ditos fatos sociais. Quanto, mais tarde, estes fatos se tornaram mais frequentes, a reação do decreto, numa forma condizente com as condições que tinham sido criadas, tornou-se um elemento revolucionário generalizado e permanente. A burguesia, como classe, ainda vive, e, inclusive, renasce; e o capitalismo, na pior das suas formas, de capitalismo calculista, sustenta uma luta violenta.

O comunismo empenhase, entretanto, simplesmente em descobrir o caminho para estimular a *iniciativa* e a *atividade autônoma* das massas procurando obter os instrumentos de uma nova disciplina do trabalho. Era necessário destruir as velhas relações de produção, porém, falta ainda uma nova organização para substituí-las. Certamente, ter-se-ia incorrido em erro quem anulasse, com um simples parecer, todo o passado, buscando, por assim dizer, a "normalização", ou seja, declarando normal ou mesmo legal a nossa ruína puramente russa, que se explica, de certo modo, pelas condições exclusivamente russas do nosso atraso. Porém, enganam-se mil vezes os sonhadores ocidentais que julgam que semelhante ruína não os atinge. Cabe responder a eles: A ruína cairá também sobre vocês e talvez lhes seja mais grave e pior se não aprenderem oportunamente as lições da Rússia Soviética, tirando as devidas conclusões.

Esta breve descrição é suficiente, a meu ver, para definir a função revolucionária do direito, tal como Marx a destacou a propósito da legislação operária. Como o direito de uma classe ascendente, tem grande importância criadora nos momentos de mudança decisiva, mas, como o direito de uma classe dominante em decadência, tem apenas um sentido contra-revolucionário. É necessário, no momento atual, ter em mente especialmente as palavras de Engels sobre a *concepção jurídica como concepção burguesa do mundo em geral*.

Não se deve supervalorizar a importância do direito e da lei como fator revolucionário, e muito menos supervalorizar a sua função. Por fim, é necessário que se note, devidamente, a correlação existente entre o conceito de "direito" e o conceito de "lei".

CAPÍTULO VII

DIREITO E LEI

Direito e lei: por que esta contraposição? O direito, objetivamente, como dizem os juristas, é precisamente a lei, ou seja, o conjunto de normas ou sistemas de normas ou leis jurídicas. Porém, já o filósofo L. Feuerbach escrevia: "Originariamente, não é o direito que deriva da lei, mas a lei que deriva do direito". E, como já se viu, um jurista romano afirma expressamente: "*Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat: non ut ex regula ius summatim, sed ex iure, quod est regula fiat*".¹⁴¹

Considerando tudo o que já dissemos, torna-se desnecessário evidentemente discutir as opiniões da escola jurídica pura, que considera a jurisprudência unicamente como técnica do verdadeiro e do justo, que dita normas para destinar a cada cidadão a parte que lhes toca de verdade e de justiça, ou que cria industrialmente esta verdade sob a forma de códigos ou de leis individuais. Para que não haja divergências entre a verdade e o direito (lei) idealizou-se um instrumento complementar, auxiliar, o tribunal de segundo grau, que explica com clareza todas as "obscuridades, falhas e contradições" de que se reveste uma lei onicompreensiva.¹⁴²

141. A regra (ou seja, a lei) expõe brevemente o que é o direito não deriva da lei, mas, pelo contrário, a lei deriva do direito existente.

142. Não me refiro aqui, apenas, ao nosso extinto Senado governamental, que não era dos piores. Laakka (*Der juristische Sozialismus. Dokumentarische Sozialismus*) cita as seguintes palavras do presidente da *Cour de Cassation* da República Francesa: "Compete ao juiz aplicar o texto da lei de uma maneira liberal e humana diante da realidade e das necessidades observadas". O autor bem moderado não pôde abster-se de citar, Propõe-se eliminar do direito vigente o significado social que lhe é estranho".

A nosso ver, há necessidade de se rever a correlação existente entre o conceito de direito e o conceito de lei. Já vimos que, mesmo entre os juristas, surge uma tendência que considera o "direito, subalternamente, como elemento primário" (Loening). O próprio Muroncey, um dos maiores expoentes da escola sociológica russa, escreve: "Entende-se por direito não um mero conjunto de normas, mas um *conjunto de relações jurídicas* (ordenamento jurídico). As normas são consideradas um atributo desse ordenamento". Que a lei não abrangia todo o direito e que não se identifica com ele, é ponto pacífico, há muito tempo. Ihering já falou de latente *Gesetze*, de normas que não são "palpáveis", e Stizheimer, já citado por nós, afirma expressamente (*Die Soziologische Methode*, etc.) que nem todos os direitos são citados nas leis vigentes e que nem todas as "leis vigentes" estão realmente em vigor. Os juristas que entendem o direito como uma demarcação dos interesses ¹⁴³ vitam nas normas uma espécie de "marcos", por assim dizer, que estabelecem a esfera de liberdade de ação relativamente aos interesses dos indivíduos particulares. A escola psicológica cadete considera que "o direito *regula, imediatamente, não tanto os nossos interesses, mas as nossas condutas*". (Petrazickij, *Teoria do Estado e do direito*, I, p. 315).

Denominamos norma jurídica ou lei a regra coercitiva decretada pelo poder estatal e que pertence ao domínio do direito. Contudo, vimos também as conclusões dos estudos realizados pelo marxista Kerner-Renner, segundo o qual as normas da antiga Roma permaneceram quase imutáveis durante mais de dois mil anos, e, apesar de tudo, hoje, o seu conteúdo mudou tanto que se tornou quase irreconhecível. Será que num campo sujeito ao máximo rigor e à máxima sutileza para obter uma atuação *positiva*, reina, porventura, o arbítrio? Mas isto não basta. Da mesma maneira como entre nós, no passado, em todo o mundo "civilizado" existe a conhecida pressuposição, expressamente formulada na lei, ou simplesmente subentendida, de que as leis são conhecidas por todos e de que não se pode alegar a ignorância da lei. Porém, na verdade, mais tarde, a mesma palavra é interpretada por tribunais diferentes e em tempos diferentes, de maneira completamente diferente. Graças a uma interessante pesquisa de Kerner, sabemos que o sentido de um mesmo artigo adquirido substancialmente significados radicalmente opostos. É óbvio que ninguém, nem mesmo o melhor jurista, sabe de cor todas as leis, e nem

sequer as leu em sua totalidade, enquanto, para a maioria das pessoas, são um livro lacrado com sete selos. Precisamente, devido a este sigilo, próprio do direito, tornou-se necessária uma casta especial de juriconsultos ou advogados, que dão conselhos jurídicos e apresentam soluções nos casos em que um indivíduo ou uma comunidade apresenta questões conflitivas com as normas ou leis. Na Inglaterra, onde não existem códigos e quase todo o direito fundamenta-se em decisões contraditórias e dos tribunais, esta ficção de defesa jurídica resulta completamente inútil. Da mesma forma, sentem-se incapazes, hoje, entre nós, velhos juristas em grande número, chamados, quem sabe por que motivo (logo eles que não têm e nem querem ter idéia do que seja o nosso direito), a prestar assistência jurídica.

Como aparece e como se desenvolve formalmente, como lei, o direito? Sabe-se que, segundo seus autores, as primeiras leis tiveram uma origem sobrenatural. "Foi ordem do próprio Deus" é uma frase que o povo crente utiliza ainda hoje. Na verdade, entretanto, ainda que a lei tivesse sido dada diretamente por Deus (por exemplo, as Tábuas de Moisés), a sua forma era rigorosamente determinada no esquema superpolicial do imperativo: "Faze isto, não faças aquilo". Na realidade, mesmo o jurista crente afirma, hoje em dia, que esta forma das normas jurídicas é bastante insatisfatória e se acha tecnicamente superada. Não fora só por isso, a fé numa legislação direta de Deus não faria mais do que comprometer o lado técnico do direito. A isto ainda se deve acrescentar que muitas vezes as leis de uma divindade muito se assemelham as de outra, hostil à primeira: por exemplo, as leis de Moisés lembram muito as leis de Hamurábi da Babilônia e os mandamentos do Filho de Deus, dos judeus, lembram as sentenças do Buda indiano. Por isso, a idéia de uma legislação divina direta é hoje geralmente rejeitada, e as escolas teológicas do direito limitam-se a crer na "inspiração divina" do legislador eclesiástico, ou mesmo do próprio legislador leigo. A forma de semelhante lei não é naturalmente diferente da forma da lei leiga normal.

Outros afirmam que a lei primitiva foi o costume popular: ¹⁴⁴ "na cidade, as regras sociais; no campo, o costume", diz-se, e acrescenta-se que as primeiras compilações legislativas foram, ainda que sob uma forma teológica, compilações de costumes. Nestes termos a afirmação é inexata ou mesmo falsa. As compilações de costumes populares não são anteriores ao século XVIII da nossa era; as anti-

143. K. Hareis, *Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Giessen, 1905, § 5, p. 16: "Durch die Norm wird das Interesse abgegrenzt, innerhalb der Abgrenzung geschützt garantiert; ausserhalb derselben ist es nicht garantiert, nicht geschützt".

144. Surgiram mal-entendidos quanto à minha opinião sobre costume, baseados na velha tese do "costume popular". Em geral, o costume é hoje válido enquanto é reconhecido pela lei e enquanto não a contrariar. Todavia, não se confundam os antigos costumes com os costumes judiciais ou precedentes, que constituem um primitivo direito de classe dos oprimidos.

gas compilações legislativas vinham sempre seguidas da afirmação de que no passado imperavam a desordem e a injustiça, assim que as leis refletiam mais a ordem nova do que os velhos costumes. Mas já tratamos deste assunto no capítulo VI, e aqui interessa-nos apenas o problema da forma externa da lei e a sua importância para o direito.

As primeiras leis foram geralmente provérbios, máximas, versículos, amplamente divulgados entre o povo: "o costume é uma forma jurídica que surge de modo *não arbitrário e não artificial* (falase novamente de artificialidade e de não-artificialidade!), que não provém de atos individuais feitos com um fim determinado e consciente, mas que procede, por assim dizer, organicamente das relações da vida imperceptíveis à nossa consciência".¹⁴⁵ Esta definição, a meu ver, não condiz com as regras puramente técnicas que brotam do instinto do "homem natural" e das suas observações e experiências transmitidas às gerações posteriores, que, com toda a fidelidade, as conservaram inclusive nos períodos de decadência do imediato natural, nos períodos de civilização "requintada".¹⁴⁶ Portanto, a forma originária de transmissão dos costumes foi a forma real do trabalho ou da lenda. Todavia, muito freqüentemente, os costumes tradicionais se apresentam como *novos precedentes*. Demonstra-o o fato de a antiga forma, freqüentemente casuística, adaptar-se às circunstâncias: "Não conseguíais escapar a um provérbio"; "Onde há lei, há delito"; "Existe mais suor do que o orvalho"; "Tomar por empréstimo é vender-se"; "Podes te sentar, mas não há lugar"; "A casa do boiardo tem a entrada grande e a saída estreita" (ele diz a propósito da *corveia*): "Antigamente era verdade, mas hoje é mentira".

Os costumes transmitidos oralmente têm em geral uma forma poética e exprime-se freqüentemente por meio de rimas. Também isto é compreensível, pois para transmitir oralmente fatos importantes, como, por exemplo, os mandamentos da "divindade" ou dos antepassados, era necessário revesti-los de uma forma imutável: "não conseguíais mudar as palavras de uma canção". É evidente que o fenômeno não se produziu conscientemente, mas antes, foi espontâneo;

145. Karasevic, *O direito consuetudinário na França*.

146. Já no número de junho de 1884 de *O mensageiro jurídico*, p. 17, N. Ziber escrevia: "Para grande parte dos povos primitivos não é possível separar claramente o direito da esfera geral dos costumes populares (...). Poderia dizer-se que o direito só nasce com o nascimento do Estado. Na sociedade primitiva, a vida da união tribal encontrase geralmente regulada, em certa medida, pela autoridade do chefe. Mas trata-se de uma autoridade predominantemente consultiva, não imperativa (...). Este direito, todavia, não é direito no sentido em que nós o entendemos."

no entanto, o certo é que, em Roma, a palavra *carmen* significava verso, canção e lei. Assim, também na Grécia, a palavra *nomos* significava lei e canto; na Alemanha os bardos cantavam as leis, e as de Isis, de Dracon e Sólon, para não falar nas das Doze Tabuas, estavam formuladas em versos. O próprio Cícero disse que: "no meu tempo, as crianças eram obrigadas a aprender os versos (*carmina*) das Doze Tabuas". Mesmo as primeiras leis, puramente classicistas, tinham a forma de provérbios expressos em versos: "*Le mort saisit le vif*", (norma que fixava a transmissão imediata da propriedade), "*Ist das Bett beschritten/So ist das Recht erstritten*", "*Boire, manger, coucher ensemble/C'est mariage, ce me semble*" (definição primitiva do casamento nos começos da época da propriedade privada etc.). Por outro lado, o povo não participa nesta elaboração primitiva do direito classicista, pois, ainda que inconscientemente, ele lhe é hostil. É claro que não se pode obrigar o operário, que rouba na fábrica, que crie a fórmula legal, pela qual como castigo, será preso depois. O primeiro legislador formal foi o juiz que, nos princípios, pela própria natureza das coisas, foi o *próprio senhor feudal*, ou o *próprio credor* (frente ao devedor — servo, ao *Zakup*) ou seja, o próprio patrão ou, ainda pior, o seu servidor. Este formulará a sua sentença, como um novo provérbio, como um novo costume ou, em suma, como uma lei. É interessante salientar que, em Gante, *loi* significa ao mesmo tempo lei, juiz, (*juge*) e magistrado. É óbvio que a "ciência jurídica" deste juiz era puramente intuitiva, ou seja, nascia somente do seu interesse e, em parte, do temor das massas. Para ele *não existiam lacunas no direito* porque só a ele, assim como ao tribunal do distrito de Kasin, apenas competia proclamar o "surgimento de um precedente" e o direito ficava preparado para "o tempo futuro".¹⁴⁷

As primeiras compilações de leis no período classicista eram já *manifestações da vontade de toda uma classe*, à qual já não interessava assumir como próprias as conseqüências provinciais, do precedente estabelecido por um patrão demasiado ambicioso. Em todo o caso, porém, estas compilações continham, em grande parte, precedentes e "costumes" constituídos no período classicista; as regras individuais, que apareceram como exceções, são atribuídas à competência inexperiente técnica dos comentaristas ou codificadores.

Já vimos que, em Roma, a lei tinha adquirido o valor de fonte essencial do direito. Não é, todavia, uma fonte exclusiva, pois, por

147. Cf. Salykov-Scedrin, "Um idílio contemporâneo", in *Obras Escultas*, Moscou, 1954, pp. 452-3.

um lado, no caso de ausência de uma lei, o Direito Romano permite que seja aplicado o costume... e, por outro, os pretores exerciam funções tanto de intérpretes como de juizes-legisladores.

Porém, a novidade mais importante do Direito Romano escrito foi a sua apresentação, por assim dizer, moderna e científica. Nela encontramos, a par das primitivas normas casuísticas, as primeiras definições de instituições individuais, consideradas como *tipicus relações jurídicas*. A lógica formal ensina que "o conceito de tipo se forma abstraindo os caracteres comuns a todos os objetos, enquanto tidos como suficientes para o conhecimento de um grupo de fenômenos". Porém, para se chegar a uma definição satisfatória do tipo, é necessário um longo trabalho de preparação e uma exata compreensão do fenômeno. Neste sentido se entende que o Direito Romano seja bastante falho. Em contraposição à prática originária e ao primitivo legislador-criador do direito, a ciência jurídica peca precisamente por uma excessiva abstração. Aqui basta assinalar que em Roma surge um novo modo de definir o direito vigente, não já mediante as leis ou os precedentes individuais relativos a casos particulares, mas sim por meio da definição legislativa dos tipos de relações jurídicas conhecidas naqueles tempos, das chamadas instituições jurídicas.

Seguidamente, a legislação ordinária se restringe a introduzir na definição da instituição uma ou outra característica do tipo. Posteriormente, vem em seu auxílio a lógica, com o seu método estatístico, segundo o qual a formação do tipo não exige a presença, em cada um dos fenômenos, de todos os seus caracteres essenciais, uma vez que para a subsunção ao tipo é suficiente o predomínio quantitativo e a difusão do caráter em questão.

Dado o caráter essencial deste problema, gostaria de esclarecê-lo com dois exemplos. A propósito da instituição da propriedade, já assinalamos que ela existe, na sua formulação romana, há mais de dois mil anos. E, todavia, não permaneceu imutável: entre a propriedade como direito de recolher uma só colheita (posse primitiva), e depois não menos de uma colheita, até a posse e ao gozo "definitivo" da terra, há uma diferença notável. Porém, a propriedade como *direito de "possuir"*, ou seja, de cobrar o tributo ou uma renda do trabalho *alheio*, achase em *radical contradição* com a propriedade privada originária do cultivador sobre os meios de produção. Em seguida vem a renda sob a forma de *corvéia*, ou seja, a apropriação, por parte do patrão, do trabalho adicional realizado nos seus próprios campos, sob a forma de trabalho necessário, realizado na "terra pró-

pria"; a servidão da gleba, a renda em espécie (por exemplo, no caso do colono mecio), que entrega uma renda em espécie do segundo tipo) e, por último, a renda em dinheiro de tipo capitalista. As diferenças entre estes tipos de propriedade podem não ser mencionadas expressamente na lei, e encontram-se formuladas mais frequentemente em normas especiais; por exemplo, na proibição referente aos não-livres de trabalharem, na abolição da servidão da gleba, na proibição da *corvéia* etc. e, nestes casos, o nexo com a instituição da propriedade parece irrelevante. Entre nós, este problema está na ordem do dia. Proclamamos a *socialização da terra*, porém, na verdade, tratou-se apenas de uma nacionalização seguida do uso hereditário da terra por parte dos camponeses. Estes mesmos camponeses continuam a considerar, como antes, que a terra é sua propriedade.

O novo código agrário introduz o poder de deixar a comunidade rural, e o camponês pode vender livremente os seus produtos, mas com a condição de pagar os impostos em espécie. Por outro lado, está prevista, além disso, uma possibilidade limitada de exploração capitalista da terra, com o emprego de trabalho assalariado. O caráter da propriedade, privada ou estatal, vai, pois, mudando, e uma só palavra é suficiente para transformar toda a instituição.

Analisemos, por exemplo, o contrato de compra-e-venda: inicialmente, tratase de uma troca de equivalentes, de produto do próprio trabalho (no começo, provavelmente, foi apenas uma troca); em seguida, trata-se de uma troca de produtos baseada no equivalente geral, ou seja, no dinheiro; ¹⁴⁸ depois aparece uma mediação profissional da troca por parte de uma classe especial e, por fim, chega-se ao capital comercial. Sabe-se que em torno dos lucros e dos juros se trava uma acirrada polémica para proibir o juro, para legalizá-lo ou deixá-lo livre. Porém, nenhuma destas soluções introduz no conceito de troca ou de compra-e-venda uma inflexão diferente. É suficiente adotar uma dessas soluções na definição da instituição de compra-e-venda e ela se tornará irreconhecível. Assim, por exemplo, entre uma compra isolada e a profissão continuada de comercializar existe, à primeira vista, apenas uma diferença quantitativa, porém, é claro, há também uma diferença qualitativa importante.

Voltando aos nossos tempos, a especulação que o camponês-produtor realiza com base no seu produto (fenômeno que, em certa

148. Hoje, para o jurista, a troca é "a fusão dos atos de compra e venda, com o desaparecimento do elo intermediário, ou seja, do pagamento em dinheiro". (Golchbarj).

medida, vai desaparecendo) e a especulação profissional são conceitos quantitativamente distintos e que têm também uma diferença qualitativa importante.

Acho que estes exemplos são suficientes para caracterizar a nova ciência jurídica no plano da legislação. Eles nos fazem compreender também a razão por que a ciência burguesa se inclina, entre outras coisas, para a extrema abstração: não aceita a concepção classista e, por isso, procura esconder as contradições de classe em fórmulas abstratas.

Contudo, a vida nem sempre seguiu este caminho. Frequentemente o direito "mais desenvolvido" de um país foi acolhido por outro por "adoção", porém, o capitalismo e o feudalismo (por vezes facilmente) modificaram quantitativa e qualitativamente os caracteres de instituições, que continuaram formalmente por intercâmbios. Assim, para admiração do "marxista" Renner, o Direito Romano durou dois mil anos graças à transformação interna das suas instituições e, segundo a opinião de Renner aproximadamente hoje do socialismo Milágres ainda maiores aconteceram na Rússia: o direito bizantino inserido nas primitivas normas feudais russas conseguiu amoldar-se, apesar dos insignificantes acréscimos interpretativos do senado, ao capitalismo desenvolvido. E, em vão, os marxistas seguidores do socialismo jurídico acreditaram que o capitalismo "rompenia a inviolação": as necessárias modificações exigidas pela própria vida no setor comercial, na área das sociedades anônimas etc., tornaram-se possíveis mediante uma inserção, da mesma maneira que, apesar da afirmação em sentido contrário de Lassalle, um horrelão pode obrigar uma fogueira a dar mel e vice-versa. E assim, finalmente, houve na Rússia um grande número de pretores, liderados pelo Senado governativo, que fez passar os provérbios por interpretações suas, e por esse lado não parecia haver ameaça para a revolução. E no dia seguinte, após a revolução de fevereiro de 1917, todos os juízes, com exceção de alguns dignitários posteriormente detidos, escreviam já sentenças "novas" segundo *molde* velhos, limitando-se apenas a substituir o cabeçalho de "sua majestade imperial" pelo de "por ordem do governo provisório" e a aplicar as *velhas leis* segundo a nova ordem burguesa. Não se tratava, pois, de leis, mas sim de poder. E de fato, enquanto depois da revolução de fevereiro os juízes começaram a assinar, *sem qualquer ordem*, em nome do novo governo, em outubro-novembro, após a queda desse governo, os tribunais continuaram a julgar tranquilamente em nome do governo provisório depositado, e mesmo após a promulgação do decreto que abolia os velhos tribunais, o Senado governativo planejou uma "insurreição" desistindo da idéia somente porque não encontrou

quem apressasse sua convocação para a "revolução". Se se dissolvia quando o edifício em que estava alojado foi fechado, e se nomeou uma comissão para liquidar as suas atividades.

A *intangibilidade da letra da lei* é o dogma da sociedade burguesa, e os juristas, seus ideólogos típicos, não fazem mais do que põ-los em prática. Dai o provérbio: "A lei é mais inteligente do que o seu autor".

Era compreensível e natural a intocabilidade do costume na sociedade primitiva, onde este era a expressão dos próprios fundamentos da vida social, ou seja, do comunismo primitivo ou, pelo menos, do semicomunismo tribal. Porém, a fixação do direito de uma classe minoritária dominante é um engano sistemático que estabelece o dualismo entre direito escrito e direito natural, intuitivo, justo etc., de que tanto se ocuparam a filosofia, a psicologia, a sociologia etc. Naturalmente, também sobre estas ideologias construíram-se muitas idéias revolucionárias, e Marx utilizou este material construindo uma arma contra a antiga ordem. Porém, para a maioria dos atuais investigadores de novas idéias jurídicas burguesas trata-se apenas de um passatempo de salão: as palavras que "enganam o povo", amor, solidariedade etc. são fórmulas estereis para "enganar o povo". As obras dos bons técnicos do direito, que trabalham na definição dos tipos de relações jurídicas e das chamadas instituições jurídicas, são, sem dúvida, muito mais úteis do que as volumosas obras dedicadas ao "verdadeiro" direito ou ao direito "justo".¹⁴⁹

Quando a Assembleia francesa decidiu, em nome da revolução vitoriosa, redigir um novo Código Civil com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o relator Cambacères se viu obrigado a declarar perante a Convenção: "Após termos andado muito pelos caminhos da destruição, é preciso erguer um grande edifício de legislação civil, simples pela sua estrutura, mas grandioso pelas suas dimensões, notável, precisamente pela sua simplicidade e tanto mais sólido quanto mais não se fundamente no terreno move-digo dos sistemas, mas sim no firme alicerce das leis naturais e no terreno virgem da república (...). Poderá existir na terra algo de maior e mais belo do que um povo a quem as suas leis o tornam feliz? Mas para esse fim são necessários dois instrumentos: a força do governo e a estabilidade das leis".

Citel estas afirmações de um revolucionário burguês sobre a estabilidade das novas leis, a fim de compará-las com as já citadas

149. "Contrapondo-se estes dois conceitos, justiça e direito, a ciência social encarna o dualismo que ela própria vive enquanto se refere ao campo das relações jurídicas" (Murumcev).

palavras do presidente do Tribunal de segundo grau de jurisdição francês a respeito da interpretação *humanística* da lei, pois em 1840 (talvez porque ainda não se tinha chegado a 1848!) Pellegrino Rossi podia dizer a propósito do *Code civil*: "A sociedade e o direito já não coincidem inteiramente" (*passen nicht mehr vollkommen zusammen*). Mas, naturalmente, não em sentido jurídico. Depois do *Code civil* houve muitos outros códigos na Alemanha, Austria, Suíça e, inclusive, se preparou um projeto na velha Rússia. Menger, no seu importante trabalho sobre o Código Civil germânico e as classes pobres, teve duras críticas especialmente ao Código, mas além disso, escreveu a propósito das críticas:¹⁵⁰ "Antes de tudo, devemos salientar que a censura de que o projeto do Código Civil germânico deixa de tutelar os fracos, carecendo, portanto, de caráter social, ainda que seja verdadeira em si e por si, só em parte logra justificativa nas afirmações dos juristas... Todos são *unâimes* em afirmar que qualquer complementação de leis, que, forçosamente, são redigidas por especialistas em direito, em suas partes fundamentais, *nada mais faz do que expressar as concepções dominantes e as tendências da época*" (ou melhor diríamos, as concepções classistas dos juristas, que são, os ideólogos da classe dominante).

Existe, portanto, tal relação entre direito e lei, que o direito em sentido moderno, enquanto direito de classe, acha-se fundamentalmente expresso na lei, e a legislação, para não falar da atuação das leis mediante as medidas coercitivas, constitui, se necessário, um *monólio do poder estatal* classista (no seu conjunto). A lei determina, portanto, os limites de um determinado ordenamento jurídico, de um determinado sistema de relações jurídicas, embora o faça, como já vimos, com muita hipocrisia. A lei burguesa tende precisamente a dissimular a verdadeira natureza do sistema de modo que, sublinhemos mais uma vez, o direito é constituído *justamente por este sistema e não somente pela lei*. Teoricamente, a lei deve proporcionar o princípio fundamental (por exemplo, da propriedade privada feudal ou capitalista) e, possivelmente, uma definição clara, exaustiva e suficientemente concreta das principais instituições jurídicas. O restante corresponde à aplicação do direito, e será sempre injusto para a classe

150. O papel desempenhado pela casta dos juristas como ideólogos da burguesia revela-se claramente nas seguintes palavras do professor Glertke (*Grundgedriffe des Staatsrechts*): "A ciência do direito já não precisa limitar-se, relativamente ao direito, ao papel que a gramática desempenha em relação à língua: quer não só descrever normas, mas criá-las. Trata não só de conhecer a vida, mas de dirigi-la (*leiten*). O seu ideal (*Ihr Ein und Alles*) é um sistema que de meio se converte em fim". Não se diz que se trata de um sistema classista, mas é evidente que o será.

oprimida, e justo para a classe dominante. Naturalmente, a interpretação não seguirá o princípio *fieri iustitia perat mundus*, mas será antes uma interpretação "humana e liberal", e não exclusivamente classista. Neste sentido, nota-se a tendência popular na ciência burguesa, do *Freirecht*, que quis atribuir ao tribunal burguês uma independência em relação à lei, ou seja, novamente, um papel de "criação jurídica". O jurista burguês Ernst Fuchs vai ainda mais longe quando afirma que "direito e verdade representam na nossa justiça civil frequentemente um quadro de casualidade que se assemelha a uma loteria". A esta prática judicial contrapõe "uma decisão judicial (*Rechtssprechung*) que proceda a partir da *valorização dos interesses em conflito*, do conhecimento das necessidades práticas, e que seja realizada por instituições justas". Ou seja, predizia verbalmente ante os seus colegas burgueses aquilo que, de fato, realizou a grande Revolução de Outubro.

Habituada a ser hipócrita, a burguesia partiu do princípio da *estabilidade da lei*, para chegar ao princípio do "tribunal independente da lei" (mas classista, como é óbvio) ou ao princípio da justa valorização do interesse como base das decisões judiciais ou, na Rússia, ao direito intuitivo de Petrazickij. Não estamos, portanto, certos, mesmo sob o ponto de vista da ciência burguesa, quando ordenamos que se queimem as velhas leis, e mais ainda, que sejam esquecidas por nós e por todo o povo?

Passaram-se cinco anos de poderio soviético sobre os nossos ombros. Temos mesmo os nossos códigos do período da NEP, porém durante cinco anos vivemos ao sabor da "consciência jurídica" dos juizes populares que, diga-se francamente, na maioria dos casos, não eram comunistas conscientes e menos ainda operários conscientes. Apesar de tudo, resolvemos este problema de um modo *fundamentalmente justo*, e por este caminho deverá seguir *qualquer revolução proletária*. Todavia, não necessitamos de leis estáveis, e, portanto, a nossa Constituição deveria possibilitar-nos a mudança de uma lei em vinte e quatro horas.

Ao ler, hoje, os escritos não só dos juristas que se alegam com as nossas novas leis "burguesas", mas também os dos nossos companheiros que se entristecem com isso, depatamos frequentemente com uma idéia que deve ser repudiada: que nós sempre nos opusemos às leis em geral e aos códigos em particular. E, todavia, começamos com leis sobre a nacionalização da terra, sobre a jornada de trabalho de oito horas etc. Não podia ser de outra maneira, pois a nossa revolução foi a mais organizada de todas as revoluções. Seria, então, possível prescindir da legislação, que é justamente um elemento de reorganização da sociedade? Já em 1917, na minha qua-

lidade de comissário do povo para a justiça, organizei expressamente uma seção para os "projetos legislativos e a codificação", e no outono de 1918, para um volume de artigos dedicados à Comemoração de Outubro ¹⁵¹ escrevi um, cujas considerações finais considero justas tanto agora como antes.

Escrevi:

"Tenho na minha frente o volume LXXI da *Compilação de leis e decretos* do governo operário e camponês, que contém 778 decretos. Este grosso volume parece-me um livro em comparação com os dezesseis tomos da antiga *Compilação de leis* ou das compilações anuais dos decretos do antigo governo. Além disso, se deixamos de lado as disposições relativas a casos particulares (confiscações, nacionalizações e problemas de organização), ele não passará de um modesto fascículo que contém os princípios fundamentais do novo direito proletário.

"Chegou o momento de realizar a codificação, a compilação num corpo sistemático de todo o direito proletário do período de transição. Deverá tratar-se de um código *acessível mesmo às mais vastas camadas*. Mas, conseguiremos compilar este código nos próximos meses? E se o conseguirmos, por quanto tempo estará em vigor? Basta contemplarmos a compilação dos decretos para nos convencermos de quão instáveis e mutáveis são as instituições e as orientações legislativas da revolução.

"Censuram-nos porque dissolvemos a Assembléa Constituinte, que nós próprios quiséramos e criamos. Além disso, abolimos ou modificamos radicalmente, mesmo as instituições por nós criadas pela primeira vez. A revolução proletária, além do mais, não pretende dar vida a conquistas eternas e imutáveis. A revolução proletária é um processo de desenvolvimento que se realiza por meio de uma guerra civil, e a sua divisa é: quanto menor for o atraso, maior será a mobilidade. No dia em que a revolução tiver vencido definitivamente, produzir-se-á também o processo de extinção do governo operário e camponês dos Estados e do próprio direito proletário, entendendo o direito no seu significado antigo.

"A nossa Constituição terá, naturalmente, o primeiro lugar no livro primeiro do nosso código proletário. Refere-se a noventa artigos, contendo as normas fundamentais da URSS, que substituem vários volumes da compilação anterior. Para dizer a verdade, a Cons-

151. Alusão à miscelânea *A mudança de outubro e a dissolução do proletariado*, na qual se publicou o artigo de P. Stucka: "O direito proletário".

tuição prevê alguns dispositivos consonantes ao desenvolvimento dos seus princípios, porém trata-se de dispositivos referentes a questões particulares, por exemplo, à técnica das eleições soviéticas e tenho a impressão de que estas disposições sejam incluídas num livro especial, junto com outras que, na antiga compilação, estavam espalhadas, um pouco em cada livro.

"As normas constitucionais deverão seguir os direitos e deveres dos cidadãos, russos ou não: haverá, de fato, uma certa distinção entre os nacionais e os não-nacionais, porém de acordo com o artigo 20 da Constituição, apenas existirá a distinção entre *trabalhadores e não trabalhadores*. Além disso, é evidente que esta distinção será temporária e durará até a extinção das classes, quando todos forem trabalhadores. Virão depois breves disposições provisórias relativas à possibilidade de passar de um tipo de cidadania para outro e quem sabe também de uma classe para a outra. Isso é tudo.

"A principal seção do livro primeiro será a do *direito social*. Não se deve esquecer que este livro tratará da matéria compilada por algum tempo no volume X e denominada direito privado ou civil, ou seja, direito burguês; todavia, dificilmente será reconhecível, pois muito pouco restará do direito privado e quase nada do direito burguês. Nas primeiras páginas, referentes ao direito da família, não haverá nada de sagrado: será, portanto, o único lugar em que o livre consentimento, com exclusão de qualquer outro elemento (de natureza religiosa ou civil, ou de coerção) terá valor. Até que se tenha estabelecido uma completa segurança social, o direito proletário da família conservará ainda sinais do antigo direito, com a obrigação de alimentar (sempre que subsista um estado de necessidade e falte a capacidade de trabalho). A expansão do sistema dos seguros sociais eliminará também esses resquícios do antigo mundo.

"Depois dos direitos da família, serão regulamentados os 'direitos patrimoniais', ou melhor, a abolição e a limitação desses direitos: a abolição da propriedade privada da terra e a socialização da terra, a nacionalização da produção e das moradias urbanas, bem como a organização administrativa dos bens nacionalizados, e, por último, a sobrevivência da propriedade privada no período de transição.

"De imediato será feita a codificação de *todas as normas referentes ao trabalho*, quer ao trabalho produtivo, quer ao funcionamento público soviético, quer ao empregado privado. Esta será a parte do direito social que, sob diversos aspectos, sobreviverá na nova sociedade na qual, por outro lado, como já se viu, o trabalho deixará de ser uma obrigação, para ser um direito, ou, como disse Marx, o trabalho não será já apenas um meio de vida mas a primeira

necessidade vital. Seguir-se-ão os resquícios do direito contratual, ou melhor, a limitação da liberdade contratual. Acrescentar-se-á todavia, uma nova seção relativa ao *direito internacional*: de fato, até a vitória do socialismo em todo o mundo, a nossa república continuará a ter relações comerciais e contratuais com os demais países, modificando neste sentido os tratados a longo prazo já existentes.

"Não sei se toda esta matéria poderá ser inserida num só livro, de qualquer maneira, porém, constituirá o nosso direito fundamental obrigatório para todos. Decerto, não será um direito monolítico desde o momento em que o Comité Executivo Central possa modificar mesmo a Constituição; de qualquer maneira, a respeito deste primeiro livro, seguiremos os princípios de uma rigorosa estabilidade.

"Para as demais partes do direito, as coisas acontecerão de maneira diferente. As disposições de caráter técnico e direito precisarão de poucas normas gerais obrigatórias. Tal é o caso das normas processuais, das relativas aos serviços postal, telegráfico e ferroviário ou, por último, das normas relativas à agricultura soviética, à horticultura e à apicultura: aqui, a obrigatoriedade será apenas condicional. O mesmo se dará na legislação penal, na legislação penitenciária, na escolar ou em geral na legislação relativa à difusão da cultura. Estes livros serão bastante volumosos, porém, não aludirão a uma determinada categoria de sujeitos e a casos particulares individuais etc. Não sei quando se conseguirá efetivar uma tal divisão, mas, em geral, já a aceitamos, uma vez que as velhas leis foram substituídas por instruções para os juizes populares, instituições penais e separação da Igreja do Estado etc.

"Todavia, quando pudermos dispor de um código deste tipo, e devemos compilá-lo o mais rapidamente possível, será necessário que ele seja acessível a todos. É claro que o nosso código deverá ser bem menos volumoso do que os antigos, que nenhum jurista tinha lido do princípio ao fim, e algumas das suas partes serão ensinadas na escola ou em institutos especializados. Resta ainda o encargo de tornar popular este direito novo, apesar de se tratar de um direito de transição.

"Pessoalmente me agradau a forma do catecismo e procurei compilar um texto para o juiz popular, cujos artigos se acham dispostos em forma de perguntas e respostas. Também sob a mesma forma publiquei um texto sobre a nossa Constituição soviética, conhecendo bem a antipatia natural de qualquer leitor para a dispo-

sição em forma de artigos, própria das leis. Estes textos não foram publicados como oficiais e obrigatórios, mas é bem provável que esta forma popular de exposição seja adotada também pelas edições oficiais. Encontramos algo parecido na legislação inglesa e, especialmente, na legislação americana. Vamos ter, por isso, dois códigos, um formulado em artigos e outro redigido em forma popular. Pode até acontecer que esta última se torne justamente a forma específica do direito proletário do futuro, quando tiver desaparecido a sombra do sistema burguês, pois, para todos nós está claro que o *direito proletário é, antes de tudo, a simplificação e a popularização do nosso novo sistema social*.

"Talvez muitos nos critiquem, por um lado, por termos publicado muitos decretos e, por outro, por termos promulgado, além dos decretos de urgência, também leis. Ambas as censuras são ao mesmo tempo fundadas e infundadas. Realmente, não podemos nos contentar somente com decretos de urgência, nem mesmo em matéria de delitos e penas, de modo que é natural que recorramos a eles desde o momento em que faltem juristas que apóiem nossas posições. Por outro lado, estes decretos, redigidos apressadamente, são particularmente perigosos nesta matéria. Criticamos justamente o governo provisório de L'vov e Kerenskij pelo fato de não ter promulgado, no decurso de oito meses, nem sequer uma lei orgânica, e ter marchado sempre na retaguarda da revolução. Ainda por cima, isso foi feito deliberadamente e com fins contra-revolucionários, na esperança de uma próxima reviravolta reacionária. Decerto, ninguém nos pode dirigir semelhante censura.

"Por outro lado, os decretos sobre a terra, sobre a jornada de trabalho de oito horas, sobre a família e sobre as sucessões, sobre a separação da Igreja do Estado etc., nem sempre foram promulgados no momento oportuno, de tal maneira que nem todos entravam em vigor. Mas também neste ponto se cometem erros. Fizemos bem em erguer estes pilares, e o simples fato de nenhum destes decretos ter sido revogado, e de irem entrando em vigor, uns após outros, demonstra a sua exatidão. Um jurista burguês inteligente como Mengler escreveu que o "olhar do autêntico legislador não contempla o passado mas olha firmemente para o futuro". Em um período revolucionário, é justamente esta a diferença que existe entre uma direção consciente e organizada e uma insubordinação espontânea ou, se se preferir, anárquica. Apesar da insuficiência das forças e das imperfeições do nosso preparo, cada uma das páginas da nossa compilação de decretos e em não menor escala, do nosso código de direito proletário, mostra que esta é a superestrutura de uma profunda transformação material e não já de uma explosão fortuita e passageira.

152. Cf. K. Marx, *Crítica do Programa de Gotha*, em Marx-Engels, *Obras Escolhidas*, Moscou, Ed. Progresso, 1966, p. 16. Há tradução portuguesa da Editora Acadêmica, São Paulo.

A íntima correlação que existe entre o proletariado e o direito criado por ele, manifestada sobretudo na praxis do tribunal popular, é o elo vermelho que atravessa a revolução proletária no seu conjunto. Esta não teme os erros ou os fracassos temporários porque, enquanto a burguesia perde em cada fracasso uma esperança, o proletariado, como classe ascendente, enriquece-se em cada erro com uma nova experiência."

Naturalmente, estas palavras podem ser aplicadas na sua plenitude apenas ao período "comunista" de 1918, mas retiram brilhantemente a calúnia segundo a qual somos inimigos das leis e dos códigos. Se, apesar de tudo, no momento da ofensiva, foi possível, de certa forma, prescindir de uma consciência jurídica clássica, no momento da retirada, os códigos se transformaram numa necessidade. Foram compilados rapidamente e muito ao velho estilo, porém, os que contêm direito material, como o código civil, o código penal, o código agrário e o código do trabalho, possuem os mais evidentes sinais de um código revolucionário. Popularizá-los e corrigi-los é trabalho para o futuro.

Ao tratar da lei, a teoria geral do direito detém-se detalhadamente nos seus diversos estágios de formação e nos diversos tipos de lei: lei, decreto, *ukaz*, codificação etc. Por causa da simplicidade de que se reveste a nossa legislação, não conhecemos tal divisão.¹⁵³ O decreto tem entre nós igual valor, quer o promulgue o Congresso pan-russo dos Sovietes, o Comitê Executivo Central pan-russo ou o seu Presidium, ou, por último, o Conselho dos Comissários do Povo. No campo dos diversos "estatutos" (*Polozenie*) têm idêntico valor as disposições do Conselho do trabalho ou da defesa, do pequeno Soviete ou de cada um dos comissários do povo, porém, o Congresso pan-russo, o Comitê Executivo Central pan-russo, e, em nome deste, o Presidium, podem revogar qualquer decreto e qualquer disposição do Conselho de Comissários do Povo, do Conselho do trabalho e da defesa e de cada um dos Comissários do Povo. Desta maneira, naturalmente não há nenhuma diferença entre legislação ordinária e a codificação. Segundo o novo ordenamento judicial da URSS, "a interpretação justa das leis, relativamente à prática judicial", compete ao Supremo Tribunal,¹⁵⁴ enquanto que a legalidade é geral-

153. Depois de se promulgar a constituição da URSS de 1936, foi introduzida a distinção entre lei e *ukaz*.

154. Segundo a lei de 12 de fevereiro de 1937 sobre o Supremo Tribunal da URSS, este órgão "examina as matérias com referência à generalização da prática judicial, e da estatística judicial, e assina as diretivas explicativas aos tribunais para a aplicação da legislação no julgamento das questões judiciais".

mente tutelada pelo Comissariado do Povo para a Justiça e pela Procuratura (*Prokuratura*). Para se proteger a legalidade das leis federais, foi instituído expressamente o Tribunal Supremo da União. Porém, entre nós, não há o perigo de ocorrer uma degeneração na interpretação da lei, uma vez que não temos a interpretação autêntica, ou seja, a interpretação feita pelo mesmo órgão que promulgou a lei, e nem sequer as modificações e os complementos da lei que, se for necessário, podem ser aprovados em vinte e quatro horas. Nem mesmo no futuro vamos abandonar este sistema.

Em relação à lei e ao direito encontrase ainda a questão da legalidade. Na sua época, antes da revolução, surgia em Petrogrado a "Revista cadete pravo" ("O direito"), que tinha precisamente adotado como lema a "legalidade", quer dizer, a legalidade das leis czaristas! A revista continuou sendo publicada inclusive depois da revolução de fevereiro sob o mesmo lema (de fato, a revolução de fevereiro não tinha abolido as leis czaristas). Em 1922 esta revista professoral-advocatória encontrou um continuador em Moscou na revista *O direito e a vida*, que apareceu com o mesmo lema "A lei" (sem qualquer reserva). Quando (em 1921) proclamamos a "legalidade revolucionária", alguns dos nossos companheiros estranharam o termo "legalidade", enquanto os nossos burgueses, inimigos "gratuitos" ou simplesmente inimigos, ficaram admirados com o segundo termo: "revolucionária".

Também nós deveremos deter-nos neste problema. Achando-me em Berlim, tive de definir, no artigo publicado em alemão, a nossa posição diante da lei na primeira fase da revolução. Adotei, então, a expressão "*legitimidade revolucionária*". Com a mudança para uma nova política, passamos para a *legalidade* mas, evidentemente, para a legalidade *revolucionária*. Pois bem, que significa esta expressão? Opõe-se à legalidade *contra-revolucionária*, que espera o retorno mais ou menos total às leis promulgadas antes de outubro.

Já publiqueti que todo o recuo, que se faz visando a uma nova ofensiva, deve ser interpretado com muita cautela. Em seguida, esta idéia foi formulada com precisão nos artigos 5.º e 6.º da lei que efetiva o código civil: "*É proibida a interpretação das disposições do Código segundo as leis dos governos depositos e a prática jurídica pré-revolucionária*". "A interpretação extensiva do Código Civil da URSS só se permite quando for exigida pela defesa dos interesses do Estado operário e camponês e das massas trabalhadoras".

Porém, o termo "*legalidade revolucionária*" tem também outro significado. Julgando segundo as novas leis, o juiz deve considerar que o recuo foi feito *voluntariamente e no interesse da revolução*,

uma vez que coincide com os interesses da classe do proletariado no seu todo, e, portanto, também com a consciência jurídica revolucionária. Só assim se tornará possível a unificação da justiça de classe com a rigorosa legalidade, isto é, o respeito aos decretos e ao código do governo operário e camponês.

O espírito revolucionário e a consciência de classe devem constituir o elo vermelho da nossa concepção do direito e da nossa consciência jurídica. Devemos repelir qualquer teoria revisionista e economista que pregue a *incapacidade da lei revolucionária*, em face das relações de produção burguesa. Porém, devemos igualmente precaver-nos em face dos legistas revolucionários que *acreditam na onipotência do decreto revolucionário*. Da força da classe vitoriosa, dos êxitos da sua luta de classes (que apenas mudou os seus métodos) depende a vitória definitiva do novo sistema de relações sociais no interesse do proletariado.

CAPITULO VIII

ANALISE DA RELAÇÃO JURIDICA

Quando consideramos, em cada uma de suas partes, qualquer sistema de relações sociais, referentes a um determinado ordenamento jurídico nas suas partes constitutivas, obtemos todo o conjunto das chamadas relações jurídicas. Estas relações jurídicas reúnem-se em grupos denominados instituições jurídicas, que, como já se viu, são grupos das mais típicas relações do ordenamento em questão.

Muito se tem dito sobre estas instituições jurídicas; e, inclusive, uma certa teoria chegou a defender que elas não só *tipificam* as relações jurídicas, mas que, além disso, possuem também *finalidade* ou *funções* sociais específicas. Abstraindo-me das embaraçosas e contratórias argumentações da ciência burguesa, devo deter-me pormenorizadamente neste problema, uma vez que ele tem entre nós certa relevância prática.

A teoria acima referida foi popularizada entre nós pela pena hábil de Leon Duguit, cujo livro sobre as transformações do direito civil foi publicado em 1919, em tradução russa, aos cuidados e com um prefácio do companheiro Gofsharg. Duguit define a sua teoria como "socialista", mas, ao mesmo tempo, repelle categoricamente, ser chamado socialista. Essencialmente não aceita, como metafísica, a teoria voluntarista do direito e propõe-se substituir o elemento da vontade (ou melhor, da vontade *igual e livre*) pelo elemento da *finalidade* ou da *função social*, não no sentido de atribuir ao governo funções específicas relativamente aos interesses por ele defendidos, mas antes no sentido de *chamar pura e simplesmente de socialista o ordenamento atual*: "A propriedade, por exemplo, transforma-se, e a sua evolução opera-se dentro de um espírito socialista". Duguit explica com precisão que se refere à propriedade *capitalista*, e sua teoria se limita a afirmar que o proprietário privado da terra, da fábrica etc., *não é um mero usurpador*, um membro da classe explora-

dora, mas, pelo contrário, a evolução histórica lhe conferiu uma importante missão, precisamente, uma missão socialista: o objetivo de ser a personificação, para dizer como Marx, da sua sagrada propriedade privada capitalista, e de, neste papel, explorar as massas que estão privadas dela. A sua teoria é, em suma, a sistematização jurídica mais desenvolvida e explícita da tese defendida pelos economistas burgueses, segundo os quais o capitalista realiza uma função social específica pela qual obtém precisamente uma remuneração (Roschey) e um lucro que não é fixado numa percentagem média. Naturalmente Duguit dá mais um passo, quando não aceita a teoria da vontade livre e igual das partes como fundamento do contrato; porém é em vão que afirma que só esta teoria voluntarista é metafísica, uma vez que a sua concepção da função social da instituição jurídica também é metafísica.

No seu prefácio, o companheiro Goychbarg define com exatidão o autor como "um burguês dos pés à cabeça"; porém, ele mesmo se torna um teólogo quando enaltece a teoria da "função social" ou do objetivo social que justifica a defesa de uma determinada instituição por parte da sociedade. O companheiro Goychbarg introduziu esta teoria no nosso código civil onde, no entanto, ela tomou, tal como tem sucedido com muitas outras coisas ao longo da revolução, um significado completamente diferente, graças precisamente à revolução. O artigo 1.º do Código diz: "Os direitos civis são tutelados pela lei, exceto nos casos em que sejam exercidos em oposição ao seu fim econômico-social". O sentido do artigo é o seguinte: a revolução faz uma concessão voluntária quando introduz instituições jurídicas que já aboliu, embora sob a condição de que estes direitos sejam exercidos com a finalidade de introduzir a iniciativa econômica, ainda que do tipo burguês, na perspectiva do desenvolvimento das forças produtivas do país, como precisamente afirma o artigo 4.º. Se esta condição for violada, estes direitos ficam privados de qualquer tutela. Porém, isso só é possível quando o poder se acha nas mãos do proletariado, que, desse modo, determina de maneira consciente as finalidades do desenvolvimento. Noutras condições, por exemplo, com referência ao direito burguês, a teoria das "funções sociais" das instituições jurídicas não é mais do que uma doutrina metafísica que sanciona e tutela o ordenamento burguês.

Objetivamente, vemos, na instituição jurídica apenas uma relação social jurídica, que se adapta a um tipo de relação jurídica, própria de um determinado sistema social. No mundo capitalista, a relação jurídica é basicamente uma relação de "domínio e servidão", pois, quem é dono dos meios de produção domina não só a produção mas também a troca; é uma relação entre dois sujeitos (ou entre dois

grupos de sujeitos), um dos quais (o "sujeito ativo do direito") tem, em virtude desta relação, certos direitos, enquanto o outro (o "sujeito passivo") tem certas obrigações. A relação "direito-obrigação" é justamente a fórmula abstrata da relação jurídica. Todavia, na essência, não é o direito que faz existir a relação jurídica, a qual, como já se disse, é "somente a atuação formal" da relação econômica. Por outro lado, sem esta forma, a relação econômica não seria relação jurídica, mas uma mera relação de fato, talvez ilícita ou irreal ou, inclusive, um delito punível.

É interessante salientar que os juristas romanos vêem na relação jurídica somente um vínculo, um *iuris vinculum*, e no sujeito do direito (*subjectum*) um súdito vinculado ao direito, "ligado a ele"; somente os juristas da Europa Ocidental (a começar pelos glosadores) dão um especial realce ao lado ativo da relação jurídica relativamente ao lado passivo. Isto quer dizer que o jurista romano e o Direito Romano em geral sublinham explicitamente o elemento do domínio; para eles não se trata de uma relação livre, mas de um vínculo. A grande revolução francesa, que extinguiu os antigos vínculos e proclamou o homem livre dos velhos laços, sençou por todo o mundo a idéia do contrato livre, determinado por vontades iguais e livres. As novas relações, no entanto, surgiram ainda no limiar das antigas condições e se enquadraram as formas do Direito Romano, que a revolução se restringiu unicamente a libertar dos entulhos feudais.

Em qualquer Código Civil burguês podemos assinalar uma série de instituições: em primeiro lugar, o direito de família, uma vez que na sociedade burguesa a família é ainda a célula econômica elementar do sistema; em seguida, o direito hereditário, vinculado ao direito da família, embora o testamento burguês se separe desta última, cujo caráter sagrado acaba sendo destruído em sua base pelo sistema capitalista. Originariamente, a família achava-se, na verdade, intimamente unida à propriedade; o *pater familias* era o chefe da família e o patrão, ao passo que hoje a propriedade tornou-se uma instituição autônoma, um "direito real" cujo titular se despersonaliza, transformando-se, continuamente, em simples portador de um documento (de uma ação ou de uma obrigação).

A instituição da propriedade apoderou-se também do direito hereditário, que se converteu em um seu apêndice. Todas estas instituições fundamentam-se no princípio do domínio, da relação senhor-servo que domina a produção; a outra metade dos códigos refere-se ao direito contratual e ao direito das obrigações, e está relacionada predominantemente com a troca dos produtos: compra e venda, troca, doação etc. A esta parte do Código pertencem também todos os con-

tratos derivados da atividade de organização da produção e da troca (sociedade, mandato, cessão de direitos etc.) ou da distribuição do lucro (renda, lucro etc.). Posteriormente, estas instituições tornaram-se autônomas ou reagruparam-se segundo características puramente formais (obrigações patrimoniais ou pessoais etc.); além disso, mais tarde, foram acrescidas também de relações de somenos importância consoante à produção e à troca, que, em sua essência, não são jurídicas, e que talvez sejam simples relações morais, ou mesmo imorais, como o jogo. Para este último tipo de relações não há essencialmente um lugar específico num código material.

Em todas estas relações, que dizem respeito à produção, é evidente o elemento da supremacia, o qual se apresenta diversamente na disposição, na posse (cf. cap. II) e no usufruto (percepção dos frutos). Aqui ainda se pode ver o vínculo jurídico (o *iuris vinculum*), porém, no capitalismo desenvolvido (especialmente no seu estágio monopolista) também o elemento da disponibilidade, ou seja, o modo da comercialização, se encontra nas mãos dos capitalistas, que ditam preços e condições de tal maneira que nem se pode falar de liberdade do comprador.¹⁵⁵ Foi daí que a ciência pôde esboçar uma teoria das relações jurídicas que surgem *por adesão*. Nesta teoria manifesta-se a já aludida tendência da ciência burguesa, para transformar todas as relações entre os homens em relações entre as coisas. Este reconhecimento de uma "vontade unilateral que dita as suas normas não a um indivíduo particular, mas a uma categoria limitada de sujeitos", é considerado como aceitação, por parte dos estudiosos burgueses, de relações baseadas na relação de "domínio-servidão", mas isso ainda não é suficiente para que possam esconder o fato de que continua a tratar-se de relações entre homens, de formas de exploração do homem pelo homem. Por isso, esta luta contra a teoria da vontade, que se trava em nome das "relações entre coisas", nada tem de comum com a nossa, nem tampouco com a efetuada pela novíssima escola psicológica.¹⁵⁶

Se, sob este mesmo ângulo, observarmos o nosso código civil, fruto de nossa saída, logo notamos a diferença radical que o distingue dos demais códigos. O código civil reconhece, por certo, "atendendo ao desenvolvimento das forças produtivas da URSS", os direitos civis, mas, como já dissemos, só os reconhece *condicional*

155. Os direitos, segundo determinada regra geral (com exceção, talvez dos de família) transmitem-se livremente sem necessidade de consentimento por parte do devedor, enquanto este não tem direito de transmitir as suas obrigações. As exceções, tanto num caso como no outro, especificam-se mediante a formulação de uma cláusula.

156. Cf. Saleilles. *De la déclaration de volonté*. Paris, 1901.

o limitadamente. O direito de propriedade está nacionalizado e a terra não pode ser objeto de comercialização privada. O direito hereditário é limitado a dez mil rublos-ouro, exceto nos casos de direito de concessão.

O direito de família não pertence ao código civil, porém, sabemos que o divórcio livre, declarado apenas por uma das partes, atribui à família uma nova feição e sua tradicional formação burguesa só excepcionalmente sobrevive e em função de condições econômicas transitórias. As antigas relações de *supremacia privada* limitada não têm mais lugar nem na seção dos direitos reais, nem nas obrigações. Esta última seção se aproxima mais do direito burguês propriamente dito, porém, também os direitos de obrigação aparecem aí como direitos tolerados. Apenas numa única relação o nosso código repete fielmente as passagens dos códigos civis da burguesia: no ponto da divisão sistemática das instituições, e isto pode ser desculpado, por causa da extrema pressa com que foi compilado. Também é censurável por ter repetido as mais requintadas formas de exploração que se podem encontrar na esfera da circulação, ainda que o Estado operário e camponês não esteja de modo algum interessado nelas e até lhes seja hostil.¹⁵⁷ Porém o Código jamais esconde que aqui se trata de relações entre homens e dentro de determinados limites, de modos de exploração do homem pelo homem.

O sujeito da relação jurídica é chamado de *sujeito de direitos*, e o direito só se refere às relações entre os homens e não às relações entre pessoas e coisas (*objetos do direito*) tal como muitos juristas burgueses e mesmo não-burgueses entendem. As *relações entre o homem e a coisa* são matérias de outro ramo da ciência. Pode ser sujeito jurídico todo o sujeito *dotado de capacidade jurídica*, tanto uma pessoa física como uma pessoa jurídica. São pessoas jurídicas, segundo o nosso Código Civil, as associações, as instituições e as organizações que podem, como tais (mediante seus órgãos e representantes), "adquirir direitos patrimoniais, contrair obrigações, agir e ser chamadas a juízo". A pessoa jurídica deve ter um estatuto próprio, aprovado ou registrado pelo órgão competente, ou então, nos casos previstos pela lei, um contrato de sociedade. Porém, enquanto os códigos burgueses estão propensos a despersonalizar as relações por meio de direitos e títulos ao portador, estes últimos geralmente não são reconhecidos entre nós, salvo exceções determinadas por leis especiais. As ações devem ser nominativas e só excepcionalmente ao portador.

157. Veja-se o que escrevi, em mais detalhes, no meu livro *O estado de classe e o direito civil*. Moscou, 1924.

Já foi dito que somente pode ser o sujeito de direitos a pessoa dotada de capacidade jurídica. A pessoa física deve existir, deve ter nascido ou pelo menos ter sido concebida, e não deve ter morrido; quanto à pessoa jurídica deve estar registrada e, se isso não for exigido, começa a existir no dia em que se firma o contrato de sociedade ou se faz o estatuto. Os pormenores competem aos ramos especiais do direito.

O sujeito jurídico pode ser *ativo*, ou seja, dotado de um direito, ou *passivo*, ou seja, *obrigado*. Nos contratos bilaterais pode ser ativo e passivo ao mesmo tempo. O esquema da relação jurídica fundamenta-se na aspiração e no direito, por um lado, e na obrigação, por outro. Chama-se objeto do direito o conteúdo a respeito do qual se constituiu a relação jurídica.

A ciência burguesa, como todos sabem, chama o conjunto das relações jurídicas concretas de *direito em sentido subjetivo*, enquanto a expressão "direito em sentido objetivo" designa não só o conteúdo das relações jurídicas mas o conjunto ou sistema de normas jurídicas vigentes, ou, resumidamente, a totalidade das leis. Sintetizando, a forma é considerada como o *elemento objetivo* do direito. Além disso, no conceito de direito subjetivo, é inserido não só o conceito do direito atribuído a um sujeito individual, mas também a idéia de um direito *inato* no sujeito, o conhecido "direito abstrato do homem", como o entendia a célebre declaração da Revolução Francesa.

Ao contrário, de acordo com o nosso conceito do direito, para empregar os mesmos termos, deveremos buscar o elemento objetivo não já na lei, e especialmente na sua forma, mas nas relações sociais concretas que formam todo o sistema jurídico, e o elemento subjetivo, preferencialmente, na formulação subjetiva que aquelas recebem na lei. Contudo, não proponho a adoção destes novos sinais convencionais que considero inúteis. Sobre este tema, ao contrário, existe uma vastíssima literatura burguesa: na realidade, se considera possível precisamente conciliar assim duas regiões cuja conexão não foi possível efetivar até hoje: a esfera das relações jurídicas concretas e a esfera das relações jurídicas abstratas, ou seja, das normas jurídicas. Aliás, os próprios juristas burgueses já o admitem: "Contudo é necessário assinalar que, na série do direito, não é o direito objetivo que precede o direito subjetivo mas, ao contrário, é o direito subjetivo que precede o objetivo (...). Primeiro são instituídos os direitos subjetivos individuais e só posteriormente as normas gerais que o regulamentam (Korkunov, *Lições*, p. 119). Há séculos que justamente a ciência e a técnica do direito se empenham na conciliação destas duas esferas, a do direito subjetivo e a do direito objetivo, e quando

há concordância entre ambas, esta recai sobre os nomes e não sobre os seus conteúdos.

Ao examinar resumidamente o conceito de relação jurídica e os seus dois pólos, é necessário considerar a contraposição da forma abstrata e da forma concreta que esta apresenta. Já vimos como a forma concreta e a forma abstrata das relações sociais diferem entre si, e também que, na base desta diferença, se encontra o profundo contraste dos interesses de classe. Na expressão jurídica, esta é a "questão do direito", para cuja resolução se criou um tribunal "imparcial e independente". Mas o problema torna-se complicado pela existência de outros interesses de grupo e individuais: o mundo burguês apresenta-nos, a cada dia, milhares de processos nos quais as partes ou os seus sábios defensores defendem com o mesmo ardor a juridicidade do interesse próprio e da própria "justiça".

A lei exige, categoricamente, a sua aplicação, porém só é possível conciliar a relação concreta com a relação abstrata (instituição jurídica) mediante um compromisso. Na linguagem jurídica, fala-se a este respeito de *interpretação da norma jurídica* no caso concreto. A lei não aceita contradições internas inconciliáveis, nem mesmo no caso de "lacunas, obscuridade ou contradições" da lei, o jurista a nega, mas interpreta-a. Nesta interpretação, o jurista não parte dos interesses reais mas da letra da lei, e quando isso não é suficiente recorre à seção correspondente do código, ao código inteiro, ou ao sistema jurídico na sua totalidade: "Ao atuarem conjuntamente numa determinada sociedade as normas formam necessariamente um único sistema inter-relacionado. Nisto se fundamenta a interpretação sistemática" (Korkunov).

Podem existir três aspectos divergentes entre a forma concreta e a forma abstrata das relações sociais: 1) a lei encontra-se à guarda da vida (direito contra-revolucionário); 2) a lei encontra-se em frente da vida (direito revolucionário); e 3) a lei não corresponde à vida porque, por exemplo, foi tomada literalmente de outro país ou de outra época (adoção) ou porque, pelo contrário, tornou-se arcaica e caducou. Em cada um destes casos os problemas da aplicação e da interpretação da lei são diferentes como diferentes são também os resultados.

O nosso antigo regime trazia uma multidão de casos do primeiro tipo. O capitalismo fizera brotar relações sociais que o livro X do Zvoz Zakonov (compilação de leis)¹⁵⁸ desconhecia; inclinando-se,

¹⁵⁸ *Compilação de leis do império Russo era a compilação sistemática das leis da Rússia czarista, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1835. Originalmente era composto de quinze livros, aos quais se acrescentou,*

contudo, perante a "estabilidade da lei", o projeto já sistematizado de um novo Código Civil permaneceu no esquecimento durante dezênios. Os tribunais, e em especial o Senado, se viram obrigados, por isso, a dedicar-se à "interpretação progressiva" da lei. As relações capitalistas se complicam e por isso torna-se difícil a "qualificação", isto é, a subsunção de uma determinada relação concreta a uma determinada instituição, devido aos seus caracteres formais: o meiro é um trabalhador dependente ou um parceiro? O Senado não achou uma resposta unívoca; o bosque é um móvel, ou então, porque está enraizado no solo, é um imóvel? O Senado mudou três vezes de opinião. A lei proibia a cessão da hipoteca, porém, o Senado, dentro de certos limites, "interpretou" a lei. Resumindo, pouco a pouco a interpretação criou instituições novas, por exemplo, o "enriquecimento injusto", e talvez teria sido "mais progressista" se, em geral, a maioria dos senadores e juizes fosse de origem burguesa e não de origem rural.¹³⁹

O segundo caso é fornecido pela Revolução. A lei revolucionária favorece a organização também da revolução, especialmente num período de retirada estratégica (e isto, como disse Lênin, é um fenómeno comum a todas as revoluções). O tribunal de classe do proletariado defende os interesses da revolução; os decretos, as leis, os códigos revolucionários obviamente devem ser aplicados, e qualquer falha ou contradição deverá ser interpretada de acordo com o sistema revolucionário no seu conjunto. Assim, o artigo 5.º da lei "introdutória" do Código Civil determina o critério fundamental de interpretação em "defesa dos interesses do Estado operário e camponês e das massas trabalhadoras". Em outras palavras: onde o interesse burguês não esteja amparado por uma lei positiva, a presunção legal favorece o proletariado e o seu poder. Naturalmente, o juiz burguês procura ampliar a esfera do interesse que defende, mas a mencionada lei (art. 6.º) demarca um limite preciso: "É proibida a interpretação das disposições do código com bases nas leis dos governos depositos e na prática jurídica pré-revolucionária".

em 1922, mais um outro, que continha as leis sobre o ordenamento judicial, promulgadas em 1884. O livro X continha as leis civis. O *Zvez Zakonov* esteve em vigor até a revolução de outubro.

139. Característico do sistema burguês é que quase nunca se recorre à interpretação autêntica, ou seja, aquela feita pelo próprio legislador. Isto se explica mediante a ficção da infalibilidade do legislador, sobre a qual se assenta o princípio da estabilidade da lei. Explica-se também, em parte, pelos interesses da casta dos juristas. O nosso sistema revolucionário está livre deste pecado: não tem medo de reconhecer os seus erros.

De modo semelhante, a nota 1, do art. 59.º do Código afirma: "Os ex-prorietários cujos bens foram expropriados conforme o direito revolucionário, ou de qualquer modo passaram a ser posse dos trabalhadores antes de 22 de maio de 1922, não têm direito de exigir a sua restituição". Neste sentido agirá, pois, a consciência da classe do juiz operário ou camponês, porém, naturalmente, a "interpretação" não deverá nunca funcionar tal como ela atua no campo da "lei estável" burguesa.

Fica o terceiro caso: aquele em que a lei literalmente não é aplicada. Isto pode acontecer quando, em momentos revolucionários, a lei não valorizou adequadamente a força do antigo sistema; então se aplica sem qualquer resultado, ou de forma alterada. O mesmo ocorre com a adoção (por exemplo, com a adoção do Direito Romano; cf. cap. VI): pode acontecer então que o próprio legislador ao adoptá-lo entenda o direito de maneira diferente e portanto o aceite *modificando o seu espírito*. Marx considerava que era esta precisamente a *regra geral*. A este respeito, torna-se interessante e instrutiva a polémica entre Marx e Lassalle.

No seu *System der erworbenen Rechte*, Lassalle defende que a plena liberdade de fazer testamento (excluindo mesmo os parentes consanguíneos) do Direito Romano procede da história, da mitologia, da psicologia etc., do povo romano, e que esta específica instituição jurídica romana não pôde desenvolver-se de maneira autónoma na Europa ocidental. Marx objecta que a instituição do testamento, embora tirada do Direito Romano, *deve ter raízes autónomas na sociedade burguesa* (carta a Lassalle, de 11 de junho de 1861), e numa carta posterior escreve: "É certo que isto corresponde à essência da livre concorrência e à sociedade que nela se baseia, e ninguém nega que o Direito Romano é adotado pela sociedade moderna de forma mais ou menos alterada, uma vez que a representação jurídica que o sujeito tem de si mesmo na sociedade, baseada na livre concorrência, corresponde à representação de pessoa no Direito Romano (contudo, não analiso o ponto essencial de que a representação jurídica característica de determinadas relações de propriedade, ainda que derivada disto, não coincide, nem pode coincidir, com isto). Você provou que a adoção do testamento romano se baseou inicialmente (e relativamente à representação científica dos juristas ainda hoje se baseia) numa concepção errônea. Mas disto não podemos concluir que o testamento, na sua forma moderna, seja o testamento romano concebido erroneamente. Se tal ocorresse, poder-se-ia afirmar que qualquer coisa adquirida de um período anterior, assimilada por outro posterior, constituiria uma coisa velha entendida erroneamente, aqui Marx dá exemplos (...). A forma entendida erroneamente é

precisamente a forma universal, e, num determinado estágio de desenvolvimento da sociedade, é a forma adaptada a uma aplicação universal".¹⁶⁰

A correspondência entre Marx e Lassalle que, infelizmente, se interrompe com esta carta, demonstra aquilo que Marx pensava sobre a ideologia jurídica e as relações jurídicas: as relações reais são mais fortes do que uma instituição assimilada automaticamente, e por isso esta é modificada e interpretada de um modo errôneo exatamente antes de ter sido assimilada. Marx, em resumo, destaca claramente o predomínio que tem, no direito, a forma concreta (I) sobre as formas abstratas (II e III).

Contudo, ao lado das relações sociais que se transformam em relações jurídicas, há relações de produção e de troca, que não são suscetíveis de subsunção em qualquer instituição jurídica.¹⁶¹ Pode tratar-se de relações que, juridicamente consideradas, são irrelevantes ou indiferentes: a lei não as proíbe, não as permite e não as regula, de maneira que não fazem parte do sistema jurídico, e, apesar de tudo, são reprimidas. Entre elas se incluem os costumes que não são sancionados nem proibidos pela lei. Vêm a seguir as relações expressamente proibidas, ou seja, ilícitas, e, por último, as relações proibidas sob penas e que, apesar de tudo, podem encontrar-se difundidas amplamente, como o contrabando. Pelo seu número, estas relações exercem nítida influência sobre as formas abstratas, a legislação e a ideologia, particularmente nos períodos de transição. Aliás, pudemos comprová-lo muito bem quando se tratou das relações anti-comunistas no período do comunismo durante a guerra, quando a sua influência chegou a modificar todo o sistema, determinando uma retirada estratégica, embora parcial, com o fim de poder retomar a ofensiva mais adiante. "Em todas as formas de sociedade existe uma determinada produção que determina o alcance e a influência de todas as outras (...). Trata-se de uma luz geral que se esparge sobre todas as outras cores, modificando-as na sua especificidade. É uma

160. K. Marx - F. Engels, *Obras Escolhidas*, 2.ª ed., Moscou, 1955, XXX, pp. 504-505.

161. E. Pachukanis (*Teoria Geral do Direito e Marxismo*, trad. portuguesa, São Paulo, Ed. Acadêmica) escreve: "O companheiro Stucka já não se acha em situação de responder à insidiosa questão do professor Rejser: como é que as relações sociais se transformaram em instituições jurídicas, ou ainda, como é que o direito se tornou aquilo que é". Esta tinha página, impressa um ano antes da obra de E. Pachukanis, esclarece o mal-entendido. A relação social é um conceito muito mais amplo do que o de relação jurídica, e o que tem de mais amplo é dado pelo caráter organizado, isto é, estatal, do poder de classe.

atmosfera particular que determina o peso específico de tudo aquilo que nela se encontra".¹⁶²

A pobreza do pensamento e dos métodos da jurisprudência burguesa, que se limita a investigações jurídicas sobre a lei ou norma e sobre as instituições que nela encontram expressão, torna-se especialmente clara, em comparação com a riqueza de material que se apresenta diante de nós, quando se tomam como base de análise as relações sociais reais e o seu conjunto sistemático. Então, esclarecem-se muitas coisas que até agora não tinham sido compreendidas, e não apenas nas leis, mas também na própria ideologia que inspirou, durante séculos, as obras compiladas pela "casta dos juristas". No próximo capítulo vamos tratar, com mais clareza, da chamada "evolução do pensamento jurídico" sob o ponto de vista classista.

162. K. Marx, *Contribuição à crítica da Economia Política*, n.º 3.