito de direito é um princípio atuante, que surge efetivamente com a sociedade burguesa, e cuja centralidade reside no fato de perpassar todas as demais categorias jurídicas fundamentais. Na passagem acima, Pachukanis aponta o papel do sujeito de direito na transformação real das relações humanas no sentido do desenvolvimento do direito moderno. É por este motivo que o sujeito de direito é a categoria central de análise na sua teoria, como já explicado anteriormente. Dessa forma, não é por meio de um expediente lógico teórico que se pode retirar do conceito de sujeito de direito seu lugar privilegiado para explicar a forma jurídica. Pachukanis (1988, p. 76) conclui que a ideia do sujeito de direito como criação artificial está para a teoria jurídica assim como a ideia do dinheiro como criação artificial está para a economia política²²².

3.2.5 Superação das dicotomias entre direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado e direito e Estado

Como visto, o autor da teoria pura do direito faz preceder o dever jurídico ao direito subjetivo, já que este estaria condicionado ao direito objetivo (norma), isto é, à existência de determinada conduta enquanto conteúdo de um dever previsto pela ordem jurídica e cuja conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Da mesma forma, ser sujeito de um poder jurídico significa que certos atos específicos desse indivíduo, de acordo com sua previsão em uma ordem jurídica, fazem produzir ou aplicar normas jurídicas (KELSEN, 2006, p. 189). Assim, Kelsen reconduz o direito subjetivo e o sujeito jurídico ao direito objetivo (KELSEN, 2006, p. 213), afirmando que aqueles nascem da ordem jurídica positiva, ou, em última instância, do Estado. Nesse contexto, não faz sentido se falar na clássica oposição entre direito objetivo e direito subjetivo. Kelsen (2006, p. 213) argumenta que a teoria pura do direito parte

²²² Nesse contexto, Pachukanis afirma que a concepção do sujeito de direito como uma criação artificial da teoria do direito somente passar a ser possível a partir do momento em que o sujeito vê reduzida a sua esfera de atuação concreta. Isto se dá com o surgimento do Estado e o consequente aumento das forças sociais disciplinadoras (PACHUKANIS, 1988, p. 76).

de uma apreensão objetivista-universalista do direito, não de uma apreensão subjetivista. Com isso o autor quer significar que pretende compreender o direito de maneira orgânica, relacionando cada parte do fenômeno jurídico à função do direito como um todo: como o direito é uma ordem, todas as questões jurídicas devem ser reconduzidas a esta ordem.

Do ponto de vista universalista que a teoria pura do direito assume, tanto a produção jurídica estatal (norma de direito público), quanto a produção jurídica privada (contrato entre partes autônomas) podem ser atribuídas ao todo da ordem jurídica (KELSEN, 2006, p. 312). Para Kelsen a distinção entre direito público e direito privado só pode fazer sentido caso se considere se tratar de uma distinção entre duas diferentes formas de produção normativa: no direito público a criação normativa é autocrática; no direito privado a criação normativa é democrática (KELSEN, 2006, p. 311). Assim, ao contrário da maior parte das teorias jurídicas que consagram a oposição entre direito privado e direito público como uma manifestação da oposição entre direito e Estado, ou entre direito e não-direito, Kelsen reduz tal oposição ao sentido ora exposto. Para o autor, este dualismo é também (assim como dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo) insustentável do ponto de vista lógico, não tendo uma natureza teórica, mas apenas ideológica. Isto porque esta divisão entre a esfera pública e a privada garantiria uma certa autonomia do direito público com relação à lei, já que naquela seara reinaria o interesse do Estado e não a razão do direito. No mesmo sentido desta dicotomia está aquela entre direito e Estado, cuja função ideológica é a justificação do Estado a partir do direito (KELSEN, 2006, p. 316). Kelsen argumenta que para que a justificação da autoridade do Estado pelo direito se dê, é necessário que o direito seja visto como distinto do Estado e da sua natureza de fato de poder. Somente assim é possível chegar a um Estado de direito, justificado por sua conformidade com um direito reto (KELSEN, 2006, p. 316). Na via contrária desta concepção, o autor defende que o Estado é um fenômeno jurídico puro, isto é, o Estado age somente na forma do direito²²³ (DIAS, 2010, p. 158).

Assim como o sujeito de direito é, para Kelsen, a personificação de normas jurídicas (KELSEN, 2006, p. 213), também o Estado é a personificação da ordem jurídica²²⁴. A única

²²³ Dias (2010, p. 157-159) comenta sobre o fato de Kelsen ser tido usualmente como um pensador liberal, trazendo algumas considerações sobre o possível caráter liberal da teoria pura do direito, bem como a opinião de Merkl. Embora este seja um debate não tão incomum, sob o ponto de vista da crítica pachukaniana este debate é inócuo, pois não resta dúvida de que a teoria pura é uma teoria do direito burguesa, que representa uma das melhores sistematizações do funcionamento aparente do direito na sociedade capitalista.

²²⁴ Sobre este tema, cf. “o Estado imaginado como ser pessoal, é [...] nada mais que a personificação da ordem jurídica, e [...] uma mera hipostatização de certos postulados político-morais” (KELSEN, 2005, XXXI). Ainda: “Kelsen entende que as teorias do Estado encontram-se repletas da intromissão do pensamento mistificado. Explicações inapropriadas duplicam o Estado, transformando-o em um ente dual, uma “projeção do Eu”, como se o Estado não fosse o próprio direito. Assim, os teóricos, sob a pretensão de analisarem o fenômeno estatal, o personificam;” (SGARBI, 2007, p. 143).

forma de conceber o Estado de maneira científica e não ideológica seria considerá-lo como uma ordem de conduta humana, ou melhor, uma ordem de coação²²⁵ cuja produção e aplicação jurídica é centralizada (KELSEN, 2006, p. 316-317). O Estado é então completamente identificado com a ordem jurídica. Dessa forma, a partir de uma metodologia crítica, Kelsen acredita ter superado os dualismos tão caros às teorias jurídicas, revelando suas funções ideológicas: por um lado a garantia da propriedade privada ante o direito positivo e por outro a legitimação do poder estatal (KELSEN, 2006, p. 191; KELSEN, 2006, p. 353).

Para Pachukanis (2009, p. 148), é absurdo reduzir o direito subjetivo à norma objetiva, se negando a tentar compreender as determinações econômicas daquela categoria. Esta atitude, motivada pela superação de concepções metafísicas e individualistas, revela, na verdade, uma total falta de compreensão da regulamentação jurídica como fenômeno histórico. Assim como não é possível reduzir o sujeito de direito a um conceito auxiliar dentro do direito por meio de um exercício teórico, – sob pena de se ignorar as determinações históricas da forma jurídica –, tampouco é possível, por meio de uma atividade lógica, suprimir as contradições imanentes à forma jurídica, pois elas remetem ulteriormente à separação entre Estado e sociedade civil. Isto é, estes dualismos expressam as contradições de fato existentes na sociedade burguesa, que se caracteriza precisamente pela existência de interesses privados contrapostos a interesses gerais destacados destes interesses privados. Dessa forma, a separação entre direito privado e direito público é resultado do processo histórico, sendo um elemento caracterizador da forma jurídica não só do ponto de vista histórico como também do ponto de vista lógico (PACHUKANIS, 1988, p. 65).

Apenas ignorando a historicidade da forma estatal e da forma jurídica é possível equalizar estas duas formas sociais. Apenas desprezando que o Estado em sua acepção moderna, como poder público portador da vontade impessoal da comunidade, somente pôde surgir quando já existia, independentemente dele, uma esfera de relações de troca mercantis totalmente desenvolvida, é que se pode afirmar que se tratam do mesmo e único fenômeno. Da mesma forma, apenas a partir deste ponto de vista fetichizado, que autonomiza tanto o direito quanto o Estado, é possível pretender que seu caráter condicionado e histórico se naturalize como caráter universal e atemporal.

Ao se desconsiderar as forças políticas antagônicas que constituem o fundamento real da organização estatal e ignorar que o Estado moderno somente surge após a consolidação da

²²⁵ Para Kelsen o caráter político do Estado reside na coação: “Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui” (KELSEN, 2006, p. 316).

separação entre a esfera pública e a esfera privada (que ademais, não é criação da mente dos juristas), é possível chegar a uma aceção plenamente jurídica do Estado, como faz Kelsen. Além de reduzir o Estado a um objeto do pensamento ao tomá-lo como ordem normativa (PACHUKANIS, 1988, p. 101), Kelsen pôde também transformá-lo em um objeto puramente jurídico. Assim, a atuação extra-jurídica do Estado, isto é, a atuação segundo as razões de Estado, foi relegada se não ao domínio do impossível, ao domínio daquilo que está situado fora do âmbito do objeto da ciência kelseniana do direito. O Estado assim considerado, sob lentes estritamente jurídicas, oculta a dominação de classe, os interesses privados que atuam sob a forma de atos do Estado.

Conforme já afirmado no capítulo anterior, só foi possível invisibilizar o caráter posterior do Estado com relação ao direito e passar a identificá-lo à forma jurídica com o desenvolvimento pleno destas duas formas sociais, quando se tornam formas completamente autonomizadas (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 74). Do alto do direito moderno, com seus traços da positivação e da segurança jurídica, é que se torna possível tomar a norma jurídica estatal como expressão máxima do direito e o Estado como única fonte de produção normativa e a partir daí igualá-los. Contudo, esta atitude significa tomar o fenômeno por essência, isto é, considerar como primário e essencial um momento que é apenas secundário e derivado.

De resto, a crítica ao normativismo e ao formalismo kelseniano já foi satisfatoriamente apresentada nos capítulos anteriores. Ao criar uma teoria do direito que tem por objeto apenas as normas jurídicas, Kelsen não é capaz senão de apresentar uma teoria unilateral do direito. Isto é, uma teoria que apenas trata da relação lógico-formal entre as normas em uma estrutura hierarquizada, onde os fatos só interessam na medida em que há a previsão normativa de imputação entre um fato e outro. Ao purificar o objeto e o método da sua teoria de quaisquer elementos factuais, tal teoria efetivamente não pode se referir à realidade. Kelsen esclarece, contudo, que a realidade jurídica não é a realidade natural; a realidade jurídica é o direito positivo. Assim, está consolidada a base do seu dualismo metodológico com sua ponte intransponível entre ser e dever-ser, cujas raízes neokantianas já foram expostas. O dualismo entre ser e dever-ser, que é também o dualismo entre realidade e a normatividade, é a consagração do isolamento do direito como forma sem história, como forma genérica e artificial, resultado de uma abstração vaga.

Tomar a realidade jurídica como uma realidade à parte da realidade social, onde até mesmo a causalidade é inoperante, significa autonomizar o direito e desconsiderar suas relações indissociáveis com a totalidade social. É precisamente isso que a teoria pura faz ao

purificar não só o seu método como também o seu objeto: toma por conceito de direito uma definição genérica que nada apreende de específico sobre a forma jurídica, – na medida em que se aplica a sociedades de quaisquer épocas e lugares²²⁶ –, alçando ao *status* de direito uma representação unilateral do fenômeno como elemento que flutua acima da história. Ainda que a forma jurídica e a forma estatal alcancem seu máximo desenvolvimento no capitalismo, onde adquirem relativa autonomia, não se pode esquecer que os limites de tal autonomia são as condições de reprodução do capital. É preciso lembrar que o direito não tem história própria²²⁷ (MARX; ENGELS, 2009, p. 113), e que o valor e a mercadoria estão no substrato destas duas formas sociais.

A teoria pura do direito, como uma teoria lógico-formal da estrutura da ordenação jurídica, não pode ser senão uma teoria unilateral, que lida com uma realidade limitada como sendo representativa do fenômeno complexo e atuante socialmente que é o direito. Nesse sentido, é também uma teoria artificial, já que obstaculiza a análise do direito positivo em interação com a realidade social que o condiciona. A este respeito, Pachukanis (1988, p. 19) afirma se tratar de uma teoria que não pretende examinar o direito como forma histórica e que, portanto, não lida e não quer lidar com a realidade. Por propor o distanciamento deliberado da realidade, que é a marca da decadência do pensamento científico burguês (PACHUKANIS, 1988, p. 34), incorre na esterilidade de artifícios puramente lógico-formais, que nada podem explicar sobre a realidade jurídica. O extremo formalismo jurídico kelseniano, que ademais pretende estudar a forma do direito esterilizada de qualquer resquício de conteúdo, abstrai por completo a inter-relação dialética entre forma e conteúdo para compreensão da realidade. Por tais motivos é que Pachukanis chega a questionar a própria cientificidade²²⁸ de uma tal teoria.

A depuração do objeto da teoria pura foi uma constante ao longo das seis décadas pelas quais perdurou a sua elaboração. Com o resultado final na década de 70, que retira até mesmo a possibilidade de aplicação de princípios lógicos ao direito, – o que alguns autores vão reputar como um posicionamento irracionalista²²⁹ –, Losano (1985, p. 69-70) chega à

²²⁶ Nesse contexto cf. “Ignorar o caráter histórico da forma jurídica é a atitude típica das correntes que tomam como a forma do direito a forma do comando externo, da vontade tornada obrigação, da norma (hipótese à qual se atribui consequência jurídica) etc. Tratam-se todas de formas vagas, alheias à dinâmica real das sociedades, que, independentes do conteúdo, pura e simplesmente permanecem inalteradas ao longo da história. Em verdades, são abstrações tão vazias que podem se reportar à história humana inteira sem exigir descer às minúcias das relações sociais dominantes em cada período, aos detalhes das ordens sociais, à estrutura do modo de produção.” (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 57)

²²⁷ Cf. “(Não esquecer que o direito, como a religião, não tem uma história própria.)” (MARX; ENGELS, 2009, p. 113).

²²⁸ Para uma exemplificação de alguns desses momentos, cf. nota 83.

²²⁹ Cf. nota 166.

conclusão de que Pachukanis tinha razão em suas observações sobre Kelsen ter levado ao absurdo o distanciamento entre direito e realidade: “*Encuentra así confirmación el juicio sarcástico de Pasukanis sobre Kelsen: ‘gracias a su impertérrita coherencia, há conducido ad absurdum la metodología neokantiana del dualismo entre ser y deber ser’*”²³⁰.

3.3 A crítica de Kelsen a Pachukanis: uma teoria antinormativista

A teoria pura do direito de Kelsen foi alvo de críticas persistentes ao longo de suas seis décadas de elaboração. Não foram raros nem os ataques nem os críticos²³¹ à teoria kelseniana, ao ponto de este ser um assunto recorrente nos prefácios que Kelsen fazia a seus livros. Ao lado da reafirmação da natureza pura e antiideológica da sua teoria, Kelsen alega, no prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito*, que os seus opositores não chegam a conhecer a essência da sua teoria, antes fazem dela uma falsa imagem adequada à crítica que pretendem tecer, de forma que o autor considera quase desnecessário refutá-las (KELSEN, 2006, p. XIII). O fato é que Kelsen dedicou um capítulo²³² do seu *Teoria comunista do direito* (*The communist theory of law*), de 1955, à crítica à teoria pachukaniana.

Kelsen inicia sua crítica reconhecendo a importância de Pachukanis dentro do pensamento jurídico soviético, afirmando se tratar do mais proeminente²³³ representante da teoria jurídica soviética no primeiro período²³⁴ de seu desenvolvimento. Contudo, ironicamente, a crítica de Kelsen a Pachukanis parte de uma interpretação que não capta a essência do sentido do texto pachukaniano. Primeiramente, Kelsen faz, de modo geral, quatro afirmações categóricas sobre a *Teoria pura do direito e marxismo* de Pachukanis: i) se trata de uma teoria antinormativa²³⁵, pois, para Pachukanis, a definição de direito como sistema

²³⁰ Em português: “Se confirma assim o juízo sarcástico de Pachukanis sobre Kelsen: ‘graças a sua intrépida coerência, conduziu ao absurdo a metodologia neokantiana do dualismo entre ser e dever-ser’” (LOSANO, 1985, p. 69-70, tradução nossa).

²³¹ Dentre os críticos da teoria pura estavam Alf Ross, Carlos Cossio, Paul Amselek, Julius Stone, Rupert Hoffman, Karl Leiminger, Albert Vonlanthen dentre diversos outros (MÉTALL, 1976, p. 112).

²³² Ainda, no capítulo seguinte, Kelsen comenta a crítica à teoria de Pachukanis feita por P. Yudin, que defendia a ideia de um direito socialista e de um Estado socialista na União Soviética. Contudo, este texto não será objeto da nossa análise, pois foge à pretensão do presente trabalho.

²³³ A este respeito cf. nota 9.

²³⁴ Kelsen expõe as usuais periodizações do pensamento jurídico soviético, algumas o fazem em três períodos, outra em dois períodos, com a qual Kelsen concorda: “*Los dos períodos se caracterizan así: 1) cuando el derecho y el socialismo eran aún tratados como si fueran incompatibles, y 2) después del abierto abandono de la idea de incompatibilidad, es decir, desde 1936-1937. El autor está de acuerdo en principio con la división en dos períodos*” (KELSEN, 1957, p. 131).

²³⁵ É certo que em *Teoria geral do direito e marxismo* Pachukanis adota um posicionamento veementemente antinormativista. Contudo, na fase tardia da sua obra, a partir de 1936, após algumas reformulações da sua teoria, o autor irá adotar um posicionamento normativista. Sobre este tema, cf.: “Portanto, na trajetória teórica de Pachukanis, o antinormativismo ativo dos primeiros escritos dá lugar a um envergonhado normativismo

normativo é ideológica; ii) Pachukanis se utiliza de elementos ideológicos da teoria burguesa no afã de criticar o direito burguês; iii) Pachukanis imita a interpretação econômica que Marx fez dos fenômenos políticos, reduzindo os fenômenos jurídicos a fenômenos econômicos; iv) Pachukanis toma o direito como parte da vida social, considerando-o um sistema de relações sociais (KELSEN, 1957, p. 131-133).

Para esclarecer este último ponto, que trata da preponderância da relação jurídica sobre a norma jurídica na teoria de Pachukanis, Kelsen afirma que o jurista russo toma como sustentáculo do direito não as normas, mas as “forças reguladoras objetivas e atuantes na sociedade” (PACHUKANIS, 1988, p. 50). Esta afirmação não pode ter como base uma interpretação fiel ao texto pachukaniano, já que fica claro que ao usar a expressão citada, Pachukanis se refere à ordem jurídica coativa, argumentando que nem as normas jurídicas nem uma ordem jurídica objetiva podem estar na gênese da relação jurídica, pois não é nem uma nem outra o que constitui a relação jurídica. Antes, a condição básica da relação jurídica é a divisão social do trabalho e a troca mercantil que daí decorre (PACHUKANIS, 2009, p. 148). Nesse contexto, Kelsen afirma que a base da teoria de Pachukanis é a noção de que a validade da norma jurídica é igual à sua eficácia social. Embora Pachukanis (1988, p. 48-49) afirme que para se constatar a existência ou não de um direito é necessário saber se os conteúdos das normas são efetivamente praticados na realidade, – não bastando para tanto derivar sua validade de uma outra norma por meio de uma relação lógica –, a base da teoria pachukaniana não pode ser entendida meramente como uma questão de equalização entre validade e eficácia normativa. Na verdade, o que Pachukanis afirma nesse contexto é que o direito não se esgota na norma, ou ainda, que esta não é constitutiva do direito, sendo apenas um momento secundário.

Quanto à terceira das afirmações categóricas, Kelsen comenta que assim como Pachukanis atribuiu a Stutchka a incapacidade de distinguir as relações jurídicas dentre a totalidade das relações sociais, o próprio Pachukanis seria incapaz de fazê-lo. Isso porque ao rejeitar o que para Kelsen parece a única resposta possível a esta questão (aquela que se dá por meio do recuso à norma jurídica), Pachukanis tem de necessariamente encontrar um critério de juridicidade que já esteja nas próprias relações sociais: a relação jurídica é a relação de troca mercantil, a relação entre possuidores de mercadorias. Para Kelsen, a resposta de Pachukanis significa tomar as relações jurídicas e as relações econômicas como

stalinista.” (SOARES, 2009, p. 353). Esta fase da obra de Pachukanis não está, contudo, circunscrita no período de produção teórica de Pachukanis que é objeto do nosso estudo. Para uma abordagem sobre o posterior giro normativista em Pachukanis cf. SOARES, 2009.

equivalentes, ou seja, Pachukanis não é capaz de definir o que é precisamente a forma jurídica, já que ela não pode ser igual à relação econômica cujo reflexo ela constitui. A partir daí Kelsen objeta o fato de que há em uma sociedade capitalista mais relações jurídicas que aquelas que se dão entre possuidores de mercadorias, como, por exemplo, o matrimônio, a relação entre pais e filhos etc. Como visto, embora Pachukanis considere que o direito privado constitua o fundamento de todo direito, isto não significa que apenas as relações de troca mercantis sejam tomadas como relações jurídicas na sociedade capitalista. De fato, a relação de troca mercantil, dentre todas as relações sociais, é aquela que determina imediatamente a forma jurídica (KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2012, p. 214). Contudo, a generalidade das relações sociais na sociedade capitalista pode tomar a forma da relação jurídica, na medida em que tenha em seus polos sujeitos de direito. Isto incluirá aquelas relações cujo conteúdo não é diretamente econômico, as relações de direito público etc.: daí o universalismo da forma jurídica.

Ainda neste contexto argumentativo, Kelsen afirma que como Pachukanis identifica o direito com relações econômicas específicas, em sua teoria somente o direito privado será considerado verdadeiramente direito. Portanto, para Pachukanis, o direito público não pode ser direito, pois o Estado é fenômeno metajurídico, incapaz de ser sujeito de direito (KELSEN, 1955, p. 93). A partir daí Kelsen evidencia o fato de que Pachukanis corrobora a afirmação de Gumpowicz sobre o litígio ser o fundamento de todo direito (PACHUKANIS, 1988, p. 44) e passa a defender que existem conflitos de interesses também na arena do direito público. A afirmação de Pachukanis sobre o antagonismo de interesses privados estar na base da regulamentação jurídica e constituir a condição lógica da forma jurídica parece ser suficiente para Kelsen afirmar, como se isto fosse de fato aceito por Pachukanis, que o direito é uma ordem social para a conformação de conflitos de interesse (KELSEN, 1955, p. 94), e que desse fato não se pode concluir que o direito público não seja também direito, já que – afirma Kelsen – há também conflito de interesses no direito público, ainda que não seja entre interesses privados, mas entre interesse coletivo e interesse individual. Então o autor conclui que a única forma de excluir o caráter legal do direito público é a partir do (insustentável²³⁶) dogma da soberania do Estado. Com isso, Kelsen quer afirmar que Pachukanis acaba

²³⁶ Cf. “Those who refuse to consider so-called public law as true ‘law’ base this view not on the impossible assumption that there are no conflicting interests within the realm of public law, but on the assumption that the state by its very nature is beyond and above the law, that is to say, on the dogma of the sovereignty of the state. This dogma, however, is scientifically untenable.” (KELSEN, 1955, p. 94). Em português: “Aqueles que se recusam a considerar o chamado direito público como verdadeiro “direito” baseiam esta visão não na suposição impossível de que não há interesses conflitantes no âmbito do direito público, mas na suposição de que o Estado, por sua própria natureza, está além e acima da lei, isto é, no dogma da soberania do Estado. Este dogma, no entanto, é cientificamente insustentável.” (KELSEN, 1955, p. 94, tradução nossa).

incorrendo no mesmo dogma de teorias burguesas conservadoras que defendem um Estado como fenômeno metajurídico, e assim mantêm o dualismo entre direito público e direito privado e entre direito e Estado. Kelsen parece não compreender que os tais interesses contrapostos que estão na raiz da forma jurídica são os interesses privados egoístas e isolados, que, pela própria natureza da organização política, não conseguem atingir pleno desenvolvimento na esfera estatal (PACHUKANIS, 1988, p. 63), ao contrário da proeminência que tomam na esfera econômica da sociedade burguesa. É por este motivo que Pachukanis afirma que as construções teóricas do direito público são artificiais e incertas, já que o direito público só existe como reflexo da forma do direito privado (PACHUKANIS, 1988, p. 63). Assim, o que Pachukanis faz não é negar o caráter de direito do direito público²³⁷, mas antes enfatizar que as relações do direito privado constituem o fundamento real da forma jurídica, uma vez que aquele está diretamente relacionado com os interesses privados que lhe dão fundamento. Dessa forma, o argumento kelseniano de que não se pode negar o caráter jurídico do direito público porque nele também há contraposição de interesses não faz sentido, já que Pachukanis tampouco nega a existência de contraposição entre interesse privado e interesse público: na verdade, a existência do Estado tem por pressuposto esta oposição. O Estado surge como poder público justamente quando há interesses privados contrapostos e irreconciliáveis. Em verdade, as afirmações kelsenianas acima só são possíveis por este considerar como objeto um ordenamento normativo não afetado pelas relações sociais e assim pela luta de classes. Como Kelsen toma a sociabilidade burguesa como algo dado, os interesses antagônicos advindos da luta de classes são vistos como algo inerente à própria estrutura da norma jurídica. A pureza metodológica torna indiferentes os conflitos da realidade efetiva, estes aparecem apenas como simples contraposição de interesses abstratos vistos a partir do ponto de vista da estrutura da norma jurídica. Assim, aquilo que a partir da perspectiva materialista constitui o substrato real da forma jurídica, é desprezado pela teoria idealista kelseniana, somente aparecendo de maneira indiferenciada e conformada pela própria estrutura do direito positivo.

Ainda sobre a questão do Estado, Kelsen vai afirmar que o dualismo entre direito e Estado é meramente ideológico e não encontra respaldo na realidade jurídica, trazendo a argumentação, já exposta no tópico anterior, sobre todo direito se reduzir ao direito público e, em última instância, ao Estado. Nesse contexto, o autor resgata a afirmação de que o Estado

²³⁷ Cf. “Os direitos públicos subjetivos representam novamente os mesmos direitos privados (e por conseguinte também os mesmos interesses privados) ressurgidos e somente um pouco modificados, que se comprimem numa esfera onde deveria prevalecer o interesse geral impessoal estabelecido pelas normas do direito objetivo.” (PACHUKANIS, 1988, p. 62-63)

como ente separado do direito é uma hipostatização da ordem jurídica que serve ao fim de justificar um governo através do direito e, assim, a única forma verdadeiramente científica de conceber o Estado é como fato jurídico, como ordem coativa da conduta humana. Com isso, Kelsen considera que a aceitação do dualismo entre direito e Estado na *Teoria geral do direito e marxismo* não tem razões científicas:

Mas Pachukanis aceita o dualismo entre direito e Estado porque os profetas da sua religião, Marx e Engels, tomaram este dualismo do filósofo burguês Hegel e de juristas burgueses da sua época, ainda que a forma com que falam do direito burguês e do Estado burguês mostre claramente que falam da mesma coisa, ora chamando de Estado, ora chamando de direito. (KELSEN, 1955, p. 96, tradução nossa)

Logo após o trecho inserido na citação acima, Kelsen afirma que somente o fato de que o Estado e o direito são a mesma coisa poderia explicar por quê na teoria marxiana o direito e o Estado surgem e desaparecem ao mesmo tempo. Quanto a esta alegação, pouco há a afirmar, pois já ficou bastante esclarecido ao longo deste trabalho as motivações históricas concretas pelas quais Pachukanis não poderia considerar a forma jurídica e a forma do Estado como sendo a mesma coisa. Até porque o Estado surge em um estágio posterior, onde a forma jurídica já está desenvolvida. O fato de que uma sociedade pós-capitalista só virá, efetivamente, com a extinção do direito e do Estado, significa, no máximo, que tais formas sociais são intrinsecamente capitalistas.

De maneira geral, a pecha que recai sobre Pachukanis é a de que este contraditoriamente reproduz ideias de teorias burguesas, que não podem ser científicas pois são ideológicas (KELSEN, 1955, p. 96). Assim, mesmo que a teoria de Pachukanis se pretenda antiburguesa, já que é supostamente anti-ideológica (KELSEN, 1955, p. 96), acaba por se emaranhar nas mesmas contradições ao aceitar os dualismos tão caros às teorias tradicionais. A única teoria verdadeiramente científica e que logrou retirar o direito do palco das interações político-ideológicas foi a teoria normativa, a teoria pura do direito (KELSEN, 1955, p. 97). Para Kelsen, o motivo da aceitação dos dualismos das teorias burguesas na teoria pachukaniana está justamente nas contradições a que estes dualismos levam. Isto porque, como “discípulo de Marx e do filósofo burguês Hegel” (KELSEN, 1955, p. 98, tradução nossa), Pachukanis vê nestas contradições algo inerente à realidade jurídica, já que, para o marxismo, a realidade é contraditória por natureza, sendo esta a única forma de descrevê-la (KELSEN, 1955, p. 98). Declarando que nem o direito capitalista nem a sociedade capitalista são inerentemente contraditórias, e que a contraditória é somente a teoria de Pachukanis, Kelsen chega à acusação de que a teoria marxista pachukaniana é apenas uma tentativa de influenciar o direito a partir de interesses políticos, ainda que se apresente como uma teoria

objetiva do direito, isto é, uma teoria que busca descrever e explicar o direito como ele é (KELSEN, 1955, p. 98).

Assim como Pachukanis afirma que não ver o direito público como reflexo da forma do direito privado significa a morte da forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 63), Kelsen considera que a tentativa de Pachukanis de interpretar o direito economicamente, dentro dos moldes do marxismo, resultou na negação do direito. Nesse contexto, apresenta o seguinte raciocínio: Se o direito pode ser reduzido à economia, por que identificá-lo com a economia capitalista? Se a economia capitalista é direito capitalista, por que uma economia comunista não é direito comunista? Para responder tais perguntas que ele mesmo coloca, numa clara má interpretação da obra pachukaniana, afirma:

A resposta – do ponto de vista da teoria do Estado e do direito de Marx e Engels – é que a economia capitalista, por causa da exploração de uma classe por outra que está essencialmente vinculada com este método de produção e de distribuição, só pode ser mantida por uma maquinaria coercitiva, ao passo que uma economia comunista pode se manter sem coerção. (KELSEN, 1955, p. 103, tradução nossa)

Continuando o raciocínio, Kelsen afirma que o direito é esse aparato coercitivo necessário para manutenção de uma economia específica e não esta economia propriamente. E conclui afirmando que Pachukanis não precisava igualar o direito à economia para adequar a sua teoria do direito à “profecia” marxiana de uma sociedade comunista perfeita sem Estado e sem direito. Por fim, declara: “Esta identificação reduz a profecia à tautologia vazia de que comunismo não é capitalismo” (KELSEN, 1955, p. 103, tradução nossa). É evidente que Kelsen assume como verdadeiras algumas premissas que não têm respaldo na teoria de Pachukanis para chegar a conclusões que tampouco são verdadeiras. Ainda que o fenômeno jurídico, como momento subjetivo da troca mercantil (NAVES, 2014, p. 104), seja determinado em última instância pelo econômico, a teoria de Pachukanis não significa a redução do direito à economia²³⁸. Caso assim considerasse, Pachukanis sequer precisaria ter escrito a *Teoria geral do direito e marxismo*, já que a crítica marxista da economia política já está bem exposta n’*O Capital* de Marx. Desse modo, assim como em *O Capital* há a tentativa

²³⁸ Sobre este tema, cf. o debate sobre a sobredeterminação no capítulo anterior. Como já ficou claro ao longo deste trabalho, o procedimento fundamental do marxismo para a análise da sociedade burguesa como totalidade é justamente a análise teórica da produção das condições materiais da vida social (NETTO, 2011, p. 38-40). Esta é a única maneira de se chegar a uma teoria social apta a captar o movimento real da sociedade burguesa em todas as suas dimensões (incluindo não só a organização econômica, como também as formas culturais, políticas etc.), e assim à articulação entre as relações sociais e a produção material da vida social. Ao contrário, a atitude de analisar as relações sociais circunscritas aos âmbitos delimitados de cada ciência particular e autônoma representa justamente esta impossibilidade. É exatamente dessa maneira que procede a ciência jurídica de Kelsen.

de mostrar, através da crítica materialista histórica, as relações sociais que dão origem às formas da economia política e que por estas são ocultadas (HOLLOWAY; PICCIOTTO, 1978, p. 17), o estudo do direito, para Pachukanis, deve ser igualmente a tentativa de compreender o direito não como objeto de uma ciência jurídica particular e autônoma, mas como forma de relações sociais do modo de produção capitalista. Nesse contexto, Holloway e Picciotto (1978, p. 18) afirmam, acerca da relação entre o político e o econômico, que a partir de um ponto de vista marxista não se deve questionar de que maneira a “base econômica” determina a “superestrutura política” – ou jurídica; sendo a verdadeira pergunta aquela que questiona: “o quê na sociedade burguesa faz com que as relações sociais apareçam de forma separada como relações econômicas e relações políticas?”²³⁹ (HOLLOWAY; PICCIOTTO, 1978, p. 18, tradução nossa). Este ponto de vista, longe de caracterizar um determinismo econômico, é justamente a maneira pela qual Pachukanis procede na sua crítica da teoria geral do direito, considerando a indissociabilidade das articulações entre as diversas esferas da sociabilidade burguesa.

Ademais, a teoria pachukaniana mostra justamente que a natureza do direito não é a de um aparato coercitivo²⁴⁰. O direito é justamente o império do acordo entre vontades livres e iguais²⁴¹, de onde o domínio direto pela violência é banido. De resto, estes aspectos da teoria de Pachukanis restam bastante claros ao longo do capítulo precedente. As questões colocadas por Kelsen²⁴², incluindo aquela sobre a possibilidade de um direito socialista numa economia socialista, podem ser respondidas a partir de uma leitura detida da obra de Pachukanis – como

²³⁹ No original: “what is it about social relations in bourgeois society that makes them appear in separate forms as economic relations and political relations?” (HOLLOWAY; PICCIOTTO, 1978, p. 18)

²⁴⁰ Para um posicionamento no sentido de que a coerção é inerente à forma jurídica em Pachukanis, cf. o capítulo 4 de MIÉVILLE, 2005.

²⁴¹ Cf. a afirmação marxiana no sentido de que a esfera da circulação (que determina imediatamente a forma jurídica), onde os proprietários de mercadorias contratam livremente, constitui o paraíso do direito subjetivo: “A esfera da circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e a venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham. Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu. Bentham, pois cada um olha somente para si mesmo. A única força que os une e os põe em relação mútua é a de sua utilidade própria, de sua vantagem pessoal, de seus interesses privados.” (MARX, 2015, p. 250-251)

²⁴² A crítica de Kelsen à teoria de Pachukanis segue ainda por outros caminhos, a exemplo da problemática diferenciação pachukaniana entre regulamentação técnica e regulamentação jurídica, de questões relativas à teorização do jurista russo sobre o direito penal etc. Entretanto, como são temas que não foram diretamente abordados nos capítulos iniciais – o capítulo sobre direito penal (intitulado *Direito e violação do direito*) que integra a obra *Teoria geral do direito e marxismo* não foi objeto da nossa análise (cf. nota 12) –, e que não são essenciais pra discussão que aqui pretendemos resgatar, consideramos despropositado trazer a crítica kelseniana integralmente.

nos mostram os dois primeiros capítulos deste trabalho – com sua inevitável conclusão acerca da natureza intrinsecamente capitalista da forma jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs retomar a contribuição teórica marxista de Pachukanis, elaborada em um período político peculiar, em meio aos debates e aos processos revolucionários soviéticos. Neste ano se comemora o centenário da Revolução Russa de 1917, e a relevância da crítica pachukaniana do direito é ainda incontestável para o pensamento jurídico marxista. Não apenas pelo resgate radical da trilha marxiana em sua teoria, como pela necessidade imperiosa – e sempre atual – de se pensar a teoria e a prática jurídicas com vistas à crítica e à superação desta forma social. Nesse contexto, a reflexão sobre as experiências revolucionárias e a conformidade dos seus parâmetros de socialismo com a concepção marxiana se impõe para a construção de um projeto político que tenha por horizonte uma sociedade pós-capitalista.

A despeito da sua importância, Pachukanis (ainda que goze de relativo reconhecimento nos círculos marxistas), tem quase nenhuma presença nos debates jurídicos e jusfilosóficos que tomam lugar nas universidades. Este campo é majoritariamente dominado por teorias justificadoras do direito e do Estado, muitas vezes sob o pano de fundo da filosofia hegeliana ou kantiana. É neste domínio que se insere a teoria pura do direito, como teoria que apesar de se pretender contrária aos conceitos ideológicos das teorias jurídicas tradicionais, culmina por justificar e por mistificar uma forma social historicamente determinada. A teoria kelseniana, ao eternizar a forma do direito como ordenamento coercitivo externo, a resguarda de toda a sua historicidade. Nesse sentido, como a mais elaborada teoria do positivismo jurídico normativista, Kelsen nos fornece uma teoria que elabora no nível lógico o funcionamento aparente do direito moderno na sociedade burguesa.

Do ponto de vista da crítica marxista do direito de Pachukanis, a forma jurídica constitui uma forma histórica, condicionada imediatamente pela relação de troca mercantil, atingindo assim seu máximo desenvolvimento e diferenciação na sociabilidade capitalista, onde a forma mercadoria se torna dominante e a troca de mercadorias segundo a equivalência do valor se torna universal. É nesse cenário em que a subjetividade jurídica surge como contraparte necessária à mercadoria na relação de troca mercantil: a equivalência de valor das mercadorias se complementa pela igualdade jurídica entre os sujeitos de direito. Com a força de trabalho transformada em mercadoria, o direito configura um elemento de mediação da exploração capitalista através do livre contrato. Assim, ao lado da universalização da circulação mercantil, há a universalização do sujeito de direito. Pachukanis reconhece então o

sujeito de direito como categoria elementar da teoria jurídica e o toma como ponto inicial do seu processo de exposição dialética do direito considerado como totalidade concreta.

Por outro lado, para Kelsen, o conceito de sujeito de direito não passa de um conceito secundário dentro da teoria jurídica, tendo por fim ideológico a defesa de um certo direito natural à propriedade privada. Do mesmo modo que faz com o sujeito de direito, Kelsen relega algumas categorias realmente atuantes na realidade jurídica ao nível de invenções ideológicas, desnecessárias para o real conhecimento do direito. Isto acontece também, por exemplo, com os conceitos de direito subjetivo, de direito privado e até mesmo com o Estado, já que são todos ulteriormente redutíveis à noção de norma jurídica estatal. Assim, Kelsen desconsidera categorias que constituem determinações ontológicas da forma jurídica, negando inclusive as contradições imanentes à forma jurídica. Na perspectiva marxiana (e pachukaniana), as categorias expressas neste caso como conceitos jurídicos fundamentais correspondem a determinações de existência, são abstrações que tem um substrato real, revelando forças sociais reais e atuantes. Sob o argumento de que o Estado como ente distinto da ordem jurídica é uma personificação hipostasiada do direito, o autor da teoria pura do direito termina por reduzir o Estado como forma política ao domínio do exclusivamente jurídico, bem como por lhe negar qualquer materialidade. Não se dá conta, porém, de que sua própria teoria é uma fetichização do direito, na medida em que toma por objeto uma realidade jurídica autônoma e apartada de qualquer historicidade, desprezando em sua metodologia as relações indissociáveis do fenômeno jurídico com a realidade social.

Assim, apesar de reconhecer que o direito não é um fenômeno puro e que ele trava relações com outras esferas da sociabilidade burguesa na realidade social, Kelsen elege como método científico adequado para apreender o fenômeno jurídico a sua teoria pura do direito fundada na pureza metodológica. Esta concepção positivista de ciência, que na esteira da concepção weberiana, distingue entre o conhecer e o valorar, se fundamenta também na filosofia transcendental kantiana e em algumas vertentes neokantianas. Os pressupostos filosóficos e metodológicos da teoria kelseniana a coloca, de certo ponto de vista, em um polo oposto à teoria pachukaniana. Com efeito, a crítica que Pachukanis lança ao normativismo da teoria de Kelsen é apenas um sintoma da crítica transcendente que se pode fazer aos pressupostos kelsenianos a partir dos pressupostos do materialismo histórico de que parte Pachukanis. *Grosso modo*, esta crítica, trazida ao longo de todo este trabalho, pode ser resumizada em alguns pontos centrais apresentados a seguir.

Ao localizar a especificidade do direito na norma jurídica, definindo-o como ordem coercitiva externa, Kelsen prescinde da historicidade do fenômeno jurídico, lançando mão de

uma representação vazia do direito como uma forma livre de determinações históricas e apta a adquirir qualquer conteúdo. Isto o coloca como fenômeno localizado à parte da história e possibilita a sua perpetuação como forma inalterável ao longo da história. Desse modo, Kelsen é capaz de chegar apenas a uma teoria unilateral e artificial sobre o fenômeno jurídico, que toma por principal a norma, ainda que esta não passe de um elemento derivado e posterior do desenvolvimento da forma jurídica.

Ao purificar o objeto da sua ciência e sua metodologia a partir do primado da pureza metodológica que subjaz à teoria pura, Kelsen desconsidera a unidade indissociável da totalidade social, tomando por realidade jurídica uma realidade distinta da realidade social, e negando qualquer conexão possível entre estas duas realidades.

Ao cindir completamente realidade e normatividade (ou ainda, ser e dever-ser), fazendo corresponder a cada uma um princípio específico, quais sejam, a causalidade e a imputação, respectivamente, o autor consagra que sua teoria não trata, efetivamente, da realidade.

A inacessibilidade entre ser e dever-ser nos parece, contudo, um ponto a ser explorado como questão filosófica crucial que está na base da incompatibilidade entre as duas teorias aqui abordadas. Isto porque esta incomunicabilidade entre estas duas realidades nos remete à questão da incognoscibilidade da coisa-em-si na filosofia transcendental kantiana. Se há um abismo entre sujeito cognoscente e objeto, com a coisa-em-si considerada fora do alcance cognitivo do sujeito, a compreensão da realidade efetiva pelo sujeito cognoscente não se torna possível. E assim, muito menos será possível um conhecimento direcionado à transformação da realidade. Para o marxismo, ao contrário, a realidade existe objetivamente e é passível de ser apreendida ativamente pelo sujeito, de maneira que não há uma relação de externalidade entre sujeito e objeto, com o sujeito estando entrelaçado no próprio objeto. Assim, nos parece que o pano de fundo filosófico deste debate pode ser, em certa medida, o dualismo entre sujeito e objeto (que se traduz no dualismo entre mundo da realidade e mundo racional) presente em Kant e superado por Hegel e também por Marx. Contudo, este é apenas um apontamento para futuros desdobramentos desta pesquisa, uma vez que no momento não dispomos de aprofundamento teórico filosófico suficiente para perscrutar de maneira cautelosa esta questão. Assim, se pela matriz kantiana e neokantiana, a teoria pura do direito não chega a criticar a realidade, aceitando-a de maneira indiscriminada, porque sequer a acessa; ao contrário, pela matriz marxiana (tão concisamente expressa na décima primeira tese sobre Feuerbach), importa à teoria pachukaniana não só interpretar a realidade, mas sobretudo transformá-la.

É nesse espírito que aqui se retoma a contribuição de Pachukanis: considerando que a tarefa de elaboração teórica da crítica marxista do direito deve se alinhar à perspectiva da práxis social transformadora. É preciso retomar uma filosofia e uma teoria jurídicas imersas nas preocupações políticas e sociais da realidade efetiva, que é a realidade da sociabilidade cindida pela luta de classes. Somente assim será possível construir uma crítica do direito que contenha um projeto político tendente à superação das relações sociais do modo de produção capitalista e assim à superação da forma jurídica, como forma especificamente burguesa. A conclusão necessária da crítica pachukaniana do direito no sentido de que a perduração das relações jurídicas é também a manutenção das relações da sociedade burguesa e que, portanto, a luta por emancipação da classe trabalhadora não deve se dar apenas no terreno e nos termos jurídicos, não implica, contudo, o abandono do direito como uma arma inútil nesta batalha. Nesse sentido, aquela conclusão não significa a reprovação da atuação política de grupos e indivíduos através da advocacia popular, bem como da atuação de partidos políticos e movimentos sociais que inevitavelmente formulam suas demandas juridicamente. Antes, significa o desafio de simultaneamente formular demandas jurídicas e ter como horizonte maior a recusa do campo jurídico, trazendo para prática jurídica elementos que desestabilizem a ideologia jurídica e exponham as contradições do direito. Assim, o que não se deve perder de vista é o fato de que a transformação real da sociedade somente é possível por meio de um processo revolucionário, o que requer o abandono da ilusão jurídica.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **A favor de Marx**. Tradução Dirceu Lindoso. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

_____. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Tradução Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980.

CARRINO, Agostino. Reflections on legal science, law and power. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 505-522.

CERRONI, Umberto. **O pensamento jurídico soviético**. Tradução Maria de Lurdes Sá Nogueira. Póvoa de Varzim: Europa-America, 1976.

COELHO, Luís Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, Luis Regis; KARAM, Munir (Coord.). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 46-68.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EBENSTEIN, William. The pure theory of law: demythologizing legal thought. **California Law Review**, Berkeley, Vol. 59, N. 3, p. 617-652, maio/1971.

EDEL, Geert. The hypothesis of the basic norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 195-219.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Tradução Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. Tradução Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FERNANDES, Florestan. **Marx, Engels, Lenin: história em processo**. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

FREDERICO, CELSO. Nas trilhas da emancipação. In: MARX, Karl. **Contribuição à crítica da filosofia do direito de Hegel: introdução**. Tradução Lúcia Ehlers. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 7-27.

GORENDER, Jacob. Apresentação. In: MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro I**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 15-37.

GRESPLAN, Jorge. **Marx**. São Paulo: Publifolha, 2008.

HAMMER, Stefan. A Neo-Kantian theory of legal knowledge in Kelsen's pure theory of law?. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 177-194.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HEAD, Michael. **Evgeny Pashukanis: a critical reappraisal**. London/New York: Routledge, 2014.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Barcelona: Editorial Herder, 1986.

_____. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLLOWAY, John; PICCIOTTO, Sol (Ed.). **State and capital: a Marxist debate**. London: Edward Arnold, 1978.

ILYENKOV, Evald. **The dialects of the abstract and the concrete in Marx's Capital**. Tradução Sergei Syrovatkin. Delhi: Aakar Books, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. Dialética e forma jurídica: considerações acerca do método de Pachukanis. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2009a. p. 53-77.

_____. Duas formas absurdas: uma defesa à especificidade histórica da mercadoria e do sujeito de direito. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2009b. p. 117-133.

_____; NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a teoria geral do direito e o marxismo. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. (Orgs.). **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: UFPB, 2012. p. 205-225.

_____. Sujeito de direito e interpelação ideológica: considerações sobre a ideologia jurídica a partir de Pachukanis e Althusser. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 06, n. 10, p. 49-70, 2015.

_____. **Sujeito de direito e capitalismo**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014a.

_____. Pachukanis e os 90 anos de Teoria geral do direito e marxismo. **Verinotio revista on-line**, N. 19, ano X, p. 70-78, abril/2014b.

KELSEN, Hans. **Teoría comunista del derecho y del estado**. Tradução Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.

_____. **The communist theory of law**. New York: Frederick A. Praeger Inc., 1955.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Prefácio à primeira edição. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XI-XV.

_____. Prefácio à segunda edição. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XVII-XVIII.

_____. Prefácio. In: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXVII-XXXIV.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O que é justiça?**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. The pure theory of law, 'Labandism' and Neo-Kantianism. A Letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 169-175.

KOSÍK, Karel. **Dialética do concreto**. Tradução Célia Neves e Alderico Toríbio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

LÉNINE, Viadimir Ilitch. O Estado e a revolução. In: **Obras escolhidas (em três tomos)**. Tomo 2. Tradução Instituto de Marxismo-Leninismo de Moscou. São Paulo: Alfa-Omega, 1988. p. 219-304.

LOSANO, Mário G. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. VII-XXXIII.

_____. La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo. Tradução Juan Ruiz Manero. **Doxa cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, N. 2, p. 55-85, 1985.

LUF, Gerhard. On the transcendental import of Kelsen's basic norm. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 221-234.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Ciudadanía y clase social**. Tradução Pepa Linares. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. **Cadernos de Paris & manuscritos econômico-filosóficos de 1844**. Tradução Sérgio Lessa. São Paulo: Expressão Popular, 2015a.

_____. **Sobre a questão judaica**. Tradução Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **O capital: crítica da economia política**. Livro I. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. **Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política**. Tradução Mário Duayer, Nélío Schneider (colaboração de Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman). São Paulo : Boitempo ; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011.

_____. **Crítica do programa de Gotha**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. **A mercadoria**. Tradução e comentários Jorge Grespan. São Paulo: Ática, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução Álvaro Pina. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002.

MELKEVIK, Bjarne. **Marxisme et philosophie du droit: le cas Pasukanis**. Paris: Buenos Books International, 2010.

MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: vida y obra**. Tradução Javier Esquivel. Mexico DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 1976.

MIÉVILLE, China. **Between equal rights: a marxist theory of international law**. Leiden/Boston: Brill, 2005.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. Evgeni Bronislavovitch Pachukanis (1891-1937). In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2009a. p. 11-19.

_____. Observações sobre “o discreto charme do direito burguês: uma nota sobre Pachukanis. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2009b. p. 95-102.

_____. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

_____. Stalinismo e capitalismo. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **Análise marxista e sociedade de transição**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2005. p. 57-73.

NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

OLLIG, Hans-Ludwig. Neo-Kantianism. Tradução Jane Michael e Nicholas Walker. In: CRAIG, Edward. (Ed.). **The shorter Routledge encyclopedia of philosophy**. Abingdon/New York: Routledge, 2005. p. 723-724.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. A teoria marxista do direito e a construção do socialismo. Tradução Lidia Ferreira e Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2009. p. 137-149.

PASHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **The general theory of law & Marxism**. Tradução Barbara Einhorn. Introdução e notas editoriais Chris Arthur. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 2003. .

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAULSON, Stanley L. Reflexões sobre a periodização da teoria do direito de Hans Kelsen – com pós-escrito inédito. Tradução Júlio Aguiar de Oliveira. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Orgs.). **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-37.

_____. Introduction. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998a. p. XXIII-LIII.

_____. Hans Kelsen's earliest legal theory: critical constructivism. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litschewski (Ed.). **Normativity and norms: critical perspective on Kelsenian themes**. New York: Oxford University Press, 1998b. p. 23-43.

_____. A ideia central do positivismo jurídico. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, N. 102, p. 101-137, jan-jun/2011.

REDHEAD, Steve. O discreto charme do direito burguês: uma nota sobre Pachukanis. Tradução Celso Naoto Kashiura Júnior. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). **O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis**. Campinas: UNICAMP, IFCH, 2009. p. 81-93.

REICH, Norbert. Hans Kelsen y Evgeni Paschukanis. In: INSTITUTO HANS KELSEN. **Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho**. Tradução Ernesto Volkening. Bogotá: Temis, 1984. p. 19-47.

REISNER, Mikhail. Law, our law, foreign law, general law. In: HAZARD, John (Org.). **Soviet legal philosophy**. Tradução Hugh Babb. 20th century legal philosophy series: vol V. Cambridge: Harvard University Press, 1951. p. 83-109.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**: ensaios introdutórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Moisés Alves. O normativismo nas obras tardias de Pachukanis. **Captura críptica**, Florianópolis, Vol. 1, N. 2, p. 333-355, jul-dez/2009.

STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e luta de classes**: teoria geral do direito. Tradução Sílvia Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

STUTCHKA, Piotr. **Direito de classe e revolução socialista**. Tradução Emil von München. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2001.

TONET, Ivo. Introdução. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução Álvaro Pina. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 9-15.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.