

CAPÍTULO IX

HISTÓRIA DA TEORIA JURÍDICA PRÉ-REVOLUCIONÁRIA

A ciência jurídica (jurisprudência) foi considerada sempre e em toda parte, pela sua natureza, uma ciência "ideal", e, apesar disso, na realidade, os seus sacerdotes, os juristas, têm sido sempre e em toda a parte perfeitos "materialistas". Realmente, a concepção do direito como norma de conduta e como princípio regulador da vida social proporcionou aos juristas uma predisposição para as mais diversas tendências idealistas. Já um jurista romano (Celsus), que herdou a linguagem jurídica, diretamente, da história da sua cidade, salienta continuamente o caráter materialista do direito (suas "marcas de suor e sangue") apesar de afirmar que *jus est ars boni et aequi*, ou seja, que o direito (ou melhor, a jurisprudência) é a arte do bem e da justiça. Neste sentido, os seguidores deste estudioso do direito, a "casta dos juristas", "são autênticos artistas".¹⁶³

Por mais estranho que pareça, não existe nenhuma matéria em que o estudo objetivo confirme, continuamente, e com mais clareza, a concepção materialista da história do que o estudo do direito e a ciência jurídica. Se existe um lugar em que se imponha uma interpretação corretamente materialista dos fenômenos, este é, precisamente, o da história e da teoria do direito. O testemunho mais eloquente a favor da concepção materialista da história é dado, geralmente, não só pelo fato de a ciência jurídica ter permanecido sempre atrasada em relação a outros setores do conhecimento huma-

no, mas especialmente pelo fato de ter sempre deduzido as suas leis e os seus métodos de outra ciência. Física, biologia e psicologia ditaram, sucessivamente, as suas leis e os seus métodos à jurisprudência, sem que, em troca, jamais recebessem da ciência jurídica um enriquecimento que fosse mais que uma emenda "arbitrária" ou algum "esclarecimento", proposto pelos juristas, quando a lei desta ou daquela ciência "não atingia aquilo que o jurista a obrigava atingir".¹⁶⁴ Unicamente a mais nova das ciências, a sociologia, que, aliás, foi sempre uma espécie de parente da jurisprudência, e que acompanhou com precisão matemática a evolução desta, conseguiu, na sua apresentação burguesa, ser influenciada pela jurisprudência em vez de conquistá-la.

Já vimos nos capítulos anteriores como e por que o dualismo entre direito vigente e direito "ideal", entre direito positivo (ou, como se costuma dizer, "artificial") e direito "natural" (isto é, existente *apenas na idéia*), entre direito atributivo-normativo e direito intuitivo etc., é como um elo vermelho que atravessa toda a história do direito. Ambas as idéias se afastam ou se aproximam entre si, porém ninguém tenta explicar o fenômeno em função da oposição de interesses, em razão da luta de classes. Somente nas grandes agitações, durante as revoluções sociais, quando prevalece uma nova classe, nota-se uma conjunção ou também, momentaneamente, a unificação das duas idéias, uma vez que "só em nome dos direitos gerais da sociedade pode uma classe especial reivindicar para si o domínio geral".¹⁶⁵ Apenas em nome de toda a nação, por exemplo, conseguiu a burguesia francesa se impor durante a grande revolução.

Em tempos normais, este dualismo é tão profundo que o direito positivo, fruto da "casta dos juristas", e o direito "ideal", fruto da filosofia do direito, vivem-se separados por um verdadeiro abismo. Leiam-se, por exemplo, estas queixas do professor Sersenevici: "Enquanto os juristas se empenhavam exclusivamente na interpretação e sistematização das normas do direito positivo, a filosofia do direito era cultivada predominantemente por pessoas bem pouco enfonhadas na jurisprudência ou mesmo por leigos na matéria. Alguns estudavam o direito da maneira como é apresentado por suas normas, sem questionarem como deveria ser o mesmo, sem perguntarem se poderia ser diferente e, por seu turno, os filósofos dedicavam-se ao direito ideal sem conhecerem o direito vigente e os seus modos de

¹⁶³ Nossa conclusão não fica alterada, nem mesmo aceitando a artificialiosa tradução desta frase que Puntschart propõe: "O direito é a combinação harmônica de justiça e interesse".

¹⁶⁴ Cf. A ciência psicológica corrigida, do professor Petrazickij.

¹⁶⁵ K. Marx, Introdução à crítica da filosofia do Direito de Hegel, em K. Marx, Escritos da Juventude.

atuação".¹⁴⁶ Veremos a seguir que Sereshevici se enganou, pois os filósofos eram mais práticos do que pareciam.

Naturalmente que não se pode falar de uma ciência do direito onde faltava o direito, no sentido que lhe atribuímos; porém, os primeiros sinais e, por assim dizer, os primeiros elementos do conhecimento científico do direito, que encontramos na antiguidade clássica, certamente se aproximam mais da compreensão da natureza das relações jurídicas do que as diversas escolas jurídicas burguesas que se sucederam até hoje. A antiga "filosofia do direito" da Grécia clássica, por exemplo, apesar do seu idealismo, perdia-se menos em divagações do que os filósofos atuais. A antiga concepção da relação entre o homem e a natureza exterior e, analogamente, da relação entre homem e homem, não pôde conhecer esse individualismo e essa desagregação do ambiente social que caracterizam as diversas escolas filosóficas da mais florescente época burguesa. O papel do indivíduo é, mesmo na filosofia de Platão, rigidamente passivo, e o princípio de Aristóteles de que o homem é um animal político (*politikon* deriva de *polis*), ou seja, de que é membro da comunidade cívica dos homens livres, determina todo o sistema social daquela época. Em Roma, o direito é já claramente definido como *domínio clássico* e acha-se, de certo modo, individualizado o dualismo entre o direito positivo e a chamada justiça manifestada no contraste entre a letra do direito formal e as explicações e ordens dos pretores, entre o direito civil quirritário, o direito dos estrangeiros (*ius gentium*), que, no Estado, formavam a maioria, e o chamado *ius naturale*, que, conforme define um jurista romano, a própria natureza ensinou também a todos os animais que tenham nascido tanto na terra como na água. Este último direito referia-se evidentemente, em primeiro lugar, aos escravos, já que o citado jurista fala do divórcio e roubo, o que, certamente, não pode ser aplicado às feras nem aos peixes: esta contraposição dos homens às feras e aos peixes, que tanto inquietava os estudiosos, encontrava-se relacionada com a equiparação do escravo ao animal.

O direito medieval não podia expressar, por si próprio, este dualismo, porque o direito feudal era abertamente o direito do mais forte, e estava diretamente protegido pelo deus medieval, ou melhor, pela Igreja feudal, que era, ao mesmo tempo, o maior feudatário. Os camponeses medievais não expressaram uma ideologia progressista própria e, nem sequer nos momentos de tensão revolucionária, reverteram-se a seus antigos costumes patriarcais. Só a classe ascendente da burguesia da cidade surgiu com uma nova concepção do mundo:

o "direito natural". Desde então tem início com clareza no direito o aparecimento desse dualismo a que resumidamente me referi.

O primeiro a formularizar o direito natural com um novo sentido foi Tomás de Aquino (1225-1274), um monge escolástico italiano. Depois dele, um outro italiano, Maquiavel (1467-1527), torna-se célebre graças à sua concepção claramente materialista da história. Porém, considera-se o primeiro teórico leigo do direito natural o holandês Hugo Grocio (1583-1644). Mais tarde, a filosofia do direito consolida-se na Inglaterra, depois na França e conclui o seu ciclo na filosofia alemã dos séculos XVIII e XIX. Qualquer manual de economia política mostrará, a quem o ignore, que este ciclo da doutrina jusnaturalista é perfeitamente simultâneo no tempo com o desenvolvimento que acompanha a propriedade privada capitalista e o capitalismo em geral. Considerado mais analiticamente, o *direito natural* não é mais do que o *programa jurídico*, isto é, político, da *classe burguesa ascendente*, ou melhor, do que o esboço e consequente desenvolvimento do seu programa econômico. Poder-se-ia acrescentar que foi uma investigação bastante primitiva, porquanto os esforços para reencontrar a "essência da natureza humana", de fazer derivar dela uma fórmula adequada ao "espírito das leis", lembram, de certo modo, as tentativas dos alquimistas medievais para encontrar a pedra filosofal (*Stein der Weisen*).

Como já foi mencionado, Tomás de Aquino é, embora com reservas, considerado por alguns como o fundador do jusnaturalismo e situa-se, de fato, já no limite entre o velho e o novo mundo, com quanto demonstre ainda uma clara inclinação para o passado. E isso é compreensível, pois tem diante de si os sinais ainda recentes do comunismo primitivo, isto é, do que se chamou semicomunismo, de maneira que reconhece abertamente que naquela época *tudo* (e, naturalmente, a terra em primeiro lugar) deveria ainda *ser por natureza comum*. Contudo, interpreta esta tese jusnaturalista no sentido de que na verdade *todos os bens naturais* foram criados para *sustento de todo o gênero humano*, e que a natureza não considera necessária a distribuição dos mesmos. Porém, esta comunidade dos bens, contínua, pode realizar-se mediante o *comunismo* ou mediante a *propriedade privada*; o comunismo, contudo, só foi possível no estado de inocência natural do paraíso terrestre, em contrapartida, depois do pecado original, tomou-se necessário aceitar, como condição natural, a propriedade privada. Com uma simples dedução, portanto, reconhece a necessidade da propriedade privada para a sociedade presente, porém, tendo ainda em mente a lembrança bastante recente do antigo comunismo tribal e o dever que a Igreja contraiu de, mediante o dízimo (*beneficium*), sustentar os pobres, salienta o *dever*

166. Cf. a sua *Obscure teoria prava*, cit. pp. 15-16.

do rico de dar esmolas aos pobres. Para Tomás de Aquino ainda se trata do dever puramente voluntário da caridade (*Liebergabe*), condicionado unicamente pela existência de um estado de necessidade; porém, para ele, a propriedade privada existe em função dos homens e não os homens em função da propriedade privada; condenando as grandes riquezas, é favorável a uma camada social intermediária poderosa.

Incomparavelmente mais moderno e, em certos aspectos, ainda atualíssimo, é o pensamento de outro célebre italiano, Maquiavel. A ciência burguesa viu nele, por causa de sua excepcional sinceridade, apenas o político diabólico, porém, o seu merecimento não está na sua técnica política, nem tampouco no seu jusnaturalismo, mas sim na sua moderníssima concepção materialista da história que, com o auxílio de sua experiência pessoal, expõe nas *Histórias florentinas*, magistralmente utilizadas pelo companheiro Pokrovskij, no seu livro sobre o materialismo econômico. Maquiavel, autêntico arauto da burguesia, já nos fins do século XV anuncia aquilo que só três séculos mais tarde seria efetuado: a obrigação de expulsar da teoria política o princípio teológico e assentá-la sobre bases puramente naturalistas, vendo no Estado o produto das necessidades e dos interesses. Em última análise, exige a separação (ou, mais exatamente, a libertação) do Estado da Igreja (o século XIX, após a vitória do Estado, colocará o problema de outra maneira ao exigir a separação da Igreja do Estado).

Depois de Tomás de Aquino, começa um período de três séculos, caracterizado pelas revoluções camponesas e pela Reforma, e surge em seguida, nos Países Baixos, o primeiro autêntico representante da filosofia do direito burguês: Hugo Grócio. Grócio divorcia-se abertamente das teorias da antiguidade clássica, baseando sua doutrina não mais na natureza em geral, mas na natureza do homem, e contrapondo ao direito histórico o direito eterno e imutável baseado na natureza do homem. Com ele estreita-se o limite entre direito natural e moral e nasce o sinal mais característico do jusnaturalismo: o individualismo. Todavia, rende tributo à sua época ao considerar como condição natural do homem o estado social, e testemunhando a essencialidade da inclinação humana para a vida social (*appetitus societatis*). Grócio, estudioso leigo e formado em matemática, é um tanto influenciado pelo protestantismo, porém, deduz o núcleo essencial da sua doutrina jurídica das relações internacionais, e a sua primeira e mais famosa obra, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625) é justamente dedicada ao direito internacional. Como primeiro expoente leigo do direito natural, defende, é claro, a propriedade privada, sem todavia formular ainda o princípio de um individualismo radical.

Um passo importante no sentido do individualismo burguês é dado pelo inglês Hobbes (1588-1679). Largamente influenciado pela filosofia da natureza, de seu tempo, dominado pela concepção especulativa de Aristóteles, Hobbes passa gradativamente a entender a natureza não já como uma relação de matéria e forma, mas como relação entre matéria e movimento, assimilando a idéia de movimento de Gailieu, a quem conheceu pessoalmente e a quem definiu como o homem que abriu as portas da física. Diferentemente de Grócio, Hobbes nega que a sociabilidade seja uma característica da natureza humana: o homem é lobo para o homem; não é guiado pelo amor ao próximo, mas pelo amor próprio, pelo orgulho e pelo utilitarismo, e só o temor é capaz de freá-lo. O seu estado natural de ser é uma condição de luta permanente pela existência e pelas comodidades da vida, da qual só é possível sair mediante uma entrega incondicional de todos os direitos ao Estado (*Leviatã*, metaforicamente), que Hobbes compara ao organismo humano. Somente o Estado estabelece a propriedade privada e, portanto, só ele pode dispor da propriedade ou dos próprios indivíduos. Na realidade, estes subordinam-se ao Estado, sem condição alguma, e ficam absolutamente privados de direitos. Hobbes, ideólogo da classe capitalista, autêntica defensora da ditadura do Estado, admite, apesar de tudo, uma certa liberdade; precisamente a exclusão objetiva de tudo o que impede o movimento (ou seja, o desenvolvimento industrial), de maneira que o poder deverá ser para a sociedade o que as margens de um rio são em relação às suas águas.

Porém, a burguesia inglesa considerou como seu autêntico profeta um outro filósofo, John Locke (1632-1704), que, seguidamente, monopolizou a modelação filosófica dos economistas, não só na Inglaterra, mas também na França e na Itália. Locke também adotou os métodos das ciências naturais, principalmente sob a influência de Newton, e, em relação a Hobbes, dá um passo a mais em direção ao individualismo: no estado da natureza, todos podem fazer tudo. Os homens formam voluntariamente o Estado para se autolimitarem, porém, o poder não deve ser absoluto (há aqui uma alusão ao Estado de direito), e o fim principal do Estado é a intangibilidade da propriedade. O Estado é pois o primeiro poder legislativo e a lei é no mundo o poder supremo, porém, acrescenta Locke, as leis naturais não perdem o seu valor, nem mesmo perante o Estado. Assim, o jusnaturalismo inglês afirma timidamente aquilo que na Inglaterra já se realizava na prática, isto é, o capitalismo moderno, o individualismo e a democracia. Por outro lado, só na França o jusnaturalismo adquiriu um caráter abertamente revolucionário: para chegar ao individualismo mais extremo precisava, no entanto, de passar pela

escola de Descartes (1596-1650), que se ergue, em nome da razão, contra qualquer autoridade. Resultado desta evolução é o *Contrato Social* de J. J. Rousseau (1712-1778), o qual é a quintessência da filosofia francesa do direito. O "Contrato" de Rousseau diferencia-se dos anteriores (do Contrato de Hobbes, por exemplo) na sua essência porque proclama a *soberania incondicional e ilimitada do povo*, porque só a vontade popular tem um valor decisivo e porque apenas esta cria as leis. O estado *ideal* é, para Rousseau, o *estado de natureza do selvagem*, do homem não civilizado, que foi abandonado por causa da propriedade privada e da desigualdade que provém da divisão do trabalho. Este estado da natureza em que reinava a igualdade é, para Rousseau, exatamente a idade de ouro da humanidade, porém, não considera o contrato social como um fato histórico real, mas como uma representação "intelectual" e parte, ao contrário, da existência da Sociedade-Estado. Sendo-lhe desconhecida qualquer concepção socialista, considera que a *intangibilidade da pequena propriedade* é um direito natural que vai acompanhado do *direito de revolução*, isto é, do direito de se tornar novamente ao estado natural para concluir um novo contrato social.

Esta idéia de que a revolução é um direito natural foi praticada na grande revolução francesa: as Declarações dos direitos do homem e do cidadão de 1789 e de 1793 proclamam como lei positiva o *direito natural* do homem à *tutela estatal da propriedade privada*. O contrato social assume a imagem real da *democracia burguesa*; e as Declarações, ao reconhecerem entre os direitos naturais a propriedade privada, como fundamento de toda a desigualdade (cf. Rousseau), e ao reconhecerem a igualdade política (*égalité*) colocam a desigualdade econômica¹⁶⁷ na esfera inviolável da "vida privada".

167. Neste sentido, Aristóteles é muito mais sincero, pois parte da *desigualdade* real dos homens e considera a justiça como a atribuição de direitos e honras de acordo com essa desigualdade. A idéia da *igualdade* é própria do pequeno produtor de mercadorias e nasce na esfera da troca de equivalentes. No seu artigo contra os juristas socialistas, Engels escreve: "(...) crê-se que estas normas jurídicas têm a sua origem não já nos fatos econômicos, mas em prescrições formais introduzidas pelo Estado. É uma vez que a concorrência, essa forma essencial da vinculação dos livres produtores de mercadorias, é o maior nivelador, a igualdade perante a lei tornou-se o principal grito de guerra da burguesia (...). O próprio proletariado, inicialmente, recebeu como herança do seu inimigo a mentalidade jurídica e procurou nela uma arma contra a burguesia (...). A reivindicação da igualdade foi ampliada no sentido de que a igualdade jurídica devia ser completada pela igualdade social". (K. Marx-F. Engels, *Obras*... 2.ª ed., Moscou, 1955, XXI, pp. 496-497). Cf. no cap. III deste livro a definição da classe de Kautsky.

O *dualismo* entre direito natural ou filosofia do direito e lei positiva *desaparece sem deixar vestígios* na grande revolução francesa, de modo que não houve mais, nem sequer fora da França, expoentes do jusnaturalismo que se destacassem, até os fins do século XIX, quando no meio burguês e na social-democracia, entre muitos outros, "retornos" se denuncia o "retorno ao direito natural". Evidentemente, o fenômeno está determinado, porque na consciência das massas abre-se uma nova lacuna entre o ultrapassado sistema burguês e um sistema social futuro, de acordo com o qual, de iguais condições derivarão iguais consequências.

Porém, com a unificação do direito natural com o direito positivo, termina o dualismo do direito para só tornar a manifestar-se como *dualismo* disfarcado no direito positivo, na contradição hipocritamente velada entre palavras e fatos, entre lei escrita e direitos fictícios da democracia burguesa, que caracteriza toda a sociedade burguesa. Trata-se de uma contradição interna, necessária, para que a burguesia, que vencera na revolução, em nome de todo o povo, não percebesse em seguida que representava apenas uma classe minoritária. Foi, então, uma *hipocrisia involuntária*, que aos poucos se conscientizou com o aparecimento e intensidade da luta do proletariado contra a burguesia.

O jusnaturalismo desaparece com a vitória conseguida pela burguesia na grande revolução francesa. A filosofia alemã do direito tem particularidades totalmente especiais, da mesma forma como a filosofia alemã geralmente se distingue completamente da filosofia francesa da revolução. Na França, os defensores da ciência filosófica lutam abertamente contra a ciência oficial, contra a Igreja e, mesmo frequentemente, contra o Estado; imprimem os seus livros no estrangeiro (Holanda ou Inglaterra) e não é à toa que vão parar na Basília. Na Alemanha, encabeçam o movimento alguns professores designados pelo próprio Estado para a educação da juventude; as suas obras são manuais aprovados pelo Governo e o hegelianismo, que agora todo o edifício da evolução filosófica, converte-se na filosofia estatal do Reino da Prússia. "Era possível que por detrás destes professores, por detrás das suas palavras perfeitamente confusas, por detrás de seus longos e cansativos discursos, se escondesse a Revolução?"¹⁶⁸ Engels traça assim as diferenças entre a França e a Alemanha para mostrar quanto se enganavam, ao analisarem a situação, tanto o governo como os filisteus satisfeitos consigo mesmos. Na Alemanha, a polémica ideológica foi, certamente, a mesma que se desenvolvia na França,

168. F. Engels, *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã*, trad. port., São Paulo, Ed. Acadêmica.

entretanto fosse uma variação crítica da mesma e, como diz Marx referindo-se a Kant, a "teoria alemã da revolução francesa" distinguia-se tanto da verdadeira revolução, como a revolução francesa se distinguia da revolução alemã de 1848. A valiosa reivindicação dos "direitos naturais" do cidadão transformava-se, na Alemanha, numa fragil teoria filosófica sobre os *deveres do cidadão*. O professor alemão Wundt sublinha nitidamente esta característica (*Das Recht*, p. 77): "A ética alemã (a 'filosofia da moral') tem uma peculiaridade que se transmite também à filosofia do direito: o papel superimportante (*liberalisierend*) que durante todo um século, desde Leibniz até a tardia (é assim chamada) 'filosofia popular', desempenhou o conceito do dever, de modo que a ética é, precisamente, uma teoria dos deveres e o direito natural toma, em relação ao direito civil, a forma de uma teoria dos poderes (*Befugnisse*) que o homem tem diante do homem."

O mais característico e ao mesmo tempo o mais notável destes filósofos alemães é Emanuel Kant, sobre o qual, assinala Mehring, foram escritos, durante a sua vida, 2.672 livros em alemão. E isto no século XVIII! Também em Kant o dualismo do mundo burguês, sobre o qual já falamos, encontrou uma fundamentação filosófica: "Kant é um dualista: concebe que a ideologia da classe dominante seja materialista na ciência e ao mesmo tempo prende-se ao idealismo no campo do conhecimento que extrapola os limites do conceito científico" (Plekhanov, no prefácio ao livro de Deborin sobre o materialismo filosófico). Assim como o seu antecessor Hume, Kant tem como ponto de partida, no seu sistema filosófico, o homem, considerando que a natureza humana é o único objeto do conhecimento e todo o conhecimento se reduz a um autoconhecimento. Para Kant, as coisas em si são incognoscíveis (impossíveis de ser conhecidas), porém agem sobre a sensibilidade do homem, e somente ao influenciarem a sua sensibilidade transformam-se em fenômenos ou representações que, consequentemente, só existem em nós. Desta maneira, em Kant, as coisas convertem-se na *idéia das coisas*: este é o chamado mundo sensível, o reino da necessidade, em que domina a lei da causalidade. Porém, além deste, existe o mundo supra-sensível, o reino da liberdade, ao qual pertencem as coisas em si, os objetos da intuição sem a mediação dos sentidos.

Os imperativos a priori deste campo, a consciência do dever, constituem a dualidade humana específica, chamada moralidade, que estimula o homem a realizar livremente, sem coação, os seus deveres: trata-se, pois, de alguma coisa diferente dos imperativos naturais do homem. A este mundo se opõe um outro, no qual a atitude do homem pode também encontrar-se subordinada às leis externas. No primeiro caso, temos uma *subordinação voluntária* às exigências da

moral; no segundo, uma conduta forçada, legal (jurídica). No primeiro caso, temos um imperativo categórico ou mandato a priori; no segundo, um imperativo condicional (hipotético), uma adequação dos fins da ação aos seus meios. Moral e direito são, por conseguinte, dois mundos diferentes: as ações podem ser objeto de coação, mas o pensamento não. Não obstante, a filosofia do direito é, geralmente, o *lado mais fraco da teoria de Kant*¹⁶⁹ uma vez que, em última análise, o direito não é o produto de um interesse empírico, mas um conceito ligado ao próprio destino do homem, que tem a obrigação de determinar as condições pelas quais o arbítrio de um pode coexistir com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade: "O que é o direito, senão a composição da luta dos interesses e das paixões, despertada pela participação na vida moral?" Aliás Kant repete, atenuando-a, a doutrina do contrato social de Rousseau, visto que também para ele o direito só tem, no estado originário, um valor preparatório, que somente se liberta com o aparecimento do Estado que adota o contrato social.

Deixe-me em Kant porque, desde algumas décadas, uma parte da nossa contra-revolução, que antes se inspirava na revolução, proclama o "retorno a Kant". Também quanto à Revolução, Kant permaneceu fiel ao seu dualismo: primeiro, enquanto a revolução concordava com o rei, saudou a revolução francesa como vitória ideal da razão pura, mas tão depressa dela se separou, que, praticamente fez uma reviravolta revolucionária (em 1793). O dualismo de Kant manifestava-se ainda com maior clareza na sua filosofia da religião.¹⁷⁰

Enquanto a filosofia de Kant considerava a "idéia", digamos assim, em êxtase, outro filósofo idealista, Hegel, situa, como base da sua análise, a *idéia em movimento*. Diversamente de Kant, Hegel, contudo, é monista, e para ele pensamento e ser são dois campos diferentes; não entende o movimento de idéias como movimento evolucionista, mas sim como movimento dialético de tese, antítese

169. Adickes, um dos biógrafos de Kant, baseado em escritos póstumos, chama a atenção sobre esta contradição e esta indeterminação da filosofia jurídica kantiana com as seguintes palavras: "Os mesmos conceitos repetem-se continuamente na mesma ordem. Parece que Kant está se movendo num *tread-mill*!"

170. Mehring destaca um elemento característico de Kant: este defende o pastor que, apesar do imperativo categórico que proíbe mentir, propaga do seu púlpito uma doutrina em que não acredita. Este, diz Kant, propaga uma determinada doutrina, mas a sua atitude interna é *questão privada* (*Privatsache*) dele. Não se deduz, porventura, daqui a afirmação do programa da social-democracia alemã de que "a religião é um assunto privado"? Kant comprometeu-se com o rei a não se ocupar nas suas lições do problema da religião, e cumpriu fielmente a sua promessa.

(negação) e síntese, ou seja, como um processo revolucionário. Neste aspecto, seus argumentos sobre o "Estado de razão" na Prússia adquirem um sentido todo especial, uma vez que só é racional o que tem fundamento para existir, e tudo o que é real na história humana transforma-se, por sua vez, em irracional ao carregar consigo, desde o seu início, os germes da sua irracionalidade. Em sentido contrário, todo o racional que nasce na mente do homem *está destinado a converter-se em real*, mesmo que entre em contradição com tudo o que existe e aparece, e tudo o que existe merece perecer (*Alles was besteht, ist wert dass es zu Grunde geht*): assim como o conhecimento também a história humana não pode terminar, e "todas as formas do ser social que se sucedem são apenas graus transitórios do curso infinito da sociedade humana, desde a mais baixa condição até a mais alta".

Na filosofia do direito, Hegel *nega a oposição entre direito natural e direito positivo*. Afirma que o direito natural ou a filosofia do direito é o *fundamento racional do direito positivo*, porém, quando aplica a filosofia do direito ao estudo do direito atualmente em vigor, apresenta também esta realidade como uma realidade em movimento, da mesma forma que o pensamento. Estado e direito são, na realidade, racionais enquanto reais e, apesar de serem reais, tornam-se aos poucos irracionais, ou seja, têm em si desde o princípio os germes da irracionalidade. Só levando-se em conta tudo isto, pode-se compreender que o filósofo oficial da Prússia pudesse ser simultaneamente um ardoroso admirador da revolução; não só houve entusiasticamente, numa carta a Shelling de 16 de abril de 1795, a filosofia de Kant, como sendo o princípio da revolução tanto teórica como social, como também, num dos seus últimos cursos sobre a "filosofia da história", fala com o mesmo entusiasmo juvenil da revolução, como de uma "maravilhosa aurora". De fato, Hegel criou as bases da *filosofia revolucionária do proletariado*, pois só por meio dele Marx e Engels chegaram ao seu materialismo dialético.

Marx e Engels chegaram ao *materialismo dialético e histórico* partindo precisamente do método de Hegel. Não me ocupei mais com este assunto, pois já o fiz no capítulo V. O marxismo não elaborou uma nova filosofia do direito ou uma nova concepção do direito, mas forneceu o material e o método para isso, os quais, por outro lado, além de não serem compreendidos, também não foram utilizados até a publicação do livro de Lênin *Estado e Revolução* e, em geral, até a revolução de 1917. Até aquela época, os nossos marxistas tinham-se contentado diante da concepção "burguesa", ou seja, jurídica, do mundo, das relações interindividuais, a aparentar uma imponente indiferença sem perceberem as ideologias antiquadas

burguesas, conservadas em sua mente. Estavam esperando a eliminação do direito burguês e de toda a espécie de direito sem se darem conta de que do mesmo modo que deveria haver um tipo especial de estado de transição, deveria haver também um particular tipo de direito: o direito do sistema soviético. Ao mesmo tempo, na "ciência do direito", permaneceram sem discussões as doutrinas sobre o direito "geral" (ou seja, burguês) e sobre o direito soviético (obviamente um direito anti-juridista): apenas se lhe dando um tom marxista.

Já foi dito que Hegel foi o último "filósofo do direito", que merece atenção. Tive seguidores, mesmo entre os juristas burgueses. O mais importante dentre eles foi Lorenz von Stein, de quem já falei. Cite-o como exemplo, por afirmar que a ciência burguesa, amedrontada pela revolução de 1848, terminou conciliando-se com o inconciliável, ou melhor, emaranhando-se em toda a espécie de compromissos. A escola que mais tipicamente representa esta tendência é a denominada escola jurídica do socialismo, quer seja escola burguesa ou socialista, com a sua teoria da revolução legal, que culminou com o último livro de Kautsky.¹⁷¹

O ardor da polémica do jusnaturalismo revolucionário terminou com a grande revolução francesa, ao ser inserido no direito positivo. Porém, o dualismo interno do direito conseguiu ser considerado clássico com o mais simples dos filósofos do direito, na teoria de Jeremias Bentham (1748-1832). Em Bentham, que ainda hoje domina, especialmente entre nós, o pensamento dos juristas, concentram-se todos os esforços realizados pelos alquimistas do direito, com o fim de encontrar a pedra filosófica de uma fórmula milagrosa da justiça burguesa e, portanto, da justiça eterna e absoluta. Já em 1908 o professor Vladimirov escrevia: "A obra completa de Bentham em língua russa *tão necessária* no momento de renovação de nosso direito (ou seja, depois da revolução de 1905), espera ainda um editor". O professor Korkunov conclui com Bentham a sua história da filosofia do direito; e as obras dos mais ilustres juristas (cf., por exemplo, *Problemas fundamentais do direito civil*, do famoso civilista

171. O autor devia ter dito que as revoluções não se fazem com leis (K. Marx, *O Capital*, I). A opinião dos oportunistas é diametralmente oposta, e alguns deles (os juristas socialistas) chegam a afirmar: "O socialismo ou seja jurídico ou não". Adler qualifica de socialistas as teorias "que visam à eliminação da miséria (*Elend*) mediante a reforma do direito" (cf. Laskine, *Die Entwicklung des juristischen Sozialismus*, cit.). E devo dizer que esta classificação pode mesmo ser considerada radical em comparação com a miscelânea (*Quark*) que, desde 1918, o Ocidente nos deu na era da revolução.

Pokrovskij, 1917) encontram-se cheias de citações deste "mágico encantador" da sabedoria jurídica.

Lembramos, ainda, que no livro primeiro de *O Capital*, Marx escreveu o seguinte sobre Bentham: "Se eu fosse tão ousado como o meu amigo Henrique Heine, denominaria Jeremias de gênio da estupidez burguesa". Sobre a ciência jurídica, Bentham escreveu literalmente uma montanha de *livros cheios de trivialidades* tiradas, no que diz respeito à ciência jurídica, não da idéia abstrata ou da razão de um homem perfeito, mas da natureza do filisteu inglês normal. O seu princípio utilitarista, o princípio da utilidade, não foi criação sua, pois não fez mais do que "copiar sem um pingão de engenho o que Helvétius e outros franceses do século XVIII tinham dito habilmente. Para ele, o *interesse individual* é a força motriz de todas as ações. Porém, todos os interesses, quando bem entendidos, terminam harmonizando-se íntima e perfeitamente: bem entendido, o interesse do indivíduo é ao mesmo tempo interesse social". Justamente por isso, porque cada um cuida apenas de si mesmo e ninguém se interessa pelos outros, "todos concorrem, graças a uma *harmonia preestabelecida* das coisas, ou com a proteção de uma providência totalmente sagaz, para a realização da obra em seu proveito mútuo, da sua conveniência coletiva, do seu interesse social". Para Bentham, o interesse geral é, portanto, o supremo critério da vida humana: "todo homem, quando define o justo e o injusto, deixa-se guiar pelo critério da utilidade, ou seja, deseja o prazer e foge da dor". Este é o "direito ideal" de Bentham; a teoria da utilidade marginal é, pois, ao mesmo tempo, a teoria da *justiça suprema*: nada está sujeito a melhor ou mesmo no melhor dos mundos! "A maior felicidade possível para o maior número possível" e basta! Eis aqui a suprema finalidade (e, digamos, modesta) do Estado, segundo a teoria de Bentham. Depois dele, como veremos, nenhuma outra teoria burguesa da "justiça", do "dever" ou do "direito justo" foi tão valorizada: "O direito vigente é criado pela lei; só o direito positivo mantém a paz e oferece proteção a todos". O *direito natural* é uma *quimera*: eis aqui o dogma da burguesia após a revolução, como o demonstra Bentham, que, realmente, se alinha contra a revolução durante a revolução e ao lado dela quando se *converte em contra-revolução*.

Após a queda do jusanaturalismo, a ciência burguesa só conseguiu ter uma única orientação: o positivismo-psicologismo. O esquema filosófico foi preparado pelo filósofo francês Augusto Comte (1798-1857), que restringiu a função de sua filosofia positiva à transposição dos métodos gerais das ciências naturais para o estudo da sociedade. A ciência criada por ele, a sociologia ou ciência do

homem como membro da sociedade, reduz-se a aplicar à sociedade e ao Estado os métodos de estudo do homem como indivíduo. A sua conclusão sobre a necessidade de os homens professarem uma determinada religião dificilmente se concilia com o seu positivismo, mas proporciona à ciência jurídica, por assim dizer, uma religião leiga.

Se o positivismo é a ideologia da burguesia, a chamada *escola histórica* fornece a teoria da contra-revolução, expressa a reação contra o jusanaturalismo revolucionário. Os seus representantes, os juristas alemães Hugo,¹⁷² Savigny e Puchta rejeitam tudo o que cheira a revolução, uma vez que para a sua teoria, o direito é a formulação e o desenvolvimento gradual do "espírito nacional". Esta escola que Marx, na sua juventude, repudiou como "escola que justifica a infâmia atual com a infâmia do passado", teve, contudo, um merecimento de reunir, incessantemente,¹⁷³ um material precioso, à semelhança daquilo que as escolas históricas fizeram também noutras ciências, por exemplo, na economia política. Descobrendo o velho mundo derrotado, tive a oportunidade de analisar os fatos com mais franqueza do que o faria mais tarde a hipocrisia burguesa.

Ao se ver livre dos médicos, dos matemáticos e de todos aqueles que, embora não sendo do ramo, se ocupavam exclusivamente da filosofia do direito, a jurisprudência transformou-se numa técnica e, mais do que isso, numa técnica misteriosa.¹⁷⁴ A lei e o costume foram o seu material de estudo e, ao mesmo tempo, o resultado do seu trabalho. Porém, onde se colhia todo este material? Como resposta surge um *leitmotiv* com as mais diversas variantes: o *direito deriva da vontade*, quer se trate da vontade de Deus, de um ídolo, da razão, do homem, da coletividade etc., e por vontade entende-se uma *vontade livre*, a qual, por sua vez, dirige-se também à *livre vontade* do indivíduo para orientar a sua conduta e as suas ações. Por este caminho só se pode chegar, no máximo, a uma teoria psicológica do direito: a ciência burguesa não ultrapassou esta meia.

172. Se (...) com razão, se deve considerar a filosofia de Kant como a teoria alemã da Revolução Francesa, então o direito natural de Hugo é a teoria alemã do antigo regime francês" (K. Marx).

173. K. Marx, *Introdução à crítica da filosofia do Direito de Hegel*.
174. Já Hegel satirizou a casta dos juristas com as seguintes palavras: "A classe dos juristas, que possui o especial conhecimento das leis, possui frequentemente este conhecimento como seu monopólio, e quem não é do ofício deve-se calar (...). Mas, da mesma maneira que não é preciso ser sapateiro para saber se os seus próprios sapatos assentam bem, tampouco é necessário, em geral, ser do ofício para saber dos objetos que são do interesse geral". No mesmo sentido: "Colocar as leis tão alto que ninguém as possa ler", como fazia o tirano Dionísio, "é uma flagrante injustiça". (Hegel, *Filosofia do Direito*, p. 215).

Realmente, na ciência burguesa, Rudolf Ihering, freqüentes vezes citado (1816-1892), tentou mais uma vez fundamentar cientificamente a teoria do direito, quando aceitou explicitamente a *relatividade* de todo o direito e quando criticou, em suas raízes, a teoria voluntarista da origem do direito. Encerra-se assim o processo, iniciado no século XVIII, de substituição da idéia religiosa que se fazia do mundo, como Engels assinalou, por uma concepção leiga, isto é, jurídica, processo que elimina da ciência os últimos resquícios de teologismo. A tese delineada por Ihering no seu *Geist des römischen Rechts*, segundo a qual o direito nada mais é do que um interesse protegido, foi recebido pelos juristas como uma heresia. "O conteúdo do direito não é a vontade, mas o interesse", mas que interesse? Ihering não possuía nem a competência nem a erudição necessárias para responder abertamente: "O interesse de classe". Filósofo mecânico, passou do hegelianismo para uma teoria psicológica e organicista, e, na *finalidade do direito*, refugiou-se na teologia, muito embora lhe tire toda a base, quando define o fim como um princípio *relativo e não absoluto*. Ao apresentar a sociedade como "uma atividade comum visando a fins comuns", que existe quando "cada um, ao agir para os outros, age para si, e ao agir para si age para os outros" em nome do "sentimento do dever" e do "amor", continua doutrina do inefável Bentham. Nem a força de seu engenho, nem a sua comprovada sinceridade salvaram Ihering, que não conseguiu alcançar o nível de uma concepção classicista: a palavra interesse tinha para ele o mesmo significado que utilidade individual, e a sua "luta pelo direito", entendido como um interesse tutelado, não se distingue da polémica sobre a qual o "célebre" Jeremy Bentham construiu a sua teoria.

Um interessante esforço para libertar a teoria de Ihering da teologia e inseri-la no realismo, ou seja, no sociologismo de Comte, foi realizado pelo professor Sergey Muromcev. Este célebre estudioso, que nos legou obras interessantes sobre a história do Direito Romano e sobre a sua adoção, parte do pressuposto de que "a luta (disputa) das idéias é a forma necessária do desenvolvimento do direito em todos os seus estágios de existência (formação, aplicação, revogação)", e tomou a si o encargo de individualizar as *leis de desenvolvimento do direito civil*, propondo como objeto das ciências sociais em geral sociedade, a exemplo de Comte. Por isso, tomou como membro da sua investigação as relações entre o homem e as coisas e entre o homem e o homem, complicando-as por outro lado com a introdução do conceito de união social. Todas as relações humanas que formam

o objeto da sociologia dividem-se em dois grupos: o primeiro engloba as relações nas quais o sujeito recebe dos homens que o cercam apoio e defesa contra todo *obstáculo* estranho a este ambiente favorável; o segundo grupo é formado pelas relações nas quais o sujeito é definido de obstáculos vindos dos *membros da mesma união social*. A defesa pode ser organizada ou não. A *defesa organizada*, feita por um ordenamento próprio para isso e, geralmente, por órgãos específicos com este fim, é precisamente aquilo que chamamos de *defesa jurídica*.¹⁷⁵ Para Muromcev, a *defesa jurídica* (ou organizada) é, portanto, a característica distintiva do direito, e a sua presença condiciona e determina todas as demais características deste: o direito é uma relação que pertence ao segundo grupo, protegida por meios específicos (organizados ou jurídicos), qualificada pelo fenômeno da defesa organizada. O conjunto das relações é chamado, como vemos depois, de ordenamento jurídico.

Muromcev aproxima-se da nossa concepção de direito, porém a falta de uma visão clara de classe torna também ineficaz o seu abstrato esquema das relações sociais: conclui a sua obra com a irrelevante afirmação de que "não repugna à verdade admitir a opinião segundo a qual a *justiça* de início esteve em contradição com o ordenamento jurídico, e que é necessário tender a ela, substituindo o atual ordenamento injusto". Mas quem indicará o caminho? Comte, ou outra vez Bentham?

Chamamos, pois, a atenção para a total infecundidade de uma ciência que desconhece, pura e simplesmente uma concepção materialista da história. No entanto, uma vez que não foi possível silenciar o pensamento de Marx e Engels, teve início na ciência jurídica o que antes acontecera também na sociologia: inicia-se a *falsificação burguesa e "socialista" do materialismo histórico*.

Lá em alguma parte a interessante história dos três irmãos Ivan, que estudavam teorias filosóficas. Dois eram considerados inteligentes e o outro ignorante. Os dois primeiros caíram em infinitas contradições nas suas doutrinas; um libertou-se delas, abraçando a teologia, e o outro acabou num manicomio; só o terceiro conseguiu alcançar a meta impossível: não encontrou qualquer contradição; enfiou todos os dados contraditórios em um sistema rigoroso e tornou-se famoso. Algo semelhante aconteceu com os problemas levantados pelo materialismo histórico: é a economia que determina o direito, como Marx ensinou, ou, pelo contrário, é o direito que determina a economia? Sobre este problema sobrevieram, na cultura burguesa e social-democrata, calorosas discussões, até que em 1896 surgiu

175. Muromcev, cit.

o livro de Stammler que o resolveu num instante: economia e direito são dois aspectos de um mesmo fenômeno; a economia é o conteúdo, o direito é a forma, e a forma, ou seja, a "forma externa" determina neste caso específico o conteúdo. Resumindo, Stammler teoriza a primazia do direito e a correspondente teoria de "direito justo" e regularidade social: não existe qualquer contradição... Agora, Stammler tornou-se um professor famoso; é, mesmo, "conselheiro secreto de justiça"; graduou-se em Marburgo e publicou juntamente com outros uma volumosa revista; quando a ciência burguesa quer elogiar algum socialista diz que "se aproxima de Stammler". Contudo, é difícil conceber algo mais comum do que a sua dissertação sobre o "materialismo social" e do que a sua explicação e prova da "primazia" do direito: A sociedade é de fato somente a atividade conjunta dos homens submetidos a regras externas. Já defini este modo de pensar e agir como uma "mistificação" da ciência social: a teoria de Stammler não vai além desta trivialidade. O seu "direito justo" é a idéia de uma sociedade humana na qual cada um faz dos fins alheios os seus próprios fins, e na qual dominam os princípios do respeito e da participação (*Achten und Teilnehmen*). Contudo, não aceita o "direito natural". Alguns encontraram na sua doutrina "um retorno a Kant", porém, enganam-se, pois que há apenas um retorno a um velho conhecido nosso, a Bentham!

O professor Petrazickij é considerado na Rússia como o maior expoente da mais nova filosofia do direito. Petrazickij dá inleto à exposição da sua teoria psicológica de um modo original, "explicando", isto é, corrigindo adequadamente a ciência psicológica. Não foi o único a agir dessa maneira, pois também Stammler, para aplicar a sua concepção do direito à psicologia, corrigiu, primeiramente, a sociologia, elaborando uma sociologia jurídica própria, adaptada aos seus próprios fins. Petrazickij escreve: "Se se supõe que o fenômeno jurídico consiste em ordens dadas pelos fortes aos fracos etc., teorias como a de Ihering sobre a origem e a evolução do direito parecem verdadeiramente legítimas e naturais". Considerando-se, porém, que os fenômenos jurídicos consistem num instante específico de emoções éticas de caráter imperativo-atributivo, estas teorias desmoronam-se. Desta maneira, Petrazickij teria obrigação de explicar, antes de tudo, os fenômenos jurídicos com os dados da ciência psicológica, porém, ao contrário, começa por "explicar" a própria ciência psicológica. A psicologia baseia-se em elementos psicológicos unilaterais, enquanto que Petrazickij precisa de elementos psicológicos bilaterais e para tanto cria uma psicologia especial das emoções: "para resolver o mencionado problema, é preciso construir e fundamentar uma teoria científica dos processos psicossociais, uma sociologia científica". Mas,

por fim, declara abertamente, que "particularmente, a própria natureza dos fenômenos morais e éticos até o presente não está explicada, sendo muito discutível e diversamente interpretada". Por isso recorre inclusive aos adeptos do materialismo histórico de um modo delicado: "Entre o darwinismo e o materialismo histórico por um lado, e a minha teoria por outro, não há maior contradição ou grande incompatibilidade; ao contrário, a minha teoria é muito útil para o materialismo econômico, pois, ao reduzir o direito a fenômenos psíquicos específicos, constitui, por assim dizer, uma excelente resposta para a origem e evolução do direito: trata-se de correlatos psíquicos que refletem a matéria social, cujos conteúdos variam quando varia a matéria social, e que atuam como funções desta". Não falaram marxistas que caíram no engodo e tentaram conciliar o inconciliável, e isso, naturalmente, porque não houve um esforço sincero para explicar, de maneira marxista, o campo das relações jurídicas.¹⁷⁶ Para despertá-los deveria ser-lhes suficiente a grande popularidade que a teoria de Petrazickij tem nos ambientes políticos da juventude.

Em primeiro lugar, Petrazickij segue fielmente a teoria voluntarista do direito, considerando apenas a vontade do sujeito e nuttando somente o conceito de "vontade". Em segundo lugar, volta, em última análise, ao direito natural na sua forma mais grotesca, benthamiana, e acaba por seguir a teoria de Stammler. Veja-se, além disso, o testemunho do próprio Petrazickij. No seu artigo em alemão *Von Einkommen* declara que foi obrigado a buscar, novamente, a idéia fundamental do direito, não zombem os leitores, "na idéia do amor entre os homens",¹⁷⁷ e que Stammler está plenamente de acordo com ele, contanto que seja um amor *cometido* e *recíproco* e que se entenda por amor "não um sentimento efetivamente existente, mas um ideal de convivência harmônica". Petrazickij concorda com isto e em qualquer resposta cita, com satisfação, a definição de sociedade de Stammler como "sociedade de homens que se amam livremente". O cuco elogia o galo etc... Contudo, considerando-se que o direito natural não é mais que o programa jurídico da burguesia, o que dissemos pode ser resumido na seguinte fórmula idílica, que tão bem se harmoniza com o programa político dos cadetes: idéia de amor entre os homens, ou seja, propriedade privada da época do imperialismo!

176. Entre nós, mesmo depois da revolução, subsistem vestígios, embora raros, de teoria psicológica de Petrazickij.

177. De certo modo, Petrazickij se aproxima aqui do conhecido psicólogo de salão Freud (de Viena), que é cercado de admiradores, até mesmo entre os nossos marxistas.

Entre os juristas burgueses, o professor Gumplovicz, da universidade de Graz, tem um destaque todo especial. Com muita convicção censura os seus colegas juristas, afirmando que "é necessário considerar como desgraça o problema de o Estado ter caído nas mãos dos juristas (...). O que estes pensam e arquitetam (*Zimmern und bauen*) neste campo, interessa só a eles. Hoje, criam teorias que amanhã eles próprios destruirão; falam de teorias dominantes e teorias derrotadas, e enquanto isso o mundo não dá ouvidos nem a umas nem a outras" (cf. o seu *Staatsrechts Schlussbetrachtung*). Além disso, afirma que a concepção materialista da história de K. Marx, segundo a qual as causas motrizes mais profundas (*tieftliegende*) de todo o desenvolvimento histórico (e, portanto, também da evolução do Estado) têm caráter econômico, encerra uma visão nova e em grande parte verdadeira do Estado. Ele próprio vê no Estado, e também no direito e na propriedade, um instrumento de opressão violento da maioria, por parte de uma minoria, e concorda com a opinião de Raizenhofer segundo a qual "o Estado ajuda o capital a utilizar o trabalho para fins servis, convertendo-se por sua vez em escravo do capital". Estado, direito e capital são sempre segundo ele resultado de *uma luta* que se trava no campo dos interesses materiais e de uma injusta distribuição da propriedade. Chega, inclusive, a afirmar, talvez demasiadamente incisivo que "a história não possui nenhum exemplo de que o Estado não tenha nascido da violência, mas de qualquer outra coisa". Não obstante, ignora o modo de pensar classista: pensa que a luta se dá somente entre grupos raciais heterogêneos (*heterogene*), considera Marx um enigma psicológico e censura Engels por nem ao menos duvidar (*dass keine Ahnung*), de que o processo social seja, por sua vez, um processo natural (*Naturalprozess*), idêntico aos demais etc. Mas é interessante verificar qual é a conclusão tirada por este anárquico professor pequeno-burguês, tão combativo em suas palavras: termina afirmando que já está próximo "um compromisso (*Ausgleich*) capaz de conciliar os interesses opostos" e que "as atuais condições sociais vivenciam uma *me-lhoria lenta*, um progresso e uma humanização". A culpa da lentidão do processo é a indiferença, a limitação, a brutalidade e a violência dos homens.

Ainda mais próximo do materialismo histórico por palavras, naturalmente, achase o professor vienense Menger, que já citei várias vezes como fundador burguês do chamado socialismo jurídico. Como disse, entre todos os estudiosos burgueses, é ele quem mais se aproxima do socialismo: "Pode realmente a propriedade privada nascer do espírito de toda a nação?", pergunta Menger. E responde: "Não! Só pode nascer pela *violência*, pelas relações de poder; tanto na

Inglaterra como no continente, só pode nascer mediante guerras, revoluções e conspirações (...). A legislação restringiu-se, pelo menos no campo do direito civil, que é a parte mais importante do ordenamento jurídico, a sancionar as consideradas relações de poder. E a legislação, por sua vez, não é mais do que um joguete manobrado pelos agentes sociais do poder (...). Qualquer ordenamento jurídico, existente até hoje, surgiu, por assim dizer, das relações de poder, e portanto só beneficiou a poucos poderosos à custa de grande parte do povo". O mundo antigo e a Idade Média dão abertamente testemunho disto, mas, até a grande revolução francesa, inclusive, contentou-se apenas em esconder (*Verdecken*) estes inconvenientes (*Misstände*) sem os destruir (...). Apenas enfraqueceu as correntes econômicas, mas não as destruiu (...). E, profetiza Menger, pelo menos *até fins do século XX* (como se pode notar, o professor é prudente ao determinar o prazo) a questão social será assunto palpitante para toda a humanidade".

Contudo, Menger vai muito mais além no seu modo de pensar do que qualquer socialista de sua época. Na sua obra *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, faz duras censuras ao Código Civil alemão, esse moderníssimo fruto do pensamento jurídico burguês, em se tratando das classes não possuidoras, e refuta ardorosamente a teoria da escola histórica que ensina uma evolução paulatina (*allmählich*) lembrando as radicais mudanças feitas com a adoção do Direito Romano no fim da Idade Média e com a adoção do constitucionalismo inglês no século passado. Enfim, contesta a escola do direito natural, com um argumento muito razoável, dizendo que sempre agiu em favor das classes possuidoras.

Dá-nos a impressão de que o próprio Deus suscitou este estu-dioso burguês para ajudar os socialistas, e, como já foi salientado anteriormente, Engels achou conveniente dar-lhe uma resposta, já em 1887, quando, pela primeira vez, escreveu sobre o socialismo, censurando sua teoria do direito da totalidade do produto do trabalho. Também nesta ocasião, Engels foi um profeta, pois a teoria atingiu em pouco tempo, como uma epidemia, a social-democracia e o socialismo em geral. A idéia de uma evolução *mediante o direito*, e, portanto, de uma evolução exclusivamente pacífica para a nova sociedade, idéia que Engels passou a chamar de *Juristen-Sozialismus*, transformou-se no *leitmotiv* dos oportunistas de todo o mundo, a partir de 1890 e é hoje o canto de cisne dos socialistas traidores. De certo modo, Menger talvez tenha mais merecimento que eles, pois, diz claramente, por exemplo, que "não se pode falar de indenização total, em caso de expropriação (*Ablösung*) revolucionária, pois de outro modo vigorariam as atuais relações de poder". Mas, quando

Menger procura fazer, em seu livro, um esboço da sociedade futura como "Estado popular (*volksstaat*) do trabalho", logo aparece toda a mentalidade contra-revolucionária do autor. Somente para ilustrar já mencionamos o caso escandaloso da provável forma monárquica deste "Estado operário" alemão. Para falar a verdade, o regime de Ebert e Noske deu um aparente valor histórico a esta originalidade e ao menos Menger foi mais inteligente e digno de respeito por ter revelado a sua concepção burguesa. Por outro lado, Menger justifica o seu modernismo com o argumento da ignorância das massas, isto é, com a sua desconfiança pelas massas. A reforma e mais ainda a revolução trouxeram sempre como consequência, afirma Menger, um completo rompimento com o direito (*Rechtsbruch*), porém, "as revoluções políticas resolveram só aparentemente os problemas populares porque, quase sempre (*Zumeist*), buscaram apenas transferir o poder político de um pequeno grupo (*Ceteris*) para outro, enquanto (...) a transformação social pressupõe uma completa regeneração moral do homem".

Quando consideramos globalmente a obra dos socialistas, marxistas e não-marxistas, que escreveram sobre temas jurídicos, encontramos, com menor clareza, as mesmas idéias de Menger: somente se evidencia mais o conceito de *integração pacífica*, do qual Menger tira as suas conclusões. A idéia de "aprofundar" (*Austöhlen*) a instituição da propriedade, de "regenerá-la" ou de "socializá-la paulatinamente" é repetido sob os mais diversos aspectos em Jaurès, Bernstein e outros, embora a substância do socialismo jurídico, como concepção puramente burguesa do mundo, continue intacta. Já mencionel que entre as obras jurídicas dos socialistas não há nenhuma que enfoque o problema sob o aspecto da luta de classes revolucionária. Isso foi impossível até a publicação da obra de Lênin *Estado e Revolução*, que, mergulhada no ambiente da revolução russa, mostrou claramente o verdadeiro pensamento de Marx e Engels, deformado por toda a "superestrutura" oportunista que se sobrepujara ao marxismo. Outubro transformou em realidade esta teoria do estado proletário. A constituição do tribunal de classe do proletariado representou o passo seguinte. Tem início finalmente a revolução na esfera jurídica, pois triunfa a concepção *classista* do direito.

CAPÍTULO X DIREITO E JURISPRUDÊNCIA

Como já vimos, a nossa concepção *classista* do direito faz surgir, pela primeira vez, uma autêntica ciência do direito: finalmente temos, de fato, um objeto para a investigação científica, e é possível que a jurisprudência seja tratada não só como uma técnica ou uma arte, mas também como uma ciência. Por outro lado, devemos definir novamente o campo ou a metodologia desta ciência, de certa forma nova, e, além disso, distingui-la, por um lado, das disciplinas que lhe são afins, e relacioná-la, por outro, com os setores do conhecimento que, direta ou indiretamente, podem oferecer-lhe meios para investigar com êxito o campo do direito.

A jurisprudência é, a nosso modo de ver, uma *ciência da sociedade*, isto é, das *relações recíprocas* dos homens no processo de produção e de troca. No mesmo setor atuam também muitas outras disciplinas especiais: as ciências econômicas e, entre elas, a economia política, a história, a sociologia, a etnografia, a política e a ética. É preciso que se faça uma distinção entre elas; e, não havendo maiores disputas, nem dificuldades especiais em relação às demais disciplinas, em contrapartida, é muito complicado fazer a diferenciação da economia política da jurisprudência e da sociologia. Inicialmente, nas universidades pré-revolucionárias, a jurisprudência englobava todas estas disciplinas como disciplinas auxiliares; no Ocidente, pelo contrário, a jurisprudência e a economia política eram matérias que se opunham entre si. Atualmente, entre nós, elas se acham pelo menos no mesmo nível, ou, dizendo melhor, a jurisprudência é ainda uma ciência, um tanto descuidada porque não se creía ainda que tenha sido elevada à "dignidade" da ciência.

Também na determinação dos objetos de cada uma destas ciências é necessária muita tolerância porque, no início, será difícil evitar

um certo paralelismo, e isso até que seja possível estabelecer o limite racional e científico para cada uma das disciplinas. Isto por um lado. Por outro, o jurista deve interessar-se pela psicologia fisiológica¹⁷⁸ (deixando de lado as demais psicologias), pela psiquiatria e pela pedagogia em relação com o direito penal; pela lógica e pela filosofia, enquanto esta última possa ainda ser considerada ciência e não literatura ou mística. Mas não vou me demorar por mais tempo neste ponto porque o problema se relaciona com os ramos especiais da jurisprudência.

As ciências econômicas, e de modo especial a economia política, consideram as relações sociais sob um aspecto estritamente econômico, como relações de produção e de troca, fazendo investigação abstrata sobre as relações entre os homens no processo de produção e de troca. A *sociologia* já não deve ser, como antigamente, uma ciência que se ocupa do indivíduo como membro da sociedade, mas uma ciência que estuda a sociedade no seu conjunto e as suas leis de desenvolvimento. A *jurisprudência* deverá estudar, primeiramente, as formas das relações sociais, isto é, as formas nas quais, no dizer de Marx (*O Capital*, cit. I, 1), os homens *empreguem formalmente, intermediam (Vermitteln) formalmente as relações sociais*, como, por exemplo, as relações do capital, da propriedade privada, da troca etc.

A primeira vista pode parecer que esta atividade seja muito limitada por ser estritamente formalista. Na verdade, não é assim; não se trata de uma forma sem conteúdo, mas de uma forma real. Segundo nosso modo de ver, o direito, como sistema ou forma de organização e tutela estral das relações sociais, abrange um campo muito extenso que encerra, ou em torno da qual gira, verdadeiramente, toda a luta de classes. Durante a revolução é uma forma, e não morta mas viva, que busca a unificação de todas as disposições individuais de iniciativa revolucionária num só sistema revolucionário orgânico. A jurisprudência divide-se naturalmente numa *teoria* e numa *técnica*. Reconheço que, atualmente, o primeiro lugar é devido à técnica; cabe-lhe uma atitude de *ataque*; todavia começarei expondo a teoria, uma vez que, precisamente aqui, podem aparecer enganos e diferenças sobre uma nova colocação do problema.

A teoria da jurisprudência deverá, antes de mais nada, estudar a *forma concreta das relações sociais*, isto é, as mesmas relações de que trata a economia política, considerando-as porém em sua forma, *concretamente*. Antigamente a jurisprudência era considerada apenas

uma ciência abstrata, enquanto as ciências econômicas eram consideradas ciências concretas. Por isso, terminou a época em que havia entre economia política e jurisprudência um certo antagonismo: este deve ser substituído por uma *estreitíssima vinculação*. A teoria deve, além disso, estudar as três formas das relações sociais (I, II e III; cf. Cap. V) em suas íntimas ligações e em relação com os resultados das investigações da economia política e da sociologia.

Outro, quando a pessoa humana era considerada como sujeito da teoria do direito, era-o como pessoa abstrata, como sujeito jurídico, como "parte impessoal, ao passo que na economia política era considerada como pessoa com toda a sua vitalidade e com todas as suas paixões."¹⁷⁹ Hoje em dia, na economia política, dedica-se pouco à análise dos *conceitos abstratos*, embora obtidos das relações efetivas, ao passo que a teoria do direito deve restaurar o direito da pessoa humana, que faz parte de sua classe, e que se relaciona concretamente, enquanto classe, com os demais homens, sendo considerada no processo de produção e de distribuição dos meios de produção. O objeto principal e essencial desta teoria será o que, na sociedade burguesa, era chamado de direito civil ou privado, e que, atualmente, denominamos direito privado e público da economia, que regula a distribuição formal dos homens no sistema da produção e da troca durante um determinado período, *garantido pelo poder dos Soviotes e pela nacionalização dos meios de produção*. Isto não pode deixar de influenciar as relações capitalistas privadas e análogamente as relações semicapitalistas, isto é, esse ramo do direito no qual se realiza atualmente a polémica mais acirrada, tanto no sentido político como no sentido social (cf. Lassalle).¹⁸⁰

Além disso, existe ainda uma técnica do direito: em primeiro lugar, a técnica da legislação, do julgamento e, em parte, da administração, que constitui um instrumento para a formulação e atuação do direito. Aqui, naturalmente não se trata apenas de se chegar a uma fórmula, mais ou menos feliz e mais ou menos burocrática, mas de descobrir os melhores meios para facilitar a incidência da forma abstrata sobre a forma concreta, da lei sobre a vida. Quando economia e ideologia se conflitam, a forma concreta toma, por vezes, uma aparência disforme e violenta (por exemplo, quando a economia

179. Cf. a teoria da utilidade marginal ou as Robinsonadas da economia política clássica.

180. Lassalle, na introdução ao seu *System der erworbenen Rechte*, escreve: "Onde o direito, sob a designação de *direito privado*, se separa completamente da política, adquire uma *relevância política maior* do que a importância da própria política, porque se transforma num *elemento social*".

precisa destruir à força os empecilhos políticos ou jurídicos, ou quando uma forma jurídica ou política, por exemplo, a burocracia, procura, inutilmente, frear o desenvolvimento das forças econômicas); porém, a técnica é, geralmente, a parte mais conservadora do direito, pois acabar com o sistema quando se encontra a todo o vapor, é sempre coisa difícil e indesejável.

Além disso, existe um grande número de disciplinas jurídicas especiais cujo fim é apoiar o núcleo essencial do "sistema social", ou seja, o direito patrimonial. Entre estas disciplinas, o direito constitucional conseguiu um lugar de destaque e o Código Penal czarista o aprovou, porque ameaça com penas mais graves as transgressões da ordem constitucional do que as transgressões da ordem social. A idéia foi apresentada aos autores do código, que, nos problemas revolucionários, eram, por própria natureza, mais teóricos: a conquista é, depois, a conservação do poder político é, na realidade, um meio necessário para uma classe revolucionária que tencione mudar o sistema social. Vem depois o direito penal, instrumento auxiliar para a conservação da ordem política e social, e as instituições, e normas que se relacionam com ele. Por fim, deveríamos mencionar, ainda, outras disciplinas secundárias, que desenvolveram não apenas uma técnica própria, mas também a sua própria teoria. Naturalmente devemos orientar todos estes posicionamentos teóricos, especialmente a teoria do Estado e do direito penal, para novas direções, porém, devemos nos lembrar de que todas estas disciplinas jurídicas especiais brotam da subdivisão do direito em especialidades. De certo modo, deveremos admitir esta divisão do direito feita pela sociedade burguesa. Se, na realidade, os teóricos distinguiram até o presente um direito externo e um direito interno, um direito divino e um direito leigo, quem criou a citada divisão em especialidades foram os juristas práticos. Quanto aos conceitos sobre os quais não concordaram alguns juristas, foi necessário recorrer a uma classificação por grupos, apoiando-se na própria vida prática, que proporcionava por si mesma uma divisão, à qual os juristas apenas deram a nomenclatura e a legitimação teórica.

Já afirmamos que só aceitamos como *essencial e efetivamente* direito o chamado direito civil ou econômico. É preciso acrescentar agora que muitos estudiosos burgueses reconhecem, de um modo ou de outro, a primazia deste direito: mesmo Gumplovicz, professor de direito constitucional, chega a reconhecê-lo na já referida citação.

Discutiu-se muito sobre as relações entre o direito civil e o direito constitucional. Foi dito que o "direito civil" primitivo, ou seja, o romano, era essencialmente direito constitucional e também se afirmou que uma série de instituições mudaram com o tempo

(e mudam ainda hoje) a sua função. Não tenciono fazer aqui uma cansativa exposição destas discussões, pois isso não faria sentido. Ao contrário, vou me restringir a lembrar apenas alguns pontos de contradições, salientando que os mal-entendidos têm uma função importante nestas discussões: por exemplo, no direito constitucional inclui-se o ordenamento do Estado, ou aquilo a que nós denominamos direito público da economia.

Sabemos que originariamente o *ius civile* (o direito civil) englobava o conjunto dos direitos quirritários, isto é, o conjunto dos direitos dos cidadãos romanos, que usufruíam da plenitude de direitos (*cives*). Só mais tarde foi definido o conceito de direito privado, cujo elemento essencial era, no entender de alguns, o *interesse do indivíduo privado* como algo em oposição ao interesse público, social ou, mais exatamente, estatal. Outros, ao contrário, fundamentam a distinção na iniciativa referente à tutela ou defesa e tem como direito civil aquilo que é protegido unicamente pela iniciativa do indivíduo. Para quem aceita um ponto de vista classista e define o direito como um sistema de relações sociais tutelado no interesse da classe dominante pelos seus órgãos de poder, a distinção entre os dois campos perde o seu significado. A definição do segundo tipo deriva naturalmente da concepção desenvolvida com a grande revolução francesa, que diferencia no homem o cidadão do indivíduo privado, cuja atividade prática consiste em passar fome, viver na miséria e sofrer. Logo, a referida concepção está mais vinculada ao direito burguês do que à artificial divisão do direito numa esfera centralizada (direito público), e numa esfera descentralizada (direito privado) (cf. Murmcev, Pokrovskij etc.). A doutrina de que o direito privado refere-se aos indivíduos particulares enquanto o Estado regulamenta a atividade social já foi refutada por Lassalle (veja-se a nota anterior), e, entre os juristas contemporâneos, por exemplo, Ehrlich admite que "realmente todo o direito privado é unicamente direito social (*Verbandsrecht*) porque é predominantemente ou, excluindo-se o direito de família, unicamente *direito da vida econômica e a vida econômica se desenvolve exclusivamente em sociedade*".¹⁸¹

Outora, foi proposto entre nós chamar o direito privado ou civil de "direito social"; essa proposta, porém, foi feita quando ainda não havia sido elaborada a nossa definição do direito; agora não

181. Inclui-se Jellinek, o mais burguês dos juristas, escreve: "Todo o direito é um direito social, e consequentemente gira em torno do direito público". No que se refere a Ehrlich, ele esquece que na sociedade burguesa a família é justamente a menor célula econômica e, de certo modo, uma instituição pública.

faríamos mais que repetir o que está contido em nossa definição do direito em geral. Portanto, devemos chamar esta esfera de relações simplesmente de direito, ou então de direito econômico, ou ainda aceitar a denominação histórica de direito "civil". O nosso novo código foi chamado "Código Civil", porém não inclui "o direito de família", "o direito agrário" nem "o direito do trabalho", e tão pouco aparecem nele muitas outras relações que se convergem para o campo do chamado direito econômico público. Tencionamos, pois, destacar que o Código reconstitui apenas *uma esfera limitada de direitos burgueses*. Apesar de tudo, por ora, no direito de família, também conservamos parcialmente a família do tipo burguês (com as suas finalidades puramente econômicas), ao mesmo tempo que, nas relações agrárias, temos ainda, sem dúvida, um acúmulo do capital privado, e no direito do trabalho, porém, atua, de certo modo, como contrapartida, um elemento burguês. Estes três códigos, portanto, deveriam ser unificados, para facilitar, num único Código de "direito econômico material".

Um segundo ramo é o do *direito constitucional* que, segundo a nossa concepção, realiza, apenas, uma função auxiliar e parcialmente técnica, mas que se dedica ao mesmo tempo ao campo essencial da *organização do domínio de classe*. Aqui torna-se necessário trazer bem os limites, mas para não se cair nos erros da ciência burguesa convém deixar na esfera do direito civil, como direito econômico público, as relações sociais que na sociedade burguesa tinham como sujeito o Estado qualificado como *Gesamtkapitalist*.

Há ainda outros ramos do direito, de menor importância, como o direito de polícia, o direito eclesiástico, o direito processual e o direito financeiro, por um lado, e o direito penal, por outro. Trata-se de ramos que surgiram como articulações do direito constitucional (tal é o caso dos quatro primeiros) e que incluem um elemento político ou econômico, ou então de disciplinas sobre *medidas puramente auxiliares* para manter uma determinada ordem como, por exemplo, o *direito penal*. É preciso reexaminar e reordenar toda esta matéria, de modo que certos ramos da ciência jurídica como, por exemplo, o direito eclesiástico ou financeiro, sejam transformados na teoria da política eclesiástica e financeira, atribuindo aos demais o seu caráter próprio de ramificações técnicas da jurisprudência.

O direito penal, segundo a nossa definição (cf. a *Compilação Legislativa* de 1919, n.º 66, p. 590) engloba as normas jurídicas por meio das quais o sistema de relações sociais de uma determinada sociedade de classe é protegido contra as transgressões ("delitos") mediante providências denominadas defesa social. O nosso modo de entender o mundo não aceita penalidades teológicas nem vinganças

pessoais ou de classe, como as ocorridas no passado neste ramo do direito. Também não existe no nosso direito penal o humanitarismo do tipo burguês que *criou segregações e formas requintadas de sofrimento e de tortura em nome do "amor pelos homens"*. Entre os fins atribuídos aos meios de defesa social, retribuição, vingança, redução e emenda, no seu significado trivial pequeno-burguês e filisteu, somente sobrevive o de readaptação do "delinqüente" à nova vida social e de influência "psicológica" sobre ele e sobre os demais. Quando não se conseguem estas finalidades, deve-se proceder ao seu *isolamento*. Daí que a medida de defesa social deverá ser "racional" e isenta de qualquer elemento de tortura, e não deverá causar ao delinqüente sofrimentos inúteis e supérfluos (art. 19). Com o desaparecimento das condições de uma determinada conduta ou de um determinado sujeito que a seguiu, que se tornaram perigosas para um ordenamento determinado, a medida de defesa social deve ser eliminada. Aqui, devo fazer uma ressalva: jamais condenamos os nossos adversários por serem adversários e temos adotado a seguinte fórmula, inspirada, é óbvio, no célebre discurso de Marx diante dos jurados de Colônia: "Com o fim de lutar contra forças contra-revolucionárias, tomando medidas que defendam contra tais forças a revolução e as suas conquistas (...) estabelecem-se tribunais revolucionários operários e camponeses".

Consoante ao objeto da divisão do direito, acho que podemos nos restringir a estas breves indicações, pois, para nós, o problema tem um caráter puramente prático. Somente devemos recordar sempre que o direito, enquanto tutela os interesses da classe dominante, é chamado direito civil, e que o direito constitucional ocupa um lugar essencial, ou mesmo o primeiro, porque organiza o poder da classe dominante. Trata-se, em suma, do meio e do fim; e a questão: o que é mais importante em cada momento é matéria de política prática.

Devemos nos demorar ainda um pouco na *metodologia*. Geralmente, no passado, foi-lhe dada uma demasiada importância: todo o materialismo histórico foi considerado, durante muito tempo, como uma simples metodologia até que, sem abandonar a visão metodológica, tomou-se adequadamente em consideração o seu aspecto sociológico. Na esfera da concepção do mundo e da metodologia burguesas, a jurisprudência, com a sua lógica formal, que deixou profundos sulcos na mente dos nossos juristas, em que pesem as tempestades da revolução, teve noutros tempos um papel análogo. Já vimos que, devido a esta função da jurisprudência, a própria psicologia foi submetida a uma reelaboração radical, e foi reduzida a simples "ciência" auxiliar da jurisprudência burguesa. É claro que devemos

deixar de lado esta perspectiva e concentrar a nossa atenção na denominada "psicologia fisiológica" ou ciência do sistema nervoso, que tão bons resultados conseguiu com a escola de Pavlov.

Que métodos empregavam outrora os juristas na sua ciência? Pois, como já vimos, eles mudavam conforme mudava a ciência dominante. Porém, não vamos nos demorar na história do método. O jurista contemporâneo, para quem o objeto do direito se resume nas normas legais prontas e completas, é um *dogmático* da pior espécie. Cohen ¹⁸² fala, a este respeito, de uma analogia entre "a importância que tem a matemática para as ciências da natureza e a importância que tem a ciência do direito para todo o *complexo das ciências do espírito*". De fato, o método mais característico da jurisprudência do passado era traduzido pelo *Fiat iustitia, peccat mundus*; apesar de tudo na prática também a verdade e a justiça eram determinadas e se estabeleciam por *via matemática*, com base nas fórmulas jurídicas: todo o velho código penal era um cálculo matemático da "justiça" czarista. Resumindo: a *matemática social* dominava tanto a teoria como a prática. Desde o instante em que o cientista burguês abandona este campo das "fórmulas objetivas", cai na teoria da metafísica, pura ou oculta. Assim o demonstramos no caso de Petrazickij, um dos mais notáveis expoentes da escola psicológica do direito, que considera como única fonte da investigação teórica do direito o estudo do próprio "Eu". Não obstante, Marx afirmou com razão: "A minha investigação concluiu que tanto as relações jurídicas como as formas de Estado não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano (...)." ¹⁸³ Já temos dito anteriormente que pesquisamos o direito nas relações sociais. O nosso método pode ser definido como a *aplicação da dialética revolucionária* ao estudo destas relações. Por outro lado, é claro que não podemos falar de uma metodologia completa, uma vez que ainda nos achamos discutindo sobre a própria natureza do direito e sobre seus limites que, aliás, não tencionamos determinar com exatidão, justamente porque pressupomos que o direito é um fenômeno passageiro. Para nós o essencial é definir a sua função e as suas características para poder permitir à ciência o acesso a este sistema de fenômenos.

Preciso ainda falar algo sobre as relações entre *direito e moral*, entre *iurisprudência e ética*.

182. H. Cohen, *Ethik des Reinen Willens*, Berlin, 1904.

183. K. Marx, *Prefácio à Contribuição à Crítica da Economia Política*, em Marx-Engels, *Obras Escolhidas*, Moscou, Ed. Progresso, 1966, I, p. 347.

Confesso que não achei uma definição de moral, e especialmente um critério de distinção entre moral e direito capaz de satisfazer completamente as exigências da ciência. Alguns descrevem a moral como algo misterioso, eterno, sagrado, inexplicável, que age em nós e indica o nosso comportamento; outros consideram-na como uma regra interior da nossa conduta externa, à qual se contrapõe o direito como regra externa, ou, mesmo, como regra da nossa conduta externa. Porém, trata-se apenas de belas palavras, ou de artifícios de palavras.

Da conduta do homem que age conscientemente, propondo-se fins, conclui-se que em sua mente (desde que não se confunda mente com o coração ou com a alma), criou-se um código sistemático de comportamentos, em que convergem as superstições ainda existentes, a tradição (educação), para não falar da consciência de classe ou outras coisas. Esta ideologia, ligada aos sentimentos religiosos ou anti-religiosos, constitui esse famoso "Código do dever" que aparece como um conjunto de normas de conduta completamente estático e universal. Porém, quais são os limites deste código moral? Naturalmente esta ideologia encontra-se muito próxima do direito, e as ideologias expulsas das outras esferas procuram o seu último refúgio na moral e na sua elaboração "científica", ou seja, na ética. A ética nutre-se precisamente de tudo isto.

Sabemos, pois, que moral e ética não são inutáveis e, consequentemente, não são sagradas nem eternas, e temos todo o direito de falar de moral de grupo, de camada ou de classe. Os pais, e em especial a mãe, que hoje é o sujeito mais atrasado da sociedade, educam os filhos, dando-lhes as primeiras lições da vida, isto é, as primeiras regras de comportamento. Para esta educação concorrem também os sacerdotes e toda a classe de medos frente ao incompreensível, ao incompreendido, e ao desconhecido etc. Tudo isto está sistematizado num único conjunto, cujo único controle científico é o catecismo dos sacerdotes. No interior de todo pequeno grupo, há uma moral específica, mas, além disso, cria-se uma moral comum para as grandes massas e para toda a humanidade: não existe outra fórmula mais clássica do que duas vezes dois igual a quatro ($2 \times 2 = 4$).

Não me cabe examinar pormenorizadamente tudo isto: sou favorável a uma ética clássica e devemos elaborá-la. Contudo, devo responder resumidamente à questão relativa à *distinção entre direito e moral*. A moral é um conceito mais amplo do que o direito porque este abrange *unicamente as relações sociais dos homens*, isto é, as relações de produção e troca. No âmbito destas relações, a moral da classe dominante coincide mais ou menos com o direito, de modo

que a *consciência jurídica* da classe dominante é parte da ética desta mesma classe. Na classe oprimida, ao contrário, a moral distingue-se referem-se também a outras relações humanas e à relação do homem consigo mesmo, com entes imaginários (divindade) ou, mesmo, com objetos inanimados.

Esta determinação pode explicar-nos por que o direito parece às vezes amoral ou injusto e, outras vezes, pelo contrário, coincide com a moral. Porém, não existe ainda uma avaliação autenticamente marxista do fenômeno moral e nem poderá existir enquanto, neste campo, os marxistas se restringirem também à mera auto-observação e à introspecção.

classes sociais, as relações sociais fatalmente dissolvem-se em fórmulas vazias. Para Stucka, somente a concepção classista do direito introduz sua determinação essencial, uma vez que esta é que nos impede de ver a jurisprudence apenas como uma meta técnica verbal, como "escrava" da classe dominante. Como o marxismo exclui a abordagem do direito fora de sua apreensão social e de classe, Stucka denuncia, nessa linha, de forma crítica, o aspecto ideológico da colocação positivista que, na defesa do direito como norma arbitrária, afasta-se decididamente de seu enfoque sob as condições e determinações econômicas da sociedade dividida em grupos antagônicos. Para esta corrente burguesa de interpretação do direito como instrumento de controle social, a legislação aparece como um elemento independente que dá seu fundamento não das condições sociais e econômicas, historicamente determinadas, mas dos motivos profundos da vontade geral de homens abstratos reunidos em "sociedade homogênea". Entretanto, essa crítica não extingue nosso autor de destacar a importância do papel do Estado na organização tutelar do direito; porém, ele o faz no interior da concepção materialista que referencia dialeticamente a estrutura e a superestrutura social, na qual, reconhecendo o condicionamento material do direito, não exclui a dimensão subjetiva criadora e transformadora do direito pautado pelo Estado, sem cair, entretanto, nas teias do voluntarismo legislativo mistificador da instância ideal do direito.

A presente obra vem preencher uma grande lacuna existente na literatura jurídica brasileira, no ainda reduzido repertório dos trabalhos críticos do direito enfocados sob o ângulo do materialismo histórico. Na senda da oposição à ideologia jurídica dominante, a linha do pensamento de Stucka é por esse fato minoritária, mas nem por isso menos carregada de profundidade ideal democrática, exatamente aquela dirigida à real libertação dos povos, visto que expressão dos interesses mais universais e legítimos dos homens produtores e criadores de todas as coisas humanas.

Aladoir Caffé Alves

(Professor da Faculdade de Direito da USP
e Procurador do Estado de São Paulo)