XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488
Filosofia do direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-190-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Filosofia do Direito II, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam com vigor o avanço das discussões de Filosofia do Direito na comunidade acadêmica do Direito em nosso país, bem como expressam o avanço da metodologia jurídica em pesquisa jusfilosófica, conceitual, histórica e doutrinária, bem como atualizada e condizente com o grande número de autores que trabalham o Direito do ponto de vista filosófico hoje no mundo. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que nunca estudamos e pesquisamos tanto no campo da Filosofia e da

Filosofia do Direito como estamos fazendo hoje em nosso país. Agrupar esses trabalhos sob o teto de alguns rótulos mais genéricos poderia ser feito, mas neste momento optamos por um comentário de tom mais mais orgânico e relativo aos trabalhados apresentados por ocasião do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes da filosofia geral foram incorporados pelos pesquisadores às suas análises da problemática jurídica e portanto de Filosofia do Direito, dentre os quais são exemplos Foucault, Arendt e Gadamer, assim como vários autores de Filosofia do Direito em sentido estrito, dentre os quais Pachukanis, Kelsen, Rawls, Possner e Alexy, e que tornaram possível o incremento de um importante debate de Teoria do Direito sobre diferentes ângulos e com certeza um bom livro para o deleite de seu leitores. Utilizando-nos de expressões de Norberto Bobbio, filósofos com interesse jurídico, e juristas com interesse filosófico.

2 - De outra parte, e procurando detalhar algumas das importantes discussões conduzidas pelos pesquisadores deste Grupo, quanto a Michel Foucault pode-se

dizer que o leitor encontrará aqui uma interessante discussão sobre as questões de poder, disciplina e biopoder, bem como poderá encontrar um paralelo das discussão do poder em Foucault em face das propostas de Hannah Arendt. Também, de maneira interessante o leitor encontrará neste grupo uma interessante digressão das teorias de Hans Gadamer e sua

proposta hermenêutica como uma forma de enfrentamento ao atual pan-principiologismo brasileiro, com comentários interessantes sobre o círculo hermenêutico e as pré-compreensões.

3 - No campo das análises mais estritas de filosofia jurídica o leitor encontrará, primeiramente, um debate entre as teorias liberais e próprias ao mundo capitalista, versus teorias ditas mais engajadas e socialistas, tal como é demonstrado com o debate entre Pachukanis e Kelsen, autores já muito conhecidos na academia, sobretudo Kelsen, num trabalho que visa associar forma e conteúdo no Direito. Em sequência, o leitor encontrará dois textos sobre John Rawls, reconhecidamente o autor mais importante no resgate das relações entre o Direito e os valores e a moral, após décadas de tentativas de isolacionismo do fenômeno Jurídico com essas ligações valorativas, e que principalmente haviam sido levadas adiante também por Hans Kelsen, dentre outros. Completam as reflexões de uma abordagem mais em sentido estrito de uma filosofia jurídica, importantes discussões levadas adiante a partir de Richard Possner sobre as relações entre o Direito e os seus custos, custos e benefícios em um estudo sobre as problemáticas do Tribunal do Juri. Finalmente, o leitor encontrar neste livro uma importante discussão sobre "princípios", formas de expressão do fenômeno jurídico que se notabilizaram no Direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, em uma análise de sua importância para discussões sobre os Direitos Fundamentais, como é exemplo o Direito à moradia.

Enfim, acreditamos que o leitor possui em mãos uma obra bastante rica em suas discussões de Filosofia do Direito, a qual recomendamos com prazer a todos os interessados pelo mundo acadêmico. Nossos cumprimentos aos autores que a integram, e nossa mensagem de otimismo para que continuem pesquisando.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Parana

José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

A ESPECIFICIDADE DO DIREITO ENTRE PACHUKANIS E KELSEN: ENTRE A HISTORICIDADE E A UNIVERSALIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO

THE SPECIFICITY OF THE LEGAL FORM BETWEEN PACHUKANIS AND KELSEN: BETWEEN THE HISTORICITY AND THE UNIVERSALITY OF THE LEGAL PHENOMENON

Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

Resumo

Neste trabalho pretende-se a retomada do debate entre Pachukanis e Kelsen, levando-se em consideração a especificidade do fenômeno jurídico no pensamento dos autores mencionados. Nesse ínterim, o debate entre meios e fins do direito será abordado, sob a perspectiva de que tanto o problema da justiça quanto o da legitimidade perdem sua centralidade nessas duas teorias, por motivos distintos. Ao mesmo tempo, no tocante ao antagonismo entre universalismo e relativismo no direito, afirma-se que a forma jurídica em Pachukanis, porquanto condicionada à vida social, é forma jurídica histórica, enquanto a forma do direito em Kelsen, como ordem coativa, pretende-se universal.

Palavras-chave: Pachukanis, Kelsen, Historicidade, Universalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intends to resume the debate between Pachukanis and Kelsen, taking into consideration the specificity of the legal phenomenon among the two authors. The debate between means and ends will be addressed from the perspective that both the problem of justice and the problem of legitimacy lose its centrality in these two theories. At the same time, regarding the antagonism between universalism and relativism in law, we affirm that the legal form in Pachukanis, which is socially conditioned, is a historical legal form, while the form of law conceived by Kelsen as a coercive order, aims to be universal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pachukanis, Kelsen, Historicity, Universality

1 Introdução

Todos os caminhos trilhados pelo estudo do direito durante a modernidade levaram-nos à pergunta inexorável sobre o que é o fenômeno jurídico. A fim de respondê-la, uma profusão de teorias gerais do direito surgiu, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX. Se é o direito uma forma de organização política específica, que não mais coincide com a religião, com a moral ou com os costumes, faz-se premente delimitar qual é então o objeto dessa esfera do conhecimento. Dentre a vasta literatura dedicada a determinar qual é a especificidade do fenômeno jurídico, alguns autores trataram, com maior ou menor rigor, das questões centrais à formulação de uma sistematização do direito: quais os meios e os fins do direito? (debate que se atrela ao decorrente problema da justiça); o direito é um fenômeno que se manifesta universalmente na humanidade, ou, ao revés, trata-se de um fenômeno histórico e, portanto, relativo?; existe uma fundamentação externa e universal para o direito?; o direito em sua manifestação aparente, como ordem normativa, é passível de um estudo explicativo? etc.

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

Nesse contexto, as teorias do direito a partir das quais ora se pretende abordar os referidos debates são aquelas de Evgeni Pachukanis e de Hans Kelsen. A escolha se deu, sobretudo, em nome da primazia teórica e metodológica de suas teorias, bem como em razão da posição paradigmática que ocupam na tradição teórica marxista relativa ao direito e na tradição teórica do normativismo positivista, respectivamente. Não obstante existam diferenças cruciais entre os pensamentos jurídicos de Kelsen e de Pachukanis, ambos buscavam, em seus empreendimentos teóricos, chegar à especificidade do fenômeno jurídico, ou seja, àquilo que ele tem de distintivo. Evidentemente, o fizeram por caminhos bastante díspares, sendo algumas das possibilidades pontuais de confluência o fato de terem sido ambos aversos a noções apriorísticas e críticos dos conceitos ideológicos da teoria do direito tradicional.

Na verdade, o debate entre Kelsen e Pachukanis se inicia no início do século XX, impulsionado pelas críticas que cada um deles fazia à teoria do direito (e da política) bolcheviques e ao normativismo, respectivamente, enquanto tentavam encontrar respostas para os problemas práticos surgidos no contexto subsequente à Revolução Russa de 1917. Pachukanis publicou, em 1923, um ano antes da edição de sua obra maior, − *Teoria Geral do Direito e Marxismo* −, duas resenhas com suas críticas a dois livros[1] de Kelsen, embora também as tenha desenvolvido na sua obra mais conhecida. Kelsen, igualmente, se dedicou à crítica à teoria de Pachukanis, sobretudo em *The Communist Theory of Law*[2], de 1951. Contudo, o cotejo entre os dois pensamentos, será feito, na medida do possível, com base nas obras principais dos dois autores: *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, de Pachukanis, e, principalmente, *Teoria Pura do Direito*, *Teoria Geral do Direito* e do *Estado* e *O que é justiça?*, de Kelsen. Um dos motivos para tanto é o difícil acesso[3] às obras em que as críticas recíprocas foram expendidas.

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

Com uma concepção de direito em que este é visto como relação social, Pachukanis lança fortes críticas à noção de direito normativista positivista, apartada da vida social, a que Kelsen chega, ao cindir completamente ser e dever-ser. Ressalte-se que a teoria do direito de Pachukanis se pretende ontológica, assim como a ciência do direito (e não a política do

---

[1] Os títulos são: "*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*", de 1920 e "*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*", de 1922**.** Esses livros não foram traduzidos para o português.
[2] Não há tradução dessa obra para o português.
[3] Isso se demonstra pelo fato de não haver tradução para o português e pela dificuldade em se encontrar qualquer outra tradução nas bibliotecas públicas e na internet.

direito) de Kelsen se pretende meramente descritiva. Neste ponto, ambas têm em comum o fato de tornar o problema da justiça secundário à ciência do direito, ainda que por motivos diferentes, conforme será evidenciado ao longo do presente trabalho. Assim, elimina-se o problema dos fins do direito, na sua concepção tradicional, como ideal de justiça. De igual maneira, – e talvez por este motivo (*i.e.*, a eliminação do fins) –, bem como pela revelação do caráter ideológico da justiça a que ambas as teorias chegam, os meios também não são priorizados: em Kelsen porque tal problema não é passível de solução científica e em Pachukanis porque ao se vincular a forma jurídica à função de condicionar a livre circulação de mercadoria entre sujeitos abstratamente iguais, os meios tampouco importam.

As teses ora levantadas são o foco em torno do qual o presente trabalho se desenvolverá. Para tanto, o método utilizado será o confronto analítico e crítico do pensamento dos dois aludidos autores a partir de uma revisão bibliográfica.

2 Comentários sobre a forma jurídica em Pachukanis

A análise da visão da forma jurídica na obra de Pachukanis se dará, prioritariamente, a partir de sua obra principal, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, publicada pela primeira vez em 1924. Tal obra tem especial relevância nos círculos da literatura marxista dedicada ao direito, uma vez que empreendeu, com pioneirismo e brilhantismo teórico, através da percepção do direito a partir da sua forma, uma compreensão das relações sociais capitalistas.

De fato, Pachukanis baseou-se no método exposto por Marx no prefácio da *Contribuição à Crítica da Economia Política*, onde lê-se, como indicação ao método materialista, que "[...] o leitor que se dispuser a me seguir terá que se decidir a se elevar do particular ao geral." (MARX, 2008, p. 46), e ainda, que

> [...] as relações jurídicas, bem como as formas do Estado, não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano; essas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em suas totalidades [...]. (MARX, 2008, p. 47)

Trata-se do cerne da crítica de Marx à filosofia idealista de Hegel e dos pós-hegelianos alemães. E ainda, na mesma obra, prossegue na mesma linha de crítica ao aduzir que à totalidade das relações de produção que os homens empreendem na reprodução social da sua existência, isto é, a base real econômica, "correspondem formas sociais determinadas de consciência" (MARX, 2008, p. 47). A conclusão, em linhas gerais, é a de que "o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual." (MARX, 2008, p. 47)

Isto é, a materialidade da vida social determina a consciência e não o contrário, como fazia crer a filosofia idealista alemã, a qual, na expressão marxiana, "desce do céu à terra" (MARX; ENGELS, 2009, p. 31). Aqui, o caminho é inverso, parte-se da realidade material concreta para as abstrações teóricas e inicialmente de categorias mais simples para se chegar a categorias mais complexas.

É nesta senda metodológica da totalidade histórica, concreta, e da relação entre essência e aparência, que Pachukanis, a partir da categoria sujeito de direito, chega à especificidade da forma jurídica ao longo da história. Torna-se então possível afirmar que da mesma forma que Marx procurou a anatomia da sociedade burguesa na Economia Política[4], Pachukanis a procurou no estudo histórico da forma jurídica.

A este respeito, o próprio autor russo o admite quando em comento à observação de Stucka[5] sobre sua teoria geral do direito ser uma aproximação entre a forma direito e a forma mercadoria, afirma que não foi preciso "descobrir a América" (PACHUKANIS, 1988, p. 8). Isto porque as bases para tal aproximação já estavam lançadas em *O Capital*, bem como em *Anti-Dühring*, de Friedrich Engels, onde existe, nas palavras de Pachukanis *(1988, p. 8)*, "uma formulação absolutamente precisa do vínculo existente entre o princípio da igualdade e a lei do valor". Tal relação entre princípio da igualdade e lei do valor seria transposta, na concepção de forma jurídica pachukaniana, para a relação entre sujeito de direito e propriedade de mercadoria[6].

Pachukanis afirma que o estudo da surperestrutura jurídica enquanto fenômeno objetivo e não como mera ideologia jurídica burguesa[7], mesmo entre os teóricos marxistas,

---

[4] Cf. o seguinte excerto retirado do prefácio da *Contribuição à Crítica da Economia Política: "*Cheguei também à conclusão de que a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política." (MARX, 2008, p. 47)

[5] Jurista que também contribuiu para a formação de uma teoria do direito marxista na União Soviética, autor de *Direito e Luta de Classes* e Comissário do Povo para a Justiça. Para Piotr Stucka, direito era tomado como relações sociais e não como norma ou representações metafísicas, concepção que foi levada adiante com Pachukanis. Diga-se que apesar das afinidades mencionadas, havia um ponto de discordância importante entre os dois: a possibilidade de existência de um direito proletário no período de transição revolucionária, tema que será abordado posteriormente neste trabalho a partir da visão de Pachukanis. A divergência, em linhas gerais, está expressa neste trecho: "[...] outra censura que me dirige o companheiro Stucka, a de não reconhecer a existência do direito a não ser na sociedade burguesa" (PACHUKANIS, 1988, p. 13).

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

[7] Pachukanis desenvolve uma crítica ao estudo marxista do direito feita exclusivamente a partir de suas manifestações ideológicas, desprezando-se o que há de objetivo na superestrutura jurídica: "[...] o significado da análise marxista se restringia [...] à função de desmascarar a ideologia burguesa da liberdade e da igualdade, à função de criticar a democracia formal, mas não se restringia à função de explicar as particularidades fundamentais e primárias da superestrutura jurídica enquanto fenômeno objetivo" (PACHUKANIS, 1988, p. 9-10). E ainda, aduz que "o direito, considerado como forma, não existe somente nas cabeças das pessoas e nas teorias dos juristas especializados, ele tem uma história real; paralela, que tem seu desenvolvimento não como

encontra seu óbice na equivocada asserção de que o que define o direito ao longo do tempo seria o "momento da regulamentação coativa social" (PACHUKANIS, 1988, p. 23). Tal conceito de forma jurídica, − dominante na produção teórica do direito –, por ser válido para qualquer época histórica e para qualquer fase de desenvolvimento das forças produtivas de uma sociedade, acaba por ser um lugar-comum vazio e não-científico.

Esse momento de coação externa não é a caraterística fundamental e típica do fenômeno jurídico, a especificidade do direito é a relação jurídica, que se desenvolve juntamente com as relações econômicas capitalista-mercantis. Pachukanis aponta a relação de troca de mercadorias como a relação social específica que se expressa juridicamente. É nesse sentido que o mesmo autor afirma que o direito como forma desenvolve-se "como um sistema particular de relações que os homens realizam em consequência não de uma escolha consciente, mas sob pressão das relações de produção" (PACHUKANIS, 1988, p. 34) e conclui que "o homem torna-se inevitavelmente sujeito jurídico como inevitavelmente transforma o produto natural numa mercadoria dotada das propriedades enigmáticas do valor" (PACHUKANIS, 1988, p. 34).

Assim, a historicidade do direito não se restringe apenas aos seus conteúdos, mas também a sua forma[8], enquanto forma histórica determinada, isto é, o direito é forma específica das relações sociais de produção do capitalismo e subsistirá enquanto houver troca de equivalentes na esfera da distribuição da produção. A evolução histórica da superestrutura jurídica acompanha o processo evolutivo da economia mercantil-monetária e mercantil-capitalista, de maneira que é possível asseverar que a forma jurídica "atinge seu apogeu na sociedade burguesa capitalista" (PACHUKANIS, 1988, p. 11).

Nessa relação entre teoria do direito e teoria do valor, Pachukanis afirma que "o princípio da subjetividade jurídica, [...] que para a jurisprudência burguesa surgem como esquemas *a priori* da vontade humana, derivam necessariamente [...] das condições da economia mercantil e monetária" (PACHUKANIS, 1988, p. 9-10), e como o sujeito de direito

---

um sistema conceitual, mas como um particular sistema de relações" (PACHUKANIS, 1988, p. 12). Previne então para a necessidade de não se analisar a forma jurídica como "'pura ideologia', negligenciando todo este aparelho objetivamente existente" (PACHUKANIS, 1988, p. 13).

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

representa a mercadoria nas relações de troca[9], ele se reveste de "complemento indispensável e inevitável da mercadoria" (PACHUKANIS, 1988, p. 11). Note-se que sujeito de direito é ponto de partida na concepção pachukaniana para a compreensão das relações sociais em que o jurídico se insere. Convém ressaltar que este sujeito de direito não é mero produto do pensamento, mas um processo real que enceta mudanças de ordem objetiva:

> O princípio da subjetividade jurídica, não é somente um meio dissimulatório e um produto da hipocrisia burguesa (como tal entendemos o princípio formal da liberdade e da igualdade; da autonomia da personalidade etc.), na medida em que é oposto à luta proletária pela abolição das classes, contudo não deixando de ser também um princípio realmente atuante, que se acha incorporado na sociedade burguesa desde que essa nasceu da sociedade feudal patriarcal e a destruiu. [...] a vitória deste princípio não é tão-somente um processo ideológico (isto é, um processo da ordem das ideias, das representações etc) mas antes um real processo de transformação jurídica das relações humanas, que acompanha o desenvolvimento da economia mercantil e monetária (da economia capitalista, falando da Europa) e que engendra profundas e múltiplas modificações de natureza objetiva. (PACHUKANIS, 1988, p. 10)

Dentre as modificações alcançadas a partir da "vitória" do princípio da subjetividade jurídica, temos a consolidação da propriedade privada, bem como a universalização de sua extensão aos sujeitos e aos objetos, a liberação da terra da dominação típica do feudalismo, a conversão de toda propriedade em propriedade mobiliária, a predominância das relações obrigacionais, a constituição de poder político autônomo e a divisão entre as esferas do direito público e do direito privado.

Neste ponto específico é possível notar uma aparente confluência entre a noção de sujeito de direito, dentre outras coisas, como necessidade à consolidação da propriedade privada em Pachukanis, e a questão do sujeito de direito (sujeito jurídico) conforme concebida por Hans Kelsen, que em linhas gerais, ao refutar as teorias tradicionais sobre o direito subjetivo[10] (aquelas de matriz jusnaturalista, em que o direito subjetivo é uma entidade que preexiste à ordem jurídica, cabendo ao direito apenas reconhecê-lo), afirma que o conceito de

---

[9] Pois, conforme aduz Marx no capítulo em que trata do processo de troca em O Capital: "**As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias.** As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, tomá-las. **Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas,** de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria**. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados.** [...]. **As pessoas aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias**." (MARX, 1996, p. 209-210, grifos nossos)

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

sujeito jurídico na teoria tradicional está estritamente ligado ao conceito de direito subjetivo como titularidade de um direito, independente do direito objetivo positivo, e que teria por fim "defender a instituição da propriedade privada" (KELSEN, 2006, p. 191).

Porém, se é verdade que ambos destoam do apriorismo do sujeito de direito como categoria transcendente, não é menos verdade que o fazem por motivos completamente distintos. Kelsen faz preceder o dever jurídico ao direito subjetivo, já que este estaria condicionado ao direito objetivo (norma), isto é, à existência de determinada conduta enquanto conteúdo de um dever previsto pela ordem jurídica e cuja conduta oposta é pressuposto de uma sanção; da mesma forma, ser sujeito de um poder jurídico significa que certos atos específicos desse indivíduo, de acordo com sua previsão em uma ordem jurídica, fazem produzir ou aplicar normas jurídicas, ou ainda que "determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas" (KELSEN, 2006, p. 189). Assim é que para Kelsen, o desnecessário[11] conceito de sujeito jurídico 'nasceria' da ordem jurídica positiva, ou, em última instância, do Estado.

Pachukanis, por outra via, considera que o sujeito de direito é o "átomo da teoria jurídica" (PACHUKANIS, 1988, p. 68), pois não há relação jurídica sem sujeitos, sendo estes o fundamento da forma jurídica e não a propriedade privada, pois esta necessita, antes de tudo, de sujeitos que a mercantilizem. É nesse sentido que afirma que a propriedade só se torna o fundamento da forma jurídica "enquanto livre disponibilidade dos bens no mercado" (PACHUKANIS, 1988, p. 69), quando então o sujeito cumpre seu papel de "expressão geral desta liberdade" (PACHUKANIS, 1988, p. 69). Com a economia mercantil, ou nas palavras do próprio autor, com o apogeu do "Estado burguês 'bem ordenado'" (PACHUKANIS, 1988, p. 73), a capacidade de ser sujeito de direito se desprende de vez da personalidade concreta, tem-se a forma jurídica abstrata, o homem em geral. A qualidade de ser sujeito de direito torna-se puramente formal, uma vez que todas as pessoas seriam "igualmente 'dignas' de serem proprietárias" (PACHUKANIS, 1988, p. 84), mas nem todos o são de fato.

À parte o já comentado, a concepção de sujeito de direito na teoria kelseniana é consequência clara de sua postura normativista, que nega a relação entre sujeitos, desconsiderando a dimensão real do direito e concentrando-se no formalismo das normas. Daí que tanto a relação jurídica quanto o sujeito jurídico seriam decorrência do direito objetivo,

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

fundamentados pela norma objetiva. Para Pachukanis, tal significa negar ao direito seu "movimento real" (PACHUKANIS, 1998, p. 47), que se realiza justamente na relação jurídica, em prol de uma noção de direito enquanto conjunto de normas, que não seria mais que uma "abstração sem vida" (PACHUKANIS, 1998, p. 47).

De resto, Pachukanis foi um crítico do normativismo kelseniano, reputando sua teoria do direito como não científica, já que desprovida de potencial de análise da realidade, na medida em que despreza a vida social em favor de uma fixação na ordenação lógica e sistemática das normas. Até mesmo a questão da origem e das conexões das normas com interesses materiais seriam preocupações de caráter metajurídico.

O ataque ao neokantismo lógico e formal no âmbito jurídico prossegue, apontando a divisão extrema entre ser e dever-ser (e assim entre ciência explicativa/descritiva e ciência normativa/prescritiva) a que Kelsen chegou ao considerar o direito como ciência puramente normativa. Com a função legislativa colocada como questão metajurídica, nada resta de facticidade na teoria pura de Kelsen, se tornando senão um sistema normativo hierárquico lógico-formal, que para Pachukanis, "não pode ter determinações de natureza racional" (PACHUKANIS, 1998, p. 19). Nesse sentido, Pachukanis conclui que "para o imperativo puramente jurídico, isto é, incondicionalmente heterônomo, a própria finalidade é, em si mesma, secundária e indiferente"[12] (PACHUKANIS, 1998, p. 19). Entretanto, o debate acerca dos meios e fins do direito na acepção de Kelsen sobre o direito será retomado adiante.

Ainda em consideração ao direito visto enquanto lei, Pachukanis assevera que "na realidade material a relação prevalece sobre a norma" (PACHUKANIS, 1998, p. 48), isto é, a relação jurídica cria a norma e não o inverso, como quer o normativismo. Este só é capaz de preservar sua autonomia dentro de limites estreitos e somente enquanto a tensão entre o fato e a norma não ultrapassar certo limite máximo. Assim, o autor nos apresenta o lugar estrutural em que a norma se insere na forma jurídica: para o direito tomado como fenômeno social objetivo, a norma é "deduzida diretamente das relações já existentes ou [...] um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes" (PACHUKANIS, 1998, p. 48-49). A relação jurídica estaria para a norma jurídica, assim como o valor estaria para a lei da oferta e da procura. Logo, esse sistema normativo coativo[13],

[12] A fim de maior elucidação, o trecho seguinte da citação arremata: "'Tu deves a fim de que...', esta formulação já não é, segundo Kelsen, o 'Tu deves' jurídico" (PACHUKANIS, 1998, p. 19).

[13] Pachukanis afirma que a tendência de tornar o momento da regulamentação externa o momento lógico prioritário do direito é uma tendência do capitalismo monopolista e imperialista, que nos leva a "identificar o direito com a ordem social estabelecida autoritariamente" (PACHUKANIS, 1998, p. 61)

ao contrário do que afirma o formalismo empirista do positivismo jurídico, não cria a relação jurídica, embora viabilize a sua preservação.

Outra frente de crítica empreendida por Pachukanis diz respeito às correntes psicologistas e sociológicas do direito, porquanto tendem a apresentar o direito objetivo a partir de categorias abstratas e não a partir da forma jurídica. Utilizam-se de conceitos extrajurídicos e tratam as definições jurídicas como "fantasmas ideológicos" (PACHUKANIS, 1998, p. 20). No contexto soviético pós-Revolução de Outubro, tal visão, entre os juristas marxistas, implicava buscar categorias abstratas próprias para o direito proletário que emergiria frente ao perecimento do direito burguês, o que seria o mesmo que "proclamar a imortalidade da forma jurídica, visto que se esforça por extrair esta forma de condições históricas determinadas que lhe permitiram desabrochar completamente" (PACHUKANIS, 1998, p. 26). O aniquilamento das categorias jurídicas burguesas, antes de implicar o surgimento de categorias jurídicas proletárias, significa a extinção do direito em geral, "o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas" (PACHUKANIS, 1998, p. 27). Contudo, o período de transição para o socialismo evoluído, ainda se dá, conforme afirmação marxiana, por certo período, dentro do horizonte limitado do direito burguês.

Sobre a questão da moral especificamente, Pachukanis nos traz no capítulo VI da *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, intitulado "Direito e moral", suas considerações acerca da forma aludida. Inicialmente, realçando suas implicações com a forma jurídica: "o homem, efetivamente, enquanto sujeito moral, ou seja, enquanto pessoal igual às outras pessoas, nada mais é do que a condição prévia da troca com base na lei do valor" (PACHUKANIS, 1998, p. 104), assim como também o é o homem enquanto sujeito de direito. Ainda, segundo nosso autor, a ética da igualdade também advém da forma mercantil, o que faz surgir três determinações da subjetividade que expressam as condições necessárias para a realização do valor, quais sejam, a moral, a jurídica e a econômica. Para Pachukanis, tanto a moral quanto a ética[14] são formas da sociedade burguesa, derivadas das relações econômicas, assim com o direito e o Estado, que devem perecer com "a passagem à economia socializada e planificada" (PACHUKANIS, 1988, p. 110). Também a questão da justiça, para Pachukanis, "deriva da relação de troca e fora dela não tem sentido" (PACHUKANIS, 1988, p. 112), o conceito de justiça não teria, assim, nenhuma especificidade em relação ao conceito de igualdade

[14] Em crítica ao universalismo ético kantiano: "As doutrinas morais são pretensiosas em querer transformar o mundo e de melhora-lo, pois, na verdade, nada mais são do que um reflexo deformado, do que um aspecto deste mundo verdadeiro, aspecto que mostra justamente as relações humanas submissas à lei do valor. (PACHUKANIS, 1988, p. 109).

universal de todos os homens já inspirado pela forma ética, moral e jurídica. Este seria o motivo pelo qual o autor considera ridículo que na ideia de justiça exista "qualquer critério autônomo e absoluto" (PACHUKANIS, 1988, p. 112). A ideia de justiça serve, caso utilizada de forma engenhosa, para a invisibilização da ambiguidade da forma ética e da desigualdade, vista como igualdade. Finalmente, ainda no tocante às relações entre a forma jurídica e a forma ética, Pachukanis afirma como elemento de distinção entre as duas formas o fato de a conduta moral tentar mostrar-se como livre (negar seu caráter coativo), enquanto a justiça não o faz, assumindo a possibilidade do uso da força para sua obtenção.

Vemos então que para Pachukanis interessa a compreensão estrutural do direito, e bem assim da moral, ou seja, o estudo empreendido sob o aspecto formal, considerando-se suas formas e não seus conteúdos. Este fato por si já assinala uma postura de indiferença quanto ao problema dos meios do direito, que se relaciona com a sua legitimidade, conforme a afirmação de Walter Benjamin acerca de a justiça ser "o critério dos fins" (BENJAMIN, 2013, p. 60) e a legitimidade, por sua vez, o critério dos meios. Da mesma forma que a tradição teórica marxiana não dispensou muitos esforços para o delineamento de uma teoria do direito, embora existam apontamentos suficientes sobre o tema, – que inclusive tornaram factível o empreendimento pachukaniano de uma teoria do direito marxista –, o estudo da forma jurídica realizado por Pachukanis, não poderia adentrar-se na questão dos meios, uma vez que se pretende como estudo de sua forma, enquanto superestrutura objetiva, na sua especificidade e historicidade. Ao assumir que a forma jurídica é forma específica vinculada a um tipo de sociabilidade em que a distribuição da produção pressupõe a troca entre equivalentes e que tenderá a desaparecer com a superação das relações de produção capitalista, insere-se além do interesse de uma teoria marxista do direito a análise dos meios para se "encontrar a justa divisão, inventar a solução do direito" (VILLEY, 2008, p. 219), uma vez que "a justa divisão" não poderá se dar através do direito. Ademais, conforme visto, também o problema da justiça, que figura nas teorias tradicionais como o fim a ser alcançado por meio do direito, se apresenta em Pachukanis como decorrência da forma mercantil, tendo como uso ideológico no direito burguês a equalização abstrata das desigualdades concretas.

A concepção de direito em Pachukanis tem caráter ontológico e não deontológico, daí a ausência de preocupação com os fins (e com os meios) do direito. O direito, em Pachukanis, é então uma relação social específica que possibilita a equivalência entre sujeitos apartados da sua natureza concreta e considerados abstratamente como sujeitos de direito, cuja particularidade reside no fato de facultar a livre circulação de mercadorias entre os sujeitos. Tal seria o "objetivo prático" da forma jurídica: "dar garantias à marcha, mais ou menos livre,

da produção e da reprodução social [...] na sociedade de produção mercantil, [...] através de uma série de contratos jurídicos privados" (PACHUKANIS, 1988, p. 13), somente nesse contexto é possível se falar em meios e fins do direito em Pachukanis, jamais sob uma perspectiva de uma relação de imputação ou de valoração ética.

No mesmo sentido, a concepção de ciência do direito em Kelsen demonstra indiferença à questão dos meios, e somente se preocupa com os fins do direito, com o problema da justiça, de forma exterior à ciência do direito. A indiferença com relação os meios, tanto em Pachukanis como em Kelsen, de modo geral, advém do caráter formal de suas teorias. Convém, contudo, antes de adentrar a revisão da construção teórica kelseniana, atentar para uma importante diferença entre esta e aquela do jurista russo: a forma do direito em Pachukanis é histórica e vinculada a um modo de produzir as relações sociais, já em Kelsen, o fenômeno jurídico se pretende universal, e portanto a-histórico (quanto à forma).

3 Comentários sobre a ciência do direito em Kelsen

O pensamento de Hans Kelsen ocupa lugar cativo nos debates jusfilosóficos a partir do século XX, tendo influenciado, desde então, toda a cultura jurídica e política ocidental. A despeito de sua vasta produção teórica – que conta com mais de seiscentos títulos, entre livros, artigos e outras sortes de publicação –, a análise da sua ciência do direito, bem como a cisão entre esta e a política do direito e por fim, algumas considerações suas sobre a questão da justiça, serão abordados prioritariamente a partir dos livros *Teoria Pura do Direito*, de 1934; *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1961; *A Democracia*, de 1929 e *O que é justiça?* , de 1957.

De início, cumpre delimitar a distinção pretendida por Kelsen entre ciência do direito e política do direito. Enquanto ciência do direito, a pureza metodológica da teoria pura do direito intenciona a exclusão de "elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação" (KELSEN, 2005, XXVIII), assim, quaisquer elementos sociológicos e psicológicos envolvidos na formulação da norma resta de fora do objeto da ciência do direito, cujo escopo é "descrever seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos" (KELSEN, 2005, XXVIII), isto seria preocupação da política do direito, que lida com valores, ao contrário da ciência do direito, que lidaria com a realidade. Esta realidade, contudo, não é aquela das ciências naturais, mas a "realidade jurídica", que não se configura na ordem dos fatos da vida concreta, mas na existência de uma

ordem jurídica enquanto sistema de normas que determinam condutas humanas. É dizer, o objeto da ciência do direito não é a conduta efetiva dos indivíduos, mas a ordem normativa positiva regida pelo princípio da imputação e não pelo princípio da causalidade, como a realidade natural. Assim, o objeto da ciência do direito são as normas jurídicas do direito positivo empírico – enquanto sistema normativo coativo –, que existe, ao contrário do objeto da política do direito, que é o direito ideal o qual se pretende alcançar, "apresentado como justiça ou Direito 'natural'" (KELSEN, 2005, XXIX). O direito, nesse caso, não é visto como produto da justiça transcendental ou de qualquer espécie de fundamentação metafísica, temas que se encontram além do espectro de interesse da ciência do direito. É importante ter sempre em mente a distinção apresentada, já que representa o motivo mais comum pelo qual surgem interpretações errôneas da obra de Kelsen.

Dentre os pressupostos filosóficos kelsenianos, tem-se de forma declarada a interpretação neokantiana provinda da Escola de Marburgo, de onde se identifica claramente o perfil racionalista e cientificista de sua teoria pura do direito, na elaboração de uma base lógica para o direito e da delimitação do objeto através da normatividade como oposição à justificação moral do direito. Porém, é igualmente possível notar uma influência velada[15] da Escola de Baden, que deu ênfase aos elementos axiológicos das lições kantianas, e que também desenvolveu o discernimento entre as ciências da natureza e as ciências culturais, entre ser e dever-ser[16]. É nítida a adesão de Kelsen à teoria neokantiana dualista das ciências e às categorias do ser e dever-ser, que constituiu um dos mais importantes pontos de sua metodologia na teoria pura do direito.

Em linhas gerais, as teses centrais da ciência do direito, enquanto teoria descritiva, se referem à identificação do direito com o Estado (através da eliminação da dicotomia ente direito objetivo e direito subjetivo, conforme já aventado); o isolamento do direito em relação aos valores, sobretudo à justiça, pois relativa e não racional; a elaboração de um sistema normativo lógico-formal que regula a conduta humana, válido para qualquer ordem jurídica, fundamentado no pressuposto da norma fundamental, que tem de ser, por definição, uma

[15] A este respeito cf. a afirmação a este respeito contida na página 67 do *Teoria pura do direito*: repasse crítico de seus principais fundamentos, de autoria de Arnaldo Vasconcelos.

[16] Comumente as traduções de obras filosóficas do alemão acompanham entre parênteses os termos grafados em língua original, por uma questão de especificidade dos termos na língua teutônica no âmbito filosófico. Assim, tem-se que ser e dever-se equivalem aos termos *Sein* e *Sollen*, respectivamente, em alemão. Entretanto, como o foco do presente trabalho não demanda tamanho rigor filosófico, preferiu-se não incluir os termos germânicos. Pelo mesmo motivo, considera-se desnecessário trazer os termos alemães geralmente utilizados ao se falar da teoria kelseniana, como *Grundnorm* para se referir à norma fundamental, *Reine Rechtslehre* para remeter à teoria pura do direito, dentre outros.

norma que não foi posta por nenhuma autoridade jurídica e que não retira sua validade de nenhuma outra norma, visto ser a norma mais elevada.

É possível vislumbrar a problematicidade que uma norma fundante não posta inspira como ponto fulcral de uma teoria que não se pretende metafísica. Inicialmente, na *Teoria Pura do Direito*, embora se referisse à norma fundamental como "categoria lógico-transcendental", Kelsen afirmava que "na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo" (KELSEN, 2006, p. 225). Contudo, posteriormente, na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, considera a limitação da ideia de positividade jurídica, asseverando que a norma fundamental é "válida, assim como uma norma de Direito natural, separada de sua validade meramente hipotética" (KELSEN, 2005, p. 573), para então concluir: "a ideia de um Direito positivo puro, assim como a do Direito natural, tem a sua limitação" (KELSEN, 2005, p. 573).

Em verdade, malgrado muito se discuta acerca da natureza da norma fundamental (se pressuposto, categoria lógico-transcendental, ficção ou hipótese jurídica), o que em si já denota os problemas da pretensão de extrema pureza de uma forma (ciência do direito) esvaziada de conteúdo, passar-se-á ao largo desse debate, dada a sua pouca relevância aos propósitos deste trabalho (embora seja um problema crucial dentro da teoria pura do direito), em prol de uma exposição *en passant* dos principais traços da teoria pura do direito.

O papel que desempenha a norma fundamental dentro do sistema normativo é duplo: dar unicidade à ordem jurídica, no sentido de que todas as normas que encontram seu critério de validade, em última instância, na mesma norma fundamental, constituem uma só ordem; possibilitar o julgamento de validade das normas, pois na ciência do direito o juízo é de validade (existência) das normas, não de verdade, como nas ciências naturais, e tampouco de justiça, como na política do direito. Ressalte-se que essa capacidade de fundamentar a validade das normas de uma ordem normativa positiva é meramente formal, não diz respeito ao conteúdo das normas jurídicas concretas, o que ademais está de acordo com a perspectiva de que a validade da norma não advém nem se refere ao seu conteúdo, que pode ser qualquer um.

Kelsen diferencia então entre sistema normativo estático e dinâmico, sendo o primeiro aquele em que a norma que o fundamenta confere validade formal e de conteúdo às normas decorrentes. Já o sistema dinâmico, classificação em que se enquadram as ordens de natureza jurídica, é "caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora" (KELSEN, 2006, p. 219), isto é, a norma fundante conteria apenas a regra por

meio da qual se criaria as normas gerais e individuais de dito sistema. Ou seja, as normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo, ou ainda "não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico" (KELSEN, 2005, p. 166). A validade de uma norma decorre unicamente de sua criação de acordo com o procedimento definido, jamais em virtude da compatibilidade de seu conteúdo com valores políticos ou morais. As normas de um sistema dinâmico não são deduzidas logicamente da norma fundamental, conforme acontece, por exemplo, em um sistema estático moral; mas, ao contrário, são o resultado de um ato de vontade, porquanto o direito positivo é criado por atos de seres humanos. Nesse diapasão, o direito é "técnica social específica baseada na experiência humana" (KELSEN, 2005, XXIX).

Conforme já ventilado, Kelsen elimina o dualismo entre direito subjetivo e direito objetivo, "ao reduzir o dever e o direito subjetivo à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo" (KELSEN, 2006, p. 213), de igual maneira, o autor procede à superação do dualismo entre Estado e direito, pois considera que "o Estado imaginado como ser pessoal, é [...] nada mais que a personificação da ordem jurídica, e [...] uma mera hipostatização de certos postulados político-morais" (KELSEN, 2005, XXXI), dessa forma, identifica o Estado ao direito, numa concepção monista. Assim, se todo direito subjetivo só é concebível como decorrente da ordem positiva, e esta ordem é de fato o Estado, tampouco faz sentido a divisão entre direito público e direito privado. Neste ponto, é interessante resgatar o debate acerca da precedência do sujeito de direito e da relação jurídica como fundante da forma jurídica em Pachukanis, pois, em via oposta ao que consagra a teoria kelseniana, na concepção pachukaniana o direito público não é mais que reflexo da forma jurídica privada. Assim, uma vez que os direitos públicos subjetivos não passam de direitos privados, também deixa de fazer sentido a divisão entre direito público e direito privado, ou seja, entre as esferas do cidadão do Estado e do indivíduo burguês, respectivamente.

Outro ponto de interseção entre os dois autores, ao menos à primeira vista, é a questão do caráter ideológico da justiça no seio da jurisprudência tradicional, cuja revelação seria uma das funções da teoria pura do direito. Afinal, libertar o direito do ideal de justiça, com o qual aquele é constantemente fundido no pensamento jurídico não-científico, é uma das pretensões da teoria pura. Kelsen assevera que essa confusão advém da "tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo" (KELSEN, 2005, p. 8), na intenção de justificar moralmente certa ordem social, o que seria uma tendência política e não científica. Aqui

reside um recorrente ponto de crítica[17] à teoria kelseniana, isto porque ao se separar definitivamente direito e justiça como problemas distintos, é esperado que reste a "suspeita de estar repudiando inteiramente a exigência de que o Direito positivo deva ser justo" (KELSEN, 2005, p. 9). Kelsen esclarece então que a teoria do direito "ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência" (KELSEN, 2005, p. 9), apenas considera que tais questões, por não serem passíveis de ser solucionadas de modo racional (científico), encontram-se fora do alcance de uma teoria pura do direito[18], limitada à análise das normas do direito positivo, que configuram a realidade jurídica propriamente dita. Entretanto, o autor não nega a importância central do tema moral da justiça para a política do direito, chegando a formular algumas considerações sobre a justiça enquanto "felicidade social" (KELSEN, 2005, p. 9).

Se há um princípio de justiça em Kelsen, – que, por óbvio, só poderia existir na seara da política do direito –, este se desenvolve da seguinte maneira: a justiça, enquanto felicidade, não pode significar a felicidade individual, porque é impossível que uma certa ordem jurídica consiga garantir a felicidade para todos no sentido subjetivo que o termo enseja para cada um, tampouco seria possível que uma ordem, numa inspiração utilitarista, concretizasse o máximo de felicidade para o maior número de pessoas. Destarte, "a felicidade que uma ordem social é capaz de assegurar pode ser felicidade apenas no sentido coletivo, ou seja, a satisfação de certas necessidades, reconhecidas pela autoridade social" (KELSEN, 2005, p. 9). Resta então a questão sobre quais necessidades são aquelas consideradas dignas de proteção estatal, que em última instância, significa questionar quais são os valores priorizados para se chegar a uma ordem jurídica justa. A resposta para essa questão não pode, segundo Kelsen, ser obtida por meio de uma cognição racional; ao contrário, ela terá sempre caráter subjetivo, e por esse motivo, relativo, válida apenas para o indivíduo que a formula, de acordo com fatores

[17] Nesse sentido, cf. o seguinte trecho do comentário de Naves e Kashiura Júnior à crítica que Pachukanis empreende a Kelsen em *Para o Exame da Literatura sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado*: "Pachukanis mostra que, em virtude da 'compreensão formal do direito' de Kelsen, que o leva a vincular a norma jurídica a essa norma fundamental da qual ela decorre, e considerando, assim, como sendo 'indiferente' o conteúdo das normas, ele teria que admitir como 'um regime de direito o mais extremado despotismo', que é o que Kelsen efetivamente faz – como mostra o jurista russo – ao admitir a possibilidade da introdução da escravatura como instituto jurídico em um Estado de direito" (KASHIURA JÚNIOR; NAVES, 2012, p. 3)

[18] Nesse sentido, cf o seguinte excerto: "O problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema de moral. A afirmação: 'Certa ordem social tem o caráter de Direito, é uma ordem jurídica', não implica o julgamento moral de qualificar essa ordem como boa ou justa. Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista, são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e uma ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça" (KELSEN, 2005, p. 8).

emocionais, de convicção e de crença. É dizer, a declaração de algo como um fim último (que não é meio para outros fins) será necessariamente um juízo de valor, portanto, caso "a asserção de tais fins últimos surja na forma de postulados ou normas de justiça, eles sempre repousam sobre julgamentos de valor puramente subjetivos e, portanto, relativos" (KELSEN, 2005, p. 11). A despeito disso, a justiça, enquanto julgamento subjetivo de valor, é apresentada como sendo um valor absoluto e objetivo, dotado de validade geral. Assim, o conceito de justiça de cada um, ainda que relativo e subjetivo, é exposto como o único absolutamente válido. Kelsen atribui tal auto-ilusão[19] à necessidade humana de justificação racional da função emocional. Como existe uma profusão de conceitos de justiça, tantos quantos são os sistemas de valores, não é possível falar simplesmente em "justiça", a não ser com intenções ideológicas. A ampla aceitação de um ou outro sistema de valores, e assim de justiça, não o faz menos relativo e subjetivo, uma vez que "o critério de justiça, como o critério de verdade, não depende da frequência com que são feitos julgamentos sobre a realidade ou julgamentos de valor" (KELSEN, 2005, p. 12). Logo, o problema da justiça como fim último é atacado, na teoria kelseniana, a partir da revelação de seu caráter ideológico e relativo[20], mas nem por isso o próprio Kelsen deixou de formular as linhas gerais do que, em sua opinião, é justiça[21].

Se a justiça é uma questão que não pode ser abordada através de métodos racionais, por implicar sempre um juízo subjetivo de valor, inerente a toda escolha de fins, a questão dos meios para se alcançar determinados fins, de início, se apresenta como um problema solucionável por via de cognição científica-racional, uma vez que a relação entre meios e fins é uma relação de causa e efeito, que pode ser aferida por meio da experiência. Nesse contexto, o embate entre a verdade (enquanto critério da ciência) e a justiça (enquanto critério da política do direito) se interpõe na seguinte indagação: qual o meio mais apropriado para se alcançar um fim determinado? A resposta, segundo Kelsen, tampouco pode ser obtida por um

---

[19] Nesse contexto, cf. o seguinte trecho: "[...] a justificação racional de um postulado baseado num julgamento subjetivo de valor, ou seja, num desejo [...] é uma auto-ilusão ou – o que equivale a dizer a mesma coisa – uma ideologia" (KELSEN, 2005, p. 12)

[20] Kelsen considera a doutrina do direito natural como uma "ideologia típica" (KELSEN, 2005, p. 12), no sentido de que afirma alguma espécie de fim último com fundamento universal na razão humana ou na vontade divina, determinando um ordenamento definitivo da conduta humana.

[21] A partir da asserção de que "justiça absoluta é um ideal irracional" (KELSEN, 2001, p. 23), Kelsen coloca o princípio da tolerância como fundamento moral possível de uma doutrina relativista de valores. Nesse sentido, a democracia como forma de governo que significa liberdade, e, portanto, tolerância, seria a forma mais favorável ao desenvolvimento da ciência, que requer liberdade. Nesse contexto, Kelsen define sua concepção relativa de justiça: "só posso declarar o que significa justiça pra mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância." (KELSEN, 2001, p. 25)

raciocínio objetivo entre causa e efeito, caso os meios e fins envolvidos sejam de caráter social, isto porque "o estado atual da ciência social não nos permite, ainda, uma compreensão clara do nexo de causalidade entre os fenômenos sociais" (KELSEN, 2001, p. 9). Dessa forma, o problema da justiça, ainda que restrito à escolha dos meios enquanto medidas sociais adequadas para este fim, "nem sempre é solucionável de forma racional" (KELSEN, 2001, p.10). Ademais, o autor admite que os meios fornecem apenas uma justificação relativa, já que a justificação última da conduta humana está condicionada à justificação do fim, numa expressão clara de que os meios não justificam os fins.

Se a justiça somente se apresenta como uma preocupação para o direito na sua acepção política, já que, fundamentalmente, não é possível abordá-la de forma inteiramente científica e racional, a ciência do direito positivo, justamente por tal motivo, passa ao largo dos debates morais. Entretanto, a própria visão formal do direito como ordem coercitiva, enquanto "técnica social específica de uma ordem coercitiva" (KELSEN, 2005, p. 27), cuja especificidade reside no fato de se obter o cumprimento da conduta esperada através da ameaça de uma medida de coerção em caso de não cumprimento de um mandamento, ou seja, através de uma sanção socialmente organizada, que representa um ato da comunidade jurídica (já que a sanção é prescrita pela ordem jurídica e aplicada por um indivíduo autorizado por essa mesma ordem), não passa imune às considerações finalísticas. Kelsen afirma em um certo ponto da *Teoria Geral do Direito e do Estado* que "o Direito é um meio, um meio social específico, e não um fim" (KELSEN, 2005, p. 28), que se difere de outras ordens sociais (como a moral e a religião), justamente em virtude do método que utiliza para chegar aos mesmos propósitos que aquelas: a sanção legal. Nessa expressão do direito como ordem coercitiva que organiza e monopoliza o uso da força, chega-se ao paradoxo de uma técnica social que lança mão dos mesmos tipos de ações que visa coibir nas relações entre os indivíduos, isto é, a sanção contra uma conduta não desejada por uma ordem jurídica é ela mesma uma ação da mesma espécie. Para resolver essa "aparente antinomia" (KELSEN, 2005, p. 30) é que o autor austríaco vai afirmar que "o Direito, com certeza, é uma ordenação que tem como fim a promoção da paz" (KELSEN, 2005, p. 30), na medida em que através da outorga do monopólio do uso da violência à comunidade, é dizer, privando os indivíduos do emprego da força, pacificaria a comunidade. Vislumbra-se então, na afirmação da paz como fim do direito, mesmo que essa paz venha definida como "uma condição do monopólio de força" (KELSEN, 2005, p. 31), – em outras palavras, mesmo que Kelsen faça decorrer da própria definição de ordem coercitiva que monopoliza o uso da força a definição de paz – que mesmo a acepção de direito enquanto forma de uma técnica social específica de ordem

coercitiva, não prescinde de um mínimo de conteúdo valorativo[22], o que em certa medida macula a sua pretensão de neutralidade e universalidade.

Neste ponto, chega-se à questão de fundo acerca da universalidade ou da historicidade do fenômeno jurídico, que coloca Kelsen e Pachukanis em posições diametralmente opostas no tocante ao direito enquanto forma, embora haja um ponto de convergência no seu sentido material, na medida em que ambos os autores se posicionam contrariamente à ideia de universalidade do conteúdo do direito, e, portanto, contrários à doutrina do direito natural. É por esse motivo que Kelsen separa as esferas do direito enquanto ciência e enquanto política, com o fim de libertar o direito (enquanto ordem normativa) da necessidade de ser justo[23], já que admite a impossibilidade de ser afirmar uma "Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda parte" (KELSEN, 2006, p. 78). Contudo, sua intenção de entrever o direito como fenômeno histórico encontra limites na pretensão de universalidade de sua forma como ordem coercitiva. Tanto é assim, que o amplo espectro de relações sociais que existiram desde o direito da antiga Babilônia até o direito dos Estados Unidos à época em que o *Teoria Geral do Direito e do Estado* foi escrito, está, para o autor, amparado sob a abóbada do fenômeno direito. Entretanto, em posição coerente com seu cientificismo, Kelsen admite não saber sobre a possibilidade de "o gênero humano se emancipar totalmente dessa técnica social" (KELSEN, 2005, p. 28), e conclui que

> caso a ordem social viesse no futuro a não mais possuir o caráter de ordem coercitiva, caso a sociedade viesse a existir sem "Direito", então a diferença entre essa sociedade do futuro e a do presente seria incomensuravelmente maior que a diferença entre os Estados Unidos e a Babilônia antiga [...] (KELSEN, 2005, p. 28)

Pachukanis não discordaria de todo de tal afirmação, mas somente na medida em que a sociedade do futuro, em que o direito deixaria de existir, necessariamente teria de ser diferente da sociedade do presente. Divagações à parte, a universalidade da forma jurídica é precisamente aquilo a que Pachukanis se opõe ao afirmar a forma jurídica como fenômeno intrínseco ao modo de produção capitalista, em que a forma jurídica se vincula à forma mercantil na garantia de circulação de mercadorias. É essa relação que seria propulsora, na concepção pachukaniana, da coerção política da norma positiva. Assim, ao proclamar a

[22] Por mais que Kelsen tente esvaziar o conceito de paz. Por outro lado, sob o risco de se estar forçando o diálogo entre obras, em outro momento, em *O que é justiça?,* Kelsen irá afirmar que mesmo a paz (enquanto proibição do uso da violência) trata-se de uma concepção relativa de justiça: "a justiça da paz é uma justiça relativa, não absoluta" (KELSEN, 2001, p. 23)

[23] Cf. a seguinte citação: "A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social" (KELSEN, 2001, p. 2).

historicidade não só do conteúdo, mas também da forma do direito, Pachukanis diagnostica o seu perecimento.

4 Considerações finais

A partir de duas interpretações fundamentalmente contrárias sobre o fenômeno jurídico – a teoria pura do direito kelseniana e a teoria geral do direito pachukaniana –, buscou-se, identificando a especificidade do direito em cada uma delas, a explicitação das implicações que disto decorrem quanto a algumas questões centrais à teoria geral do direito e à filosofia do direito. O debate entre meios e fins, comum no âmbito ético, perde sua centralidade nessas duas teorias, pelo fato – ademais de todos os motivos já expostos – de não compreenderem o direito por um viés prescritivo, mas descritivo. Enquanto teorias científicas elas pretendem explicar o fenômeno jurídico. Ainda que a teoria pura de Kelsen seja uma ciência normativa, ela só o é como referência ao seu objeto.

Assim, a resposta que cada autor oferece para a indagação sobre o que é direito é condicionante para tais debates e não faz sentido se falar em um direito fora dos limites de uma teoria delimitada. Nesse diapasão, faz-se importante relembrar que toda teoria é fruto de circunstâncias históricas e que toda forma é forma de determinado conteúdo. Daí o problema de uma forma pura (capaz de abarcar qualquer conteúdo e aplicável universalmente) que o debate expendido entre os dois pensamentos jurídicos pôde extrair, revelando as limitações do positivismo jurídico em seu baixo potencial explicativo da realidade e do fenômeno jurídico enquanto relação social específica, inserido na totalidade. Nesse sentido, a historicidade da forma jurídica sustentada por Pachukanis, a partir de um método em que há a vinculação da compreensão do direito às relações sociais, representa não só um avanço neste tocante, como ao mesmo tempo aponta para além do etnocentrismo a que a pretensa universalidade da forma jurídica – ainda que preconize o relativismo de seu conteúdo – em Kelsen não foi capaz superar. Tal constatação evidencia outra vez o problema das formas pretensamente neutras e a necessidade de se problematizar o antagonismo entre o universal e o relativo no direito, já que aparentemente ele resiste epistemologicamente como problema a ser resolvido.

A relevância e o primor teórico das duas teorias é inegável. O fato de a teoria pura do direito ter, até os dias atuais, um lugar reservado nos currículos das faculdades de direito o atesta. Quanto à Pachukanis, cuja sorte não foi das melhores, o fato de resistir, nos círculos da tradição marxista, como teórico que melhor logrou uma teoria marxista do direito até o momento, depõe a favor da precisão explicativa da sua teoria. Faz-se preciso resgatar a sua

contribuição na tarefa de tecer a crítica ao direito e também de desenvolver a crítica do direito, pois a superação do direito demanda a compreensão do seu significado.

5 Referências

BENJAMIN, Walter. **O Anjo da História**. Tradução João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

HARNECKER, Marta. **Estratégia e tática**. Tradução Aton Fon, Adilson Oliveira Lucena, Ângela Telma Oliveira Lucena e Geraldo Martins de Azevedo Filho. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

_____. **O que é justiça?**: A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A Democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____.; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. Tradução Álvaro Pina. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

_____. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Volume I. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. In: **Direito & Realidade**, Monte Carmelo, v. 1, n. 2, 2011, p. 13-29.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

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

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.