

**O DIREITO ENTRE A HISTORICIDADE E A UNIVERSALIDADE A
PARTIR DA POLÊMICA ENTRE PACHUKANIS E KELSEN**

**LAW BETWEEN HISTORICITY AND UNIVERSALITY FROM CONTROVERSY
BETWEEN PACHUKANIS AND KELSEN**

*Ricardo Prestes Pazello**

RESUMO: O presente artigo pretende discutir as consequências, para a teoria do direito, do debate entre a crítica jurídica marxista, realizada pelo jurista soviético Evgeni Pachukanis, e a teoria pura do direito, de Hans Kelsen. Tomando em consideração as posições de ambos os teóricos acerca da universalidade ou não do fenômeno jurídico, pode-se chegar a algumas conclusões referentes às características da forma jurídica e sua intrínseca relação com o modo de produção no qual se desenvolve. Uma vez sendo a historicidade marca fundamental para compreensão do que seja o direito, torna-se cabível, inclusive, uma avaliação acerca da especificidade do direito na sociedade em que vigem relações sociais capitalistas.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria crítica do Direito. Pachukanis. Kelsen. Historicidade. Universalidade.

ABSTRACT: This article discusses the consequences, to legal theory, of debate between marxist critical legal theory conducted by soviet jurist Evgeny Pachukanis and pure theory of Law, by Hans Kelsen. Taking into account the positions of both theorists about the universality or not of the legal phenomenon, it is possible come to some conclusions regarding the characteristics of the legal form and its intrinsic relationship to the mode of production in which it develops. Once being the historicity core for understanding what Law is, it becomes appropriate, including, an evaluation of the specificity of Law in the society in which capitalist social relations predominate.

KEYWORDS: Critical legal Theory. Pachukanis. Kelsen. Historicity. Universality.

* Professor do Curso de Direito da UFPR, doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e secretário geral do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS).
E-mail: ricardo2p@ufpr.br.

1 INTRODUÇÃO

A questão “O que é direito?” é fundante para a teoria do direito do século XX. Há muito o problema vem afligindo os teóricos do direito das mais diversas correntes e, notadamente, os seus principais estudiosos. Todo o caminho que este campo do conhecimento fez durante a modernidade levou-o a essa interrogação. Se o direito não se pode confundir mais com a religião, com a moral, com os costumes sociais e se os povos ocidentais passaram a unificar sua organização política – no Estado – a pergunta não poderia deixar de fazer sentido. Ao contrário, ela aparece como o grande debate do direito, um campo que se especializa na exata medida em que o conhecimento científico se divide estruturalmente.

Enfrentar o problema do significado do direito, no entanto, torna-se, ao longo do último século, uma proposta de crítica jurídica. As teorias críticas do direito se constroem a partir, justamente, da contraposição à resposta cristalizada que as principais doutrinas dão. No Brasil, poderíamos lembrar de todo o esforço de um Roberto Lyra Filho, cuja preocupação foi a de conceituar o direito para além de jusnaturalismos e juspositivismos (LYRA FILHO, 1985). Nessa esteira, independentemente da especificidade das teorias críticas do direito no Brasil, podemos realçar que referida tarefa sempre teve por objetivo questionar a resposta padrão, ainda que sobejamente sofisticada, dada pelo normativismo positivista. Sem dúvida, Hans Kelsen é nome inultrapassável neste âmbito de análises. Por outro lado, desde o início de sua aparição, o normativismo positivista sofreu contundentes críticas e, em termos de teoria crítica do direito, não se pode deixar de lado o notável papel das interpretações de inspiração marxista. Daí que outro nome inegavelmente importante para este debate é o de Evgeni Pachukanis.

Assim, estão colocados os principais atores a quem este artigo pretende direcionar seu canhão de luz. Na ribalta do início do século XX, uma polêmica fundacional se esculpe entre o arquiteto-mor do normativismo positivista e o mais criativo dos juristas revolucionários soviéticos. Portanto, respectivamente, Kelsen e Pachukanis merecem ter seu debate resgatado, seja pelo fato de que há necessidade de demonstrar que o raio de interlocuções e críticas levadas a cabo pelo primeiro atingiu inclusive aquilo que ele chamou de “teoria bolchevique do direito” e, dessa forma, ainda resta como episódio pouco estudado; seja pela importância que adquiriu o segundo para a construção das teorias críticas do direito que apareceriam com força, em especial a partir da década de 1970, o que significa dizer que quase quarenta anos depois do desaparecimento de Pachukanis.

2 OS DEBATEDORES

O debate entre Pachukanis e Kelsen remonta a, pelo menos, 1923. Situados que estavam no primeiro entreguerras e perplexos, positiva ou negativamente, ante a Revolução Russa de 1917, ambos os autores passam a uma revisão crítica do direito burguês e da teoria política marxista, respectivamente, no intuito de responder a questões práticas de seu contexto histórico.

Em 1923, pois bem, Pachukanis resenha dois livros de Kelsen e publica suas opiniões. Os livros foram “O problema de soberania e a teoria do direito internacional”, de 1920, e “O conceito sociológico e o conceito jurídico de Estado”, de 1922. Infelizmente, a estes textos não tivemos acesso, mas pudemos acessar algumas de suas ideias centrais a partir de comentadores, em especial Norbert Reich (1984). No entanto, é a obra “Teoria geral do direito e marxismo”, de 1924, que marca a presença de Pachukanis na história da teoria do direito e é nela, também, que se encontra sua principal formulação acerca do que seja o direito, bem como sua crítica a Kelsen.

Quanto a Kelsen, desde 1920, atém-se ao estudo e crítica das concepções socialistas de Estado, em especial aquelas orientadas pelo marxismo. Nesse ano, portanto, lança a primeira edição de “Socialismo e Estado”¹ cujo desdobramento seria o debate com Max Adler, o que exigiria de Kelsen uma segunda edição do livro, em 1923, para rebater as críticas daquele. No entanto, para o debate específico sobre a teoria do direito, Kelsen só viria tempos depois, em duas monografias: primeiramente, em 1931, aparece “A teoria geral do direito e o materialismo histórico” e, em 1955, “Teoria comunista do direito e do Estado”, sendo este último uma junção de dois ensaios que tematizavam a teoria do direito e a teoria política bolcheviques. Tanto no texto de 1931 quanto no de 1955, Kelsen abre capítulos inteiros dedicados a Pachukanis, a quem considera o mais significativo teórico do direito russo.

Vale ressaltar que Kelsen teve acesso às obras dos juristas soviéticos pelas traduções que se avolumaram de suas produções, para o alemão, o francês e o inglês.² Só mais tardiamente surgiriam as traduções para o espanhol e o português, após a década de 1970. Aqui, tivemos acesso a traduções espanholas, inglesas, italianas e portuguesas de alguns dos textos citados e, pesarosamente, não de toda a polêmica.

¹ Para a polêmica que a publicação deste livro implica, consultar PFABIGAN (1984).

² No “Prefácio” a “Teoria comunista do direito e do estado”, Kelsen destaca a compilação traduzida para o inglês do debate jurídico soviético, coordenada por HAZARD (1951).

Antes de adentrarmos na especificidade do debate entre os dois autores, passemos em revista, muito rapidamente, algumas de suas concepções teóricas.

2.1 PACHUKANIS³

Iniciemos pelas posições de Pachukanis. Nascido em 1891, ingressaria na Faculdade de Direito da Universidade de São Petersburgo e, como estudante, já se envolveria em movimentações políticas do Partido Social-Democrata Russo, o que lhe renderia a perseguição do regime czarista. Tendo de se exilar na Alemanha, lá terminaria seus estudos jurídicos, na Universidade de Munique. Posteriormente, participaria ativamente do processo pós-revolucionário, como “juiz popular” e ingressando no Partido Comunista.⁴

Como dissemos, o debate jurídico que se passa a provocar é fruto de problemas práticos e concretos, em especial oriundos da instauração do socialismo a partir da Revolução de 1917.

A partir do legado de Marx e Engels quanto à crítica do modo de produção capitalista e quanto a seu projeto político socialista, os revolucionários russos deveriam inaugurar uma profunda discussão para construção do regime socialista para além de a crítica ao capitalismo. Afora a forma de socialização dos meios de produção econômica, dos problemas mais sensíveis que se apresentaram foi a questão do Estado e, por decorrência, a do direito.

Protagonizam, neste debate particular, os nomes de dois juristas: Piotr Stucka e Evgeni Pachukanis. O grande problema a se tomar em conta era, diante das teses de Marx e Lênin acerca do desaparecimento do Estado, o que fazer com o direito nesse período de transformações radicais.

Certamente, como a crítica já decantou inúmeras vezes, a obra de Marx não se ocupou de sistematizar explicitamente o problema do direito. Isso não deve significar, porém, que o problema do direito não esteja rigorosamente colocado na crítica marxiana. Esse é um importante pressuposto que deve ser colocado para quem pretenda estudar o direito desde uma perspectiva marxista e é, exatamente, o entendimento que motiva o pensamento de Pachukanis, por exemplo.

A fim de não deixarmos completamente lacunoso o problema do direito em Marx (ainda que um aprofundamento não seja possível aqui), devemos pontuar

³ O nome do jurista pode ser transliterado do russo de várias maneiras: *Pachucânis*, *Pasukanis*, *Paschukanis* ou *Pachukanis*. Preferimos a última, que é a mais corrente entre os tradutores e comentaristas brasileiros.

⁴ Um rápido verbete sobre a vida de Pachukanis foi escrito por NAVES (2009a).

três momentos privilegiados para este debate no corpo de sua obra, a título de exemplificação. Primeiramente, destacaríamos “A questão judaica”, cujo objetivo crítico passa por demolir a transcendência e universalidade da igualdade, liberdade e segurança jurídicas (e, portanto, formais) a partir da denúncia de que o direito à propriedade privada é o centro gravitacional de tal principiologia (MARX, 2005, p. 35 e ss.). Logo, trata-se, desde o início, de uma perspectiva aniquiladora do direito. Em segundo lugar, poderíamos nos dirigir ao capítulo VIII do primeiro volume de “O capital”, sobre “A jornada de trabalho”. Ali, o direito continua a ser denunciado em toda a sua vilania de classe, mas também é percebido como um espaço onde se pôde, por exemplo, legitimar a conquista por uma “jornada normal de trabalho” (MARX, 1983, p. 187 e ss.) – mas, atenção, conquista aparente, pois, que mantém a extração da mais-valia ainda que não possa ser desconsiderada no plano pragmático. Por fim, o famoso opúsculo “Crítica do programa de Gotha”, em que Marx enuncia sua crítica ao “direito burguês” e esgrime algo em torno do que se poderia chamar de princípio de justiça (e não do direito): “de cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades” (MARX, 2012, p. 32).

Também Lênin, como inegável liderança da revolução de outubro, desempenha papel importante no desenrolar deste debate. Em seu famoso “O Estado e a revolução” (texto de agosto de 1917), na esteira de Marx, assim como de Engels, prognostica que a sociedade socialista deverá fazer definhar o Estado e o seu direito, de acordo com as fases que a sociedade comunista vivenciará:

na primeira fase da sociedade comunista, corretamente chamada socialismo, o “direito burguês” é apenas parcialmente abolido, na medida em que a revolução econômica foi realizada, isto é, apenas no que toca os meios de produção. O “direito burguês” atribui aos indivíduos a propriedade privada daqueles. O socialismo faz deles propriedade comum. É nisso, e somente nisso, que o “direito burguês” é abolido (LÊNIN, 2007, p. 112).

Muito poderíamos continuar analisando esses antecedentes. O que importa, contudo, é que o debate jurídico soviético teria de encarar a problemática anunciada pelos maiores formuladores do marxismo; e, nesse passo, realocar o direito.

A primeira grande formulação especificamente jurídica da Revolução Russa foi feita por Stucka. Como Comissário do Povo para a Justiça, Stucka teve a oportunidade de efetivar uma conceituação do direito no período revolucionário que seria, ademais, a pedra de toque de seu debate com Pachuckanis. Para aquele, “o direito é um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe” (STUCKA, 1988, p. 16). Obviamente, Stucka faz menção ao direito durante

a transição socialista (aquele período chamado por Lênin de “primeira fase da sociedade comunista”) e, para tanto, se utiliza da noção de “relações sociais” para fugir das tendências de seu tempo, claramente antimaterialistas. Nesse sentido mesmo, propõe a visualização do direito sob três formas, uma concreta (como relações econômicas) e duas abstratas (como lei e como ideologia). De qualquer forma, não pôde Stucka responder à especificidade do direito desde o materialismo histórico sem escapar ao normativismo ou mesmo a certo psicologismo, derivando daí a diferenciação para com Pachukanis.

Tanto para Stucka quanto para Pachukanis, o direito deve desaparecer com o Estado e a classe burguesa conforme se estiver adentrando a fase superior do comunismo. Isso é certo. Mas tão certo quanto isso é o fato de que a Rússia revolucionária esteve longe de alcançar esse momento do desenvolvimento histórico e, portanto, o problema era o que fazer com todo esse aparato durante a transição socialista.

Pachukanis reconhece, das formulações de Stucka, sua grande contribuição ao perceber o direito como relações sociais e não norma, representação ou metafísica. No entanto, criticou-lhe a postura que acabou afastando-o de seu entendimento quanto ao direito na Rússia pós-revolucionária. Para Pachukanis, o direito era, sim, um conjunto de relações sociais, as quais, entretanto, ganhavam especificidade porque “uma das premissas fundamentais da regulamentação jurídica é, assim, o antagonismo dos interesses particulares” (PACHUKANIS, 1988, p. 44) ou, para fazer uso do mais autorizado intérprete brasileiro, “a relação social específica que Pachukanis identifica é precisamente a relação de troca de sujeitos proprietários equivalentes, que supõe a generalização do circuito de trocas mercantis, isto é, uma esfera da circulação especificamente capitalista” (NAVES, 2009b, p. 97).

Pachukanis nota a especificidade burguesa do direito, ou seja, seguindo o método de Marx, em “O capital”, o soviético encontra a resposta para a pergunta “O que é o direito?” Mas essa resposta não se destina a somente desbravar um objeto da realidade, como se fosse um fenômeno qualquer, mas antes demonstrar a relação intrínseca entre o modo de produção capitalista e o direito. Assim, a resposta à questão é, *grosso modo*: o direito é um conjunto de relações sociais que se estabelecem entre sujeitos proprietários que trocam entre si suas mercadorias tornadas equivalentes. Pachukanis, assim, aprofunda a resposta de Stucka, para quem o direito era um conjunto de relações sociais sem mais e, ainda, opõe-se ao psicologismo (direito como representação) e ao normativismo (direito como norma) jurídicos que vicejavam em sua época. É aqui que começa a polêmica com Kelsen.

Antes, porém, de chegarmos a essa fronteira notória da teoria do direito – aquela colocada entre a “teoria pura do direito” e a “teoria marxista do direito” e que poucos ousaram derrubar, dentre eles a figura de Óscar Correias, em livro com primeira publicação em 1992 (2004) –, esclareçamos um último ponto. Entre Stucka e Pachukanis não vige uma polarização absoluta pelo fato de que o primeiro teria aceitado a possibilidade de um “direito proletário” ou um “direito socialista”, mas antes porque percebia a necessidade de um “direito de transição”, ao passo que Pachukanis pressupunha a gradual extinção do direito desde logo, ou seja, durante a transição.

Sobre isso, vale a pena ler um excerto de Stucka,⁵ datado de 1919, dois anos antes de sua principal obra (“A função revolucionária do direito e do Estado”, de 1921, que entre nós recebeu uma tradução controversa – “Direito e luta de classes”):

Concebendo-se o Direito em sentido burguês, não é possível falar-se de um Direito Proletário, porque o objetivo da própria revolução socialista encerra-se na abolição do Direito, na sua substituição por uma nova ordem socialista.

Para o jurista burguês, a palavra “Direito” está inseparavelmente ligada ao conceito de Estado, enquanto órgão de defesa e instrumento de coerção nas mãos da classe dominante.

Com o declínio, ou mais corretamente, com o perecimento do Estado, declina, perece, naturalmente, também o Direito em sentido burguês.

Precisamente acerca de um Direito Proletário podemos falar apenas enquanto Direito da época de transição, Direito do período da Ditadura do Proletariado ou, então, como Direito da sociedade socialista, em sentido inteiramente novo dessa palavra, posto que com a eliminação do Estado, como órgão de opressão, em mãos de uma determinada classe, as relações entre os homens no ordenamento socialista serão reguladas não pela coerção, mas pela boa vontade consciente dos trabalhadores, i.e., pela nova sociedade inteira. (STUTCHKA, 2009, p. 35).

Sendo assim, forjar uma oposição extremada entre Stucka e Pachukanis pode servir à descaracterização de seus esforços teóricos e práticos no sentido da construção de novas relações sociais, ainda que Pachukanis tenha sido claro: “a revolução não podia conservar integralmente todas as antigas leis czaristas e as leis do governo provisório, nem substituir todas as normas obsoletas e destruídas pela revolução, por novas normas” (PACHUKANIS, 2009, p. 137). Em verdade, dentro

⁵ Também Stucka pode ser transliterado diferentemente, como Stutchka, Stuchka ou Stutschka. Adotamos a transliteração consagrada na primeira tradução brasileira de sua obra clássica.

dos marcos do direito feito na União Soviética, opõem-se os dois aos períodos subsequentes do daquele direito, conforme a classificação do filósofo não marxista Iring Fetscher: eles estariam inseridos num período eminentemente marxista ao passo que a partir de 1930 até 1950 vigoraria o período estalinista e depois disso um período pós-estalinista que não retornaria à velha discussão dos juristas do tempo da revolução (FETSCHER, 1970, p. 236).

Agora passemos a uma sumária exposição de algumas posições de Kelsen, para depois encontrarmos o debate específico dele com Pachukanis.

2.2 KELSEN

Hans Kelsen, filósofo do direito nascido na Áustria, é autor amplamente estudado e reconhecido no campo jurídico. Ao contrário dos teóricos soviéticos, suas posições epistêmicas prevaleceram no tempo sendo um dos principais nomes da construção da ciência jurídica no século XX. Sua atuação como magistrado, professor e redator da Constituição austríaca, dentre várias outras atividades, lhe rendeu notoriedade mundial como jurista, em especial porque durante o período de guerras que assolou a Europa viria a se exilar nos Estados Unidos.

Para os propósitos deste artigo, não nos cabe esmiuçar a vasta e conhecida obra de Kelsen. Basta-nos dizer algumas palavras sobre sua articulação teórica, notadamente fundada nas noções desenvolvidas em sua “Teoria pura do direito”, bem como resgatar os mais significativos escritos em que tratou de polemizar com a teoria do direito soviética e, especialmente, com Pachukanis.

Como é sabido, “Teoria pura do direito” é lançada pela primeira vez em 1934 e grandemente revista em 1960, quando de sua segunda edição. Nessa obra, absolutamente central em sua produção teórica, Kelsen procura “purificar” a teoria do direito, eliminando de sua análise ideologias políticas ou elementos de ciência natural, como acentua em seu “Prefácio”. Para fazê-lo, procura arquitetar uma ciência do direito exata e objetiva que procure distinguir com clareza o direito real e a teoria sobre esse mesmo direito. Assim, a teoria é pura, porque objetiva e neutra, ainda que o direito, objeto dessa teoria, não possa sê-lo igualmente. Assim, passam a restar lançadas as bases de uma concepção científica de direito que deve ser entendido positivamente, vale dizer, a partir de uma concepção normativista positivista.

Sem dúvida alguma, o normativismo positivista de Kelsen pressupõe, ao menos, duas grandes balizas, as quais se ressaltam quando confrontamo-lo com os cultores da crítica marxista ao direito. Por um lado, Kelsen pressupõe toda

uma discussão em termos de teoria política e que ganha a feição de uma teoria do Estado; por outro, estabelece como primaz uma dada concepção epistemológica. É ante a esses pressupostos, inclusive, que Pachukanis primará por polemizar com Kelsen, já que está no polo diametralmente oposto do jusfilósofo austríaco.

No âmbito de sua perspectiva epistemológica, Kelsen constrói sua teoria do direito a partir da especificidade do fenômeno que lhe serve de objeto, caracterizando-o como um sistema de normas, normas essas que não se podem confundir com as normas morais. A moral é sempre relativa e o seu conteúdo não pode servir para caracterizar a forma do direito em geral. Esse conjunto de noções, de uma maneira ou outra, vai levá-lo a fundamentar o direito como um sistema formal e escalonado de normas que, conforme uma dinâmica jurídica, encontra sua validade internamente ao próprio sistema. Trata-se de uma seqüência de atos normativos que dão validade uns aos outros conforme uma disposição hierárquica dos mesmos no sistema. No ápice do escalonamento, está a norma fundamental como pedra angular de validade da ordem normativa e que se caracteriza por ser uma “pressuposição lógico-transcendental”, ou seja, “não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, [sendo que] a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental” (KELSEN, 2006, p. 227-228). Dessa forma, o resultado final da proposta da teoria pura é conceber a teoria do direito desde a perspectiva de uma fundamentação em uma norma hipotética fundamental, a qual serve de recurso epistemológico.⁶

Quanto ao flanco político de Kelsen, sua teoria do Estado é bastante menos complexa e tem um corolário que colonizou quase que completamente nossa cultura jurídica contemporânea: o monismo jurídico. A partir da perspectiva monista, Estado e direito praticamente se identificam: contrapor direito e Estado é um “dualismo” que se apresenta como “teoricamente indefensável” já que “o Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica” e, sendo assim, “como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de ‘Estado’ é a ‘sua’ ordem jurídica” (KELSEN, 2000, p. 263).

⁶ A despeito de as alterações que Kelsen imprimiu à “norma fundamental” no final de sua produção teórica, parece que a interpretação lúdica de Luis Alberto Warat continua bastante elucidativa: compara-a a uma “mulata fundamental” que não existe de fato, mas que produz sentido, sendo que “sua norma fundamental gnosiológica – apesar de ter outras funções – cumpre em seu pensamento a mesma função da mulata fundamental: serve como critério fictício de sentido, uma condição imaginária de significação” (WARAT, 2004, p. 583).

Passando ao largo de toda a problemática que as teses da pluralidade jurídica levantam (e frente a alguma das quais o próprio Kelsen se defende), faz-se importante sublinhar que igualmente esta noção se distancia do projeto marxista de extinção do Estado numa sociedade superior. A Kelsen não lhe escapa esta percepção, tanto assim é que dedica alguns textos a esta problemática. Por exemplo, em “Socialismo e Estado” (no debate específico com Max Adler), o autor critica as concepções socialistas de Estado e, ao fazê-lo, aceita uma de suas denúncias: o caráter fictício do Estado tido como expressão de solidariedade entre todos os indivíduos submetidos a sua organização. Mas aceita a denúncia para afirmar sua posição: “propriamente por el hecho de que se reduce el concepto de Estado a aquél de un ordenamiento constrictivo y se rechaza asumir en este concepto la relación respecto a cualquier interés factual, se evita después la ficción del carácter solidario del Estado” (KELSEN, 1985, p. 46).

Na realidade, Kelsen costuma dedicar várias páginas de seus estudos à crítica à concepção marxista de Estado. Tanto assim é que escreveu “A teoria política do bolchevismo” (KELSEN, 1958) que viria a integrar a parte do “Estado” na publicação conjunta “Teoria comunista do direito e do Estado”. Também extrapolaria os limites de nosso artigo o aprofundamento na questão da teoria do Estado como sub-ramo da teoria do direito, conforme a visão de Kelsen. Fica, no entanto, a indicação desse interessante debate.

Tendo podido expor um sumário das teorias de Pachukanis e Kelsen, busquemos agora evidenciar a confrontação direta que empreenderam na forma de uma polêmica histórica para a teoria do direito.

3 O DEBATE: ENTRE A HISTORICIDADE E A UNIVERSALIDADE

Para os fins de construção de uma teoria crítica do direito, o que não deixa de ser nosso desiderato aqui, mais interessante que estudar a especificidade da teoria do direito para Pachukanis ou a característica histórica da considerável vitória que obteve o normativismo positivista de Kelsen, é comparar duas tradições críticas do pensamento ocidental que muito contribuíram para a crítica jurídica hodierna, seja afirmativamente, seja negativamente. No limite, ambos os flancos da “crítica em sentido amplo”, os quais são representados por Kelsen e Pachukanis, nos levam para uma melhor compreensão do importante fenômeno moderno chamado “direito”.

Já Kelsen se autoproclamara como um promotor de uma “crítica imanente à teoria geral do direito”, feita por dentro desta própria teoria: “è soprattutto la

tendência nota sotto il nome di ‘Dottrina pura del diritto’ o di ‘Scuola normativa della scienza del diritto’ che da due decenni conduce una energica lotta contro la maggior parte delle posizioni della teoria giuridica tradizionale, e proprio secondo il metodo di una critica dell’ideologia” (KELSEN, 1979, p. 56). O trecho é de um texto de 1931, intitulado “A teoria geral do direito e o materialismo histórico” e destina-se a fixar uma crítica firme à ideologia que sustenta a crítica marxista ao direito, em especial a de Pachukanis.

Por outro lado, é bastante evidente que o reasenso das concepções críticas do direito a partir da década de 1970, por nós anteriormente aludidas, teve importante ancoragem nos juristas soviéticos pioneiros. E isso é lembrado por vários autores, em especial com menção ao fato de que Pachukanis, mas não só ele como também Stucka, foram proscritos em sua terra natal por força de um endurecimento e burocratismo do regime soviético. As teorias críticas do direito, que reaparecem com especial vigor no contexto de uma Europa crítica ao processo histórico no leste europeu, ainda que permanentemente descontentes com o ocidente capitalista, logo veriam sentido em resgatar os velhos teóricos do direito marxistas.⁷

A par toda a importância da discussão, cremos existir um debate de fundo que, apesar de nada novo, pode reorientar muitas das pesquisas atuais na seara da teoria do direito. Estamos a nos referir à problemática acerca da historicidade ou universalidade do fenômeno jurídico, ponto crucial para a compreensão do direito como uma teoria social moderna.

Em um de seus primeiros momentos de crítica a Kelsen, Pachukanis enfatiza o problema da normatividade, acentuando que aquele se convencera de que “a jurisprudência é o que com precisão se pode chamar de ciência essencialmente normativa”, por se manter nos estreitos “limites do sentido formal e lógico do Dever-Ser”. Em Kelsen, pois bem, a “lei estatal” seria a norma jurídica por excelência e nela “o princípio do Imperativo aparece sob uma forma inegavelmente heterônoma, tendo rompido definitivamente com a faticidade daquilo que existe” (PACHUKANIS, 1988, p. 18). E continua Pachukanis em sua severa crítica:

é só Kelsen transpor a função legislativa para o domínio metajurídico – e isso é o que faz efetivamente – para então restar à jurisprudência a pura esfera da normatividade:

⁷ Lyra Filho assim se pronuncia sobre este processo de resgate: “existiu, mas vai desaparecendo e breve desaparecerá de todo, uma dogmática do legalismo socialista. O oportuno recesso manifesta-se, entre outros indícios, no interesse renovado pela obra de proscritos como Stucka e Pasukanis. Veja-se a reedição de Stucka aos cuidados e com introdução de Cerroni; ou Pasukanis, apresentado por Vincent e sugestivamente acompanhado pela análise crítica de outro heterodoxo, Karl Korsch” (LYRA FILHO, 1980, p. 27-28).

a tarefa desta jurisprudência limita-se então exclusivamente a ordenar, lógica e sistematicamente, os diferentes conteúdos normativos. Certamente, não podemos negar a Kelsen um grande mérito. Graças à sua lógica audaz ele levou até ao absurdo a metodologia do neokantismo, com as suas duas espécies de categorias científicas. Com efeito, torna-se evidente que a categoria científica “pura” do Dever-Ser, libertada de todas as aluviões do Ente, da faticidade, de todas as “escórias” psicológicas e sociológicas, não tem e não pode de nenhum modo ter determinações de natureza racional. Para o imperativo puramente jurídico, isto é, incondicionalmente heterônomo, a própria finalidade é, em si mesma, secundária e indiferente. (PACHUKANIS, 1988, p. 18-19).

Aqui, portanto, a primeira grande crítica a Kelsen, frente à qual este esteve tantas vezes e sem, a nosso ver, ter nunca conseguido convencer de fato com suas explicações gnosiológicas.

De todo modo, a contra-argumentação de Kelsen vai no sentido de dizer que “el resultado paradójico del intento de Pashukanis es que se apodera de algunos elementos verdaderamente ideológicos de la teoría burguesa a fin de desacreditar el derecho burgués, al cual – como de costumbre – confunde con una teoría ideológica de esse derecho” (KELSEN, 1957, p. 131-132). Para Kelsen, portanto, há de se verificar “una separazione di principio tra politica e scienza” (KELSEN, 1979, p. 57). O único fim a que pode levar a “teoria pura do direito” é ao fim científico, do conhecimento, que nunca pode ser político nem sujigado a uma vontade qualquer.

O interessante é demonstrar que, em Kelsen, a crítica à ideologia dentro da teoria do direito vai conduzir à necessária distinção, anteriormente mencionada, entre direito e moral. E tal distinção encaminha para o problema de fundo que queremos tocar. Senão vejamos um trecho de “Teoria pura do direito” sobre isso:

a tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto (KELSEN, 2006, p. 78).

Dessa forma, parece o jurista austríaco querer afastar a possibilidade de um universalismo moral que informe a normatividade jurídica. E é o que ele realiza. Mas não o faz no intento de tornar também o direito um fenômeno particular, antes o contrário. O direito, segundo seu entendimento, tem de aparecer como um fenômeno universal, só que sua universalidade não pode se visualizar por seu conteúdo (sempre moral), mas antes por sua forma, vale dizer, “como uma

ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado” (KELSEN, 2006, p. 71). Em tempos modernos, essa coerção socialmente organizada é desempenhada pelo Estado-nação, mas em outros tempos teria sido desempenhada por outras superestruturas sociais.

A universalidade da forma jurídica é justamente aquilo a que se opõe Pachukanis quando reitera que o direito é um fenômeno intrínseco ao modo de produção capitalista, devido a sua ligação com a garantia das relações mercantis. Eis que, pois bem, em Pachukanis a forma jurídica se acopla à forma mercantil (a mercadoria, em última análise) e é essa junção que engendra, na realidade concreta (e não abstrata), a coerção política da norma estatal. É por isso que Pachukanis é tão enfático ao dizer que, “quando a forma da relação de equivalência tiver sido definitivamente ultrapassada”, teremos a possibilidade de superar o que Marx chamou de “horizonte limitado do direito burguês”: “uma sociedade que é coagida, pelo Estado das suas forças produtivas, a manter uma relação de equivalência entre o dispêndio de trabalho e a remuneração sob uma forma que lembra, mesmo de longe, a troca de valores-mercadorias, será coagida igualmente a manter a forma jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 28-29).

Assim, o direito aparece como relações sociais, mas que preserva uma histórica especificidade. Se é conjunto de relações sociais, aproxima-se da teoria do valor, de Marx, para quem o capital também eram relações sociais (e não uma abstração economicista). Valeria a pena todo um estudo sobre a teoria do valor, a partir de Marx, e como Pachukanis o interpretou dentro da esfera do direito. Não temos possibilidade de desenvolvê-lo.⁸ Mas a crítica do jurista soviético a Kelsen, baseada nesse entendimento, merece ser recepcionada: “logicamente, a escola normativa, 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” (PACHUKANIS, 1988, p. 47).

É por esse motivo que Kelsen, quando vai fazer sua crítica a Pachukanis e outros, dedica tanto tempo para contraditar o materialismo histórico. No entanto, mesmo que impute à concepção marxista a avaliação de “profecia utópica” (KELSEN, 1957, p. 65), porque nunca conseguirá realizar seus pressupostos políticos, ainda assim este artifício não é suficiente para desfazer a advertência de Pachukanis a seus contemporâneos marxistas que pretendiam construir um “direito proletário”: a forma jurídica não pode ser imortal. Kelsen tenta

⁸ Para aprofundamento nessa questão, ver NAVES (2008, p. 53 e ss.).

aproveitar-se da autocrítica a que o jurista soviético foi forçado sob a prevalência estalinista, quando aceitou a possibilidade de o direito conviver com outros modos de produção que não o capitalista, mas esqueceu-se de que já na “Teoria geral do direito e marxismo” Pachukanis o admitira devido ao pressuposto de que as trocas mercantis existiram antes do modo de produção capitalista assim como remanesceram na transição socialista.

O que é fato, todavia, é que “ao ancorar assim o Direito na vida social e destacar a forma específica da sua objetividade, Pachukanis se situava em um ponto de vista diametralmente oposto ao da filosofia burguesa do Direito mais influente daqueles anos, ou seja, o normativismo de Kelsen” (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2010, p. 77).

De todo modo, fica a catártica afirmação de Pachukanis de que o direito nem sempre existiu e não está fadado à eternidade. É uma forma histórica, como outras. E sua historicidade está umbilicalmente relacionada ao modo de produzir e distribuir as riquezas sob a égide do capital.

4 UM EXCURSO AO DEBATE

O debate acerca da universalidade ou historicidade do direito a partir da polêmica entre Pachukanis e Kelsen ganha novos tons perante o desenvolvimento da crítica jurídica. No artigo “O discreto charme do direito burguês: uma nota sobre Pachukanis”, de 1978, Steve Redhead trata de fazer uma crítica contundente à proposta pachukaniana, especialmente tomando em conta a citada autocrítica a que foi submetido o jurista soviético após a hegemonia estalinista, na década de 1930, e que levaria o próprio Pachukanis ao cadafalso.

Redhead, pesquisador britânico, diz que o pensamento de Pachukanis

aproximou-se perigosamente da noção antropológica burguesa segundo a qual os direitos primitivo, antigo e feudal foram apenas o direito burguês em uma forma menos desenvolvida; no caso de Pachukanis, é evidente, com a importante nota distintiva de que essa forma deveria ‘extinguir-se’ no comunismo. (REDHEAD, 2009, p. 85).

Aqui, o professor britânico oferece as mais pesadas armas para jogarmos na vala comum do determinismo histórico o mais criativo dos críticos do direito na Rússia revolucionária, junto a uma legião de divulgadores vulgares do marxismo. Referidas armas são o etnocentrismo antropológico seguido de um evolucionismo linear e unicausal.

De fato, toda a antropologia moderna preocupou-se em caracterizar as sociedades primitivas ou antigas (estas referentes às civilizações clássicas ao

contrário das primeiras, o que já se pode apresentar como uma classificação etnocêntrica, como se faz perceber) pelo fato de possuírem organização social própria, a qual não precisava ser imputada como “involuída”, involução em que se sobressairiam suas ausências. Assim, aparece como elemento “positivo” (no sentido de existente e presente, e não inexistente ou ausente) o direito: o direito dos polinésios, dos trobriandeses ou das tribos australianas ou africanas.

Ocorre, porém, que Pachukanis deu importante passo para desfazer tal confusão, como vimos acima, ao contrário do que o comentário anterior quis demonstrar.

Pachukanis nota, já o dissemos, a especificidade burguesa do direito. Notar a especificidade burguesa do direito, contudo, não é sinônimo de imputação de uma ausência às sociedades anteriores ao capitalismo, mas antes demonstrar o avanço da desigualdade (de um direito que proclama a igualdade) sob a égide do capital. Sem recair em idealismo e romantismo, Pachukanis pôde reconhecer o convívio de outras formações sociais com o direito, já que este implica a troca mercantil. Ora, troca mercantil não é uma especificidade do modo de produção capitalista. No entanto, a troca mercantil do modo de produção capitalista tem suas especificidades e, dentre elas, deve-se ressaltar a lei do valor ou a abstração da equivalência.

Essa reflexão pode ser feita no âmbito do direito do trabalho. Por exemplo, o direito burguês alicerça-se na troca de mercadorias equivalentes tais quais a força de trabalho e o salário. Aqui, força de trabalho e salário são abstratamente equivalentes. Por um tempo de trabalho que produz certa quantidade de produtos troca-se um montante de dinheiro que recebe a denominação, em seu todo, de salário. Entretanto, a crítica à economia política de Marx enunciou que essa troca não é exatamente equivalente, apesar de se valer como tal. Tampouco é falsa, já que se trata de uma aparência forjada pelas relações de produção. A troca de equivalentes é uma distorção do fenômeno real que precisa das relações jurídicas para se concretizar. Neste sentido é que a especificidade burguesa deste direito é a relação de troca de mercadorias equivalentes entre sujeitos proprietários livres. Mas isso não quer dizer que não tenha havido regulação possível das relações de troca no mundo do trabalho antes da consolidação das leis trabalhistas (para fazer um trocadilho com a história do direito brasileiro).

Dessa forma, a obra de Pachukanis, na esteira das interpretações marxistas do direito, apresenta um grande salto qualitativo, o qual se verifica por ser portadora de uma grande “descoberta”: a historicidade do fenômeno jurídico, por nós aqui já ressaltada. É claro que tal “descoberta” deve ser considerada entre aspas, uma

vez que a construção da universalidade do direito é um fenômeno moderno ou, se não moderno, ao menos ocidental. Um direito, com suas decantadas dicotomias, existente desde as mais remotas eras em que o homem se organiza socialmente é a grande justificativa que os juristas, hoje, utilizam para legitimar o normativismo positivista, por exemplo. *Ubi societas, ibi ius* – eis o velho brocardo romanístico que se apresenta como mito fundador do direito, pois “ali onde houver sociedade, aí haverá direito”. Talvez as organizações políticas de romanos, europeus medievais ou polinésios, melanésios ou iroqueses não sejam a mesma coisa, não tenham uma equivalência abstrata e, por isso mesmo, não tenham a mesma “natureza” que a do direito burguês. Ou seja, está a historicidade de Pachukanis para além de o etnocentrismo assim como o universalismo de Kelsen, nos estreitos limites de uma perspectiva etnocêntrica, ainda que envolva em um relativismo moral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, buscamos retomar o plexo de argumentos que motivou a polêmica histórica entre duas interpretações diametralmente opostas quanto à teoria do direito. De um lado, a teoria pura do direito e sua forte influência entre os juristas nos dias presentes; de outro, a crítica marxista ao direito, desde a figura histórica de Pachukanis.

Sem dúvida, nos termos do debate aqui conduzido, não quisemos manter uma postura imparcial. O resgate do proscrito Pachukanis frente a uma sumidade da teoria do direito como o é Hans Kelsen tem por claro objetivo reabilitar o potencial crítico daquele. Mas, ainda assim, não se trata de um resgate sem mais, uma vez que outros teóricos marxistas poderiam ser lembrados.

A crítica pioneira de Pachukanis, dirigida à especificidade do direito, permite que estranhemos nosso campo de reflexão e ação e, ainda, permite uma sofisticada crítica desde a pujante herança da filosofia política marxista. Tal retomada demonstra, a nosso entender, que não está superada esta contribuição teórica e mais do que isso: o debate jurídico revolucionário soviético tampouco foi ultrapassado. Nem mesmo as teorias contemporâneas – dos últimos quarenta anos – dignificaram o quilate daquele debate, seja por conta do enfrentamento interno que tiveram os marxistas, seja por decorrência de suas polêmicas externas, tal como aparece no conteúdo desta nossa reflexão, tendo Pachukanis e Kelsen no centro do palco.

No entanto, para além de todo este consciente resgate, fica a possibilidade de pensar a teoria do direito a partir do conflito entre perspectivas que universalizam

ou historicizam o fenômeno do direito. Ainda que sob pena de recebermos redarguições no sentido de poder ter havido certo maniqueísmo nessa oposição (universal-particular), e que tanto já foi debatida em sede, por exemplo, de discussão de direitos humanos, parece que ela, epistemologicamente, resiste como problema a ser resolvido, já que aponta para o fato de que o direito não pode ser imposto a realidades estranhas à sociedade que o engendrou, nem mesmo como conceito. E, para uma utopia factível, apresenta-se interessante, ainda que talvez apenas dentro dos quadrantes do marxismo, pensar em uma sociedade que não esteja subjugada aos ditames de um direito proprietário.

REFERÊNCIAS⁹

CORREAS, Óscar. *Kelsen y los marxistas*. 2. ed. México, D. F.: Coyoacán, 2004.

FETSCHER, Iring. Direito e justiça no marxismo soviético. In: _____. *Karl Marx e os marxismos: da filosofia do proletariado à visão proletária do mundo*. Tradução de Heidrun Mendes da Silva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970. p. 229-251.

HAZARD, John (Coord.). *Soviet Legal Philosophy*. Translated by Hugh W. Babb. Cambridge: Harvard University, 1951.

KELSEN, Hans. *A teoria política do bolchevismo*. Tradução de M. T. Miranda. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1958.

_____. *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*. Traduzione de Francesco Riccobono. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1979.

_____. *Socialismo y estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Traducción de Rolf Behrman. Madrid: EDERSA, 1985.

_____. *Teoría comunista del derecho y del estado*. Traducción de Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LÊNIN, V. I. *O estado e a revolução: o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução*. Tradução de Aristides Lobo. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Nova Cultural; Brasiliense, 1985.

_____. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

MARX, Karl. *A questão judaica*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

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

⁹ Para facilitar a procura pelos livros, repetiremos os nomes dos autores soviéticos que tiveram transliterações diferentes para o alfabeto latino, de acordo com as edições consultadas.

_____. *O capital: crítica da economia política – o processo de produção do capital*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. I, t. 1.

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

_____. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

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

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

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

PFABIGAN, Alfred. La polémica entre Hans Kelsen y Max Adler sobre la teoría marxista del Estado. In: INSTITUTO HANS KELSEN. *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá: Temis, 1984. p. 79-115.

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

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

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. O Direito na transição ao socialismo. In: _____. *O valor do socialismo*. Tradução de Leila Escorsim Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 73-90.

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

STUTCHKA, Piotr. Direito proletário. In: _____. *Direito de classe e revolução socialista*. Tradução de Emil von München. 3. ed. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009. p. 35-57.

WARAT, Luis Alberto. Os quadrinhos puros do direito. In: _____. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. I, p. 563-583.

Recebido: maio 2013

Aprovado: novembro 2013