

O antinormativismo em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*: o contraponto entre Pachukanis e Kelsen

*Moisés Alves Soares**

Resumo. O presente trabalho objetiva analisar a configuração do antinormativismo assumido por Pachukanis em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, em especial o contraponto com Kelsen, e suas implicações em relação à alternativa socialista.

Abstract. This paper aims at analyzing the configuration of antinormativism in The general theory of law and marxism, particularly the confrontation with Kelsen, and their implications for the socialist alternative.

1. O INEVITÁVEL ENCONTRO

Ponto alto do esquecido pensamento jurídico soviético, Pachukanis foi, sem sombra de dúvida, o mais destacado, controverso e original dos juristas pós-revolucionários. O jusfilósofo russo, “rigorosamente, retorna a Marx, isto é, não apenas as referencias ao direito encontradas em *O Capital* – e não seria exagero dizer que ele é o primeiro que verdadeiramente as lê – mas, principalmente, ele retorna à inspiração original de Marx, ao recuperar o método marxiano¹” (NAVES, 2000, p. 16).

A produção teórica de Pachukanis não é vasta, mas sua obra principal, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, oferece uma crítica inovadora aos grandes problemas concernentes à teoria do direito – prova disso é que, ainda hoje, o jurista russo é referência obrigatória, senão a principal, no estudo das relações entre direito e marxismo. Sua obra síntese foi redigida sob o calor do processo revolucionário e, por óbvio, eram muitas as dificuldades para formular uma teoria geral do direito, visto que “para dar uma resposta a contento, teria que ser precedida por um estudo marxista detalhado de cada um dos ramos do direito, coisa que naquele momento não teve espaço, pois somente foram temas de ampla atenção o direito constitucional e o direito civil” (SALGADO, 1989, p. 52, tradução nossa). É neste contexto,

• Mestrando em Filosofia e Teoria do Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e bolsista Capes.

¹ “Não é por acaso que Pachukanis é talvez o primeiro estudioso marxista que trabalha na base da Introdução de 1957, um texto de Marx que por muito tempo ficou de lado na tradição da exegese marxista” (CERRONI, 1976, p. 65).

marcado pela insuficiência de acúmulo de estudos marxistas em relação ao direito e de intensa pressão revolucionária, que Pachukanis desenvolveu seus estudos.

Nesse caminho, o embate com o normativismo era parada obrigatória e inevitável, pois as condições objetivas o impulsionaram travar esse combate tanto externamente quanto no interior da União Soviética. Num primeiro momento, defrontou-se com a necessidade revolucionária de elaborar uma teoria do direito que não se erigisse em conformidade com a jurisprudência burguesa dominante – fato que o levou a confrontar-se diretamente com o normativismo kelseniano em seus escritos –, conseguindo até, de certa forma, junto com Stutchka e outros, estabelecer uma contra-hegemonia que Asúa denominou de “lúcido intervalo” (1947, p. 43)². O segundo momento refere-se ao fim deste período de efervescência criativa e avanço progressivo do cerco stalinista. Nesta fase, sob a batuta de Vichinsky, ocorre o retorno ao normativismo e o fortalecimento da tese de um Estado e Direito socialista.

O presente trabalho objetiva analisar o primeiro momento, isto é, o debate entre Pachukanis e Kelsen e a posição antinormativista por ele assumida em relação à alternativa socialista. Para tanto, delinear-se-á os principais pontos da concepção antinormativista desenvolvida por Pachukanis em a *Teoria Geral do Direito e Marxismo* e as críticas dirigidas por Kelsen a tal intento – seu contraponto externo, ressalve-se, obviamente, que Pachukanis também enfrentava resistência dos normativistas soviéticos, aos quais também faz menções, porém tinha como seu adversário natural o maior dos pensadores burgueses do direito na época – para compreender sua postura frente a possibilidade de um direito socialista.

2. RECONSTITUIÇÃO DA CRÍTICA PACHUKANIANA AO NORMATIVISMO EM *TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO*

O jurista russo, em sua obra principal, confronta-se com Kelsen em quase todos os capítulos. No capítulo sobre *As tarefas da teoria geral do direito*, debate diretamente com Kelsen sobre as categorias jurídicas fundamentais; em *Os métodos de construção do concreto*

² “Período da história judicial soviética que se abre imediatamente após a tomada do poder pelos bolcheviques. Um período marcado pelo esforço de reorganização legislativa e judiciária, visando banir a legislação burguesa hostil ao poder proletário e destruir o aparelho judiciário do antigo regime” (NAVES, 2000, p. 15)

nas *ciências abstratas* alfineta o logicismo-formal do método científico kelseniano; em *Ideologia e Direito*, refere-se, brevemente, sobre a função ideológica do abandono da realidade por parte de Kelsen; em *Mercado e Sujeito*, debate com a concepção formalista de sujeito do autor de *Teoria Pura do Direito*; em *Direito e Estado*, refuta a concepção jurídica de Estado típica da concepção kelseniana; e, por último, em *Relação e Norma*, localiza-se a verdadeira batalha campal com a teoria normativista de Hans Kelsen, entre outros pontos, são acirradamente levantadas as questões a respeito da prevalência da relação jurídica ou da norma, direito objetivo e subjetivo e direito público e privado.

Deste modo, Pachukanis, além de apontar as determinações histórico-sociais da forma e conteúdo do direito, revelando sua gênese e função social, realiza uma crítica imanente³ à jurisprudência burguesa, em especial a Hans Kelsen. Para o pensador soviético, uma crítica desta monta “deve, antes de tudo, bater-se no terreno do inimigo, ou seja, não descartar as generalizações e as abstrações que foram elaboradas pelos juristas, partindo das necessidades do seu tempo e da sua classe, mas analisar estas categorias abstratas e pôr em evidência a sua verdadeira significação” (PACHUKANIS, 1988, p. 29). E é no campo “inimigo” que Pachukanis se confrontará com o normativismo.

2.1 MÉTODO: O CAMINHO A KELSEN

O jusfilósofo soviético entende travar sua luta teórica em um terreno hostil pelo fato de sua crítica se posicionar internamente aos marcos burgueses – não se restringe a uma crítica externa que desvela o momento de classe das categorizações centrais do mundo jurídico – e tentar captar a partir dos conceitos jurídicos mais abstratos e simples a concretude da esfera jurídica. Por este motivo, insurge-se contra a filosofia do direito burguês, cujos representantes, em sua maioria, são neokantianos, que concebem “as categorias jurídicas fundamentais como uma realidade situada acima da experiência e que torna possível a própria

³ “Não há dúvida de que possui a maior importância descobrir esta gênese e esta função [refere-se a filosofia burguesa]. Mas, mesmo assim, isto não é por si só suficiente. [...] Deve-se, ademais, demonstrar a falsidade filosófica, a deformação dos problemas fundamentais desta filosofia, a anulação das conquistas logradas por esta, etc., como outras tantas conseqüências necessárias, filosoficamente objetivas, de semelhantes posições, de um modo concreto, a luz do mesmo material filosófico. Nesse sentido, é a crítica imanente um fator legítimo e até indispensável na exposição e no desmascaramento das tendências reacionárias na filosofia” (LUKÁCS, 1972, p. 5, tradução nossa).

experiência” (*Ibid.*, p. 15). Da mesma forma, “os neokantianos poderão sempre tentar assegurar-nos que, a ‘idéia do direito’ não precede geneticamente, ou seja, cronologicamente, a experiência, mas tão-só lógica e gnoseologicamente, não obstante sejamos obrigados a constatar que a chamada filosofia critica nos conduz, neste ponto como em muitos outros, a escolástica medieval” (*Ibid.*, p. 16)⁴.

Esta abordagem idealista do fenômeno jurídico redundava num “abismo intransponível” entre as categorias do *ser* e do *dever-ser*. “O ‘Tu deves’, concreto não pode ser fundamento senão com referencia a um outro imperativo. Permanecendo dentro dos limites da lógica nós não podemos, a partir da necessidade, tirar conclusões acerca do Dever-Ser, e vice-versa” (*Ibid.*, p. 18). Assim, na esteira dos pressupostos neokantianos, para Kelsen, no direito, “cuja lídima expressão é a lei estatal, o princípio do Imperativo aparece sob uma forma inegavelmente heterônoma, tendo rompido definitivamente com a faticidade daquilo que existe” (*Ibid.*). Pachukanis, deste modo, desvenda que Hans Kelsen, por meio desta operação epistemológica, transpõe a função legislativa ao domínio metajurídico, restando à “jurisprudência a pura esfera da normatividade: a tarefa desta jurisprudência limita-se então exclusivamente a ordenar, lógica e sistematicamente, os diferentes conteúdos normativos” (*Ibid.*)⁵.

O jurista russo entende que, embora não se possa negar o mérito de Kelsen, “graças à sua lógica audaz ele levou até o absurdo a metodologia do neokantismo, com as suas duas espécies de categorias científicas” (*Ibid.*, p. 18-19). Nesse sentido, “para o imperativo puramente jurídico, isto é, incondicionalmente heterônomo, a própria finalidade é, em si mesma, secundária e indiferente” (*Ibid.*, p. 19). Por conseguinte, no normativismo kelseniano, “nada mais existe do que a passagem de uma norma a outra de acordo com os degraus de uma escala hierárquica, em cujo cimo se encontra a autoridade suprema que formula as normas e que engloba o todo – um conceito-limite de que a jurisprudência parte como pressuposto necessário” (*Ibid.*)⁶.

⁴ “O neokantismo se empenha em fazer do direito um campo de vigência autônomo, regido por suas próprias leis, a maneira de sua teoria do conhecimento ou de sua estética” (*Ibid.*, p. 530, tradução nossa).

⁵ “A pureza metódica de Kelsen chega ao extremo de relegar para a dogmática jurídica a tarefa do estudo particular das diversas ordenações jurídicas vigentes” (WARAT, 1995, p. 135).

⁶ Lyra colocando uma pitada de pimenta na questão da hierarquia normativa kelseniana afirma que: “em qualquer hipótese, na pirâmide aquinatense ou kelseniana, a coisa vem de cima, onde tronam as classes privilegiadas, aristocrática ou burguesa. E povo fica por baixo, como o principal destinatário dos imperativos –

A partir destas reflexões, Pachukanis dispara, talvez, uma de suas críticas mais incisivas ao autor de a *Teoria Pura do Direito*⁷:

Uma tal teoria geral do direito, que nada explica, que a priori volta as costas às realidades concretas, ou seja, à vida social, e que se preocupa com normas sem se importar com sua origem (o que é uma questão metajurídica!⁸) ou com suas relações com quaisquer interesse materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no mesmo sentido em que, por exemplo, se fala popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência. Estas “teoria” não pretende de nenhum modo examinar o direito, a forma jurídica, como forma histórica, porque não visa absolutamente estudar a realidade. Eis porque, para empregar uma expressão vulgar, não podemos tirar delas grandes coisas (*Ibid.*).

Sem aliviar, o jurista russo conclui que o extremo formalismo da escola normativa kelseniana 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 artificios metodológicos e lógico-formais” (*Ibid.*, p. 34)⁹.

2.2 CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO NORMATIVISMO: CENTRALIDADE DA NORMA E SUAS DERIVAÇÕES

Ao contrário desse logicismo alienante, que eterniza a relação jurídica como uma forma de mediação social existente em todos os padrões de sociabilidade humana, Pachukanis pensa que a teoria marxista deve ter como tarefa principal “penetrar nos mistérios das formas

isto é, tem o dever jurídico fundamental de obediência e direitos subjetivos apenas na medida em que se inferem no espaço livre e muito reduzido que lhes sobre, no arquipélago das normas ditadas, em costume ou lei, pela classe dominante” (LYRA FILHO, 1980, p. 21).

⁷ Correias se refere a essa crítica de Pachukanis como elaborada “muito descomedidamente, e com absoluta falta de seriedade” (CORREIAS, 1994, p. 283, tradução nossa).

⁸ “Como os neokantianos se empenham em separar a ‘vigência’ das normas jurídicas de toda socialidade (sociologia e jurisprudência; ser e dever-ser, em Kelsen), somente podem oferecer-nos, no melhor dos casos, uma interpretação imanente das normas jurídicas vigentes no momento dado, mas não alcança uma explicação científica de seus conteúdos, de sua gênese e de sua derrogação. Nisto consiste, precisamente o metajurídico” (LUKÁCS, 1972, p. 530, tradução nossa)

⁹ Norberto Bobbio propõe uma caracterização dos teóricos marxistas de diferentes matizes em relação a sua forma, ao estilo polêmico e ao modo de se desembaraçar dos adversários entre “marxismo *soft* e um marxismo *hard*. Os mal-entendidos dos outros são quase sempre radicais. [...] O adversário deve ser não somente criticado mas também, se for o caso, desmoralizado. Diante de quem defende teses distintas, dispara-se a intolerância, uma sentença de fastio, a resposta ofensiva” (BOBBIO, 2006, p. 285-286). Pachukanis, como fica claro, não segue as regras de etiqueta da fidalguia acadêmica e, certamente, seria enquadrado no segundo tipo, um marxismo *hard*.

sociais e reconduzir todas as relações humanas ao próprio homem”, superando as definições “clássicas” marxistas que revelam “o conteúdo de classe das formas jurídicas, mas não nos explicam a razão por que este conteúdo reveste semelhante forma” (*Ibid.*, p.46).

Nesse sentido, o autor russo busca compreender o direito em todas suas determinações, afastando-se, como não poderia deixar de ser, das categorizações jurídicas neokantianas que se abstraem da faticidade e de suas implicações reais. E é na relação jurídica, entendida como o ato de volição entre sujeitos que realizam a troca de mercadorias por meio de um contrato, que ele procura a gênese do momento jurídico nas relações sociais. Por isso, para Pachukanis, “o direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida” (*Ibid.*, p.47)¹⁰.

É neste ponto que se localiza a sua contradição fundamental com o normativismo, pois a escola liderada por Kelsen “nega completamente a relação entre os sujeitos, recusando considerar o direito sob o ângulo da sua existência real e concentrando toda a sua atenção sobre o valor formal das normas” (*Ibid.*). E, como antípoda de Pachukanis, entende que “o direito objetivo ou a norma fundamenta, tanto lógica como realmente, a relação jurídica” (*Ibid.*, p.48)¹¹.

Para o jurista russo, a esfera do direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou regra. Pois a “norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei estadual apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro do nascimento das relações correspondentes” (*Ibid.*, p.48-49). Desta forma, para conferir existência objetiva a um certo direito não é suficiente conhecer o seu enunciado normativo, mas é igualmente necessário constatar se o seu conteúdo normativo é realizado nas relações sociais. Na realidade material, para Pachukanis, a relação jurídica prevalece sobre a norma, visto que “se nenhum devedor pagasse suas dívidas, então a regra correspondente deveria ser considerada inexistente de fato. E se, ainda assim, se quisesse afirmar a existência dessa regra seria necessário então mitificar a norma de qualquer modo. Numerosas teorias de direito são

¹⁰ “Aqui Pachukanis critica o fetichismo das normas e o formalismo existente na teoria normativista” (REICH, 1984, p.27).

¹¹ “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 forma, quer dizer, uma relação que somente é constituída, instituída ou criada pelas normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p. 187).

empregadas visando mitificação e baseando-a em considerações metodológicas muito sutis” (*Ibid.*, p.48). É o caso da teoria normativista, que, ignorando a interação recíproca necessária com um determinado fenômeno social objetivo, afere a existência ou não de uma norma a partir de um “vínculo lógico entre a proposição normativa dada e as premissas normativas mais gerais” (*Ibid.*, p.49)¹².

O normativismo kelseniano, deste modo, compreende que todos os elementos existentes na relação jurídica, inclusive o próprio sujeito de direito¹³, são gerados pela norma. No entanto, tal concepção, para o jurista soviético, contradiz os fundamentos da relação jurídica, que é a existência de uma economia mercantil e monetária, sem a qual todas as normas concretas carecem de qualquer sentido. Pois foi somente após o total desenvolvimento “das relações burguesas que o direito passou a ter um caráter abstrato. Cada homem torna-se homem em geral, cada trabalho torna-se trabalho social útil em geral e cada sujeito torna-se sujeito jurídico abstrato” (*Ibid.*, p. 78). É apenas a partir do assentamento destas relações de produção 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” (*Ibid.*, p. 54).¹⁴

Este ponto se torna ainda mais evidente, quando se enfoca sua dimensão dinâmica e histórica. Desenvolve Pachukanis:

¹² “Assim, para o jurista dogmático, dentro dos estreitos limites da sua tarefa puramente técnica, verdadeiramente não existem senão normas; ele pode, pois, identificar com o a maior serenidade o direito e a norma” (PACHUKANIS, 1988, p. 49). Trata-se da “dogmática obtusa e alienante, o estômago de avestruz dos positivistas engolindo qualquer pacote das prepotências estatais, que o famoso ‘toque de Midas’ kelseniano transforma em ‘neutros’ produtos ‘jurídicos’” (LYRA FILHO, 1983, p. 40).

¹³ “Na concepção da jurisprudência tradicional o sujeito jurídico – como pessoas física ou jurídica – com os ‘seus’ deveres e direitos, representa o Direito num sentido objetivo; a titularidade jurídica (Berechtigung) designada como direito subjetivo é apenas um caso especial desta noção compreensiva. E o Direito nesse sentido subjetivo mais amplo situa-se em face do Direito objetivo, da ordem jurídica, quer dizer em face de um sistema de normas, como se formasse um domínio distinto. *A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer: reconduzindo o chamando direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo*” (KELSEN, 2006, p. 212-213, grifo nosso)

¹⁴ Tal fato traz o cerne do individualismo possessivo, pois para Macpherson, na sociedade de mercado possessivo, “o indivíduo é livre na medida em que é proprietário de sua pessoa e de suas capacidades. A essência humana é ser livre da dependência das vontades alheias, e a liberdade existe como exercício da posse. A sociedade torna-se uma porção de indivíduos livres e iguais, relacionados entre si como proprietários de suas próprias capacidades e do que adquiriram mediante a prática dessas capacidades” (1979, p. 15, grifo nosso). Aprofundando a questão, Edelman explica que “a minha capacidade reside na minha liberdade de me produzir como objeto de direito. O incapaz – o escravo – é um objeto de direito. O sujeito de direito permite esta espantosa revelação: a produção jurídica da liberdade é a produção de si- próprio como escravo” (1976, p. 99).

Nesse caso, vemos como a relação econômica é, em seu movimento real, a fonte da relação jurídica que surge somente no momento do debate. É precisamente o litígio, a oposição de interesses, que produz a forma jurídica, a superestrutura jurídica. No litígio, ou seja, no processo, os sujeitos econômicos privados aparecem já como partes, isto é, como protagonistas da superestrutura jurídica. O tribunal representa, ainda que na sua forma mais primitiva, a superestrutura jurídica por excelência. Pelo processo judicial, o momento jurídico separa-se do momento econômico e surge como momento autônomo. Historicamente, o direito começou com o litígio, isto é, a ação judicial; e foi somente mais tarde que ele abrangeu as relações práticas ou puramente econômicas pré-existentes, as quais revestiram assim desde o início um duplo aspecto, ao mesmo tempo econômico e jurídico. *A jurisprudência dogmática esquece esta sucessão histórica e começa imediatamente pelo resultado acabado, pelas normas abstratas as quais o Estado enche, por assim dizer, todo o espaço social, conferindo propriedades jurídicas a todas as ações que aí se encontram.* (*Ibid.*, grifo nosso)

O poder de estado é uma das determinações da esfera jurídica – Pachukanis nunca negou este elemento, embora prefiram taxá-lo de economicista¹⁵ – pois “confere clareza e estabilidade a estrutura jurídica, mas não cria as premissas, as quais se enraízam nas relações materiais, isto é, nas relações de produção” (*Ibid.*, p.55). É bom que se frise este aspecto, visto que o jurista russo não despreza o monismo jurídico estatal típico das sociedades de mercado contemporâneas, pelo contrário, considera-o como um estágio superior de desenvolvimento da forma jurídica, contudo o compreende somente como uma ordem tendencial e não como fundamento da normatividade da esfera do direito. “Concluímos daí que não é necessário partir do conceito de norma como lei autoritária externa para analisar a relação jurídica *em sua forma mais simples*” – ressalte-se, novamente, o cuidado que Pachukanis tem em salientar que é em sua forma jurídica mais simples (*Ibid.*, p. 57).

A questão de compreender qual o centro de gravidade da esfera jurídica – norma ou da relação jurídica – em uma perspectiva histórica real conduz Pachukanis ao problema das relações de reciprocidade existentes entre a superestrutura política e jurídica. Isto é, no plano da epistemologia do direito, ao tema das implicações entre a distinção entre direito objetivo e subjetivo. Este se trata de outro ponto de confronto entre a teoria pachukaniana com o normativismo, sendo que, inclusive, ele se furta de comentar outras teorias do direito para se

¹⁵ Mesmo autores progressistas, como o Prof. Wolkmer, consideram a relação delineada por Pachukanis entre forma jurídica pela forma econômica “uma posição teórica nitidamente tipificada por um ‘economicismo antinormativista’ na medida em que visualizam o Direito não como uma estrutura normativa, mas como um sistema de relações sociais, produto natural do modo de produção socioeconômico” (WOLKMER, 1995, p.156).

ocupar exclusivamente “da opinião daqueles para quem o direito deve ser concebido exclusivamente como uma norma objetiva” (*Ibid.*, p.58).

Ao partir “desta concepção, teremos, então, de um lado, como norma a regra imperativa, autoritária, e, do outro, a obrigação subjetiva que corresponde a essa regra e foi criada por ela” (*Ibid.*). Nesse sentido, a concepção normativista pretende sepultar a existência exterior do direito subjetivo frente ao direito objetivo. “O dualismo parece radicalmente suprimido; esta supressão, contudo, é apenas aparente. Pois, ao quisermos aplicar esta fórmula, logo surgem as tentativas para novamente reintroduzir, por linha travessas, todas as nuances indispensáveis à formação do conceito de direito subjetivo” (*Ibid.*). Pachukanis entende que essa operação lógica – combinação de imperativos e obrigações – que aprisiona o direito subjetivo, mediante diversos artificios, como uma espécie de sombra do direito objetivo não pode fornecer “sua significação autônoma e plenamente real, em virtude da qual ele se encarna em todo o proprietário da sociedade burguesa” (*Ibid.*).

O jurista russo afirma que prova disso é o exemplo da propriedade. Pois a tentativa da escola normativa de “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” (*Ibid.*, p. 59)¹⁶. Deste modo, em oposição flagrante ao normativismo, Pachukanis considera que “o direito subjetivo é o fato primário, uma vez que ele consiste, em última instância, nos interesses materiais, que existem independentemente da regulação externa, ou seja, consciente, da vida social” (*Ibid.*, p. 59-60, grifo nosso). Acrescenta, ainda, que “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” (*Ibid.*, p. 61)¹⁷.

¹⁶ Já naquele momento histórico, década de 20, Pachukanis alertava para uma concepção que virou moda em nosso tempo: a função social da propriedade. “A burguesia somente tolera tais considerações acerca das funções sócias da propriedade, por elas em nada a comprometem. [...] A propriedade privada não encontra seu sentido, seu subjetivismo, no fato de ‘cada um comer o seu próprio pão’, isto é, não consiste no ato de consumo individual, mesmo que igualmente produtivo, mas na circulação, no ato de apropriação e da alienação, na troca de mercadorias em que o fim econômico-social não é senão o resultado cego de fins privados e de decisões privadas autônomas” (PACHUKANIS, 1988, p. 59)

¹⁷ “Em sua forma mais abstrata e mais simples, a obrigação jurídica, a obrigação jurídica deve ser considerada como o reflexo e a contrapartida da pretensão jurídica subjetiva” (*Ibid.*, p. 60).

Para Pachukanis, o cerne dessa questão encontra-se no que Marx caracterizava como a cisão do estado político da sociedade civil, cujo efeito resulta na dualidade entre os conceitos aqui debatidos – evidencia-se, neste ponto, que ambas as categorias têm em sua separação um lastro concreto fora do casulo lógico típico do normativismo¹⁸. Nesse sentido, o direito subjetivo reflete “a característica do homem egoísta membro da sociedade burguesa, do individuo voltado para si, para o seu próprio interesse e para a sua vontade privada e isolado da comunidade” (*Ibid.*, p. 62). Já o direito objetivo consiste na “expressão do Estado burguês como totalidade que se manifesta como Estado político e que não faz valer a sua generalidade a não ser por oposição aos elementos que o compõem” (*Ibid.*).

O problema do direito subjetivo e do direito objetivo, portanto, “colocado de maneira filosófica, é o problema do homem como individuo burguês privado e do homem como cidadão do estado” (*Ibid.*). O mesmo problema emerge, mais uma vez, em explícita polêmica com a teoria normativista kelseniana, sob uma forma mais concreta, a relação entre direito público e direito privado¹⁹.

A divisão do direito em direito público e privado apresenta, neste ponto, algumas “dificuldades específicas uma vez que o limite entre o interesse egoístico do homem, como membro da sociedade civil, e o interesse geral abstrato da totalidade política não pode ser traçado a não ser abstratamente” (*Ibid.*). Na realidade, estes momentos interpenetram-se e há uma impossibilidade de indicar isoladamente as “instituições jurídicas concretas, nas quais este famoso interesse privado esteja totalmente encarnado e sob uma forma pura” (*Ibid.*).

Para Pachukanis, este problema se explicita em sua inter-relação com outra a dualidade jurídica aqui já enfrentada: direito objetivo e direito subjetivo. Pois 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

¹⁸ “Tal formulação nos permite, entre outras coisas, aprofundar a análise de nosso problema fora das categorizações do direito positivo, ir ao cerne das articulações mais profundas da sociedade moderna, onde se encontra sua expressão histórica mais acabada: a noção de individuo livre, autônomo e independente, bem como a de Estado-Pessoa – subtraído de toda determinação social e exaltado em seu aspecto meramente político” (CERRONI, 1987, p. 8, tradução nossa).

¹⁹ “Existe um claro paralelismo entre a consumação completa da separação entre direito privado e direito público – característica da idade moderna – e o completo desenvolvimento de outra relação, a entre individuo e Estado, a tal ponto que pode se afirmar que uma sistematização teórica acabada desta divisão (ocorrida, como se sabe, numa época bastante recente) se torna somente possível quando se alcança o pleno desenvolvimento prático do processo de separação do individuo em relação ao grupo social (com a eliminação dos vínculos pessoais de dependência direta recíproca) e, portanto, com respeito ao próprio Estado” (*Ibid.*).

comprimem numa esfera onde deveria prevalecer o interesse geral impessoal estabelecido pelas normas de direito objetivo” (*Ibid.*, p. 63). O autor russo, em via oposta a Kelsen, considera que a forma jurídica, com o seu aspecto de autorização subjetiva, surge, plenamente, apenas numa sociedade em que os indivíduos figuram como sujeitos portadores de interesses privados egoístas e isolados. Sendo assim, como o metabolismo social desta sociedade se alicerça sobre o princípio do acordo entre vontades independentes, “cada função social encarna, de maneira mais ou menos refletora, um caráter jurídico, isto é, torna-se simplesmente não só uma função social, mas também *um direito pertencente a quem exerce tais funções sociais*” (*Ibid.*, grifo nosso). Deste modo, a utilização do conceito de direito subjetivo, tendo seu lastro na vontade conflitante dos sujeitos de direito, na teoria do direito público gera, e não poderia ser de outra forma, inúmeros mal-entendidos e contradições, ao contrário, do direito privado – camada jurídica fundamental e primária no pensamento pachukaniano – que o usa com abundância e de forma segura. “Eis a razão por que o sistema de direito civil se caracteriza pela sua simplicidade, clareza e perfeição, enquanto as teorias do direito público se multiplicam em construções forçadas, artificiais e unilaterais, a ponto de se tornarem grotescas” (*Ibid.*). Coerente com sua teoria, portanto, Pachukanis compreende “os direitos públicos subjetivos como uma coisa efêmera, desprovida de raízes verdadeiras e eternamente incerta” (*Ibid.*).

Mas isto não quer dizer que o autor russo negue juridicidade ao direito público e sua dualidade com o direito privado²⁰, pelo contrário, reafirma-o em seu próprio movimento, que é “aquele mediante o qual ele é continuamente repellido pelo direito privado, enquanto tende a determinar-se como o seu oposto e através do qual regressa a ele como o seu centro de gravidade” (*Ibid.*, p. 65). E ressalva que “o direito público não pode existir a não ser como reflexo da forma jurídica privada ou então deixará, de maneira geral, de ser um direito” (*Ibid.*, p. 63). Pachukanis, portanto, redimensiona a concepção de “direito público em sua relação dialética com o direito privado” (CASALINO, 2007, p. 72) – este sendo o momento

²⁰ Pachukanis opõe novamente a Kelsen, pois compreende que “é justamente esta oposição que se apresenta como a propriedade característica da forma jurídica como tal. A separação do direito em direito público e em direito privado caracteriza esta forma jurídica, tanto do ponto de vista lógico como do ponto de vista histórico. Se negarmos essa oposição, de modo algum nos elevaremos acima daqueles práticos ‘retrógrados’, mas, ao contrário, seremos coagidos a servimo-nos daquelas mesmas definições formais e escolásticas com as quais eles operam” (PACHUKANIS, 1988, p.65).

predominante. Aqui fica clara, novamente, sua discordância com o normativismo, no entanto não se contenta em deixá-la nas entrelinhas e dispara que “a tentativa inversa, ou seja, a tentativa para encontrar as definições fundamentais do direito privado, que não são outras a não ser as definições do direito em geral, partindo do conceito de norma, somente pode gerar construções inertes e formais que, além disso, não estão isentas de contradições internas” (PACHUKANIS, 1988, p. 65).

Da mesma forma, esta discordância de Pachukanis a respeito da centralidade da “norma”, enquanto fator explicativo da distinção (ou falta de) entre direito público e privado, reverbera em seu embate com a concepção de um Estado jurídico. Pois considera que “o domínio de fato assume um pronunciado caráter de direito público desde que, ao lado e independentemente dele, surgem relações que estão ligadas aos atos de troca, isto é, relações privadas por excelência” (*Ibid.*, p. 92). Nesse sentido, na medida em que a autoridade figura como o fiador destas relações, impõe-se como uma autoridade social, um poder público, que supostamente representa o interesse impessoal da ordem. No entanto, esta ordem, “o Estado, enquanto organização do domínio de classe e enquanto organização destinada a travar guerras externas, não necessita de interpretação jurídica e muito menos a permite. É um setor onde reina a chamada razão de Estado que nada mais é do que o princípio da oportunidade pura e simples” (*Ibid.*, p. 93). Em contrapartida a autoridade, como garante a troca mercantil, “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” (*Ibid.*).

Aqui se encontra outro confronto aberto, pois “o mais alto expoente do normativismo, Kelsen, conclui que o Estado em geral existe apenas como objeto do pensamento, como sistema fechado de normas ou obrigações” (*Ibid.*, p. 101). Uma teoria do Estado jurídico é, para Pachukanis, sem dúvida alguma, inadequada a captar todas as funções por ele cumpridas. “Ela não pode ser o fiel de todos os fatos da vida do Estado e não pode dar senão reprodução ideológica, ou seja, deformada da realidade” (*Ibid.*, p. 93). Isto é, “ela é impelida a deformar a realidade porque qualquer teoria jurídica do Estado necessariamente se vê na obrigação de

equacionar o Estado como um poder autônomo destacado da sociedade. É justamente nisso que consiste o aspecto jurídico desta doutrina” (*Ibid.*, p. 99)²¹.

O jurista soviético, em sua obra principal, faz outras menções e críticas à teoria normativista de Kelsen, no entanto aglutinou-se aqui as mais significantes e estruturais delas. É a partir da centralidade da norma na teoria kelseniana que derivam, praticamente, todas as críticas dirigidas por Pachukanis: idealismo, visto que entende o direito apenas como dever-ser; o desprezo frente a normatividade externa ao direito objetivo, pois ignora a prevalência do direito privado e, por conseguinte, do direito subjetivo encarnado nos sujeitos proprietários de mercadorias; a recusa de conceber a dualidade entre direito público e privado, porque entende todo direito como positivo; por fim, teoria jurídica do Estado, considerando-o como uma forma de direito, abstraindo sua historicidade e seu conteúdo político. Nesse sentido, as contradições entre as teorias de Kelsen e Pachukanis encontram-se da raiz ao topo de suas categorizações. Muito embora, não tenha acontecido um debate explícito entre eles, no sentido tradicional – troca de cartas, artigos, com respostas subsequentes –, a obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo* serviu como chapéu para Kelsen. Ele tomou o cuidado de rebater as críticas de Pachukanis em mais de uma obra, delineando uma série de pontos conflitantes e ataques à teoria pachukaniana que, observadas, serão muito úteis para compreender a postura do autor russo frente ao normativismo.

3. UMA DOUTRINA ANTINORMATIVA²²: O CONTRAPONTO DE KELSEN

Na opinião de Kelsen, Pachukanis é “o representante mais proeminente da teoria jurídica soviética” (1957, p. 131, tradução nossa). A importância concedida ao jurista soviético não se resume a essa consideração pontual, Kelsen dissecou cuidadosamente a teoria pachukaniana, especialmente, em duas obras: *A teoria geral do Direito e o materialismo*

²¹ “É por isso que, embora a atividade da organização estatal se concretize, efetivamente, sob a forma de ordens e de decretos que emanam de pessoas singulares, a teoria jurídica aceita, em primeiro lugar, que não sejam pessoas, mas sim o Estado quem dá as ordens e, em segundo lugar, que tais ordens estejam submetidas às normas gerais da lei que expressa novamente a vontade do Estado” (PACHUKANIS, 1988, p.99).

²² “Uma doutrina antinormativa” é o subtítulo dado por Kelsen ao capítulo dedicado a teoria do direito de Pachukanis em sua obra *Teoria Comunista do Estado e do Direito*.

histórico de 1931, “cujo eixo central vem a ser, precisamente, uma prolixa discussão com Pachukanis” (RUIZ MANERO, 1989, p. 141, tradução nossa), e *Teoria comunista do Direito e do Estado* de 1955. Outro indicativo da grande estima que Kelsen nutre pelo pensamento pachukaniano consiste na diferença flagrante no tom do discurso quando o alvo da crítica é Pachukanis e não qualquer um dos outros jurista soviéticos: “quando este versa sobre Rejsner, Stucka ou Vishinsky, o leitor não pode evitar a impressão que Kelsen está realizando uma tarefa que ele mesmo considera rotineira; Pachukanis, no sentido oposto, parece provocar-lhe verdadeira paixão” (*Ibid.*)

O autor de a *Teoria Pura do Direito*, deste modo, esmiúça a teoria elaborada por Pachukanis em sua obra principal, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, e procede uma crítica acalorada às bases de seu pensamento que permite demonstrar, com mais clareza, as inconciliáveis posições de ambos sobre temas capitais da esfera do direito. Nesse sentido, não que não seja importante para compreender sua postura frente uma possível teoria marxiana do direito, mas se relegará os comentários de Kelsen sobre Marx, que, por sinal, são vastos, em razão do enfoque dado a suas considerações em relação a Pachukanis, que, por si só, já trazem em sua essência as críticas dirigidas a Marx.

3.1 O RECHAÇO DA ÚNICA RESPOSTA POSSÍVEL: A CENTRALIDADE DA NORMA

Em a *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, para Kelsen, Pachukanis desenvolve uma teoria marxista do direito em oposição à teoria jurídica burguesa, a quem “acusa de ocultar a realidade social em um névoa ideológica” (KELSEN, 1957, p. 131, tradução nossa). Nesse sentido, “dirige sua crítica, a partir do ponto de vista de um marxismo ortodoxo, contra a teoria normativa do direito, que define o direito como um sistema de normas, e especialmente contra a chamada teoria pura do direito, ainda que a teoria pura do direito, muito antes de

Pachukanis, tratou de purificar a ciência tradicional do direito de seus elementos ideológicos” (*Ibid.*)²³.

Deste modo, conforme Kelsen, Pachukanis critica a teoria normativa por sua suposta artificialidade e encobrimento da realidade, visto que seu critério de validade normativa não se alicerça sob a força da efetividade. No entanto, “ele não justifica – como o fez a teoria pura do direito – a identificação da validade da norma com sua efetividade, das normas jurídicas com as relações humanas efetivamente regidas por essas normas” (*Ibid.*, p. 132, tradução nossa). É, justamente, esta errônea identificação que o faz pensar que “a ‘pedra angular’ do direito não são ‘as normas como tais, senão ‘as forças reguladoras objetivas que atuam na sociedade’. Por conseguinte, concebe o direito – como já o fizera Stucka – como um sistema de relações sociais” (*Ibid.*, p. 133, tradução nossa). Pachukanis, contudo, não se satisfaz em classificar o direito como um sistema de relações sociais e deseja responder a questão de como determinadas relações sociais tornam-se instituições jurídicas. Mas Kelsen entende que o jurista russo “rechaçou a única resposta possível, ou seja, as relações jurídicas são aquelas que estão determinadas ou constituídas por uma ordem normativa específica e se vê obrigado a buscar um critério que seja imanente às relações sociais, não que esteja fora delas (como está a ordem normativa)” (*Ibid.*) – a relação entre os sujeitos proprietários de mercadorias²⁴.

É, portanto, nessa relação universalizada pelo modo de produção capitalista que Pachukanis encontra a gênese da forma jurídica. Em sentido oposto, Kelsen objeta que “é evidente que no direito de uma sociedade capitalista – que Pachukanis toma como o direito *par excellence* – não só as relações entre possuidores de mercadorias²⁵ têm o caráter de relações jurídicas, mas também outras, como a relação entre marido e mulher, ou entre pais e filhos, que podem existir, igualmente, em uma sociedade comunista” (*Ibid.*, p. 135, tradução nossa). Mas, o autor de *Teoria Pura do Direito* pontua que seguindo a trilha de Pachukanis,

²³ “Esta alienação de Pachukanis com a ‘tendência ideológica’ se reflete, sobretudo, em sua aceitação de uma série de dualismos característicos desta (direito público/direito privado, direito objetivo/direito subjetivo, Estado/direito)” (RUIZ MANERO, 1989, p.143, tradução nossa).

²⁴ “Ele se encontra em pleno acordo com a teoria dominante da ideologia burguesa do direito; só que, onde se fala comumente em ‘vida que pulsa’ ou de realidade social em geral, insere-se a categoria marxista de ‘relações de produção’” (KELSEN, 1979, p. 140, tradução nossa).

²⁵ “O fato que um indivíduo possua efetivamente algo não significa que seja seu proprietário legal. Pachukanis não pode deixar completamente de lado este aspecto. E afirma: ‘os possuidores de mercadorias eram, evidentemente, proprietários antes de se reconhecerem uns aos outros como tais’ [PACHUKANIS, 1988, p. 79]. No entanto, como jurista, é obrigado a admitir a diferença entre a posse efetiva e a propriedade e agrega: ‘mas eram proprietários em outro sentido, orgânico e extrajurídico’ [*Ibid.*]” (KELSEN, 1957, p. 136, tradução nossa).

concordando com sua artificial limitação do conceito de Direito e supondo que apenas as relações entre os possuidores de mercadorias assumem a forma de relações jurídicas, “refletem a forma jurídica, surge a pergunta: O que é esta forma jurídica?” (*Ibid.*, p.136, tradução nossa). “Mas Pachukanis não contesta nem pode contestar essa pergunta, que é a pergunta essencial em uma teoria do direito diferente de uma teoria econômica, porque a interpretação econômica da sociedade o força a identificar as relações jurídicas com as relações econômicas específicas” (*Ibid.*). É por esta via, embasado na interpretação economicista da sociedade, “herdada” de Marx, que Kelsen critica a identidade entre a forma econômica e jurídica na teoria pachukaniana.²⁶

3.2 A QUESTÃO DOS DUALISMOS E A HERANÇA BURGUESA

Nesse sentido, “a fim de identificar o direito com relações econômicas específicas, Pachukanis declara que somente o direito privado – como relação entre indivíduos isolados, sujeitos de interesse egoísta – é direito no verdadeiro sentido do vocábulo” (*Ibid.*). Desta forma, o direito público, representado na relação entre o Estado e os indivíduos, “não pode ser direito em seu verdadeiro sentido porque o Estado é um fenômeno metajurídico inconcebível como sujeito de direito” (*Ibid.*). Entretanto, pontua Kelsen que “dentro do campo do chamado direito privado há não só conflitos de interesses individuais (privados), mas também conflitos entre interesses coletivos (públicos) e interesses privados individuais” (*Ibid.*, p.137, tradução nossa)²⁷. Assim, no direito público, estariam, em primeiro plano, os conflitos entre interesses coletivos públicos e interesses individuais, por outro lado, o direito privado seria o campo, por excelência, do conflito de interesses privados entre si. Portanto, sempre de acordo com

²⁶ Oscar Correias também critica a confusão engendrada pela teoria pachukaniana em relação à “forma” do direito. “Uma prescrição consiste na modalização deontológica de (a descrição de) uma conduta. Esta é ‘forma’. O ‘conteúdo’ consiste na descrição da conduta que pode ser, literalmente, qualquer uma. Alguns marxistas, na trilha de Pachukanis, quiseram sustentar que ‘direito’ é uma categoria exclusiva da sociedade burguesa porque é o único direito cujas normas igualam aos sujeitos. Mas o fato de que as normas capitalistas igualem aos sujeitos, e isto é de grande importância, não deixa de ser o conteúdo das normas, que os juristas denominam ‘âmbito pessoal de validade’” (CORREAS, 1995, p.129).

²⁷ “Se o Estado leva a cabo uma ação executiva contra os bens do devedor que não paga seu credor, ele o faz não somente para proteger o interesse individual de este último, mas também porque existe – em última instância – um interesse coletivo, isto é, público, em proteger os interesses privados individuais de todos os possíveis credores” (KELSEN, 1957, p. 137, tradução nossa).

Kelsen, não há razão suficiente para identificar o direito como o direito privado, o que significaria negar juridicidade a essa importante esfera da mediação social que é o direito público.

O jurista russo, pensa Kelsen, não repousa seu argumento principal para atribuir artificialidade ao direito público na impossibilidade da existência de conflitos de interesses entre o privado e o público, “mas sim na suposição de que o Estado se encontra, por sua própria natureza, além do direito e acima deste, ou seja, se baseia no dogma da soberania do Estado. Dogma, contudo, cientificamente insustentável” (KELSEN, 1957, p. 138, tradução nossa). Trata-se “de uma inadmissível utilização do conceito de Estado hipostasiado”, no entanto “se o Estado não fosse portador de obrigações jurídicas, não poderia haver direitos individuais; que não há relações em qual não seja parte – direta ou indiretamente – o Estado” (KELSEN, 1957, p. 139, tradução nossa). A partir deste argumento, culmina e se desenha perfeitamente uma das contradições fundamentais entre Kelsen e Pachukanis, pois aquele considera “que *todo direito é por sua própria natureza direito público*, e o chamado direito privado é somente uma parte daquele, isto se se quiser manter esta distinção entre direito público e direito privado” (*Ibid.*, grifo nosso), visto que essa dicotomia apenas se “sustenta com o propósito político de justificar atos de governo” (*Ibid.*, p. 140, tradução nossa).

O autor de a *Teoria Pura do Direito* lembra que essa concepção, que aponta a predominância do direito privado e considera o Estado como um fato metajurídico, não é de forma alguma uma teoria exclusivamente marxista. Pelo contrário, “muitos autores ‘burgueses’ e especialmente juristas alemães de atitude explicitamente conservadoras defenderam essa teoria, em cuja base se encontra o dualismo de direito público e privado, estreitamente vinculados com o dualismo entre Direito e Estado, e direito subjetivo e objetivo” (*Ibid.*, p. 138, tradução nossa). Pachukanis, no entanto, “aceita esse dualismo entre Direito e Estado, porque os profetas de sua religião, Marx e Engels, tomaram esse dualismo do filósofo burguês que era Hegel e dos juristas burgueses de seu tempo [os acima relatados]” (*Ibid.*, p. 140, tradução nossa).

Outra face deste dualismo, “não menos ideológico”, é o representado pela relação entre direito subjetivo e direito objetivo (*Ibid.*, p. 141, tradução nossa). Foi já demonstrado, em especial pela teoria normativa do direito, “que o dualismo entre o direito objetivo e subjetivo tem uma tendência político-ideológica, similar ao dualismo entre direito público e

privado” (*Ibid.*, p. 142, tradução nossa). Esta dicotomia se alicerça na idéia que “o direito subjetivo é lógica e historicamente prévio ao direito objetivo, ao ordenamento jurídico, e que tem precedência com relação ao dever (obrigação), isto é, primeiro apareceram os direitos subjetivos e posteriormente o Estado os garante mediante o estabelecimento de uma ordem legal objetiva, impondo as correspondentes obrigações” (*Ibid.*).

Uma teoria científica – politicamente imparcial –, para Kelsen, demonstra que a realidade é justamente ao oposto de tal categorização, posto que “não pode haver direitos sem obrigações, ainda que possam existir obrigações sem os correspondes direitos; que o direito subjetivo, o mesmo que obrigação (dever), não é nada diferente da ordem jurídica como direito objetivo, que ambos são apenas este direito em sua relação com indivíduos definidos” (*Ibid.*). Hans Kelsen, inclusive, afirma que:

o único propósito desta interpretação dualística do direito é garantir os direitos subjetivos já existentes, isto é, salvaguardar certas disposições do direito existente que estabelecem aqueles direitos, especialmente os direito de propriedade, contra uma abolição originada em uma mudança da ordem jurídica, em particular, para impedir a expropriação sem indenização em caso de uma reforma do direito existente, argumentando que tal reforma seria contrária à natureza do direito (*Ibid.*).

O jurista soviético, “por mais estranho que pareça, aceita a teoria dualista da jurisprudência burguesa precisamente por causa destas contradições” (*Ibid.*). Pois “a teoria burguesa do direito deve ser contraditória, porque o direito burguês é contraditório; caso cessasse de ser contraditório, extinguir-se-ia, por inteiro, sua própria juridicidade” (KELSEN, 1979, p. 154, tradução nossa). Sendo assim, “por condenar o direito burguês, Pachukanis defende a teoria burguesa do direito, e tudo isso para poder salvaguardar a teoria da extinção do direito [e do Estado] na sociedade comunista” (*Ibid.*).

O jurista russo, deste modo, “salvaguardando o dualismo ideológico referente ao direito objetivo e subjetivo, público e privado, real e pessoal, deve consequentemente defender também o ponto crítico da ideologia jurídica burguesa, o dualismo entre Estado e direito” (*Ibid.*, p.171, tradução nossa). Pachukanis, então, da mesma forma que a teoria burguesa do direito, entende que o direito subjetivo precede o objetivo, isto é, o ordenamento jurídico, e, portanto, pode conceber o “Estado como uma unidade coletiva – que se apresenta como sujeito portador de vontade e ação – tenha sua existência de forma independente e até mesmo anterior ao direito” (*Ibid.*, p. 176, tradução nossa).

Nesse sentido, “o Estado como um ente metajurídico, como uma forma de ‘macroantropo’ potentíssimo ou, igualmente, um grande organismo social, é, ao mesmo tempo, pressuposto do direito e um sujeito jurídico, enquanto submetido ao direito e pelo direito autorizado e obrigado” (*Ibid.*, p. 168, tradução nossa). É contra essa “famigerada teoria” – fonte, para Kelsen, da teoria pachukaniana – “do duplo aspecto ou da auto-obrigação do Estado” que o autor de a *Teoria Pura do Direito* centra suas críticas “na função ideológica de extraordinária importância” por ela cumprida (*Ibid.*). “Mas se fosse reconhecido – como o faz a teoria pura do direito – o Estado como um ordenamento da conduta humana e precisamente como um ordenamento social coercitivo, sendo que este não pode ser um ordenamento diverso do ordenamento jurídico, o dualismo entre Estado e Direito se dissolve em unidade” (*Ibid.*, p. 169, tradução nossa).

No entanto, o intento de Pachukanis, baseado nas considerações de Marx, Engels e Lenin sobre a extinção do Estado²⁸, “empreendido dentro do verdadeiro espírito do marxismo, de interpretar economicamente os fenômenos jurídicos, resulta, não em uma nova definição, mas em uma total negação do conceito de direito” (KELSEN, 1957, p. 149, tradução nossa). Assim, “desta identificação do direito e da economia que faz Pachukanis se depreende não só que não poderá haver direito na sociedade comunista do futuro, mas também que não poderia haver direito socialista proletário no período de transição representado pela ditadura do proletariado” (*Ibid.*, p. 152, tradução nossa).

4. SOBRE A CRÍTICA DE KELSEN E A CARACTERIZAÇÃO PLENA DO ANTINORMATIVISMO EM A *TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO*

Ao analisar os trechos de a *Teoria Geral do Direito e Marxismo* em que Pachukanis se confronta com o normativismo kelseniano, bem como as considerações posteriores de Kelsen

²⁸ “Kelsen interpreta a teoria em questão como profecia do porvir, ao menos todo ordenamento coercitivo centralizado. Depois rebate esta profecia com uma acusação de utopismo: a sociedade sem Estado é um projeto irrealizável por três razões: 1) Ainda que não existam conflitos econômico-sociais é provável que uma sociedade coletivista sofra outros tipos de conflitos. Para regular estes conflitos, da natureza que sejam, é necessário um ordenamento coercitivo; 2) O projeto de uma sociedade sem Estado não está fundado sobre experiência alguma; 3) Este projeto está destinado a chocar-se com a natureza humana (egoísmos individuais, etc.)” (GUASTINI, 1989, p. 86, tradução nossa).

sobre o pensamento do jurista russo, fica evidente a total incompatibilidade da teoria pachukaniana com a teoria pura do direito. Pois, para Pachukanis, não é possível concordar com Kelsen a respeito da purificação por ele operada gnoseologicamente no modo de compreender o ordenamento normativo – esfera normativa encarada somente sobre o prisma deôntico, como uma estrutura neutra e desideologizada – e com as conclusões daí decorrentes, que o Direito, enquanto ordem coativa social, pode assumir qualquer contorno e não tem raízes em nenhum padrão de sociabilidade específico. Portas abertas, portanto, para construção de um direito socialista (conteúdo) sob as bases da estrutura categorial do direito burguês (forma).

No entanto, Pachukanis, em sentido oposto a Kelsen, identifica o nascimento da forma jurídica na mediação específica das relações sociais ocasionada pela troca de mercadorias determinadas, em última instância, pelas relações de produção – momento predominante²⁹ – e, portanto, atrela seu pleno desenvolvimento às relações sociais de uma sociedade, em essência, produtora de mercadorias – sociedade capitalista. Fato que rende a crítica, por parte do líder da escola normativa, da falta de diferenciação entre a relação econômica e a relação jurídica – identidade entre forma jurídica e forma mercantil –, cujo momento jurídico é absorvido pelo econômico³⁰.

²⁹ “Se traduzirmos aquilo a que Hegel se refere para a linguagem da ontologia, nele apenas presente ao lado da lógica e da gnosiologia (para Hegel o conceito é ao mesmo tempo lógico e ontológico), o nódulo ao qual esse se refere pode ser enunciado deste modo: a simples interação conduz a um arranjo estacionário, definitivamente estático; se queremos dar expressão conceitual à dinâmica viva do ser, ao seu desenvolvimento, devemos elucidar qual seria, na interação da qual se trata, o momento predominante. É este, com efeito – não simplesmente a sua ação, mas também as resistências contra as quais se choca, por ele próprio desencadeadas, etc. – que dá uma direção, uma linha de desenvolvimento, à interação que seria, não obstante todo o seu movimento parcial, de outro modo estática. Por si sós as interações não podem produzir em um complexo nada mais que a estabilização do equilíbrio. Entender bem este nexos é particularmente importante quando se trata da passagem de uma esfera do ser a outra. Pois é evidente que na gênese desta coisa nova se encontram fenômenos de caráter transitório que não conduziram, jamais, ao nascimento, à consolidação, à autoconstituição do novo grau de ser se não existissem forças pertencentes ao novo tipo de ser, que nas – insuprimíveis – interações com aquelas pertencentes ao velho não desempenhassem o papel de momento predominante” (LUKÁCS, 1981, p. 229, tradução nossa).

³⁰ “E aqui o núcleo central da crítica de Kelsen: a norma jurídica – escreve – ‘não pode ser idêntica a relação econômica específica que ela reflete’. Mas Pachukanis não responde e não pode responder a esta questão essencial de uma teoria do direito distinta de uma teoria econômica, porque a interpretação econômica da sociedade o obriga a identificar as relações jurídicas com determinadas relações econômicas” (CERRONI, 1965, p. 151, tradução nossa). Para Cerroni esta “crítica de Kelsen é irrefutável”, visto que Pachukanis realiza “a identificação imediata do direito e da relação econômica, se bem que lhe corresponde ao mérito de haver articulado com toda amplitude a investigação de uma conexão real entre as categorias jurídicas e as categorias econômicas” (*Ibid.*, p. 151-152, tradução nossa). Não é possível, entretanto, concordar com o filósofo do direito italiano nesta questão.

Ao contrário do que assevera Kelsen, Pachukanis em nenhum momento realiza uma unificação da esfera jurídica com a econômica, mas, tão somente, busca a gênese da mediação jurídica como momento autônomo das relações sociais na troca de mercadorias. Nesse sentido, o jurista russo constata “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*” (PACHUKANIS, 1988 p. 57, grifo nosso). As relações de produção, deste modo, são apenas o momento predominante da forma jurídica e não ela própria e, além disso, Pachukanis indica a necessidade de uma superestrutura jurídica por mais primária que seja. A contradição principal com o normativismo é que, para Pachukanis, “a normatividade é oriunda da mútua vontade aquiescente” dos proprietários de mercadorias (CASALINO, 2007, p. 77). O momento normativo, portanto, emerge de forma extra-estatal representado por uma relação jurídica contratual³¹. Isto não exclui, evidentemente, o processo de complexificação assumido pela forma jurídica posteriormente – muito mais diferenciado que o simples contrato entre dois portadores de mercadoria –, até porque a sociabilidade capitalista se desenvolveu a níveis inimagináveis, prova disso é que o jurista soviético reconheça “a realização completa da forma jurídica” no “tribunal” e no “processo” (PACHUKANIS, 1988, p. 12).

Este aspecto da teoria pachukaniana, Kelsen, por vezes, prefere ignorar, como na crítica acima exposta, outras vezes, prefere reafirmá-la, como quando se posiciona contrário a prevalência conferida por Pachukanis ao direito privado por considerá-la avessa a realidade e partilhar do dualismo construído ideologicamente pelos juristas burgueses. Assim, no momento em que reconhece a independência da esfera jurídica da esfera econômica no pensamento pachukaniano, acusa-o de engolir a seco a ideologia burguesa.

A incompreensão de Kelsen deve-se “a sua má interpretação da concepção marxiana de ‘forma ideológica’ como parte de uma superestrutura, entendida como composta de fenômenos puramente ideais que, em seu conceito, se oporia a base real concebida com única realidade” (REICH, 1984, p.29). O jurista russo afirma, inúmeras vezes, que não despreza a

³¹ “No sistema lógico dos conceitos jurídicos, o contrato é somente uma variedade do ato jurídico em geral, ou seja, é somente um dos meios de manifestação concreta da vontade, com a qual o sujeito age sobre a esfera jurídica que o cerca. Na realidade e historicamente, ao contrário, o conceito do ato jurídico tem sua origem no contrato. Independentemente do contrato, os conceitos de sujeito e de vontade em sentido jurídico existem somente como abstrações mortas” (*Ibid.*, p. 78-79).

função ideológica cumprida pelas categorias jurídicas fundamentais – aqui sob o prisma gnosiológico da falsa consciência³² –, mas sua crítica se centra em analisar tais categorizações as como determinações de existência, que “refletem uma relação social objetiva” – uma crítica, ontológica, portanto (PACHUKANIS, 1988, p. 38).³³ Assim, Pachukanis considera que tais categorias, como formas de ser, “refletem teoricamente o sistema jurídico enquanto totalidade orgânica. Em outros termos, a forma jurídica, expressa por abstrações lógicas, é um produto da forma jurídica real ou concreta (de acordo com a expressão do companheiro Stucka), um produto da mediação real das relações de produção” (1988, p. 12). É por isso que, para Pachukanis, “o direito como forma não pode ser captado fora das suas mais restritas definições. Ele existe apenas nos seus pares de opostos: direito objetivo, direito subjetivo; direito público, direito privado; etc.” (*Ibid.*, p. 24).

O jurista soviético, desta forma, não rejeita as categorias do direito burguês por enxergar que “por detrás de tais abstrações estarem escondidas forças sociais absolutamente reais” (*Ibid.*, p. 25). Entretanto, Kelsen pode desconhecer essas contradições reais e construir seu ideal de ciência normativa pura, relegando a função de explicar a sociedade as ciências causais, mas Pachukanis, de maneira nenhuma, pode renunciar essa tarefa de esmiuçar o “mistério” que é gênese da forma jurídica. E aqui, volta-se ao início, a relação da forma jurídica com a universalização da forma mercadoria, isto é, a complementaridade do fetichismo da mercadoria com o fetichismo jurídico e a conseqüente reprodução da equivalência.

Se o direito é, primordialmente, portanto, uma forma que reproduz equivalência e o socialismo implica a gradativa superação das relações de produção que, em última

³² “O que importa demonstrar, então, não é que os conceitos jurídicos gerais possam entrar, a título de elementos constitutivos, nos processos e sistemas ideológicos, – o que de modo algum é contestável – mas sim que a realidade social, em certa medida encoberta por um véu místico, não pode ser descoberta através destes conceitos” (*Ibid.*, p. 38).

³³ “As categorias – embora apresentem entre si, mesmo singularmente, inter-relações frequentemente muito intrincadas – são todas formas de ser, determinações de existência; e, enquanto tais, formam por sua vez uma totalidade, só podendo ser compreendidas cientificamente enquanto elementos reais dessa totalidade, enquanto momentos do ser” (LUKÁCS, 1979, p. 67). “A este respeito, o marxismo distingue-se em termos extremamente nítidos das visões de mundo precedentes: no marxismo, o ser categorial da coisa constitui os ser da coisa, enquanto nas velhas filosofias o ser categorial era a categoria fundamental, no interior da qual se desenvolviam as categorias da efetividade. Não é que a história se passe no interior do sistema de categorias, mas sim que a história é a transformação do sistema de categorias. As categorias são, portanto, formas de ser. Naturalmente, à medida que se tornem formas ideais, são formas de espelhamento, mas, em primeiro lugar, são formas de ser” (LUKÁCS, 1999, p. 146).

instância, engendram essa forma, um direito socialista, na teoria pachukaniana, seria tanto uma impossibilidade objetiva quanto teórica. Daqui, se prenuncia o embate com o normativismo soviético, pois “o centro nervoso” da teoria pachukaniana, a extinção da forma jurídica, é incompatível com as aspirações de certos setores que, posteriormente, se tornaram hegemônicos na revolução de outubro. E esta necessidade de constituir um direito proletário, que representasse a “vontade” da classe erigida pelo processo revolucionário – ou melhor, do grupo dirigente liderado por Stalin –, somente poderia ser elaborada sob as bases do normativismo, “mas, para tanto, seria necessário recuperar todas as categorias do direito burguês” (NAVES, 2000, p. 89-90).

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.
- CASALINO, Vinícius Gomes. *A teoria do direito de Pachukanis e pseudoconcreticidade: uma contribuição à crítica marxista do direito*. 2007. 123f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- CERRONI, Umberto. *O pensamento jurídico soviético*. [s.l.]: Europa-America, 1976
- _____. *Marx y el derecho moderno*. Buenos Aires : J. Alvarez, 1965.
- _____. Sobre la historicidad de la distinción entre derecho privado y derecho publico. *Crítica Jurídica*, Puebla, n. 6, 7-19, 1987.
- CORREAS, Oscar. *Kelsen y los Marxistas*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 1994.
- _____. *Crítica da Ideologia Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Coimbra: Centelha, 1976.
- GUASTINI, Riccardo. Kelsen y Marx. In: CORREAS, Oscar (org). *El otro Kelsen*. México: UNAM, 1989.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Derecho penal soviético*. Buenos Aires: TEA, 1947.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé, 1957.

_____. *La Teoria Generale del Diritto e il Materialismo Storico*. Roma: Istituto della Enciclopédia Italiana, 1979.

LUKÁCS, Gyorgy. *Ontologia do ser social: os princípios ontológicos fundamentais de Marx*. São Paulo: Ciências Humanas, 1979.

_____. *Pensamento vivido: autobiografia em diálogo*. São Paulo: Estudos e Edições Ad Hominem; Viçosa: Editora UFV, 1999.

_____. *El Asalto a la Razón*. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1972.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

_____. *Karl, Meu Amigo: diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.

MACPHERSON, Crawford Brough. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo, Boitempo, 2000.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

REICH, Norbert. Hans Kelsen y Evgeni Paschukanis. In: Instituto Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*. Bogotá: Temis, 1984.

RUIZ MANERO, Juan. Sobre la crítica de Kelsen al marxismo. In: CORREAS, Oscar (org). *El otro Kelsen*. México: UNAM, 1989.

SALGADO, Remigio Conde. *Pachukanis y la teoría marxista del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Vol. II. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.