

O PREDOMÍNIO TEÓRICO DO POSITIVISMO LEGAL E A TEORIA DO DIREITO DE PACHUKANIS

THE THEORETICAL PREPONDERANCE OF LEGAL POSITIVISM AND THE THEORY OF LAW DEVELOPED BY PACHUKANIS

Murilo Ramalho Procópio¹

Victor Freitas Lopes Nunes²

RESUMO

Partindo do pressuposto de que o positivismo jurídico é normalmente estudado sob uma perspectiva crítica no contexto acadêmico, este artigo objetiva afastar alguns mitos decorrentes dos posicionamentos contrários à utilização do mesmo para descrição do principal objeto da ciência jurídica, ou seja, a própria noção de “direito”, apresentando, contudo, a Teoria Marxista do Direito de Pachukanis como uma possível alternativa para a realização da descrição mencionada. Para tanto, serão inicialmente abordadas as principais características do Positivismo Legal, bem como as críticas normalmente realizadas ao mesmo e as vantagens do Positivismo para a descrição do fenômeno jurídico. Em seguida, após abordar diversos aspectos da Teoria do Direito de Pachukanis, pretende-se demonstrar que o marxismo pode não só servir ao propósito de realização de uma crítica robusta ao positivismo, mas também configurar uma Teoria do Direito mais adequada à descrição da realidade jurídica.

Palavras-chave

Positivismo Legal; Teoria Marxista do Direito; conceito de direito.

ABSTRACT

Assuming that legal positivism is often studied from a critical perspective in the academic context, this article aims to depart some myths derived from contrary opinions to its use in the

¹ Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista do CNPQ – Brasil.

² Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista da CAPES – Brasil.

description of the main object of Legal Science, what means, the very notion of "law", presenting, however, the Marxist Theory of law Pachukanis as a possible alternative for the realization of the description mentioned. To make it possible, we will approach the main features of Legal Positivism, the critics usually performed against it, and the advantages of using Positivism to describe the legal phenomenon. Then, after addressing various aspects of the Theory of Law concerned by Pachukanis, we intend to show that Marxism can not only serve the purpose of realizing a robust critique of Positivism, but also set a more adequate Theory of Law to the description of the juridical reality.

Keywords

Legal Positivism; Marxist Theory of Law; concept of Law.

1 INTRODUÇÃO

Entre as diversas dificuldades inerentes ao estudo do fenômeno jurídico segundo uma perspectiva marxista, é possível apontar, inicialmente, uma aparente incompatibilidade entre ambos – o fenômeno e o marxismo - principalmente quando consideramos a oposição descrita por Engels³ entre o que é o Direito - uma entre as superestruturas capitalistas – e a proposta marxista, que envolve a superação destas mesmas formas institucionais tipicamente burguesas, tanto criticamente quanto do ponto de vista da ação política. Como segunda, e por nós admitida, por hipótese, como uma verdadeira dificuldade a ser enfrentada, aponta-se a escassez de autores e obras que se debruçaram sobre o estudo histórico e dialético do Direito, sendo a Teoria do Direito do soviético Evgeny Pachukanis a expressão máxima de um esforço teórico neste sentido. Somada a esta dificuldade, destaca-se o predomínio de uma visão positivista acerca do fenômeno jurídico nos cursos de graduação do país, a despeito do suposto caráter “crítico” das abordagens relativas a essa corrente do pensamento jurídico.⁴

Do ponto de vista epistemológico, deve-se reconhecer que o Positivismo é, de longe, a perspectiva de Teoria do Direito mais utilizada para a descrição do fenômeno

³ Sobre a crítica de Engels à tentativa de transformação social por meio do Direito, ver mais em ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. Trad. Livia Cotrim; Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Ensaio, 1991.

⁴ Neste contexto, destacam-se as abordagens influenciadas pela utilização das obras de Ronald Dworkin, por exemplo, nos cursos de Graduação.

jurídico, ao determinar que a verdadeira natureza do mesmo está relacionada ao fato de que as pessoas em geral, e, principalmente, juízes, advogados e outros profissionais da área jurídica, embora façam juízos valorativos a respeito das regras orientadoras de seu comportamento, reconhecem e distinguem o que é “Direito” a partir de um critério de fonte (legislativa). Os adeptos da referida teoria, por sua vez, costumam expô-la como àquela que melhor explica o fenômeno jurídico não só sob uma perspectiva ordinária e pragmática, mas também sob a ótica científica. Ao desconstruir as críticas realizadas por outras correntes ao verdadeiro caráter do Positivismo e ao entendê-lo como a alternativa mais adequada de explicação do objeto “Direito”, estes mesmos autores apontam diversas vantagens decorrentes de sua utilização.

No artigo em questão, pretendemos demonstrar que as tentativas comuns de crítica ao Positivismo não são capazes de repensar o fenômeno jurídico, ou seja, o Direito, fora da própria estrutura positivista. Para tanto, entre as diversas concepções positivistas existentes, escolhemos a robusta teoria do Positivismo Legal, baseada, principalmente, nas proposições de John Hart sobre “o conceito de direito”, para demonstrar este posicionamento. A escolha da referida escola positivista se justifica na medida em que os seus adeptos já enfrentaram as críticas comumente feitas ao Positivismo em geral, as quais serão abordadas também no presente trabalho. Em seguida, pretende-se apresentar a Teoria do Direito de Pachukanis como uma alternativa real ao Positivismo, mesmo o Legal, abordando os principais aspectos e vantagens do estudo do Direito sob a perspectiva marxista.

2 O POSITIVISMO LEGAL

O Positivismo jurídico é, certamente, uma das perspectivas de Teoria do Direito mais caricaturais e distorcidas no meio acadêmico. É possível afirmar, sem cometer qualquer impropriedade estatística, que na maioria dos cursos de graduação ministrados no Brasil, o Positivismo⁵, como expressão de uma determinada Teoria do Direito, é tratado de forma crítica pelas disciplinas que o estudam de forma específica. Sobre este aspecto, é comum encontrar associações do Positivismo com a corrente do formalismo jurídico, o qual, também de forma caricatural, é comumente tratado como a atitude do juiz em seguir estritamente o

⁵ Em especial, o Positivismo jurídico de Hans Kelsen.

que diz a lei. Entretanto, ambas as correntes não são a mesma coisa. Enquanto o Positivismo Legal se refere, basicamente, à ideia básica de que o Direito deve ser entendido e conceituado a partir de um elemento que o distinga e caracteriza em relação a outros institutos (sua origem legislativa), o formalismo trata de uma noção sobre como os juízes deveriam se comportar ao decidir um caso concreto. Em relação a esta associação, John Gardner demonstra especial preocupação em afastar as características impostas ao Positivismo que nada têm a ver com sua verdadeira natureza:

That is why my second aim here, and perhaps the philosophically more important of the two, has been to identify what is and what is not an implication of (LP*). The main tendency we encountered—running through several of our myths—was a tendency to assume that (LP*) must have implications of its own for what at least some people (e.g. judges, governments) should do. In fact, it has no such implications. It tells us how the legal validity of any norm in any legal system falls to be determined—namely, by its sources—but leaves open whether and when and why any of us should ever bother to have or to follow any valid legal norms.⁶ (GARDNER, 2001, p. 15)

Nesse mesmo sentido, o professor Brian Leiter evidenciou como surgiram e quais são as principais críticas produzidas em relação ao Positivismo. Para além dessa constatação, o autor demonstra algumas das razões pelas quais o Positivismo poderia ser considerado como a melhor alternativa teórica para o estudo do Direito, apontando a ineficácia das perspectivas “rivais” ou “opostas” ao Positivismo Legal, no que se refere às diversas posições existentes em Teoria do Direito:

“Natural law” theories are not really competitors to positivism any longer, I believe. Their most sophisticated proponent, John Finnis, has already conceded that the legal positivist satisfies the first desideratum (roughly, explaining what the common man means), and he has never been able to make good on the more ambitious claim that no descriptive theory of law is possible. Finnitian Natural Law, charitably understood, is just doing something different, trying to explain the features of morally ideal legal systems. That is a good project, even if Finnis’s meta- and normative ethics

⁶ “Essa é a razão pela qual meu principal objetivo aqui, e talvez o filosoficamente mais importante entre os dois, seja identificar o que é e o que não é uma implicação de Positivismo Legal. A principal tendência que encontramos ao explorar os diversos mitos foi uma tendência em assumir que o Positivismo Legal deve possuir implicações em si próprio sobre como algumas pessoas (como juízes e advogados) deveriam atuar. De fato, não há essas implicações. Ele nos demonstra como a validade legal de uma norma em um sistema legal acabam por ser determinadas, isto é, por suas fontes – mas deixa em aberto em que circunstâncias, quando e por quê algum de nós deveria se preocupar em saber ou seguir as normas legais vigentes.” (Traduzido livremente pelos autores).

are implausible. But it states no dispute with positivism as a theory of law.⁷ (LEITTER, 2009, p. 3).

Após descartar a alternativa “naturalista”, cujo objetivo teórico (para o autor) seria diferente, o mesmo desconstrói qualquer tentativa já realizada de superação do Positivismo, seja pelas teorias realistas, pela existência da corrente do “Critical Legal Studies”⁸, ou pelo eventual “neojusnaturalismo” de Ronald Dworkin. Sobre o posicionamento de Dworkin acerca da impropriedade do Positivismo, Leitter, discorre:

Those who take Dworkin’s theory seriously are usually not legal philosophers. Many constitutional lawyers, both in the U.S. and in other countries, find Dworkin’s theory appealing because they think it makes moral considerations relevant to the resolution of momentous constitutional questions. Dworkin does think moral considerations are relevant to the resolution of such questions, but so do Hart and Raz—indeed so does everyone else who is a positivist in the sense being discussed here. Where the law is unsettled—as it often is in momentous constitutional cases—positivists of course think moral considerations are pertinent to the best resolution of the question; and even where the law is settled, positivists of course think that moral considerations can override the settled law: no serious positivist theory holds that settled law imposes non-defeasible obligations on officials or citizens.⁹ (LEITTER, 2009, p. 7)

Tratando especificamente das pretensões do Positivismo Conceitual, por sua vez, Noel Struchinner esclarece que a verdadeira tese defendida pelo Positivismo estaria relacionada exclusivamente à validade do Direito. Assim, ao oferecer a resposta para a questão de quando uma norma é válida ou não juridicamente, o Positivismo Conceitual se

⁷ “Teorias do “direito natural” não são mais verdadeiros competidores em relação ao Positivismo, eu acredito. O mais sofisticado proponente delas, John Finnis, já admitiu que o Positivismo Legal satisfaz o primeiro desiderato (explicando, aproximadamente, o que o homem comum entende), e ele nunca foi capaz de fazer jus à reivindicação mais ambiciosa de que uma outra teoria descritiva do direito fosse possível. O Direito Natural de Finnis, resumidamente, está fazendo algo diferente, tentando explicar as características dos sistemas jurídicos moralmente ideais. Isso é um bom projeto, mesmo que a ética metafísica e normativa de Finnis sejam implausíveis. Mas isso não configura uma disputa com o Positivismo jurídico enquanto Teoria do Direito.” (Tradução livre dos autores).

⁸ Uma espécie de Teoria do Direito que absorve parte da crítica ao Positivismo, de matriz neo-hegeliana.

⁹ Aqueles que levam Dworkin a sério não são, geralmente, filósofos do Direito. Muitos advogados constitucionalistas, tanto nos Estados Unidos quanto em outros países, acham atrativa a teoria de Dworkin por acharem ela faz considerações morais relevantes para a resolução de questões constitucionais momentâneas. Dworkin, de fato, acredita que considerações morais são relevantes para resolução dessas questões, mas tanto Hart como Raz também acham, incluindo todos que são positivistas no sentido aqui discutido. Quando o direito é indeterminado – como ocorre frequentemente com questões constitucionais momentâneas - é claro que positivistas acreditam que considerações morais são pertinentes para a resolução da questão; e até mesmo quando o Direito é determinado, positivistas acreditam que as considerações morais podem superar a lei escrita; nenhum positivista sério sustentaria que o direito imposto impõe obrigações não objetáveis pelos oficiais ou cidadãos.” (tradução livre dos autores).

manteria aberto para outras perspectivas – científicas, talvez, mas não jurídicas - conectadas aos demais problemas do Direito, como ocorre em relação às questões de legitimidade, da justiça, entre outras. Assim dispõe o autor:

O Positivismo Conceitual, ao colocar que a existência do direito depende de um critério de fonte, admite que a fonte pode estabelecer, como direito, um conjunto de informações extensionalmente divergente das informações utilizadas em outros âmbitos de tomada de decisões em que impera a razão prática, como a moral, a política, etc. Dessa forma, o Positivismo Conceitual é a única teoria que faz com que o conceito de direito seja capaz de funcionar como uma categoria autônoma, socialmente relevante e útil do ponto de vista analítico. (STRUCHINNER, 2009, p. 326)

A restrição do objeto de investigação do Direito feita pelo Positivismo por sua vez, poderia, de alguma forma, indicar a origem da insegurança e da revolta comumente observadas em leitores desavisados ou desonestos, que buscam referências valorativas em uma teoria que não se propõe a oferecê-las. Do ponto de vista descritivo, portanto, parece não haver dúvida (e este artigo assume o pressuposto) que o Positivismo se enquadra como a teoria que melhor explica uma das dimensões da realidade social, a normativa, ao entender que a verdadeira natureza do Direito está relacionada ao fato de que as pessoas em geral, embora façam juízos valorativos a respeito das regras orientadoras de seu comportamento, reconhecem e distinguem o que é “direito” a partir de um critério de fonte (legislativa). Contudo, seria este o único aspecto possível de ser descrito cientificamente em uma Teoria do Direito? Sobre este questionamento, fixadas as bases do que se entende por Positivismo legal, passamos, agora, à exposição das críticas geralmente realizadas em relação ao Positivismo.

2.1 Críticas normalmente atribuídas ao Positivismo

Uma das críticas mais comuns ao Positivismo observada em nossa realidade, que inclusive já fora adiantada neste artigo, é a sua identificação com o formalismo ou o normativismo jurídico, que por sua vez, consistiria em resumir a atividade dos estudiosos do Direito (principalmente os juízes) à aplicação direta e irrefletida da lei. Conforme visto pelos posicionamentos tratados até então, não há qualquer razão para validar a referida afirmação. Positivistas legais e conceituais possuem uma tese a respeito da natureza do direito e podem

ou não manifestar algum posicionamento a respeito da atividade dos juízes e advogados. Este posicionamento, por sua vez, pode ser a favor de uma maior liberdade em relação à motivação das decisões, ou no sentido de vinculá-las às normas vigentes em um determinado período. Não é isso, contudo que os caracteriza como positivistas, conforme já visto.

A relação corriqueira e inapropriada do Positivismo com o Formalismo, segundo pensamos, pode estar relacionada com o fato de que a maioria dos adeptos do primeiro não admite a existência de uma hierarquia universal entre valores, afastando o julgamento moral da formulação do conceito de direito. Isto não quer dizer, todavia, que um positivista defenda, necessariamente, a postura formalista dos juízes. A postura formalista pode estar baseada na escolha entre o jurídico em detrimento da moral ou de um ideal de justiça, mas pode também estar fundada na ideia de que o jurídico é mais justo do que o não-jurídico e, portanto, em uma hierarquia de valores, o primeiro seria mais importante e mais justo do que o segundo.

Com relação à crítica dworkiniana relativa à necessidade dos juízes realizar em considerações morais sobre as próprias decisões, conforma tratado por Brian Leiter (2009), é possível que a maioria dos autores positivistas não objetassem tal necessidade em casos de penumbra, ou ainda quando o direito dissesse aquilo que não quiséssemos ouvir, ou ainda que os juízes e advogados tivessem sempre em suas atitudes profissionais a correspondência de um ideal de justiça. Nestes casos, todavia, um positivista de fato deveria admitir que as razões da decisão e da ação seriam “não jurídicas”, no sentido da verdadeira natureza do Direito.

A segunda crítica que pode ser apontada, refere-se à associação teórica entre o Positivismo e sua utilização por regimes totalitários. Assim como a primeira, a crítica em questão não possui qualquer fundamento teórico razoável. Primeiramente, porque parte dela é baseada na mesma caricatura formalista, no sentido de que o cumprimento estrito da lei por parte de agentes estatais e pela própria população possibilitaria a legitimação de práticas sociais moralmente inaceitáveis, como o nazismo, por exemplo. Os argumentos em relação à caricatura formalista já foram expostos, não sendo necessário invocá-los novamente. A segunda perspectiva da crítica em questão se concentra nos objetivos da perspectiva positivista, que ao limitar a descrição da natureza do Direito segundo critérios de fonte possibilitaria a sua utilização para a descrição de qualquer sistema jurídico, inclusive de regimes totalitários.

De fato, a perspectiva positivista serve para descrever diversos sistemas jurídicos, sejam eles correspondentes a regimes políticos liberais, totalitários, de esquerda ou de direita.

Isso não o torna politicamente ligado a nenhum desses sistemas, tampouco responsável por algum deles. Não obstante, alguns teóricos positivistas são conhecidos por sua atuação em defesa da liberdade e do humanismo. O Jusnaturalismo, da mesma forma, ao entender que existem certos valores imutáveis e universais, poderia ser utilizado por qualquer sistema jurídico (e político), bastando que tais valores se alterem em relação ao contexto político que se encontram inseridos.

2.2 As Vantagens do Positivismo

É necessário ressaltar, contudo, que mesmo diante de uma perspectiva comum, as diversas teorias positivistas existentes apresentam divergências significativas em relação aos objetivos a serem atendidos durante o estudo do Direito, embora todas sejam uníssonas em afirmar que a sua verdadeira natureza não está necessariamente ligada a juízos morais ou políticos. No ensaio *The radicalism of legal positivism*, LEITTER (2009) revisita o que se entende atualmente em relação a algumas teorias positivistas do direito, buscando demonstrar pontos de convergência entre aquelas mais respeitadas, assim como as falsas razões que levam o Positivismo a ser considerado uma teoria radical.

O primeiro ponto de convergência refere-se ao fato de que todas as teorias positivistas entendem o Direito como postulados emanados por seres humanos (LEITTER, 2009). Sobre este aspecto, é mister destacar o fato de que de o Positivismo prescinde de premissas metafísicas para manipular seu objeto de estudo, o que permite uma análise mais palpável da realidade. Este ponto também pode ser entendido como um dos fatores de primazia da teoria positivista em relação às demais perspectivas, devido à sua capacidade de explicar a natureza do Direito a partir daquilo que a linguagem ordinária e o homem ordinário, por conseguinte, entendem como tal.

A aproximação da descrição positivista com o conhecimento ordinário possibilita, não obstante, que o fenômeno jurídico seja compreendido e explicado não somente por juristas e estudiosos do direito, mas por qualquer pessoa com capacidades cognitivas nas esteiras da normalidade. Autores positivistas, em geral, também possuem uma preocupação com a não utilização de termos ambíguos e imprecisos no que diz respeito à tarefa de descrever o seu próprio objeto de estudo, desvendando a realidade do âmbito normativo a

partir do uso correto da linguagem.

Outro ponto a ser destacado decorreria da base comum empírica das teorias positivistas, cujas proposições a respeito da verdadeira natureza do Direito, em sua maioria, são verificáveis através da experiência sensível. Assim, ao construir a concepção de Direito a partir de um critério de fonte (legislativa), o Positivismo realiza uma vinculação logicamente adequada entre as abstrações da linguagem e um dos aspectos da realidade social. Melhor explicando, segundo o Positivismo Legal ou Conceitual, aquilo que conhecemos abstratamente como “regras sociais de comportamento” qualifica-se, tornando-se direito, a partir de sua manifestação em procedimentos político-institucionais. John Hart explora melhor o fenômeno em questão em sua obra *O conceito de direito*, ao desenvolver o Direito como um sistema de regras primárias e secundárias¹⁰, além de estabelecer o papel da regra reconhecimento¹¹, abrindo-se à Psicologia e à Sociologia (HART, 2007).

Por fim, ressalta-se a vantagem apontada por diversos autores no sentido de que o Positivismo, ao limitar seus objetivos científicos na descrição de um determinado fenômeno (o fenômeno jurídico), facilitaria a realização de outros tipos de análise a respeito do Direito, sejam elas éticas, sociológicas, históricas ou críticas. Essas análises, em razão da separação conceitual e metodológica das ciências em questão, contudo, deveriam ser tratadas de forma separada. Todavia, consideramos, por hipótese, que tais perspectivas não tem, necessariamente, que andar separadas, mas ao contrário. A observação do teórico do Direito, desde que bem realizada, é tanto mais completa quanto mais aspectos da realidade consegue captar. Nesse contexto, é sobre esta mesma “suposta” vantagem que se pode realizar uma das críticas mais relevantes do Positivismo, principalmente quando levamos em consideração a Teoria Marxista do Direito de Pachukanis.

3 A CRÍTICA MARXISTA E A TEORIA DO DIREITO DE PACHUKANIS

Todo o aparato teórico narrado até aqui demonstra, em certa medida, que a postura

¹⁰ O sistema de regras primárias e secundárias de regras segundo Hart pode grosseiramente ser definido como um sistema que abrange tanto regras de comportamento quanto regras a respeito do funcionamento do sistema jurídico-institucional.

¹¹ A regra de reconhecimento, por sua vez, pode ser entendida, também de forma grosseira, como um complexo social e psicológico capaz de fundamentar a existência de uma regra como jurídica.

crítica normalmente adotado em relação ao Positivismo Jurídico é, geralmente, fundada em argumentos pouco fundamentados, que não chegam a expor verdadeiras deficiências teóricas da corrente de pensamento em questão. Isto faz com que o Positivismo continue sendo o modo de pensar sobre o direito predominante nos diversos meios (acadêmicos, profissionais e ordinários), a despeito de toda crítica que possa receber. Dessa forma, percebe-se que a tentativa de alteração de um “modo de pensar” deve estar relacionada não às características finais ou consequências desse respectivo modo, mas aos seus próprios pressupostos epistemológicos, o que constitui o problema fundamental deste artigo. Em resumo, o que se pretende demonstrar, no estudo presente, é que a verdadeira crítica a ser realizada ao Positivismo Jurídico está relacionada à limitação geralmente realizada por seus adeptos, tendentes a acreditar no aspecto meramente descritivo da ciência jurídica, como se fosse possível descrever uma realidade ou um objeto de modo neutro, sem interferir em sua constituição.

A Pachukanis atribui-se, geralmente, a tentativa mais ousada de teorizar o Direito sob uma perspectiva histórica e dialética, retomando a relação entre forma e matéria, ideologia e condições de circulação, tal como desenvolvida por Marx, em *O Capital*. Sua obra principal, *Teoria geral do direito e marxismo*, apresenta, inicialmente, duas visões extremas e aparentemente antagônicas sobre o Direito, fundadas na polêmica entre dois autores soviéticos, Stucka e Rejner. O segundo, de matriz idealista e alvo do autor, considera o Direito como fruto de múltiplas experiências psicológicas, traduzidas pelo intelecto e assumindo a forma de categorias normativas. Stucka, por sua vez, teria adiantado, em certa medida¹², a hipótese central da obra de Pachukanis, ao enxergar o Direito como uma forma de relação social, embora não tenha captado todos as implicações dessa relação.¹³ O autor reconhece o caráter ideológico (e psicológico) do Direito, que assim como o Estado, corresponderia a uma representação distorcida e mantenedora das relações materiais de produção, embora não se resuma, de maneira nenhuma, a tal representação.

¹² Pachukanis expõe a diferença entre as concepções de Direito própria e de Stucka, afirmando que este, ao estabelecer que o Direito corresponde à violência organizada de uma classe em relação à outra, observando-se nas diversas relações em geral, negligencia o caráter específico das relações sociais, que devem ser analisadas historicamente, sob pena de não explicar como o Direito da época se traduziu em um Direito “burguês”. (PACHUKANIS, 1989)

¹³ O caráter “sociológico” das perspectivas de Stucka e Pachukanis, embora represente uma inovação na Teoria do Direito desenvolvida até então, não constitui verdadeiramente um marco da relação entre relações sociais e Direito. Lassale, embora não tenha tratado de forma pormenorizada e crítica as relações entre o Direito e Capital (como Pachukanis), ao desenvolver sua Teoria da Constituição, atentou para o caráter “material” da mesma, que corresponderia às relações de poder desenvolvidas no seio da sociedade.

De acordo com o que expõe autor, o erro da concepção psicológica do Direito é justamente cometer tal redução, o que é demonstrado, basicamente, mediante a exposição de dois fortes argumentos. Primeiro, é impossível conceber o Estado sem os elementos que constituem sua realidade objetiva, ou seja, sem uma “organização administrativa, financeira e militar real correspondente”. A segunda objeção, por sua vez, se refere ao fato de que, ao conceber o Estado como múltiplas experiências psicológicas vividas, não se permitiria analisá-lo como uma unidade objetiva, pois sem a observação da realidade material e prendendo-se à subjetividade psicológica, tornar-se-ia impossível enxergar e construir o conceito de Estado em sua dimensão de instrumento de dominação de classe.

Reconhecendo a influência exercida pela realidade objetiva na formação do que se entende por Direito, Pachukanis (1989) deixa evidenciado, todavia, o caráter dialético de sua perspectiva, tratando da possibilidade do Direito disciplinar ou regular as próprias relações sociais, sem que, com isso, se esteja cometendo qualquer tautologia. Para tanto, o Direito deve ser entendido como uma relação social específica, capaz de transferir sua forma para outros tipos de relação social, sem confundir-se com elas. Isso quer dizer que qualquer relação social pode, em princípio, assumir certo caráter jurídico. Saber como isso acontece, todavia, é tarefa complexa, e Pachukanis oferece alguns sinais do caminho que irá traçar ao distinguir entre a regulação técnica e jurídica, além de mencionar formas de organização social que possuíam um embrião de Direito.

Para aprofundar este raciocínio, assim como a noção de mercadoria torna-se fundamental para Marx explicar as concepções de valor de troca e valor de uso e, por conseguinte, as relações mercantis entendidas em sua interação com as demais relações sociais, e, ao final, a própria economia capitalista, o conceito de sujeito jurídico será o ponto fundamental sobre o qual Pachukanis desenvolve as noções de relação jurídica, sua interconexão com outras modalidades de relação social, e, por fim, do próprio Direito. É no direito privado, portanto, e não em abstrações normativas genéricas que se encontra a possibilidade de enxergar o Direito em sua face mais oculta.

A ideia de “pessoa” e de “sujeito de direitos”, para Pachukanis, é perfeita para que a forma ideal jurídica transforme o proprietário egoísta e sua necessidade de acumulação em um sistema abstrato de “interesses diversos” e “obrigações recíprocas”, o que caracterizaria a regulação jurídica, diferentemente do que ocorre quando há uma unidade de fim, como na prescrição médica de um determinado remédio a um paciente, ainda que de forma coativa.

Neste caso, verificar-se-ia um exemplo típico de regulação técnica. Exemplificando melhor o posicionamento, em assuntos nos quais a formação do conteúdo da regulação é determinado por outras ciências, tal como a Engenharia, por exemplo, no caso em que fornece as regras a serem observadas para manter a segurança e a estabilidade de edifícios, observa-se a regulação técnica. Já a regulação jurídica, por sua vez, se refere às regras observadas do ponto de vista da relação jurídica, ou seja, de indivíduos com interesses distintos, titulares de direitos e obrigações, mesma forma de organização da relação social de circulação de mercadorias. O autor defende ainda que qualquer conteúdo regulatório, por mais absurdo que seja, pode ser observado sob um ponto de vista jurídico, bastando que corresponda às condições observadas em uma relação jurídica privada, conforme descrito anteriormente (PACHUKANIS, 1989). É importante ressaltar, contudo, que uma visão marxiana do Direito não poderia admitir que a relação jurídica do capitalismo correspondesse à mesma forma de qualquer relação social, dando-lhe ares de naturalização. Trata-se, portanto, de uma espécie de relação delimitada no espaço e no tempo.

A crítica de Pachukanis ao normativismo é dada colocando-se frente a frente as concepções de Direito como relação social e direito como norma. Trata-se de uma crítica que cabe ao Positivismo, na medida em que este reconhece o direito a partir de sua fonte – a norma jurídica. Partindo do princípio de que as diversas relações sociais no mundo capitalista assumem, também, a forma de relação jurídica, trata de desconstruir a falsa conclusão de que o Direito estaria na origem de todas as demais formas. Uma coisa, para o autor, seria admitir o movimento dialético de transferência de formas para diversos tipos de relação social. Mas a relação econômica, ou seja, os fatores reais de produção, na visão marxiana (e do próprio Pachukanis), antecederia ao político e ao jurídico, fazendo com que, apesar de todas as mudanças nos desenhos institucionais das relações, houvesse sempre uma peça intocável para a manutenção do sistema, a relação de troca de mercadorias, no caso da economia, e a relação de sujeitos jurídicos, no caso do direito. Diante de tais considerações, não seria outra a opinião de um teórico do direito marxista senão a de que a visão do direito como um conjunto de normas não passa de uma “abstração sem vida”.

Pachukanis observa, também, que a existência de normas pode ser observada em dois sentidos, mas que para uma perspectiva calcada na realidade, seria necessária a materialização das normas que regem relações em relações sociais objetivas, sob pena de permanecerem estritamente no campo literário ou lógico, ou servirem apenas de probabilidades acerca do

nascimento de novas relações (PACHUKANIS, 1989). É necessário que o Direito se constitua em relações sociais objetivas para que seja possível observá-lo em seu caráter real. Isso não impede, contudo, que o ponto de vista lógico ou normativo tenha alguma função. Para o jurista dogmático, cujo objetivo é obter um estado de coisas a partir da redução de Direito à norma, por exemplo, o conteúdo lógico torna-se extremamente necessário e útil. Para o cientista como um sociólogo ou historiador (e nós acrescentaríamos um pesquisador jurídico), o direito deve possuir uma correspondência na realidade, ou seja, deve reproduzir-se de alguma forma em relações sociais verificáveis.

Para comprovar a concepção de que as condições materiais de circulação antecedem as formas jurídicas segundo à observação de Pachukanis, basta observar que, embora as normas de Direito Privado sofram diversas modificações de acordo com a época e o contexto social, a forma burguesa de circulação de mercadorias nunca foi atacada em seu âmago, tendo o contrato, em todas as expressões, assumido importância fundamental. Em segundo lugar, a história nos apresenta diversos exemplos em que o modo contratualista de troca de mercadorias pôde existir sem a necessidade de um terceiro interventor, no caso, o direito ou as leis formais ou o estado nacional. Isso não quer dizer, todavia, que a existência de um terceiro interventor não interfira em tal relação. Para Pachukanis, este terceiro (a regulação e a execução estatal, por exemplo), serviria como garante e mantenedor de tal relação, mas não gerador (PACHUKANIS, 1989).

O erro do Positivismo seria, portanto, apoiar-se na ideia de que o Direito seria o ponto de partida das demais superestruturas. O fato de existir normas que tratam de diversas matérias (inclusive não econômicas), não quer dizer que o Direito sempre faz nascer as relações econômicas. Historicamente isso é facilmente desconfigurado. Antes da norma, já havia, inclusive, o litígio e os tribunais. Não obstante, ainda que consideramos a norma como o marco inicial, seria necessário admitir, também, a preexistência de uma superestrutura política que antecederia a jurídica, o que, segundo uma perspectiva baseada em Marx e Pachukanis, também não encontraria guarida na realidade. Sobre este aspecto, citando diretamente Marx, Pachukanis demonstra que as necessidades fisiológicas do indivíduo o impelem a se estabilizar socialmente, e que o Estado seria consequência e reforço de tal estabilização, mas nunca origem (PACHUKANIS, 1989). Essa estabilização social, portanto, que antecede o próprio Estado, formaria a base da superestrutura econômica (infraestrutura), da qual o direito pode retirar diretamente (sem intermediário necessário) a sua forma. O

mesmo raciocínio serve para desconfigurar a ideia de que é a norma que gera o conceito de sujeito jurídico.

Em Pachukanis, os pressupostos fundamentais de qualquer investigação sobre o homem, o Estado ou o direito são sempre as relações materiais através das quais os próprios homens sobrevivem, relacionando-se entre si e com a natureza (PACHUKANIS, 1989). Não há, por conseguinte, o indivíduo atomizado e isolado de qualquer necessidade *a priori*, que serve como pressuposto das teorias contratualistas burguesas, que tentam naturalizar o egoísmo, como se fosse possível. Dessa forma, o Direito segundo uma perspectiva marxista deve partir das “relações materiais de produção existentes entre os homens”, e não da norma como premissa da relação jurídica. A dimensão normativa, em Pachukanis, constitui uma manifestação específica da relação jurídica preexistente. Esta visão, sem dúvida, amplia de forma significativa a descrição do fenômeno jurídico, captando-o de forma bem mais complexa do que qualquer corrente positivista, principalmente em razão da utilização da História como instrumental teórico.

Ainda sobre o dualismo existente entre as superestruturas política e jurídica na Teoria Marxista do Direito, é possível deduzir que, no plano lógico-sistemático, a mesma dicotomia se verifica na separação entre direito subjetivo e objetivo, e que tais conceitos servem, em alguns casos, para fundamentar diversas teorias normativas do Direito, entre elas, o positivismo. Para estas teorias, na construção do direito, há sempre uma norma autoritária objetivamente considerada, e uma obrigação subjetiva correspondente. Em Pachukanis observamos que esta abstração lógica – que realmente faz parte do que se entende por Direito – ao demonstrar o movimento da norma jurídica, apenas traz pistas do que acontece na materialidade das relações, mas não a descreve. Tomando-se o direito de propriedade, por exemplo. O titular de um “direito subjetivo” à propriedade teria a consciência de que aquilo que lhe assiste nada tem a ver com uma obrigação, ainda quando existente na legislação um certo “limite” ao seu exercício, como no caso da “função social”. O “obrigado” da relação seria, assim, o não-proprietário. O mesmo acontece no caso da relação credor/devedor, empregado/patrão. Dessa forma, o direito subjetivo corresponde à expressão jurídica que consolida os interesses materiais e privados de uma classe privilegiada, assim se desenvolvendo nas diversas relações jurídicas existentes, cuja forma de organização sempre remonta, em alguma dimensão, às relações de produção e troca de uma determinada sociedade, e à divisão social do trabalho.

Como, então, poderíamos diferenciar, segundo a Teoria Marxista do Direito, o próprio direito das demais ordens sociais?¹⁴ A Teoria do Direito de Pachukanis não adota o critério da fonte legislativa, tampouco o da autoridade coativa externa, comum em outros positivistas, embora também entenda que a ordem jurídica é aquela na qual um sujeito se vale de “direitos” (em sentido formal) para atingir suas pretensões materiais. Utilizando-se de exemplos como o da autoridade exercida pelo comandante militar de um batalhão, Pachukanis demonstra que o reforço da regulamentação autoritária que suprime a vontade individual acaba por fornecer exemplos distantes do que se entende por ordens jurídicas (PACHUKANIS, 1989). Para ele, o direito está, portanto, muito mais ligado a proteção de vontades/interesses individuais e específicos, o que traz uma série de transtornos para as noções de direito público, interesse público, entre outros institutos imaginários. É desta forma que direito público, embora possa ser distinguido conceitualmente do direito privado, somente assume algum conteúdo jurídico quando se reveste da forma jurídica de direito privado (sob pena de não ser direito).

A partir do reconhecimento da ideia de que “*a propriedade não se torna o fundamento de uma forma jurídica a não ser enquanto livre disponibilidade de bens no mercado.*” que enxergamos a verdadeira origem do direito tal como o conhecemos, ou seja, o direito capitalista (PACHUKANIS, 1989). Para o caso do servo e do escravo, na antiguidade e na idade média, a forma jurídica específica não era necessária (embora pudesse existir) para que se estabelecesse o vínculo entre a subordinação do explorado e a vontade de livre disposição do explorador. Na sociedade capitalista, todavia, a forma jurídica que corresponde ao trabalhador assalariado como sujeito de direitos de uma relação contratual caracterizada pela venda de força de trabalho em troca de subsistência é *conditio sine qua non* da relação de subordinação e exploração correspondente. Para os idealistas, a noção de sujeito, embora tão importante quanto para qualquer marxista, não constituiria o ponto de partida, mas uma abstração retirada de noções mais gerais. Para os dogmáticos do Direito, por sua vez, faltaria tanto uma perspectiva histórica quanto uma filosófica, na medida em que a noção de sujeito é entendida como um dado. O observador, ou cientista do direito não teria, assim, qualquer compromisso com a investigação das premissas lógicas ou materiais da sua existência (sujeito).

¹⁴ Tarefa que o Positivismo Conceitual parece ter assumido de forma confiante, através da adoção do critério de fonte.

O marxismo consegue, portanto, enxergar uma perspectiva não analisada tanto pelos dogmáticos quanto pelos idealistas no que pertine à Teoria do Direito, na medida em que se utiliza da história para apresentar as circunstâncias materiais que determinam as formas jurídicas, não sendo tais circunstâncias nunca demonstradas *a priori*. Estas circunstâncias, no contexto da sociedade burguesa, caracterizam-se, primeiramente, pela “coisificação” das relações sociais, que são transformadas, no processo de produção, em um mecanismo de transferência de valor para uma mercadoria. Admitir que tal mercadoria seja apropriada e negociada livremente, todavia, leva à necessidade de se considerar um fator determinante, a existência de uma vontade de um “sujeito de direitos” sobre a própria mercadoria, que origina e é reforçado pela forma jurídica correspondente. Assim, num mesmo fenômeno, há o movimento de coisificação (venda da força de trabalho) e afastamento da coisa (surgimento do sujeito) em relação ao homem. No plano ideológico, essa vontade supostamente autônoma do sujeito de direitos é expandida para todos os membros da sociedade tal como uma premissa, atribuindo a cada um a ideia de que todos são livres e iguais no que se refere à possibilidade de disposição do próprio corpo e da circulação mercadorias em geral.

Sobre este fenômeno, ainda, o Estado serviria como garante da ordem que possibilita as liberdades acima mencionado, estabelecendo-se como uma vontade geral, impessoal, como autoridade do direito. Assim se torna possível esconder as concepções de valor de troca e mercadoria sob a forma de uma poder coativo externo. O Estado, por sua vez, não constituiria a síntese que permite o equilíbrio das liberdades, mas a instrumentalização formal das estruturas materiais de dominação. Neste sentido, o que importa verdadeiramente para a Teoria Marxista do Direito no tangencia ao estudo sobre a Teoria do Direito é enxergar além do caráter científico ou ideológico, o que quer dizer, fazer algo além da descrição da necessária correspondência entre forma e matéria, investigando a realidade objetiva das relações sociais com o propósito primário e essencial de transformá-la.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo, foram apontados alguns aspectos que indicam a primazia descritiva do Positivismo em relação ao fenômeno jurídico. Verificou-se, também, que a despeito das diversas críticas realizadas ao Positivismo jurídico, a maioria delas não possui

um fundamento sólido, capaz de destruir a sua validade como Teoria do Direito. Em seguida, o estudo se voltou para a Teoria do Direito de Pachukanis, no intuito de apontar que a crítica possível ao Positivismo é, antes de tudo, uma crítica à própria atuação do cientista jurídico, tendo na Teoria Marxista do Direito um importante instrumental teórico de referência.

Sobre esta circunstância, entendemos, portanto, que a crítica ao Positivismo pautada na em uma teoria marxista do direito se refere ao fato de que, de acordo com uma perspectiva de ciência fundamentada pelas epistemologias histórico-críticas, o papel do cientista não deveria se resumir à descrição ou à captação da realidade formal de determinado objeto (composta pela linguagem, e por procedimentos lógico-rationais). Haveria, sobretudo, uma preocupação com o papel da ciência em relação ao bem-estar da sociedade. Assim, se uma perspectiva é capaz de descrever de forma lógica um determinado fenômeno, mas não apresenta nenhum benefício do ponto de vista estrutural da sociedade, então não haveria muito sentido em adotá-la de forma exclusiva.

Sendo assim, conclui-se que uma Teoria do Direito mais adequada deveria conter aspectos descritivos e críticos em sua elaboração. Seguindo este raciocínio, considera-se que a teoria de direito de Pachukanis constitui uma verdadeira alternativa ao positivismo, por conseguir unir os dois aspectos mencionados. Sobre este aspecto, ainda, entendemos que o fato de se lançar uma hipótese a respeito de um objeto de estudo (sociedade, economia, direito) de forma a posicionar-se politicamente (ou ideologicamente) não torna uma perspectiva mais ou menos respeitável do ponto de vista científico, principalmente se considerarmos que o modelo científico moderno objetivista (positivista) não é a única forma possível, tampouco a mais adequada de se descrever uma realidade tão complexa quanto a realidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. Trad. Livia Cotrim; Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Ensaio, 1991.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARDNER, John. Legal positivim: 5½ myths. In: **The American Journal of Jurisprudence**. 2001. Disponível em: <<http://ajj.oxfordjournals.org/content/46/1/199.full.pdf+html>>. Acesso em 2 jul 2013.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 48. 17-51. 2003.

_____. **Naturalism in Legal Philosophy**. Acessado no site <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/>. 2007.

_____. The radicalism of legal positivism. **Guild Practitioner**. 2010. Disponível em:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1568333>. Acesso em: 2 jul 2013.

_____. Why legal positivism?. **“Legal Positivism: For and Against”**. 2009. Disponível em:<>. Acesso em: 2 jul 2013.

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

PACHUKANIS, Evgeny Bronislanovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a Lawyer: **A New Introduction to Legal Reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009

STRUCHINER, Noel. A primazia do Positivismo conceitual. In. DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do Positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2009.

_____. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In. MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. **Perspectivas atuais de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.