

## NOSSAS PUBLICAÇÕES

*Direito e Luta de Classes* — P. Stucka

*Teoria Geral do Direito e Marxismo* — E. B. Pachukanis

*A Luta pelo Direito* — Rudolf von Ihering

*Súmulas de Processo Penal Comentadas* — Sílvio Chagas

*Estudos de Processo Civil Brasileiro* — Enrico Tullio Liebman

*Embargos à Execução* — Enrico Tullio Liebman

*Teoria Comunista do Direito e do Estado* — Hans Kelsen

*Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* — Sílvio Chagas

*Súmulas da Jurisprudência Predominante no STF* — Sílvio Chagas

*Jurisdição Voluntária* — Iara Toledo Fernandes

*O Espírito do Direito Romano* — Rudolf von Ihering

*Os Danos Civis e sua Reparação* — Hans A. Fischer

*Conceito de Direito* — L. Hart

*Direito e Justiça* — Alf Ross

*Introdução ao Pensamento Jurídico* — Karl Engisch

Coleção "Prática Forense":

1. *Técnica da Petição Inicial* — Nelson Palaia

2. *Técnica da Contestação* — Nelson Palaia

3. *Procedimentos Especiais* — Nelson Palaia

4. *Prática de Processo Penal* — Francisco Tolentino Netto

Atendemos pelo Reembolso Postal

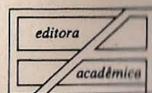
Pedidos a:

**Editora Acadêmica**

Rua Des. Carneiro Ribeiro, 10

03569 — São Paulo-SP

Fone: (011) 287-2001

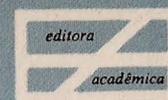


E. B. Pachukanis

TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO

# E. B. PACHUKANIS

## TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO



TEORIA GERAL  
DO  
DIREITO  
E  
MARXISMO

Obra publicada de acordo com os textos originais.

Capa: Vilson F. Ramos  
Tradução: Sílvio Donizete Chagas  
Produção Editorial: José A. Cardoso  
Revisão: Helena Stella de Faria  
          Maria A. Marins  
          Maria Clara de Faria

A tradução desta obra só foi possível graças à bolsa de estudos que recebemos do CNPq para o curso de mestrado, na PUC/SP, concedida pelo ilustre Prof. Dr. Antonio Roque Carrazza.

© 1988. Todos os direitos reservados para

---

**EDITORA ACADEMICA**  
Rua Des. Carneiro Ribeiro, 10  
03569 — São Paulo — SP  
Fones: (011) 287-2001 e 958-5782

---

Atendemos pelo Reembolso Postal

E. B. PACHUKANIS

# TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO



São Paulo — 1988

## SUMÁRIO

Apresentação da edição brasileira .....	5
Prefácio .....	7
Introdução: As tarefas da teoria geral do direito .....	15
Capítulo I — Os métodos de construção do concreto nas ciências abstratas .....	30
Capítulo II — Ideologia e Direito .....	37
Capítulo III — Relação e norma .....	47
Capítulo IV — Mercadoria e sujeito .....	68
Capítulo V — Direito e Estado .....	90
Capítulo VI — Direito e Moral .....	104
Capítulo VII — Direito e violação do direito .....	117

## APRESENTAÇÃO DA EDIÇÃO BRASILEIRA

*Evgeny Bronislavovich Pachukanis, nascido em 1891, em Staritsa, atualmente Kalinine, filho de camponeses lituanos, foi vice-presidente da Academia Comunista e diretor do Instituto da Construção Soviética e do Direito. Vice-Comissário do Povo para a Justiça da URSS, em 1936, desapareceu durante as repressões estalinistas, em 1937. Foi publicamente reabilitado em 1956, mediante comunicação do Prof. Orlovsky, membro correspondente da Academia das Ciências da URSS. Em sua obra principal, Teoria Geral do Direito e Marxismo, publicada em 1924, propõe o autor a caracterização de um ensaio metodológico pelo qual enfoca o direito sob o ângulo da dialética e do materialismo histórico. Procurando captar o direito no plano da relação dialética entre forma e conteúdo concreto, Pachukanis não despreza a referência normativa do direito, porém a considera no âmbito do movimento histórico real, afastando-se radicalmente tanto da perspectiva do puro formalismo, a-histórico e abstrato, quanto do sociologismo jurídico que enfoca o fenômeno social com rejeição do enlace formal. Nesse sentido, a teoria geral do direito, segundo ele, deve explicar tanto o conteúdo como as formas jurídicas, no eixo de uma perspectiva histórica. Em sua opinião, não é cientificamente correto chegar-se a uma definição do direito válida para todas as épocas e sociedades, posto que seria necessariamente um conceito a-histórico, meramente formal e abstrato. Seguindo a linha metodológica de Marx, Pachukanis recusa a abordagem analítico-positivista de seu objeto, cujo resultado formal se adapta indiferentemente a todas as fases do desenvolvimento da sociedade humana e, precisa-*

mente por isso, não pode captar o movimento histórico concreto que origina e, em nível teórico, explica as formas específicas e mais evoluídas do direito.

Considerando o direito como uma relação social específica, traduzindo, em última instância, a relação de troca (de equivalentes) entre possuidores de mercadorias (inclusive a força de trabalho), Pachukanis o entende como uma expressão histórica que supõe, em sua manifestação mais alta, determinado modo de produção caracterizado pela existência de sujeitos egoístas, atomizados, proprietários e portadores de interesses contrapostos. Nesse sentido, o direito é pleno só na sociedade burguesa, produtora de mercadorias, devendo ter seu núcleo específico nas relações de direito privado. Isso quer dizer que, para Pachukanis, o direito encontra-se em íntima conexão com as relações de produção, sendo mais produto destas, enquanto relações concretas de base entre os agentes sociais, do que da superestrutura política estatal, em sua formulação normativa, coercitiva e volitiva. Porque não planificada racionalmente, a sociedade burguesa não comporta apenas a regulação técnica, onde se pressupõe uma unidade de fins. Segundo Pachukanis, a sociedade mercantil exige o direito exatamente para regular o intercâmbio entre os elementos sociais desunidos, visto ser o conflito de interesses o campo específico do jurídico.

Esta obra, cuja publicação entre nós é extremamente oportuna, destaca alguns traços fundamentais da teoria geral marxista do direito. Certamente permitirá desenvolver o estudo, a reflexão e a pesquisa das relações e formas jurídicas através de um enfoque dialético e crítico ainda em grande parte desconhecido do público brasileiro. Será uma contribuição para romper o véu ideológico mistificador que impede ver a teoria geral do direito para além de sua expressão positivista, puramente pragmática e técnica; exatamente enquanto possa fazer cumprir também uma função cognoscitiva, preenchendo assim uma das condições básicas para a transformação de nossa realidade social.

ALAÛR CAFFÉ ALVES

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

## PREFÁCIO

Quando da publicação do meu livro, não pensava se fizesse necessária uma segunda edição, sobretudo em tão pouco tempo após a primeira. Aliás, me convenci hoje de que isto decorre em razão deste trabalho ter sido usado como manual — o que nunca imaginei quando, na melhor das hipóteses, deveria apenas servir de estímulo. Significa dizer que é muito insuficiente a literatura marxista referente à teoria geral do direito. Aliás, de que outra forma poderia ser, se, até muito pouco, os meios marxistas se mostravam céticos quanto à própria existência de uma teoria geral do direito?

De qualquer forma, o presente trabalho não pretende ser de modo algum o fio de Ariadne marxista no domínio da teoria geral do direito, ao contrário, pois em grande parte foi escrito com o fim de esclarecimento pessoal. De onde a abstração e a forma concisa e mesmo assim apenas esboço de exposição; de onde também o seu aspecto unilateral que se deve inevitavelmente à concentração da atenção sobre determinados aspectos do problema que se revelam essenciais. Todas estas particularidades demonstram que este livro não pode de modo algum servir de manual.

Ainda que perfeitamente consciente destes defeitos, rejeitei a idéia de os suprimir na segunda edição, e isso pela seguinte razão: a crítica marxista da teoria geral do direito ainda está no início. Por isso, qualquer conclusão definitiva será precipitada; é preciso, pois, um profundo estudo de cada ramo da ciência do direito. Ora, neste campo há ainda muito por fazer. Basta dizer que a crítica marxista ainda não abordou, de nenhum modo, domínios tais como, por exemplo, o do direito internacional. O mesmo se observa com relação à área dos processos e também, se bem que em menor grau, com a do direito penal. No domínio da história do direito dispomos apenas daquilo que a teoria geral marxista do direito nos legou. Salvo o

direito público e o direito civil que constituem uma exceção relativamente feliz. Por conseguinte, o marxismo se encontra apenas em condições de apropriar-se de um novo domínio. É natural que, de início, tal aconteça sob a forma de discussões, e de lutas entre diferentes concepções.

Meu livro, que põe à discussão algumas questões da teoria geral do direito, tem por tarefa principal a de preparar todo esse trabalho. Por isso resolvi conservar do livro o essencial do seu antigo caráter sem tentar reestruturá-lo em forma de manual. Fiz apenas complementações necessárias, devidas em parte às observações da crítica.

Acho conveniente adiantar, desde já, neste prefácio, algumas observações prévias quanto às idéias fundamentais do meu trabalho. O companheiro P. I. Stucka definiu, muito corretamente, a minha posição com relação à teoria geral do direito, como uma "tentativa de aproximar a forma do direito da forma da mercadoria". Na medida em que o balanço final permite julgar, esta idéia foi reconhecida em geral, e salvo algumas reservas, como feliz e frutuosa. A razão disso se deve, por certo, ao fato de eu não ter tido neste caso necessidade de "descobrir a América". Na literatura marxista e, em primeiro lugar, no próprio Marx, é possível encontrar elementos suficientes para uma tal aproximação. Basta citar, além das passagens mencionadas neste livro, o capítulo intitulado "*A moral e o direito. A igualdade*" do Anti-Dühring. Nele é dada por Engels uma formulação absolutamente precisa do vínculo existente entre o princípio da igualdade e a lei do valor; numa nota ele afirma que "esta dedução das modernas idéias de igualdade, a partir das condições econômicas da sociedade burguesa, foi exposta pela primeira vez por Marx em *O Capital*<sup>1</sup>. Por conseguinte, faltava compilar os diversos pensamentos de Marx e de Engels, unificá-los e tentar aprofundar algumas conclusões daí decorrentes. Depois de Marx, a tese fundamental, a saber, de que o sujeito jurídico das teorias do direito se encontra numa relação muito íntima com o proprietário das mercadorias, não precisava mais uma vez ser demonstrada.

A segunda proposição também nada continha de novo. Esta, porém, enuncia que aquela filosofia do direito, cujo fundamento é a categoria do sujeito com a sua capacidade de autodeterminação (já que, até o presente, a ciência burguesa não criou outros sistemas coerentes de filosofia do direito), nada mais é, com certeza, do que a filosofia da economia mercantil, que estabelece as condições mais gerais, mais abstratas, sob as quais se pode efetuar a troca de acordo

1. Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft* (1878), 12.<sup>a</sup> ed. Berlim, 1923.

com a lei do valor e ter lugar a exploração sob a forma de "contrato livre". Este pensamento serve de base à crítica que o comunismo fez, e ainda faz, à ideologia burguesa da liberdade, da igualdade e da democracia burguesa formal, dessa democracia na qual "a república do mercado" procura mascarar o "despotismo da fábrica". Este pensamento dá-nos a convicção de que a defesa dos chamados fundamentos abstratos da ordem jurídica é a forma mais geral da defesa dos interesses da classe burguesa etc. Contudo, se a análise marxista da forma da mercadoria e da forma do sujeito, que àquela se liga, encontrou uma aplicação muito vasta como meio de crítica da ideologia jurídica burguesa, de nenhum modo tem sido utilizada para estudo da superestrutura jurídica como fenômeno objetivo. O principal obstáculo a este estudo reside em que os raros marxistas que se ocupam das questões jurídicas consideram sem dúvida alguma o momento da regulamentação coativa social como a característica central e fundamental, a única característica típica dos fenômenos jurídicos. Parece-lhes que somente este ponto de vista sustentaria uma atitude científica, ou seja, sociológica e histórica em face do problema do direito, em oposição à atitude dos sistemas idealistas, puramente especulativos; à atitude daquela filosofia do direito que tem por fundamento a representação do conceito de sujeito com a sua capacidade de autodeterminação. Era pois absolutamente natural pensar que a crítica marxista do sujeito jurídico, imediatamente derivada da análise da forma mercantil, nada tivesse a ver com a teoria geral do direito, já que efetivamente a regulamentação coativa, externa das relações recíprocas entre proprietários de mercadorias representa apenas uma parte insignificante da regulamentação social em geral.

Em outros termos, sob este ponto de vista, tudo o que poderia concluir-se da concepção marxista sobre os "guardiões de mercadorias", "cuja vontade habita nas próprias coisas",<sup>2</sup> parecia ser válido apenas para um campo relativamente restrito, o do chamado *direito comercial da sociedade burguesa*, sendo, porém, totalmente inutilizável noutros campos do direito (direito público, direito penal etc.) e no caso de outras formações históricas, como por exemplo o escravismo, o feudalismo etc. Dito de outro modo, o significado da análise marxista se restringia, por um lado, a um campo especial do direito e aos seus resultados e, por outro, se restringia à função de desmascarar a ideologia burguesa da liberdade e da igualdade, à função de criticar a democracia formal, mas não se restringia à função de explicar as particularidades fundamentais e primárias da superes-

2. Karl Marx. *O Capital*. Ed. Sociales, 1969, liv. I, t. 1, p. 95.

estrutura jurídica enquanto fenômeno objetivo. Deste modo duas coisas foram negligenciadas: em primeiro lugar, esqueceu-se que o princípio da subjetividade jurídica (como tal entendemos o princípio formal da liberdade e da igualdade; da autonomia da personalidade etc.), não é somente um meio dissimulatório e um produto da hipocrisia burguesa, na medida em que é oposto à luta proletária pela abolição das classes, contudo não deixando de ser também um princípio realmente atuante, que se acha incorporado na sociedade burguesa desde que essa nasceu da sociedade feudal patriarcal e a destruiu. Em segundo lugar, esqueceu-se de que a vitória deste princípio não é apenas e tão-somente um processo ideológico (isto é, um processo da ordem das idéias, das representações etc.) mas antes um real processo de transformação jurídica das relações humanas, que acompanha o desenvolvimento da economia mercantil e monetária (da economia capitalista, falando da Europa) e que engendra profundas e múltiplas modificações de natureza objetiva. Este conjunto de fenômenos compreende o surgimento e a consolidação da propriedade privada, a sua extensão universal tanto aos sujeitos como a todos os objetos possíveis; a libertação da terra das relações de domínio e servidão; a conversão de toda a propriedade em propriedade mobiliária; o desenvolvimento e preponderância das relações obrigacionais e, finalmente, a constituição de um poder político autônomo como particular forma de poder — ao lado do qual tem lugar o poder puramente econômico do dinheiro — assim como a subsequente divisão, mais ou menos profunda, entre a esfera das relações públicas e a das relações privadas, entre o direito público e o direito privado.

Se a análise da forma mercantil revela o sentido histórico concreto da categoria do sujeito e põe a nu os fundamentos dos esquemas abstratos da ideologia jurídica, o processo de evolução histórica da economia mercantil-monetária e mercantil-capitalista acompanha a realização destes esquemas sob a forma da superestrutura jurídica concreta. Desde que as relações humanas têm como base as relações entre sujeitos, surgem as condições para o desenvolvimento de uma superestrutura jurídica, com suas leis formais, seus tribunais, seus processos, seu advogados etc.

Conclui-se, então, que os traços essenciais do direito privado burguês são ao mesmo tempo os atributos característicos da superestrutura jurídica. Nos estágios de desenvolvimento primitivos, a troca de equivalentes, sob a forma de compensação e reparação dos prejuízos produziu esta forma jurídica, muito primitiva, que se vê nas leis bárbaras; do mesmo modo, as sobrevivências da troca de equivalentes na esfera da distribuição, que subsistirão igualmente numa organização socialista da produção (até à passagem para o comunismo evoluído)

obrigarão a sociedade socialista a se confinar, momentaneamente, “no horizonte limitado do direito burguês”, tal como Marx o previra. Entre estes dois extremos opera-se o desenvolvimento da forma jurídica que atinge o seu apogeu na sociedade burguesa capitalista. Podemos igualmente caracterizar este processo como uma desagregação das relações orgânicas patriarcais que são substituídas por relações jurídicas, isto é, por relações entre sujeitos que, formalmente, possuem os mesmos direitos. A dissolução da família patriarcal onde o *pater familias* constituiu-se o proprietário da força de trabalho da mulher e dos filhos, e a subsequente transformação desta numa família contratual onde os esposos celebram entre si um contrato que tem por objeto os bens e onde os filhos (como, por exemplo, na propriedade norte-americana) recebem do pai um salário, constitui um dos exemplos típicos desta evolução. A qual, além do que, se vê acelerada pelo desenvolvimento das relações mercantis e monetárias. A esfera da circulação, a esfera que se compreende pela fórmula Mercadoria-Dinheiro-Mercadoria, desempenha um papel dominante. O direito comercial exerce sobre o direito civil a mesma função que o direito civil exerce sobre todos os outros domínios do direito, isto é, indica-lhes as vias do desenvolvimento. O direito comercial é, portanto, por um lado, um domínio especial que só tem significação para as pessoas que fizeram da transformação da mercadoria em forma monetária ou inversamente, a própria profissão; e, por outro lado, ele é o próprio direito civil no seu dinamismo, no seu movimento em direção aos mais puros esquemas dos quais se encontra extirpado qualquer traço de organicismo e onde o sujeito jurídico aparece na sua forma acabada, como complemento indispensável e inevitável da mercadoria.

Por essa razão, portanto, o princípio da subjetividade jurídica e os esquemas nele contidos, que para a jurisprudência burguesa surgem como esquemas *a priori* da vontade humana, derivam necessariamente e de modo absoluto das condições da economia mercantil e monetária. O modo estritamente empírico e técnico de conceber o vínculo existente entre estes dois momentos encontra a sua expressão nas reflexões relativas ao fato de a evolução do comércio exigir a garantia da propriedade, de bons tribunais, de uma boa polícia etc. Porém, se nos aprofundarmos, torna-se claro que não apenas tal ou qual estrutura técnica do aparelho do Estado nasce no terreno do mercado, como também que não deixa de existir um vínculo interno indissociável entre as categorias da economia mercantil e monetária e a própria forma jurídica. Numa sociedade onde existe dinheiro, e onde, por conseguinte, o trabalho privado individual só se torna trabalho social pela mediação de um equivalente geral, encontram-se já

estabelecidas as condições de uma forma jurídica com as suas oposições entre o subjetivo e o objetivo.

É, pois, somente numa tal sociedade que se abre a possibilidade de o poder político se opor ao poder puramente econômico, o qual se revela, o mais distintamente, sob a forma do poder do dinheiro. Ao mesmo tempo a forma da lei torna-se igualmente possível. Conclui-se então que, para analisar as definições fundamentais do direito, não seja preciso partir do conceito de lei e utilizá-lo como fio condutor já que o próprio conceito de lei, enquanto decreto do poder político, pertence a um estágio de desenvolvimento onde a divisão da sociedade em esferas civil e política já está concluída e consolidada e onde, por conseguinte, já estão realizados os momentos fundamentais da forma jurídica. "A constituição do Estado político, diz Marx, mediante a decomposição da sociedade burguesa em indivíduos independentes, cujas relações são regidas pelo direito, assim como as relações dos homens das corporações e dos mestres eram regidas por privilégios, conclui-se através de um único e mesmo ato"<sup>3</sup>.

O que foi exposto até o momento não quer dizer, de modo algum, que eu considere a forma jurídica como um "simples reflexo de uma pura ideologia"<sup>4</sup>. A este respeito penso haver usado expressões suficientemente claras: "o direito, considerado como forma, não existe somente na cabeça das pessoas ou nas teorias dos juristas especializados; ele tem uma história real, paralela, que tem seu desenvolvimento não como um sistema conceitual, mas como um particular sistema de relações"<sup>5</sup>.

Mais à frente falo de conceitos jurídicos que "refletem teoricamente o sistema jurídico enquanto totalidade orgânica"<sup>6</sup>. Em outros termos, a forma jurídica, expressa por abstrações lógicas, é um produto da forma jurídica real ou concreta (de acordo com a expressão do companheiro Stucka), um produto da mediação real das relações de produção. Não só indiquei que a gênese da forma jurídica está por encontrar nas relações de troca, como também mencionei qual o momento que, na minha opinião, representa a realização completa da forma jurídica: o tribunal e o processo.

É natural que no desenvolvimento de qualquer relação jurídica possam existir, na mente dos agentes, diferentes representações ideo-

3. Karl Marx, *A questão Judaica* (1844), Col. Le Monde, Paris, U. G. E., 1968, p. 43. Há trad. port. da Ed. Acadêmica.

4. Cf. Stucka, *Revoljucionnaja rol'prova i gosudarsiva*, prefácio à primeira edição, Moscou, 1921, p. V.

5. Cf. *infra*, p. 39.

6. Cf. *infra*, p. 44.

lógicas mais ou menos pronunciadas, deles próprios enquanto sujeitos, dos seus próprios direitos e deveres, da "liberdade" das suas próprias ações, dos limites da lei etc.. A significação prática das relações jurídicas não reside, entretanto, nestes estados subjetivos da consciência. Enquanto o proprietário de mercadorias não tiver consciência de si próprio como proprietário de mercadorias, então ainda não aconteceu a relação econômica da troca, com o conjunto das consequências ulteriores que escapam à sua consciência e à sua vontade. A mediação jurídica só é concluída no momento do acordo. Porém, um acordo comercial já não se pode dizer um fenômeno psicológico; já não se pode dizer uma "idéia", uma "forma da consciência", é um fato econômico objetivo, uma relação econômica indissolúvelmente ligada à sua forma jurídica que é também objetiva.

O objetivo prático da mediação jurídica é o de dar garantias à marcha, mais ou menos livre, da produção e da reprodução social que, na sociedade de produção mercantil, se operam formalmente através de uma série de contratos jurídicos privados. Não se pode atingir este objetivo recorrendo unicamente ao auxílio de formas de consciência, isto é, através de momentos puramente subjetivos: é necessário, por isso, recorrer a critérios precisos, a leis e a rigorosas interpretações de leis, a uma casuística, a tribunais e à execução coativa das decisões judiciais. É por esta razão que não podemos limitar-nos na análise da forma jurídica à "pura ideologia", negligenciando todo este aparelho objetivamente existente. Todo fato jurídico, por exemplo, a solução de um litígio por uma sentença, é o que chamamos de fato objetivo, situado tão fora da consciência dos protagonistas como o fenômeno econômico que, em tal caso, é mediatizado pelo direito.

Concordo, com reservas precisas, com uma outra censura que me dirige o companheiro Stucka, a de não reconhecer a existência do direito a não ser na sociedade burguesa. Efetivamente tenho afirmado, e continuo a afirmar, que as relações dos produtores de mercadorias entre si engendram a mais desenvolvida, universal e acabada mediação jurídica, e que, por conseguinte, toda a teoria geral do direito e toda a jurisprudência "pura" não são outra coisa senão uma descrição unilateral, que abstrai de todas as outras condições das relações dos homens que aparecem no mercado como proprietários de mercadorias. Mas, uma forma desenvolvida e acabada não exclui formas embrionárias e rudimentares; pelo contrário, pressupõe-nas.

As coisas apresentam-se, por exemplo, da seguinte maneira no que concerne à propriedade privada: só o momento da livre alienação revela plenamente a essência fundamental desta instituição, ainda

que, sem sombra de dúvida, a propriedade, como apropriação, tenha existido antes como forma não só desenvolvida como também muito embrionária, da troca. A propriedade como apropriação é a consequência natural de qualquer modo de produção; porém, a propriedade só reveste a sua forma lógica mais simples e mais geral de propriedade privada quando se tem em vista o núcleo de uma determinada formação social onde ela é determinada como a condição elementar da ininterrupta circulação dos valores que se opera de acordo com a fórmula Mercadoria-Dinheiro-Mercadoria.

E quanto à relação de exploração sucede exatamente o mesmo. Esta, bem entendido, em nenhum caso vê-se ligada à relação de troca sendo igualmente concebível numa economia natural. Porém, é apenas na sociedade burguesa capitalista, em que o proletariado surge como sujeito que dispõe da sua força de trabalho como mercadoria, que a relação econômica da exploração é juridicamente mediatizada sob a forma de um contrato.

É justamente por isso que na sociedade burguesa a forma jurídica, em oposição ao que acontece nas sociedades edificadas sobre a escravatura e a servidão, adquire uma significação universal; é por isso que a ideologia jurídica se torna a ideologia por excelência e que também a defesa dos interesses de classe dos exploradores surge, com um sucesso sempre crescente, como a defesa dos princípios abstratos da subjetividade jurídica.

Resumindo, minhas investigações não tinham de modo algum a intenção de impedir à teoria marxista do direito o acesso a estes períodos históricos que não conheceram a economia capitalista mercantil desenvolvida. Pelo contrário, tenho me esforçado e ainda me esforço por facilitar a compreensão destas formas embrionárias que se encontram nestes períodos e por relacioná-las com as formas mais desenvolvidas de acordo com uma linha de evolução geral. O futuro mostrará até que ponto minha concepção é frutuosa. Naturalmente, nesta breve tentativa, não poderia delinear os grandes traços de evolução histórica e dialética da forma jurídica. Para esse empreendimento servi-me, essencialmente, das idéias que encontrei em Marx. Minha tarefa não era a de resolver em definitivo todos os problemas da teoria do direito ou mesmo apenas alguns. Meu desejo era mostrar unicamente sob que ângulo é possível abordá-los e como se devem equacionar os problemas. Fico contente em saber que alguns marxistas tenham considerado que a minha posição sobre as questões do direito é interessante e oferece perspectivas. E isto é o que ainda me mantém no desejo de prosseguir o trabalho pela via iniciada.

Pachukanis  
1926.

## INTRODUÇÃO

### AS TAREFAS DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Pode-se definir teoria geral do direito como o desenvolvimento dos conceitos jurídicos fundamentais, isto é, dos mais abstratos. A esta categoria pertencem definições tais como, por exemplo, as definições de "norma jurídica", de "relação jurídica", de "sujeito jurídico" etc. Por causa de sua natureza abstrata, estes conceitos são *utilizáveis em todo e qualquer domínio do direito*; sua significação lógica e sistemática permanece a mesma, independentemente dos conteúdos concretos a que sejam aplicados. Ninguém contestará que, por exemplo, o conceito de sujeito no direito civil e no direito internacional, esteja subordinado ao conceito mais geral de sujeito jurídico como tal, e que por conseguinte essa categoria possa ser definida e desenvolvida, independentemente de tal ou qual conteúdo concreto. Se nos mantivermos dentro dos limites de um domínio particular do direito, poderemos constatar também que as categorias jurídicas fundamentais não dependem do conteúdo concreto das normas jurídicas, isto é, que elas conservam a sua significação, mesmo quando o conteúdo material concreto se altera de uma ou de outra maneira.

É natural que estes conceitos jurídicos, os mais abstratos e os mais simples, sejam o resultado de uma elaboração lógica das normas do direito positivo e representem, em comparação com o caráter espontâneo das relações jurídicas e das normas que os exprimem, o produto tardio, e superior, de uma criação consciente.

Isto, contudo, não impede os filósofos da escola neokantiana de considerarem as categorias jurídicas fundamentais como uma realidade situada acima da experiência e que torna possível a própria experiência. Deste modo, por exemplo, em Salval'akij<sup>7</sup> lê-se o seguinte: "o sujeito, o objeto, a relação e a regra das relações re-

7. Salval'skij. *Osnovy Filosofii Prava nauchnome idealizme*. Moscú, Eigen-nimo de p. 216.

sentam o *a priori* da experiência jurídica, as condições lógicas indispensáveis desta experiência, aquelas que a tornam possível". E mais adiante: "a relação jurídica é a condição indispensável e única de qualquer instituição jurídica e, portanto, também da ciência jurídica, porque sem relação jurídica não existe sequer ciência que se lhe refira, ou seja, ciência jurídica, assim como sem o princípio de causalidade, não pode existir a natureza nem, conseqüentemente, a ciência da natureza"<sup>8</sup>. Saval'skij não faz mais do que reproduzir, em suas reflexões, as conclusões de um dos mais representativos neokantianos, Cohen<sup>9</sup>. Encontramos o mesmo ponto de vista em Stammler, tanto na sua primeira obra fundamental *Wirtschaft und Recht*<sup>10</sup>; como no seu último trabalho *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, onde se pode ler: "Entre os conceitos jurídicos, é preciso distinguir, de um lado, os conceitos jurídicos puros e, de outro, os conceitos jurídicos condicionados. Os primeiros representam as formas de pensamento gerais dos conceitos fundamentais do direito e sua intervenção nada pressupõe além da própria idéia de direito. Assim, eles têm uma aplicação total a todas as questões jurídicas que possam surgir, já que mais não são do que manifestações diversas do conceito formal de direito. Por conseguinte, devem ser extraídos a partir das determinações constantes deste último"<sup>11</sup>.

Os neokantianos poderão sempre tentar assegurar-nos que, segundo eles, a "idéia do direito" não precede geneticamente, ou seja, cronologicamente, a experiência, mas tão-só lógica e gnoseologicamente, não obstante sejamos obrigados a constatar que a chamada filosofia crítica nos conduz, neste ponto como em muitos outros, à escolástica medieval.

Podemos, portanto, ter como estabelecido que o pensamento jurídico evoluído, independentemente da matéria à qual se dirige, não pode passar sem um certo número de definições muito abstratas e muito gerais. Mesmo a nossa ciência jurídica soviética não pode passar sem elas, pelo menos enquanto ela permanecer, como tal, uma jurisprudência, ou seja, de resposta às suas tarefas práticas imediatas. Os conceitos jurídicos fundamentais, isto é, formais, continuam existindo nos nossos códigos e nos comentários referentes a eles. O método de pensamento jurídico com os seus processos específicos existe igualmente a sua existência.

<sup>8</sup>. Saval'skij. *Ibid.*, p. 218.

Hermann Cohen. *Die Ethik des Reinen Willems*. 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1907, ss.

Stammler. *Wirtschaft und Recht*. 1896.

Stammler. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. 3.<sup>a</sup> ed., 1928, p. 250.

Mas isso vai demonstrar que a *teoria científica do direito deva se ocupar da análise das ditas abstrações*? Uma concepção bastante difundida atribui a estes conceitos jurídicos fundamentais e gerais somente um valor puramente técnico, condicional. A ciência dogmática, dizem-nos, recorre a estas denominações somente por razões de comodidade. Assim, estas denominações não teriam, além disto, significando algum para a teoria e para o conhecimento. O fato, pois, de a jurisprudência dogmática ser uma disciplina prática e em certo sentido técnica, não permite ainda deduzir que os conceitos dessa ciência jurídica não possam passar para o corpo de uma disciplina teórica que lhes corresponda. Pode-se concordar com Karner (isto é, Renner) quando ele diz que onde acaba a jurisprudência<sup>12</sup> aí começa a ciência do direito. Mas isso não implica que a ciência do direito deva simplesmente lançar fora as abstrações fundamentais que exprimem a essência teórica da forma jurídica. De fato, até a economia política deu início ao seu desenvolvimento começando por questões práticas, emergentes sobretudo da esfera da circulação do dinheiro; também ela, originariamente fixou para si própria a tarefa de mostrar "os meios de enriquecimento dos governos e dos povos". Contudo, já nestes conselhos técnicos encontramos os fundamentos desses conceitos, os quais sob uma forma aprofundada e generalizada passaram para o corpo da disciplina teórica da economia política.

Seria a jurisprudência capaz de evoluir para uma teoria geral do direito sem que por isso viesse a dissolver-se seja na Psicologia ou ainda na Sociologia?

Seria possível uma análise das definições fundamentais da forma jurídica, tal como existe em economia política uma análise das definições fundamentais e gerais da forma do mercado ou da forma do valor? Estas são as questões cuja solução poderá determinar se a teoria geral do direito tem possibilidade ou não de ser considerada como uma disciplina teórica autônoma.

Para a filosofia do direito burguês, cuja maioria dos representantes se situa num terreno neokantiano, o problema aqui evocado se resolve mediante uma simples oposição entre duas categorias, a categoria do Ser e a categoria do Dever-Ser. Conseqüentemente, admite-se a existência de duas espécies de pontos de vista científicos: o ponto de vista explicativo e o normativo. "O primeiro encara os objetos sob o aspecto do seu comportamento empírico, que ele procura tornar mais inteligível, ligando-o às conexões internas dos objetos e

<sup>12</sup>. Karner. *Die Soziale Funktion der Rechtsinstitute besonders des Eigentums*, cap. I, p. 72. In: *Marx-Studien*, t. I, 1904 (Karner é um pseudônimo de Karl Renner).

às suas características externas comuns. O segundo considera os objetos sob o aspecto das regras precisas que se exprimem através deles, regras estas que ele introduz em cada objeto singular como uma exigência. No primeiro caso, todos os fatos são valorizados da mesma maneira; no segundo caso, são submetidos intencionalmente a uma apreciação valorativa, seja fazendo abstração daquilo que contradiz as regras estabelecidas, seja opondo expressamente o comportamento normal, que confirma as regras, ao comportamento contrário às normas”<sup>13</sup>.

A categoria do Dever-Ser determina, em Simmel, um modo particular de pensamento que está separado por um abismo intransponível dessa ordem lógica mediante a qual nós pensamos o Ser, que se realiza com uma necessidade natural. O “Tu deves” concreto não pode ser fundamento senão com referência a um outro imperativo. Permanecendo dentro dos limites da lógica nós não podemos, a partir da necessidade, tirar conclusões acerca do Dever-Ser, e vice-versa<sup>14</sup>.

Em sua obra principal *Wirtschaft und Recht* Stammler desenvolve em todos os seus matizes o mesmo pensamento, a saber, que a conformidade às leis pode se estabelecer por dois métodos diferentes, isto é, o método causal e o método teleológico. A jurisprudência, como disciplina normativa por excelência, teria adquirido assim uma base metodológica sólida. De fato, as tentativas no sentido de aprofundar esta metodologia fizeram, por exemplo, com que Kelsen se convencesse de que a jurisprudência é o que com precisão se pode chamar de ciência essencialmente normativa, porque, comparando-a com qualquer outra disciplina desta espécie, é ela a que mais condições tem de manter-se dentro dos limites do sentido formal e lógico da categoria do Dever-Ser. Na realidade, a normatividade está, tanto na Moral como na Estética, impregnada de elementos psicológicos e pode considerar-se como vontade qualificada, ou seja, como fato, como ente: o ponto de vista da causalidade impõe-se de maneira permanente e prejudica a pureza da doação de sentido normativo. Em sentido oposto, no direito, cuja lídima expressão é para Kelsen a lei estatal, o princípio do Imperativo aparece com uma forma negativamente heterônoma, tendo rompido definitivamente com a faticidade daquilo que existe. É só Kelsen transpor a função legislativa para o domínio metajurídico — e isso é o que faz efetivamente — para então restar à jurisprudência a pura esfera da normatividade: a tarefa desta jurisprudência limita-se então exclusivamente a ordenar, lógica e sistematicamente, os diferentes conteúdos normativos. Certamente, não podemos negar a Kelsen um grande mérito. Graças à sua lógica

13. Wilhelm Wundt. *Ethik*. 1903, p. 1.

14. Georg Simmel. *Ein Lightung in die Moralwissenschaft*. Stuttgart, 1910.

conduz ele levou até ao absurdo a metodologia do neokantismo, com as suas duas espécies de categorias científicas. Com efeito torna-se evidente que a categoria científica “pura” do Dever-Ser, libertada de todas as aluviões do Ente, da faticidade, de todas as “escórias” psicológicas e sociológicas, não tem e não pode de nenhum modo ter determinações de natureza racional. Para o imperativo puramente jurídico, isto é, incondicionalmente heterônomo, a própria finalidade é, em si mesma, secundária e indiferente. “Tu deves a fim de que...”, esta formulação já não é, segundo Kelsen, o “Tu deves” jurídico.

Com relação ao Dever-Ser jurídico, nada mais existe do que a passagem de uma norma a outra de acordo com os degraus de uma escala hierárquica, em cujo cimo se encontra a autoridade suprema que formula as normas e que engloba o todo — um conceito-limite de que a jurisprudência parte como de um pressuposto necessário. Um crítico de Kelsen apresentou esta colocação relativamente às tarefas da jurisprudência, sob a forma de uma conversa caricatural, entre um jurista e um legislador: “Nós não tomamos conhecimento — e isso nem sequer nos preocupa — sobre que gênero de leis deveis decretar. Isso pertence à arte da legislação que nos é estranha. Decretai as leis como bem vos parecer; assim que o tiverdes feito, nós vos explicaremos em latim de que espécie de lei se trata”<sup>15</sup>.

Uma tal teoria geral do direito, que nada explica, que *a priori* volta as costas às realidades concretas, ou seja, à vida social, e que se preocupa com normas sem se importar com sua origem (o que é uma questão metajurídica!) ou com suas relações com quaisquer interesses materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no mesmo sentido em que, por exemplo, se fala popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência. Esta “teoria” não pretende de nenhum modo examinar o direito, a forma jurídica, como forma histórica, porque não visa absolutamente estudar a realidade. Eis por que, para empregar uma expressão vulgar, não podemos tirar dela grandes coisas.

Já com as teorias jurídicas chamadas sociológicas e psicológicas, as coisas se dão de outra maneira. Delas podemos exigir muito mais porque elas pretendem, com auxílio do seu método, explicar o direito como fenômeno real, simultaneamente na sua origem e desenvolviment. Porém, também elas nos reservam outras decepções. As teorias jurídicas sociológicas e psicológicas deixam normalmente fora do círculo das suas reflexões a forma jurídica; melhor dizendo, elas simplesmente não percebem o problema equacionado. Desde o começo, elas operam com conceitos de ordem extrajurídica e quando por ve-

15. Julius Ofner. *Das Soziale Rechtsdenken*. Stuttgart, u. Gotha, 1923, p. 54.

zes tomam em consideração definições jurídicas, fazem-no apenas para apresentá-las como "ficções", "fantasmas ideológicos", "projeções" etc. Esta atitude naturalista ou niilista inspira à primeira vista uma certa simpatia, ainda mais se a opusermos às teorias jurídicas idealistas impregnadas de teleologia e de "moralismo". Após frases retumbantes sobre a "idéia eterna do direito" ou a "significação absoluta da personalidade", o leitor, que procura uma explicação materialista para os fenômenos sociais, volta-se, com particular satisfação, para as teorias que tratam o direito como o resultado de uma luta de interesses, como a manifestação da coerção estatal, ou até mesmo como um processo que se desenvolve na mente humana real. A muitos marxistas pareceu suficiente introduzir nas teorias acima citadas o momento da luta de classes, para que se obtivesse uma teoria do direito verdadeiramente materialista e marxista. Porém, disso não podemos esperar mais do que uma história das formas econômicas com matizes jurídicos mais ou menos carregados, ou uma história das instituições, mas jamais uma teoria geral do direito <sup>16</sup>.

Se os juristas burgueses, que procuraram defender opiniões mais ou menos materialistas, como por exemplo Gumplowicz, se sentiram obrigados a examinar pormenorizadamente, quase que *ex officio*, o arsenal dos conceitos jurídicos fundamentais, quando não para explicar que são construções artificiais, meramente convencionais; os marxistas, esses que não têm particulares responsabilidades perante a jurisprudência, acabam, por sua vez, nada dizendo acerca da definição formal da teoria geral do direito, contentando-se em dedicar toda a sua atenção ao conteúdo concreto das normas jurídicas e à evolução histórica das instituições jurídicas. É bom observar aqui que os autores marxistas, quando falam de conceitos jurídicos, pensam essencialmente no conteúdo concreto da regulamentação jurídica adaptada a uma determinada época, ou seja, naquilo que os homens consideram

16. O próprio livro de Stucka, *Revoljcionnaja rol'prova i gosudarstva*, já citado, que desenvolve toda uma série de questões de teoria geral do direito, não as agrupa numa unidade sistemática. O desenvolvimento histórico da normatividade jurídica, do ponto de vista do seu conteúdo de classe, é, na sua colocação, posto em primeiro plano relativamente ao desenvolvimento lógico e dialético da própria forma (por outro lado, é preciso salientar que, ao comparar-se a terceira com a primeira edição, notar-se-á naturalmente que o autor na sua terceira edição deu muito mais atenção às questões da forma jurídica). Além disso, Stucka procedeu apenas em função do seu ponto de partida, isto é, em função de uma concepção do direito que faz dele, em essência, um sistema de relações de produção e de troca. Se, à primeira vista, se considera o direito como a forma de toda e qualquer relação social, então pode dizer-se *a priori* que as suas características específicas passarão sem serem percebidas. Muito pelo contrário, o direito, como forma de relações de produção e de troca, desvenda facilmente, graças a uma análise mais ou menos cuidadosa, os seus traços específicos.

como sendo o direito nesse dado estágio da evolução. E isso se percebe, por exemplo, na formulação seguinte: "Tendo por base um dado estado das forças produtivas, nascem determinadas relações de produção que encontram a sua expressão ideal nos conceitos jurídicos dos homens e nas regras mais ou menos abstratas, no direito consuetudinário e nas leis escritas" <sup>17</sup>.

O conceito de direito é aqui considerado exclusivamente sob o ponto de vista do seu conteúdo; a questão da forma jurídica como tal de nenhum modo é exposta. Porém, não resta dúvida de que a teoria marxista não deve apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada. Se se recusa analisar os conceitos jurídicos fundamentais, apenas se consegue uma teoria que explica a origem da regulamentação jurídica a partir das necessidades materiais da sociedade e, conseqüentemente, do fato de as normas jurídicas corresponderem aos interesses materiais de uma ou outra classe social. Contudo, fica em suspenso a análise da regulamentação jurídica propriamente dita, enquanto forma, não obstante a riqueza do conteúdo histórico por nós introduzida neste conceito. Em vez de dispormos de uma totalidade rica em determinações e em vínculos internos, nós somos coagidos a utilizar, mais modestamente e apenas de forma aproximada, um esboço de análise do fenômeno jurídico. Este esboço é tão fluido que as fronteiras que delimitam a esfera jurídica das esferas vizinhas, ficam completamente atenuadas <sup>18</sup>.

Tal modo de proceder deve, até certo ponto, considerar-se como justificável. Podemos, por exemplo, tratar a história econômica negligenciando completamente as sutilezas e os pormenores da teoria da renda ou da teoria do salário. Mas, que diríamos de uma história das formas econômicas onde as categorias fundamentais da teoria da economia política, Valor-Capital-Lucro-Renda etc. se diluíssem no conceito vago e indiferenciado de Economia? Não ousemos sequer evocar o acolhimento que receberia tal gênero de tentativa que pretendesse apresentar semelhante história econômica como uma teoria de economia política. No entanto, é precisamente desta e não de outra maneira que se apresentam as coisas no domínio da teoria marxista do direito. Poderemos sempre consolar-nos pensando que os juristas

17. Beltov, *Sobre a questão da evolução da concepção monista da História*, São Petersburgo, 1894. Beltov é um pseudônimo de G. V. Plekhanov.

18. O livro de Micaíl Nikolajevic Prokrovskij, *Ensaio sobre a história da cultura russa*, onde a definição do direito se limita às características de imobilidade e de inércia em contraste com a mobilidade dos fenômenos econômicos, mostra-nos como a riqueza da exposição histórica se concilia com o mais breve esboço da forma jurídica (op. cit., 2.<sup>a</sup> ed. Moscou, 1918, v. I. p. 16).

se encontram ainda aqui à procura de uma definição para o seu conceito de direito, sem, contudo, conseguirem encontrá-la. Embora a maior parte dos cursos sobre teoria geral do direito, comecem por tais ou quais fórmulas, estas, na realidade, dão geralmente apenas uma representação confusa, aproximada e inarticulada do fenômeno jurídico. Podemos afirmar, de maneira axiomática, que as definições do direito não nos dão grandes ensinamentos acerca do que ele é realmente e que, inversamente, o especialista nos dá a conhecer tanto mais profundamente o direito como forma quanto menos se atém à sua própria definição.

Pode-se ver com clareza a causa deste estado de coisas: um conceito tão complexo como o do direito não pode ser captado exhaustivamente por meio de uma definição obtida conforme as regras da lógica escolástica, *per genus e per differentiam specificam*.

Lamentavelmente, aqueles raros marxistas que se ocupam da teoria do direito cederam também diante das tentações da "ciência" escolástica. Renner, por exemplo, baseia a sua definição do direito no conceito de imperativo que a sociedade dirige ao indivíduo<sup>19</sup>. Esta construção pouco engenhosa ele acha inteiramente suficiente para lhe permitir acompanhar a evolução passada, presente e futura das instituições jurídicas<sup>20</sup>.

O principal defeito deste tipo de fórmulas consiste em que elas não permitem compreender o conceito de direito no seu verdadeiro movimento, o qual desvenda toda a riqueza das interações e dos vín-

19. Cf. Karner, ob. cit., cap. I, p. 68. (Pseudônimo de Renner).

20. Cf. Ziber. *Sobranie socinenij* (obras completas), v. II, p. 134: "O direito não é senão o conjunto das normas coativas que exprimem um caso típico do desenvolvimento dos fenômenos econômicos, conjunto que se destina a prevenir e a reprimir os desvios relativos ao curso normal dos acontecimentos". O livro de Boukharin, *Istoričeskij materializm* (2.<sup>a</sup> ed., p. 175) contém definições análogas do direito como conjunto de normas coativas decretadas pelo poder do Estado. A diferença entre Boukharin e Ziber e particularmente Renner consiste em que Boukharin insiste essencialmente no caráter de classe do poder do Estado e, conseqüentemente, do direito. Podvolockij, um discípulo de Boukharin, dá do direito uma definição bem detalhada: "O direito é um sistema de normas coativas sociais que refletem as relações econômicas e sociais de uma determinada sociedade e que são introduzidas e mantidas pelo poder do Estado das classes dominantes para sancionar, regular e consolidar tais relações e conseqüentemente consolidar o seu domínio". (Podvolockij, *Marxistskaja teorija prava*, 2.<sup>a</sup> ed., Moscou, 1926). Todas estas definições salientam o vínculo existente entre o conteúdo concreto da regulamentação jurídica e a economia. Além disso, elas tentam simultaneamente explicar a análise do direito como forma, caracterizando-o através do constrangimento exterior estadalmente organizado; em outros termos, no fundo não vão além dos processos grosseiramente empíricos dessa mesma jurisprudência prática ou dogmática que, precisamente, o marxismo deveria considerar como sua tarefa superar.

culos internos do seu conteúdo. Em vez de nos propor o conceito de direito na sua forma mais acabada e mais clara e de, por conseguinte, nos mostrar o valor deste conceito para uma determinada época histórica, oferecem-nos apenas um lugar-comum, deveras inconsistente, o de uma "regulamentação autoritária externa" que serve indiferentemente para todas as épocas e para todos os estágios de desenvolvimento da sociedade humana. As tentativas que se fizeram na economia política para que fosse encontrada uma definição do conceito de economia englobando todas as épocas históricas assemelham-se inteiramente a estas definições. Se toda a teoria econômica consistisse apenas em tais generalizações, estereis e escolásticas, ela não mereceria sequer o nome de ciência.

Marx, como se sabe, não inicia suas investigações por considerações sobre a economia em geral, mas por uma análise da mercadoria e do valor. Porque a economia, enquanto particular esfera de relações, não se diferencia senão quando surge a troca. Enquanto ainda não existirem relações de valor, a atividade econômica muito dificilmente poderá diferenciar-se das restantes atividades vitais com as quais forma uma totalidade orgânica. A pura economia natural não pode constituir o objeto da economia política enquanto ciência independente<sup>21</sup>. Só as relações da economia mercantil capitalista constituem o objeto da economia política como disciplina teórica particular que utiliza conceitos específicos. "A economia política tem origem na mercadoria, no momento em que os produtos são trocados uns pelos outros, seja por indivíduos, seja por comunidades primitivas"<sup>22</sup>.

Podemos fazer considerações análogas a respeito da teoria geral do direito. Estas abstrações jurídicas fundamentais que engendram a evolução do pensamento jurídico e que representam as definições mais aproximadas da forma jurídica como tal, refletem relações sociais totalmente precisas e muito complexas. Qualquer tentativa de encontrar uma definição do direito adequada não só a estas complexas relações, mas também à "Natureza Humana" ou à "Comunidade Humana" conduz, em geral, inevitavelmente, a fórmulas verbais vazias e escolásticas.

21. É preciso dizer, além disso, que não existe entre os marxistas completa unanimidade no concernente ao objeto da economia teórica. Prova disso a discussão relativa ao artigo de Stepanov-Skvorcov publicado na *Vestnik Kommunističeskoj Akademii*, 1925, n.º 12. A grande maioria dos nossos teóricos de economia política que participaram nesta discussão rejeitaram categoricamente o ponto de vista de Stepanov, segundo o qual as categorias da economia mercantil capitalista em nenhum caso constituem o objeto específico da economia teórica.

22. Engels. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, de K. Marx. In: K. Marx-F. Engels, *Obras escolhidas*, t. I, Ed. Progresso, Moscou, 1955, p. 30 (trad. francesa). Há trad. port. da Ed. Acadêmica.

Logo que se torna necessário passar desta forma inerte para a análise da forma jurídica tal como ela existe realmente, deparamos com uma série de dificuldades que não se deixam separar a não ser com a ajuda de flagrantes artifícios. Deste modo aprendemos, normalmente, depois de ter aceito uma definição geral do direito, que existem duas espécies de direito: um direito subjetivo e um direito objetivo, um *jus agendi* e uma *norma agendi*. Porém, a possibilidade de semelhante dicotomia não está, de nenhum modo, prevista na própria definição; assim, somos coagidos ou a negar uma das duas espécies do direito e a concebê-la como uma ficção, uma quimera etc., ou então a admitir um vínculo puramente exterior entre o conceito geral do direito e as suas duas modalidades. Entretanto, a dupla natureza do direito, a sua divisão, por um lado, em norma, e por outro, em faculdade jurídica, tem uma significação tão importante como, por exemplo, o desdobramento da mercadoria em valor de troca e valor de uso.

O direito como forma não pode ser captado fora das suas mais restritas definições. Ele existe apenas nos seus pares de opostos: direito objetivo, direito subjetivo; direito público, direito privado etc. Porém, todas estas distinções fundamentais aparecerão ligadas mecanicamente à formulação principal se esta for estabelecida de maneira a abarcar todas as épocas e todos os estágios que não conheceram, de nenhum modo, as mencionadas oposições.

Apenas a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais.

Mesmo deixando de lado as culturas dos povos primitivos — onde só a custo se consegue extrair o direito da massa total dos fenômenos sociais de caráter normativo — verifica-se que as formas jurídicas ainda se encontram, ainda na Europa medieval, extremamente pouco desenvolvidas. Todas as oposições acima mencionadas se fundem num todo indiferenciado. Não existe fronteira entre o direito como norma objetiva e o direito como justificação. A norma geral não se distingue da sua aplicação concreta. Conseqüentemente, a atividade do juiz e a atividade do legislador acabam por confundir-se. Vemos a oposição entre o direito público e o direito privado quase que totalmente apagada, tanto na comunidade rural, como na organização do poder feudal. Falta então, em geral, a oposição tão característica existente na época burguesa entre o indivíduo como pessoa privada e o indivíduo como membro da sociedade política. Foi necessário um longo processo de desenvolvimento tendo como palco principal as cidades, para que estas facetas da forma jurídica se pudessem cristalizar em toda a sua precisão.

Deste modo o desenvolvimento dialético dos conceitos jurídicos fundamentais não nos oferece somente a forma jurídica no seu completo desenvolvimento e em todas as suas articulações, mas reflete igualmente o processo de evolução histórica real, que é justamente o processo de evolução da sociedade burguesa.

À teoria geral do direito, tal como nós a concebemos, não se pode objetar que tal disciplina trata unicamente de definições formais, convencionais e de construções artificiais. Ninguém duvida de que a economia política estuda uma realidade que existe efetivamente, muito embora Marx tenha já atraído a atenção sobre o fato de realidades como o Valor, o Capital, o Lucro, a Renda etc., não poderem ser descobertas “com a ajuda do microscópico e da análise química”. A teoria do direito trabalha com abstrações que não são menos “artificiais”: a “relação jurídica” ou o “sujeito jurídico” não podem, igualmente, ser descobertos por meio dos métodos de investigação das ciências naturais, não obstante por detrás de tais abstrações estarem escondidas forças sociais absolutamente reais.

Considerada por um indivíduo que viva num regime de economia natural, a economia baseada nas relações de valor vai aparecer como uma deformação artificial de coisas simples e naturais, da mesma forma que o modo de pensamento jurídico vai aparecer para o indivíduo médio como contrário ao “bom-senso” normal.

É digno de nota que o ponto de vista jurídico é comparavelmente mais estranho à consciência do “indivíduo médio”, do que o ponto de vista econômico; porque, mesmo quando a relação econômica se realiza simultaneamente como relação jurídica, é justamente o aspecto econômico que, na maioria dos casos, é atualizado pelos protagonistas desta relação, enquanto o momento jurídico permanece num segundo plano e só em casos excepcionais se revela claramente (processos, litígios jurídicos). De outro lado, os membros de uma casta particular (juristas, juizes) surgem habitualmente como os detentores do “momento jurídico” no estágio da sua atividade. É por esta razão que, para o indivíduo médio, o pensamento se efetua mais correntemente e com mais naturalidade mediante o concurso de categorias econômicas do que mediante o concurso de categorias jurídicas.

Se se acredita que os conceitos jurídicos, que exprimem o sentido da forma jurídica, representam o produto de uma qualquer intervenção arbitrária, incorre-se no erro dos racionalistas do século deuldo e que foi denunciado por Marx. Aquelas pessoas, não podendo ainda explicar, como diz Marx, a origem e o desenvolvimento das formas enigmáticas assumidas pelas relações humanas, tentaram des-

pojá-las do seu caráter incompreensível, dizendo, precisamente, que eram invenções humanas, que não haviam caído do céu<sup>23</sup>.

Aliás, não pode contestar-se o fato de que uma grande parte das construções jurídicas é, com efeito, bastante discutível e arbitrária. Tal acontece, por exemplo, com a maior parte das construções de direito público. Nas páginas seguintes tentaremos explicar as razões deste fenômeno. Por ora contentar-nos-emos em notar que a forma do valor se torna universal do ponto de vista de uma economia mercantil desenvolvida e que ela reveste ainda, a par das formas primárias, diversas formas de expressão derivadas e artificiais: surgindo, por exemplo, também sob o aspecto do preço de objetos que não são produtos do trabalho (terra), ou que não têm absolutamente nada a ver com o processo de produção (por exemplo, segredos militares comprados por um espião). Contudo, isso não impede o fato de o valor, como categoria econômica, ser concebido apenas sob o ponto de vista do dispêndio de trabalho socialmente necessário à fabricação de um dado produto. De igual modo, o universalismo da forma jurídica não deve impedir-nos de investigar as relações que constituem o seu fundamento real. Esperamos poder demonstrar mais adiante que estes fundamentos não são essas relações que se denominam relações de direito público.

Outra objeção que vem de encontro à nossa concepção das tarefas de uma teoria geral do direito é a de se considerar que as abstrações que lhe servem de fundamento são unicamente adequadas ao direito burguês. O direito proletário, dizem então, deve encontrar outros conceitos gerais, e a teoria marxista do direito deveria ter por tarefa a procura de tais conceitos.

Esta objeção parece ser, à primeira vista, muito séria. No entanto, ela se sustenta num equívoco. Esta tendência, ao exigir para o direito proletário novos conceitos gerais que lhe sejam próprios, parece ser revolucionária por excelência. Mas, na realidade proclama a imortalidade da forma jurídica, visto que se esforça por extrair esta forma de condições históricas determinadas que lhe permitiram desabrochar completamente, e se esforça por apresentá-la como capaz de renovar-se permanentemente. O aniquilamento de certas categorias (precisamente de certas categorias e não de tais ou quais prescrições) do direito burguês, em nenhum caso significa a sua substituição pelas novas categorias do direito proletário. Da mesma forma como o aniquilamento das categorias do valor, do capital, do lucro etc., no período de transição para o socialismo evoluído, não significa o aparecimento de novas categorias proletárias do valor, do capital etc.

23. Marx. *O Capital*, ob. cit., Cap. I, p. 92 e 93.

O aniquilamento das categorias do direito burguês significará nestas condições o aniquilamento do direito em geral, ou seja, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas.

Porém, o período de transição, tal como Marx o mostrou na sua *Crítica do programa de Gotha*, tem por característica o fato de as relações humanas permanecerem, durante um certo período, necessariamente encerradas no "horizonte limitado do direito burguês". É interessante analisar em que consiste efetivamente, segundo a concepção de Marx, este limitado horizonte do direito burguês. Marx pressupõe um sistema social no qual os meios de produção pertencem a toda a sociedade e onde os produtores não trocam os seus produtos. Ele supõe, por conseguinte, um nível de desenvolvimento superior ao da "Nova economia política" na qual vivemos atualmente. O mercado está já completamente substituído por uma economia organizada e, conseqüentemente, "o trabalho incorporado nos produtos já não aparece aqui como valor destes produtos, como uma qualidade real possuída por eles, pois que doravante, contrariamente ao que se passava na sociedade capitalista, já não é através de rodeios, mas diretamente, que os trabalhos do indivíduo se tornam parte integrante do trabalho total da comunidade"<sup>24</sup>. Porém, ainda quando o mercado e a troca mercantil forem completamente abolidos, a nova sociedade comunista, como diz Marx, "leva ainda, sob todas as relações, econômica, moral, intelectual, os estigmas da antiga sociedade de cujos flancos ela saiu"<sup>25</sup>.

É o que se percebe igualmente no princípio da distribuição, segundo o qual "o produtor recebe individualmente, já deduzidos os descontos, o equivalente exato do que deu à sociedade"<sup>26</sup>.

Marx insiste sobre o fato de que, não obstante a radical modificação da forma e do conteúdo, "o princípio diretivo é o mesmo que vigora para a troca de mercadorias equivalentes: uma mesma quantidade de trabalho, sob certa forma, troca-se contra uma mesma quantidade de trabalho, sob uma outra forma"<sup>27</sup>.

Enquanto a relação entre os produtores individuais e a sociedade continuar mantendo a forma de troca de equivalentes, esta relação manterá igualmente a forma do direito, uma vez que "pela sua natureza, o direito só pode consistir no emprego de uma mesma unidade de medida"<sup>28</sup>. Porém, como não se leva em consideração a desigual-

24 Marx. *Crítica do programa de Gotha* (1875). Ed. Sociales, Paris, 1950, p. 23. Há trad. port. da Ed. Acadêmica.

25 Id. ibid.

26 Id. ibid.

27 Id. ibid.

28 Id. ibid.

dade natural das aptidões individuais, o direito "é, pois, no seu conteúdo, um direito baseado na desigualdade, como todo o direito"<sup>29</sup>. Marx não menciona a necessidade de um poder de Estado que assegure pela coação a realização destas normas do direito "desigual", que mantém os seus "limites burgueses", mas, evidentemente, tal deduz-se por si mesmo. Lênin tira esta conclusão: "Certamente que o direito burguês, no que concerne à repartição dos objetos de consumo, supõe necessariamente um Estado burguês, já que o direito nada é sem um aparelho capaz de impor a observância das suas normas. Daí se segue que, por um certo tempo em regime comunista, subsiste não só o direito burguês, mas também o Estado burguês sem a burguesia"<sup>30</sup>.

Uma vez estabelecida a forma de troca de equivalentes, estabelece-se igualmente a forma do direito, a forma do poder público, isto é, estadual, e, por conseguinte, esta permanece, ainda durante algum tempo, mesmo quando já não exista a divisão de classes. O aniquilamento do direito e com ele o do Estado só acontece, segundo a concepção de Marx, quando "o trabalho não é apenas um meio de viver, mas ele próprio se transforma na primeira necessidade vital"<sup>31</sup>; quando com o desenvolvimento universal do indivíduo tenham aumentado também as próprias forças produtivas; quando todos os indivíduos trabalhem voluntariamente segundo as suas capacidades ou, como diz Lênin, quando se tenha ultrapassado "o horizonte limitado do direito burguês que obriga a fazer cálculos com a aspereza de um Shylock: "terei eu trabalhado meia hora a mais do que o vizinho?"<sup>32</sup>, numa palavra, enfim, *quando a forma da relação de equivalência tiver sido definitivamente ultrapassada.*

A transição para o comunismo evoluído não se apresenta, segundo Marx, como uma passagem para novas formas jurídicas mas como um aniquilamento da forma jurídica enquanto tal, como uma libertação em face desta herança da época burguesa destinada a sobreviver à própria burguesia.

Marx mostra simultaneamente a condição fundamental, enraizada na estrutura econômica da própria sociedade, da existência da forma jurídica, ou seja, a unificação dos diferentes rendimentos do trabalho segundo o princípio de troca de equivalentes. Ele descobre assim o profundo vínculo interno que existe entre a forma jurídica e a forma mercantil. Uma sociedade que é coagida, pelo estado das suas

29. Id., *ibid.*

30. Lênin. *O Estado e a Revolução*, 1917, Edições em Línguas Estrangeiras, Moscou, pp. 117-118. Há trad. port. da Ed. Acadêmica.

31. Marx. *Crítica...*, cit., p. 25.

32. Lênin. *O Estado e a Revolução*. cit., p. 115.

forças produtivas, a manter uma relação de equivalência entre o dispêndio de trabalho e a remuneração sob uma forma que lembra, mesmo de longe, a troca de valores-mercadorias, será coagida igualmente a manter a forma jurídica. Somente partindo deste momento fundamental se poderá compreender por que razão toda uma série de outras relações sociais reveste forma jurídica. Porém, daí até se concluir que os tribunais e as leis devam existir sempre, uma vez que, mesmo um estado de abundância econômica não fará desaparecer todos os delitos contra a pessoa, equivale a tomar por essenciais e fundamentais momentos que são secundários e derivados. Até a criminologia burguesa progressista chegou teoricamente à convicção de que a luta contra a criminalidade pode ser considerada em si mesma como uma tarefa médica e pedagógica e que os juristas com os seus "corpos de delito", os seus códigos, os seus conceitos de "culpabilidade", de "responsabilidade penal, plena ou atenuada", as suas sutis distinções entre cumplicidade, participação, instigação etc., absolutamente não têm condições de prestar qualquer auxílio à solução da questão. E se, até o momento, estas convicções teóricas ainda não determinaram a supressão dos códigos penais e dos tribunais, foi evidentemente porque a supressão da forma jurídica está ligada não apenas à infração do quadro da sociedade burguesa, mas também a uma emancipação radical em relação a todas as suas sobrevivências.

A crítica da jurisprudência burguesa, do ponto de vista do socialismo científico, deve tomar como paradigma a crítica da economia política burguesa tal como Marx no-la oferece. Para tal, esta crítica deve, antes de tudo, bater-se no terreno do inimigo, ou seja, não deve descartar as generalizações e as abstrações que foram elaboradas pelos juristas burgueses, partindo das necessidades do seu tempo e da sua classe, mas analisar estas categorias abstratas e pôr em evidência a sua verdadeira significação, em outros termos, descobrir o condicionamento histórico da forma jurídica.

Toda a ideologia perece simultaneamente com as relações sociais que a geraram. Porém, este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase onde a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de dissimular e velar as relações sociais das quais nasceu. Despir as raízes de uma ideologia, é o sinal certo de que o seu fim se aproxima. Pois, como dizia Lassalle, "o indício de uma nova época jamais se manifesta senão através da aquisição da consciência do que até então era a realidade em si"<sup>33</sup>.

33. Lassalle. *System der erworbenen Rechte*. 1861.

## CAPÍTULO I

### OS MÉTODOS DE CONSTRUÇÃO DO CONCRETO NAS CIÊNCIAS ABSTRATAS

Toda a ciência que procede a generalizações, dirige-se, no estudo do seu objeto, a uma única e mesma realidade total e concreta. Uma única e mesma observação, por exemplo, a observação de um corpo celeste passando pelo meridiano, pode propiciar tanto conclusões astronômicas como psicológicas. Um único e mesmo fato, por exemplo, o arrendamento da terra, pode constituir o objeto tanto de investigações de economia política como de investigações jurídicas. É assim, pois, que as diferenças existentes entre as múltiplas ciências se baseiam amplamente nas diferenças existentes entre os seus métodos, entre os seus modos de abordagem da realidade. Toda a ciência possui o seu próprio plano de acordo com o qual visa reproduzir a realidade; construindo, assim, a realidade concreta, com toda a sua riqueza de formas, de relações e de conexões, como resultado da combinação de abstrações mais simples. A psicologia pretende decompor a consciência nos seus elementos mais simples. A química realiza a mesma tarefa em relação à matéria. Quando, na prática, não se pode decompor a realidade nos seus elementos mais simples, a abstração vem em nosso auxílio. O papel da abstração mostra-se particularmente acentuado nas ciências sociais. A maturidade das ciências sociais é determinada pelo grau de perfeição das referidas abstrações. É o que Marx expõe de forma magnífica a propósito da economia política: poderia parecer muito natural — dizia ele — começar as investigações pela totalidade concreta, pela população que vive e produz em circunstâncias geográficas determinadas, porém, a população torna-se uma abstração vazia se deixarmos de lado as classes que a compõem. Por sua vez, estas, sem as condições básicas para a sua existência, tais como o salário, o lucro, a renda etc. nada são. A análise destas últimas pressupõe as categorias mais simples do “preço”, do “valor” e da “mercadoria”. Partindo destes pressupostos mais simples, o teórico da economia política reproduz a mesma totalidade concreta, mas agora

já não como um todo caótico e difuso mas como uma unidade rica em numerosas determinações e inter-relações. Marx acrescenta que o desenvolvimento histórico da ciência veio a palmilhar precisamente o caminho inverso: os economistas do século XVII começaram pelo concreto, pela nação, pelo Estado, pela população, para depois chegarem à renda, ao lucro, ao salário, ao preço e ao valor. Porém, o que historicamente foi inevitável, não tem necessariamente de ser metodologicamente correto<sup>34</sup>.

Estas observações justificam-se também no que diz respeito à teoria geral do direito. Neste caso, a totalidade concreta, ou seja, a sociedade, a população, o Estado, deve ser o resultado ou a meta das nossas reflexões, não o ponto de partida das mesmas. Quando se caminha do mais simples para o mais complexo, quando se parte da forma mais simples de um *processus* para as suas formas mais concretas, segue-se uma via metodológica mais precisa, mais clara e, por conseguinte, mais correta do que quando se avança às apalpadelas, nada tendo diante de si a não ser a imagem difusa e indiferenciada da totalidade concreta.

A segunda observação metodológica que trazemos aqui refere-se a uma particularidade das ciências sociais ou, de forma mais exata, dos conceitos que elas utilizam.

Se tomarmos um conceito qualquer das ciências da natureza, por exemplo o conceito de energia, podemos determinar com precisão o momento em que ele surgiu pela primeira vez na história. Todavia, tal data tem apenas significado para a história da cultura e das ciências. Na investigação propriamente dita das ciências da natureza, o emprego deste conceito não está limitado por qualquer espécie de marco cronológico. A lei da transformação da energia já atuava bem antes do aparecimento do homem sobre a Terra e continuará atuando ainda quando nela se houver extinguido de todo a vida. Ela situa-se fora do tempo, é uma lei eterna. Poderemos, certamente, levantar a questão da data da descoberta da lei de transformação da energia, mas seria absurdo perguntar de que época datam as relações e as circunstâncias que ela exprime.

Se nos voltarmos agora para as ciências sociais, por exemplo, para a economia política e se considerarmos um dos seus conceitos fundamentais, por exemplo o do valor, logo se torna evidente que tal conceito, como elemento do nosso pensamento, é um conceito não só

34. Marx. *Introdução à Crítica da Economia Política* (1857). Ed. Sociales, Paris, 1957. p. 165. Há trad. port. da Ed. Acadêmica.

histórico, mas fica também evidente que, como substrato da história deste conceito, como parte da história da teoria da economia política, nós temos uma história real do valor, isto é, uma evolução das relações humanas que progressivamente fizeram deste conceito uma realidade histórica<sup>35</sup>.

Sabemos exatamente que condições materiais são necessárias para que esta qualidade "ideal", "imaginária" das coisas adquira uma importância "real" e, mais ainda, decisiva em relação às suas qualidades naturais, logo que ela transforma o produto do trabalho de fenômeno natural em fenômeno social. Nós conhecemos deste modo o substrato histórico real destas abstrações conceituais que utilizamos, e podemos igualmente verificar os limites dentro dos quais a utilização destas abstrações tem um sentido coincidente com o quadro da evolução histórica real e são mesmo determinados por ele. Um outro exemplo, citado por Marx, evidencia particularmente este fato. O trabalho, como a relação mais simples do homem com a Natureza, encontra-se em todos os estágios de evolução, sem exceção; porém, como abstração econômica, surge bem mais tarde (cf. a sucessão das escolas: mercantilistas, fisiocratas, economistas clássicos). A evolução real das relações econômicas que relegou para segundo plano as distinções entre as diferentes espécies de trabalho humano, para colocar em seu lugar "o trabalho em geral", correspondeu a esta evolução do conceito. A evolução dos conceitos corresponde assim à dialética real do processo histórico<sup>36</sup>.

Tomemos ainda um outro exemplo, mas desta vez não já no domínio da economia política. Consideremos o Estado. Nós podemos observar aqui, por um lado, como o conceito de Estado adquire progressivamente uma forma precisa e acabada e como desenvolve toda a riqueza das suas determinações e, por outro lado, como o Estado nasce na realidade da sociedade gentilícia e da sociedade feudal, como ele "se abstrai" e se transforma num poder "que se basta a si próprio" e "bloqueia todas as portas da sociedade". O direito igualmente nas suas determinações gerais, o direito como forma não existe somente na mente e nas teorias dos juristas especializados. Ele tem uma história real, paralela, que não se desenvolve como um sistema de pensamento mas antes como um sistema particular de relações que

35. No entanto, não é necessário pensar que a evolução da forma do valor e a evolução da teoria do valor se tenham operado sincronizadamente. Pelo contrário. Estes dois processos de modo algum são cronologicamente concordantes. Formas mais ou menos desenvolvidas de troca e as correlativas formas de valor encontram-se na Antiguidade, enquanto a economia política, como se sabe, é uma das ciências mais recentes.

36. Marx, cit. pp. 166 ss.

os homens realizam em consequência não de uma escolha consciente, mas sob pressão das relações de produção. O homem torna-se inevitavelmente sujeito jurídico como inevitavelmente transforma o produto natural numa mercadoria dotada das propriedades enigmáticas do valor.

O pensamento que não transgredir o quadro das condições de existência burguesa não pode conceber esta necessidade de outra forma que não seja sob a forma de uma necessidade natural; por essa razão a doutrina do direito natural é, consciente ou inconscientemente, o fundamento de todas as teorias burguesas do direito. A escola do direito natural não foi apenas a expressão mais saliente da ideologia burguesa, numa época em que a burguesia surgiu como classe revolucionária e formulou suas reivindicações de maneira aberta e coerente, mas deixou-nos também o mais profundo e claro modelo para a compreensão da forma jurídica. Não foi por mero acaso que o apogeu da doutrina do direito natural por pouco não coincidiu com o aparecimento dos grandes teóricos clássicos da economia política burguesa. As duas escolas atribuíram a si próprias a tarefa de formular sob a forma mais geral e por conseguinte a mais abstrata as condições de existência fundamentais da sociedade burguesa que lhes pareceram ser as condições de existência naturais de toda a sociedade.

Mesmo um zeloso defensor do positivismo jurídico e um adversário do direito natural, como Bergbohm, deve reconhecer os méritos da escola do direito natural na criação da moderna ordem jurídica burguesa. "Ele (o direito natural) quebrou os fundamentos da servidão feudal e as relações de servidão em geral, e abriu a via para a abolição dos ônus que recaíam sobre a terra, ele libertou as forças produtivas encarceradas por um regime corporativo fossilizado e por restrições comerciais absurdas... ele obteve a liberdade de religião, a liberdade confessional assim como a liberdade científica. Ele garantiu a proteção do direito privado de todo o homem, qualquer que fosse a sua fé e a sua nacionalidade. Foi valiosa sua contribuição para eliminar a tortura e para orientar o processo penal pelas vias regulares de um processo em conformidade com a lei"<sup>37</sup>.

Sem pretender analisar aqui, detalhadamente, a sucessão das diferentes escolas da teoria do direito, não podemos deixar de chamar a atenção para um certo paralelismo entre a evolução do pensamento jurídico e a do pensamento econômico. Deste modo, a escola histórica pode ser considerada em ambos os casos como uma manifestação da reação feudal aristocrática e, em parte, pequeno-burguesa corporati-

37. Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. I, Leipzig, 1892, t. I, p. 215.

vista. Ademais, logo que a chama revolucionária da burguesia se extinguiu definitivamente na segunda metade do séc. XIX, a pureza e a precisão das doutrinas clássicas deixaram igualmente de exercer sobre ela qualquer atração. A sociedade burguesa aspira a uma estabilidade e a um poder forte. Eis por que não é mais a análise da forma jurídica que se encontra no centro dos interesses da teoria jurídica, porém, antes, o problema do fundamento da força coativa dos preceitos jurídicos. Disso resulta uma singular mistura de historicismo e de positivismo jurídico, que se reduz à negação de todo o direito que não seja o direito oficial.

O chamado "renascimento do direito natural" não significa uma volta da filosofia burguesa do direito às concepções revolucionárias do séc. XVIII. No tempo de Voltaire e de Beccaria, todo juiz esclarecido achava que era um mérito conseguir, a pretexto de aplicar a lei, realizar os pontos de vista dos filósofos que não eram outros senão os da negação revolucionária da ordem social feudal. Em nossos dias, Rudolf Stammler, o profeta do "direito natural" renascente, sustenta a tese de que o "direito justo" exige, antes de tudo, a submissão ao direito positivo vigente, ainda que este último seja "injusto".

A escola psicológica na economia política encontra-se em paralelo com a escola psicológica do direito. Ambas se esforçam por transpor o objeto da sua análise para a esfera dos estados subjetivos da consciência ("avaliação", "emoção imperativa-atributiva") e não vêem que as categorias abstratas correspondentes exprimem, mediante suas regularidades científicas, a estrutura lógica das relações sociais que se ocultam por trás dos indivíduos e que ultrapassam o quadro da consciência individual.

Finalmente, o extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) exprime, sem sombra de dúvida, a decadência geral do mais recente pensamento científico burguês, o qual, glorificando o seu total afastamento da realidade, se dilui em estereis artifícios metodológicos e lógico-formais. Na teoria da economia política, os representantes da escola matemática ocupam uma posição semelhante.

A relação jurídica é, para utilizar uma expressão marxista, uma relação abstrata, unilateral, mas que não aparece nesta unilateralidade como o resultado do trabalho conceitual de um sujeito pensante mas como o produto da evolução social. "Em toda a ciência histórica ou social em geral, é preciso ter sempre presente, a propósito da evolução das categorias econômicas, que o sujeito, neste caso, a sociedade burguesa moderna, é um dado que existe tanto na realidade como no pensamento e que as categorias exprimem, portanto, determinadas formas de existência, condições da existência, muitas vezes sim-

ples aspectos particulares desta determinada sociedade, deste sujeito..."<sup>38</sup>.

O que Marx diz aqui das categorias econômicas é totalmente aplicável também às categorias jurídicas. Em sua aparente universalidade elas exprimem um determinado aspecto da existência de um determinado sujeito histórico: a produção mercantil da sociedade burguesa.

Encontramos, finalmente, na mesma introdução geral já tantas vezes citada, mais uma profunda reflexão metodológica de Marx. Refere-se ela à possibilidade de explicitar o significado das formações anteriores através da análise das formas que lhe sucederam e que, por conseguinte, são superiores e mais desenvolvidas. Logo que se compreende a renda, diz Marx, compreende-se igualmente o tributo, o dízimo e o imposto feudal. A forma mais desenvolvida permite-nos compreender os estágios anteriores onde ela surge unicamente de forma embrionária. A evolução histórica posterior põe a descoberto, simultaneamente, as virtualidades que já se podiam divisar num passado longínquo.

"A sociedade burguesa constitui a organização histórica da produção mais desenvolvida e diversificada que jamais existiu. Eis por que as categorias que exprimem as relações desta sociedade e que permitem compreender a sua estrutura, permitem também perceber a estrutura e as relações de produção de todas as formas de sociedade já desaparecidas, com os vestígios e os elementos a partir dos quais ela se edificou e dos quais alguns, apenas parcialmente ultrapassados, continuam ainda a subsistir nela".<sup>39</sup>

Se quisermos aplicar as citadas reflexões metodológicas à teoria do direito, teremos de começar pela análise da forma jurídica na sua configuração mais abstrata e mais pura, para depois irmos por complexidade progressiva até ao concreto histórico. Não devemos nos esquecer que a evolução dialética dos conceitos corresponde à evolução dialética do próprio processo histórico. A evolução histórica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também um desenvolvimento da forma jurídica como tal. Esta, depois de haver surgido num determinado estágio da civilização, permanece, durante longo tempo, num estado embrionário com uma leve diferenciação interna e sem delimitação no que concerne às esferas próximas (costume, religião). Foi apenas desenvolvendo-se progressivamente que ela atin-

38. Marx. *Introdução à Crítica da Economia Política*, p. 170.

39. Marx, *cit.*, p. 169.

giu o seu supremo apogeu, a sua máxima diferenciação e precisão. Este estágio de desenvolvimento superior corresponde a relações econômicas e sociais inteiramente determinadas. Ao mesmo tempo este estágio caracteriza-se pelo aparecimento de um sistema de conceitos gerais que refletem teoricamente o sistema jurídico como totalidade orgânica.

A estes dois ciclos de desenvolvimento correspondem duas épocas de desenvolvimento superior dos conceitos jurídicos gerais: Roma e o seu sistema de direito privado e os séculos XVII e XVIII, na Europa, quando o pensamento filosófico descobriu a significação universal da forma jurídica como potencialidade que a democracia burguesa era chamada a realizar.

Por conseguinte, não poderemos alcançar definições claras e exaustivas a não ser baseando a nossa análise sobre a forma jurídica inteiramente desenvolvida, a qual revela tanto as formas jurídicas passadas como as suas próprias formas embrionárias.

Somente neste caso conseguiremos captar o direito não como um atributo da sociedade humana abstrata, mas como uma categoria histórica que corresponde a um regime social determinado, edificado sobre a oposição de interesses privados.

## CAPÍTULO II

### IDEOLOGIA E DIREITO

A questão da natureza ideológica do direito desempenhou um papel essencial na polémica entre P. I. Stucka e o professor Rejsner<sup>40</sup>. Este último tentou demonstrar que Marx e Engels, eles próprios, consideravam o direito como uma das "formas ideológicas", e que muitos outros teóricos marxistas tinham igualmente a mesma opinião. Para tal, o professor Rejsner apoia-se num importante número de citações. Nada há evidentemente a objetar a tais referências e citações. Não podemos também contestar o fato de que o direito é para os homens uma experiência psicológica vivida, particularmente sob a forma de regras, de princípios ou de normas gerais. No entanto, o problema não está de modo algum em admitir ou contestar a existência da ideologia jurídica (ou da psicologia), mas em demonstrar que as categorias jurídicas não têm outra significação além da sua significação ideológica. E somente quando esta demonstração estiver feita se poderá considerar como inatacável a conclusão extraída pelo professor Rejsner, a saber, "que um marxista não pode estudar o direito a não ser enquanto espécie particular da Ideologia". Esta pequena fórmula "não pode etc. . . enquanto . . ." encerra o fundo de toda a questão. É isso o que queremos explicitar a partir de um exemplo retirado da economia política. As categorias da mercadoria, do valor e do valor de troca são, sem sombras de dúvida, formações "ideológicas", representações deformadas, mistificadas (segundo expressão de Marx), através das quais a sociedade, baseada na troca mercantil, concebe as relações de trabalho dos diferentes produtores. O caráter ideológico destas formas prova-se pelo fato de que basta passar a outras estruturas econômicas para que estas categorias da mercadoria, do valor etc., percam todo o seu significado. Por esta razão podemos falar com propriedade de uma ideologia mercantil ou,

40. V. *Vestnik Socialistcheskoj Akademii*, n. 1.

como nomeia Marx, de um "fetichismo da mercadoria" e incluir este fenômeno entre os fenômenos psicológicos. Porém, tal não significa que as categorias de economia política tenham *exclusivamente* uma significação psicológica, que elas se refiram unicamente a experiências vividas, a representações ou outros processos subjetivos. Sabemos perfeitamente que a categoria da mercadoria, por exemplo, não obstante o seu evidente caráter ideológico, reflete uma relação social objetiva. Sabemos que os diferentes estágios de desenvolvimento desta relação, a sua maior ou menor universalidade, são realidades de fato materiais que devem ser tomadas em consideração como tais e não somente enquanto processos ideológicos e psicológicos. Eis o porquê de os conceitos gerais de economia política não serem unicamente elementos ideológicos, mas abstrações graças às quais a realidade econômica objetiva pode ser elaborada cientificamente, isto é, teoricamente. Para retomarmos a expressão de Marx, "as categorias da economia burguesa são formas do intelecto que têm uma verdade objetiva, enquanto refletem relações sociais reais, mas estas relações pertencem apenas àquela época histórica determinada, onde a produção mercantil é o modo de produção social" <sup>41</sup>.

O que importa demonstrar, então, não é que os conceitos jurídicos gerais possam entrar, a título de elementos constitutivos, nos processos e sistemas ideológicos, — o que de modo algum é contestável — mas sim que a realidade social, em certa medida encoberta por um véu místico, não pode ser descoberta através destes conceitos. Em outros termos, nós devemos esclarecer a seguinte questão: representarão, efetivamente, as categorias jurídicas essas categorias conceituais objetivas (objetivas para uma sociedade historicamente dada) e correspondentes a relações sociais objetivas? Por conseguinte, voltamos agora a pôr a questão do seguinte modo: *poderá o direito ser concebido como uma relação social no mesmo sentido em que Marx chamou ao Capital uma relação social?*

Uma tal problemática elimina *a priori* a referência à natureza ideológica do direito e situa a investigação totalmente noutra nível.

A constatação da natureza ideológica de um dado conceito não nos dispensa de modo algum da obrigação de estudar a realidade objetiva, isto é, a realidade que existe no mundo exterior e não apenas na consciência. Se assim não fosse, toda a fronteira entre a realidade do Além, que existe efetivamente também na representação de certas pessoas, e, digamos, o Estado apagar-se-ia. Mas é isso que precisamente se passa com o professor Rejsner. Ele apóia-se na célebre citação de Engels relativa ao Estado como "primeiro poder ideológico que domina os homens" e identifica, sem hesitar, o Estado com a ideologia do Estado.

41. Marx. *O Capital*. Liv. I, cap. IV, p. 88.

"O caráter psicológico das manifestações do poder é de tal modo evidente, e o poder do Estado, *que existe apenas no psiquismo humano*, é, ele próprio, a tal ponto desprovido de características materiais que se poderia julgar ser impossível conceber o poder do Estado de outra forma que não fosse a forma de uma Idéia que apenas se manifesta na medida em que os homens fazem dela o princípio de seu comportamento" <sup>42</sup>.

As finanças, o exército, a administração, tudo isso está "por conseguinte desprovido de características materiais", tudo isso existe apenas "no psiquismo humano". Mas, então, que acontece a esta "enorme" massa da população, segundo a expressão do próprio Rejsner, que vive "fora de toda a consciência do Estado"? Devemos, aparentemente, excluir esta massa; pois ela não tem efetivamente qualquer importância para a existência "real" do Estado.

Mas, então o que sucederá ao Estado sob o ponto de vista da sua unidade econômica? As fronteiras alfandegárias serão então também apenas um processo ideológico e psicológico? Poderiam formular-se muitas questões semelhantes, mas todas elas conduziriam ao mesmo resultado. O Estado não é apenas uma forma ideológica, mas também, e ao mesmo tempo, uma forma do Ser social. A natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações por ele expressas.

Nós podemos compreender o neokantiano coerente que é Kelsen quando afirma a objetividade normativa, isto é, puramente ideal do Estado, e abre mão não só dos elementos objetivos e materiais da realidade, mas também do psiquismo humano real. Mas nós nos recusamos a conceber uma teoria marxista, isto é, materialista que opere exclusivamente com experiências subjetivas vividas. Aliás, o professor Rejsner, partidário da teoria psicológica de Petrazickij, que "decompõe" completamente o Estado numa série "de emoções imperativas-atributivas", não veria, como o mostram as suas obras mais recentes, qualquer inconveniente em unir este ponto de vista à concepção neokantiana lógica e formal de Kelsen <sup>43</sup>. Tal tentativa certamente honra a vasta cultura do nosso autor mesmo se se realiza em detrimento da lógica e da clareza metodológica. De duas uma: ou o Estado (segundo Petrazickij) é um processo ideológico, ou é (segundo Kelsen) uma Idéia diretriz que nada tem a ver com os mais diversos processos que se desenvolvem no tempo e que estão submetidos às leis da causalidade. Buscando relacionar estes dois pontos de vista, M. Rejsner cai numa contradição que de modo algum é dialética.

42. Rejsner. *O Estado*, 1.<sup>a</sup> parte, 2.<sup>a</sup> ed., Moscou, 1918, p. XXXV.

43. Rejsner. "Social'naja psilogogija i učenje Frejdas". In: *Pecat i Revolju-cija*. Moscou, 1925, v. II.

A perfeição formal dos conceitos de "território nacional", de "população", de "poder do Estado", não reflete somente uma determinada ideologia, mas também a realidade objetiva da formação de uma esfera de domínio concentrado e, portanto, antes de tudo a criação de uma organização administrativa, financeira e militar real com um aparelho humano e material correspondente. O Estado nada é sem meios de comunicação, sem a possibilidade de transmitir ordens, diretivas, de mobilizar as forças armadas etc. O professor Rejsner acreditará que as estradas militares romanas ou os modernos meios de comunicação fazem parte dos fenômenos do psiquismo humano? Ou julgará ele que estes elementos materiais não devem ser incluídos entre os fatores da formação do Estado? Resta-nos então, evidentemente, colocar no mesmo plano a realidade do Estado e a realidade "da literatura, da filosofia e dos demais produtos espirituais do homem" <sup>44</sup>. É uma pena que a prática da luta política, da luta pelo poder contradiga radicalmente esta concepção psicológica do Estado e nos oponha em cada etapa fatores objetivos e materiais.

A respeito disso é necessário notar que a conseqüência inevitável deste ponto de vista psicológico, adotado pelo professor Rejsner, é a de um subjetivismo sem saída. "O poder do Estado, como criação das múltiplas psicologias individuais, o poder do Estado que se manifesta em tipos tão diferentes quantas são as variedades do meio, de grupos e de classes assumirá muito naturalmente diferentes representações na consciência e no comportamento de um ministro ou de um camponês que ainda não se elevou à idéia de Estado, no psiquismo de um homem de Estado ou de um anarquista por princípio, numa palavra, em pessoas de situações sociais, profissões e educação diferentes" <sup>45</sup>. Destas afirmações resulta claramente que, se se fica no plano psicológico, perde-se simplesmente qualquer razão para falar do Estado como de uma unidade objetiva. Somente quando se considera o Estado como uma organização real de dominação de classe (isto é, quando se têm em conta todos os momentos não só psicológicos, mas também materiais e aqueles em primeiro lugar) é que nos situamos em terreno sólido e podemos efetivamente estudar o Estado tal como ele é na realidade e não apenas as formas subjetivas, inúmeras e diversas, em que ele se reflete e é vivido <sup>46</sup>.

44. Rejsner. *O Estado*, cit., p. XLVIII.

45. Ob. cit., p. XXXV.

46. O professor Rejsner busca justificar o seu ponto de vista (cf. os seus trabalhos sobre a psicologia social e a teoria de Freud) mediante uma carta de Engels a Schmidt, em que Engels examina o problema das relações entre o conceito e o fenômeno. Tomando como exemplo o sistema social feudal, Engels mostra que a unidade do conceito e do fenômeno se apresenta como um processo por essência infinito. "O feudalismo terá sido alguma vez,

Se, portanto, estas definições abstratas da forma jurídica não se referem somente a processos psicológicos, mas representam também conceitos que exprimem relações sociais objetivas, em que sentido diremos nós, então, que o Direito disciplina relações sociais? Efetivamente, não queremos nós, assim, dizer que as relações sociais se disciplinam por si mesmas? Ao dizermos, pois, que esta ou aquela relação social reveste formas jurídicas, nós não devemos exprimir uma simples tautologia: que o direito reveste uma forma jurídica <sup>47</sup>.

Este argumento à primeira vista aparece como uma objeção muito penetrante, que parece não deixar outra saída a não ser a de reconhecer o direito como ideologia. Contudo, queremos tentar pôr termo a estas dificuldades. A fim de nos facilitar esta tarefa, recorreremos de novo a uma comparação. Como se sabe, a economia política marxista ensina que o Capital é uma relação social. Como diz Marx, ele não pode ser descoberto com o auxílio do microscópio, embora não se deixe, de modo nenhum, reduzir às experiências vividas, às ideologias e aos outros processos subjetivos que decorrem no psiquismo humano. Ele é uma relação social objetiva. Ademais, se observarmos, digamos na esfera da pequena produção, uma passagem progressiva do trabalho destinado ao cliente consumidor para o trabalho destinado ao comerciante, constataremos que as relações correspondentes se revestiram de uma forma capitalista. Significa isto que caímos numa tautologia? De modo algum: com isto dizemos apenas que a relação social, a que chamamos Capital, se comunicou a outra relação social ou que transferiu sua forma para ela. Deste modo, podemos considerar todos os fenômenos, sob o ponto de vista objetivo, exclusivamente como processos materiais e eliminar assim totalmente a psicologia ou a ideologia, dos protagonistas. Por que não sucederia o

enquanto durou, exatamente de acordo com o seu conceito? Não será por causa disso que esta ordem social constitui uma ficção, já que ela na sua perfeição clássica só conseguiu desfrutar de curta existência na Palestina e ainda (em grande parte) unicamente no papel?" Porém, tais observações de Engels em nenhum caso significam que seja correto o ponto de vista do professor Rejsner, que identifica o conceito e o fenômeno. Para Engels, o conceito de feudalismo e o sistema social feudal de modo algum constituem a mesma e única coisa. Ao contrário, Engels demonstra precisamente que o feudalismo nunca correspondeu ao seu conceito sem, no entanto, deixar de ser feudalismo. O conceito de feudalismo é, ele próprio, uma abstração que se baseia em tendências reais deste sistema social a que chamamos feudal. Na realidade histórica estas tendências confundem-se e cruzam-se com outras numerosas tendências e, por isso, elas não podem ser observadas na sua configuração lógica pura, mas somente por uma forma mais ou menos aproximada. Isso é o que Engels nos mostra quando diz que a unidade do conceito e do fenômeno no fundo é um processo infinito.

47. V. o comentário do livro de Stucka do professor Rejsner, na *Vestnik Socialisticeskoj Akademii*, n. 1, p. 176.

mesmo com o direito? Uma vez que ele próprio é uma relação social, pode comunicar-se mais ou menos a outras relações sociais ou transferir para elas a sua forma. Contudo, jamais poderemos abordar o problema sob esta perspectiva, deixando-nos guiar por uma representação confusa do direito como "forma em geral", tal como a economia vulgar não pôde compreender a essência das relações capitalistas, partindo do conceito de Capital como "trabalho acumulado em geral".

Assim nós evitaremos esta contradição aparente se chegarmos a demonstrar, mediante a análise das definições fundamentais do direito, que este representa a forma, envolvida de brumas místicas, de uma relação social *específica*. Deste modo, não seria absurdo afirmar que, em certos casos, esta relação transfere a sua própria forma para qualquer outra relação social ou mesmo para a totalidade das relações.

Acontece exatamente o mesmo com a segunda aparente tautologia, segundo a qual o direito regulamenta as relações sociais. Se libertarmos esta fórmula de um certo antropomorfismo que lhe é inerente, então ela reduz-se à seguinte proposição: *a regulamentação das relações sociais, em certas condições, reveste um caráter jurídico*. Tal formulação é, sem dúvida alguma, mais correta e, sobretudo, historicamente mais justa. Não podemos contestar que entre os animais existe igualmente uma vida coletiva e que esta é também disciplinada de uma maneira ou de outra. Porém, fica fora de cogitação afirmar que as relações das abelhas ou das formigas sejam disciplinadas *juridicamente*. Se passarmos aos povos primitivos vemos aí certamente o embrião de um direito, mas a maior parte das relações é disciplinada extrajudicialmente, por exemplo, sob a forma de preceitos religiosos. Finalmente, mesmo na sociedade burguesa, atividades tais como, por exemplo, a organização dos serviços postais, das estradas de ferro, do exército etc., só podem ser inteiramente relegadas para o domínio da regulamentação *jurídica* desde que as consideremos muito superficialmente ou nos deixemos desconcertar pela forma externa das leis, do estatutos e decretos. A planificação ferroviária regulamenta o tráfego das estradas de ferro num sentido totalmente diferente daquele em que, por exemplo, o faz a lei sobre a responsabilidade das estradas de ferro que regulamenta as relações destes últimos com os expedidores de mercadorias. O primeiro tipo de regulamentação é sobretudo técnico, o segundo, sobretudo jurídico. A mesma relação ocorre entre um plano de mobilização e a lei relativa ao serviço militar obrigatório; entre a investigação criminal e o Código de processo criminal.

Mais à frente voltaremos a encarar a diferença existente entre normas técnicas e normas jurídicas. Provisoriamente notaremos que a regulamentação das relações sociais assume, em maior ou menor medida, um caráter jurídico, ou seja, pode, em maior ou menor medida, decalcar-se sobre a relação fundamenal, específica, do direito.

A regulamentação, ou a normatização das relações sociais só aparece homogênea e totalmente jurídica para uma reflexão superficial ou puramente formal. Efetivamente, sob este ponto de vista, existem diferenças demasiado flagrantes entre os diversos domínios das relações humanas. Glumpowicz já estabeleceu um limite muito nítido entre o direito privado e as normas estaduais;<sup>48</sup> porém, ele não quis reconhecer como pertencente à esfera da jurisprudência senão o primeiro domínio. Efetivamente, o núcleo mais sólido da nebulosa esfera jurídica (se assim me é permitido falar) situa-se, precisamente, no domínio das relações do direito privado. É justamente aí que o sujeito jurídico, "a pessoa", encontra uma encarnação, totalmente adequada à personalidade concreta do sujeito econômico egoísta, do proprietário, do titular de interesses privados. É precisamente no direito privado que o pensamento jurídico encontra a maior liberdade e segurança e onde as suas construções revestem a forma mais acabada e harmoniosa. A sombra clássica de Aulus Agerius e de Numerius Negidius, esses protagonistas das questões do processo romano, paira, assim, continuamente por sobre os juristas que neles se inspiraram. É precisamente no direito privado que as premissas e os princípios *a priori* do pensamento jurídico se incorporam na carne e no sangue das duas partes em litígio que, de vingança em punho, reivindicam cada qual o seu "direito". O papel do jurista, enquanto teórico, coincide aqui, de forma imediata, com a sua função social prática. O dogma do direito privado outra coisa não é senão uma infinita série de considerações a favor ou contra reivindicações imaginárias ou queixas eventuais. Por detrás de cada parágrafo deste sistema oculta-se o cliente abstrato, invisível, pronto a utilizar as teses em conflito como conselhos jurídicos. As polémicas doutrinárias especializadas dos juristas em torno do significado do erro ou da repartição do ônus da prova em nada se distinguem das análogas querelas que ocorrem perante os tribunais. A diferença não é aqui maior do que a diferença existente entre os torneios de cavalaria e as guerras feudais. Os torneios disputavam-se às vezes, como se sabe, encarnadamente; exigindo tanto dispêndio de energia e fazendo tantas vítimas quanto os autênticos combates guerreiros. E somente quando a economia individualista for substituída por uma produção e distribuição sociais planificadas é que este dispêndio improdutivo de forças intelectuais do homem chegará ao fim<sup>49</sup>.

48. V. Gumplowicz. *Rechtsstaat und Sozialismus*. Innsbruck, 1881.

49. O pequeno trabalho de Jablockov "A condição suspensiva e o momento da prova" in *Juridiceskij Vestnik*, 1916, n. 15, que expõe a história e a literatura do particular problema jurídico da repartição do ônus da prova entre as partes quando o acusado invoca uma condição suspensiva, dará uma idéia da extensão e da importância do desperdício da inteligência humana. O autor não cita menos de cinquenta especialistas que escreveram sobre esta

Uma das premissas fundamentais da regulamentação jurídica é, assim, o antagonismo dos interesses particulares ou privados. Este antagonismo é tanto condição lógica da forma jurídica quanto causa real de evolução da superestrutura jurídica. A conduta dos homens pode determinar-se pelas regras mais complexas, mas o momento jurídico desta regulamentação inicia-se onde começam as diferenças e as oposições de interesses. Gumplowicz diz: "o litígio é o elemento fundamental de todo o fato jurídico". A unidade de fim, ao contrário, representa a condição da regulamentação técnica. Por essa razão é que as normas jurídicas relativas à responsabilidade das estradas de ferro pressupõem direitos privados, interesses privados diferenciados, enquanto que as normas técnicas do tráfego ferroviário pressupõem um fim unitário, por exemplo, o da capacidade de rendimento máximo. Tomemos outro exemplo: a cura de um doente pressupõe uma série de regras, a serem observadas tanto pelo doente como pelo pessoal médico. Na medida em que tais regras sejam estabelecidas do ponto de vista unitário do restabelecimento do doente, elas têm um caráter técnico. A aplicação destas regras pode estar relacionada com o exercício de uma coação a ser exercida sobre o doente. Porém, enquanto esta coação for considerada sob o ponto de vista da finalidade médica, ela não será mais do que uma ação tecnicamente racional, tanto para aquele que a exerce como para aquele que lhe está submetido. Dentro deste quadro, o conteúdo das regras é determinado pela ciência médica e evolui à medida que ela progride. O jurista nada tem a fazer aqui. Sua tarefa começa quando se é forçado a abandonar este terreno da unidade dos fins e a adotar um outro ponto de vista, o ponto de vista de sujeitos distintos que se opõem e dos quais cada um é titular dos seus próprios interesses privados. O doente e o médico transformam-se, então, em sujeitos que possuem direitos e deveres, e as regras que os unem transformam-se em normas jurídicas. Deste modo, a coação não é considerada apenas sob o ponto de vista da racionalidade do fim mas também sob o ponto de vista do seu caráter formal, isto é, juridicamente lícita.

questão. Ele observa que a literatura sobre tal problema vem desde os pós-glosadores e dá a conhecer as "duas teorias" que foram edificadas para solucionar a questão e que dividiram os meios jurídicos em dois campos quase iguais. Ele deleita-se com a riqueza dos argumentos produzidos pelas duas partes nos últimos cem anos (o que manifestamente não impediu ulteriores investigadores de retomarem acerca deste problema os mesmos argumentos nos seus diversos matizes); presta homenagem à "penetrante análise" e "à perspicácia dos processos metodológicos" dos polemistas especializados e mostra que a polêmica inflamou de tal modo a paixões que os adversários se acusaram mutuamente, no calor da ação, de difamação e de difusão de falsos rumores, censurando as suas teorias recíprocas pelo fato de serem imorais e desonestas.

Não é difícil constatar que a possibilidade de adotar um ponto de vista jurídico corresponde ao fato de, na sociedade de produção mercantil, as diferentes relações se assentarem sobre o tipo das relações de troca comerciais e assumirem, por conseguinte, a forma jurídica. Do mesmo modo, é perfeitamente natural que os juristas burgueses deduzam esta universalidade da forma jurídica quer de propriedades eternas ou absolutas da natureza humana, quer do fato de os decretos públicos se aplicarem a todo e qualquer objeto em geral. Vale a pena demonstrar particularmente este último ponto. Não é verdade que existiu, no código burguês do império russo pré-revolucionário, um artigo que obrigava o homem "a amar a sua mulher como ao seu próprio corpo"? Porém, nem mesmo o jurista mais audacioso teria ousado construir uma relação jurídica correspondente com possibilidades de procedimento judiciário.

Ao contrário, por mais racionalizada e irreal que possa parecer esta ou aquela construção jurídica, ela assentará sobre uma base sólida enquanto se mantiver dentro dos limites do direito privado, principalmente do direito de propriedade. Se assim não fosse, seria impossível compreender o motivo pelo qual as idéias fundamentais dos juristas romanos mantiveram a sua significação até aos nossos dias e permaneceram como o direito escrito de toda a sociedade de produção mercantil.

Assim, antecipamos até um certo ponto a resposta à questão inicialmente exposta: onde haveremos de procurar essa relação social *sui generis* da qual a forma jurídica é o reflexo inevitável? Em seguida tentaremos demonstrar detalhadamente que esta relação é a relação dos proprietários das mercadorias entre si<sup>50</sup>. A análise corrente, que pode encontrar-se em qualquer filosofia do direito, elabora a relação jurídica, como relação por excelência, como relação da vontade dos homens em geral. O pensamento parte aqui dos "resultados acabados do processo de evolução", das "formas de pensamento corrente", sem levar em conta a sua origem histórica. Enquanto na realidade as

50. V. Adorackij. *Do Estado*. Moscou, 1923, p. 41. "A enorme influência da ideologia jurídica sobre todo o modo de pensamento dos membros 'ortodoxos' da sociedade burguesa baseia-se no enorme papel que a ideologia jurídica desempenha na vida dessa mesma sociedade. A relação de troca realiza-se sob a forma de atos jurídicos de compra e venda, de obtenção de crédito, de empréstimo, de locação etc. E 'o homem que vive na sociedade burguesa é considerado constantemente como sujeito de direitos e obrigações. Ele pratica diariamente uma quantidade inumerável de atos jurídicos com as mais variadas conseqüências jurídicas'. Eis por que nenhuma sociedade tem tanta necessidade da idéia do direito, precisamente pelo uso prático quotidiano, nenhuma submete esta idéia a uma elaboração tão cuidada, nenhuma a transforma num meio tão necessário às relações quotidianas, como a sociedade burguesa".

premissas naturais do ato de troca se tornam, em função da evolução da economia mercantil, as premissas naturais, as formas naturais de qualquer relação humana, à qual imprimem a sua marca; os atos de comércio, do contrário, apresentam-se na mente dos filósofos unicamente como casos particulares de uma forma geral que tomou para eles um caráter de eternidade<sup>51</sup>.

A nosso ver o companheiro Stucka expôs corretamente o problema jurídico, ao considerá-lo como um problema de relações sociais. Porém, em vez de se pôr a investigar a objetividade social específica destas relações, regressou à definição formal habitual, mesmo estando esta circunscrita a características de classe. Na fórmula geral dada por Stucka, o direito já não figura como relação social específica, *mas como o conjunto das relações em geral, como um sistema de relações que corresponde aos interesses das classes dominantes e salva-guarda estes interesses através da violência organizada*. Neste sistema de classe, o direito não pode, por conseguinte, ser separado de modo algum, enquanto relação, das relações sociais em geral, e então Stucka já não está habilitado a responder à insidiosa questão do professor Rejsner: como é que as relações sociais se transformaram em instituições, ou ainda, como é que o direito se tornou aquilo que é?<sup>52</sup>

A definição de Stucka, talvez porque proveniente do Comissariado dos Povos para a Justiça, é adequada às necessidades dos juristas práticos. Ela nos mostra os limites empíricos que a história traça, a todo instante, à lógica jurídica, mas não traz à tona as profundas raízes desta mesma lógica. Esta definição revela o conteúdo de classe das formas jurídicas, mas não nos explica a razão por que este conteúdo reveste semelhante forma.

Para a filosofia burguesa do direito, que considera a relação jurídica como uma forma natural e eterna de qualquer relação humana, tal questão não chega sequer a ser colocada. Para a teoria marxista, que se esforça por penetrar nos mistérios das formas sociais e por reconduzir todas as relações humanas ao próprio homem, esta tarefa deve ser colocada em primeiro plano.

51. Marx. *O Capital*. T. I, cap. I, p. 92.

52. Stucka pensa ter respondido a este ponto já um ano antes da publicação deste meu trabalho (cf. *Revoljucionnaja*, p. 112). O direito como particular sistema de relações sociais, caracteriza-se, segundo ele, pelo fato de assentar-se sobre a violência organizada, isto é, estadual, de uma classe. Naturalmente, eu conhecia este ponto de vista; porém, após uma segunda explicação, insisto ainda que num sistema de relações correspondentes aos interesses da classe dominante e assentados sobre a violência organizada, podem e devem ser extraídos momentos que fundamentalmente oferecem matéria ao desenvolvimento da forma jurídica.

## CAPÍTULO III

### RELAÇÃO E NORMA

Do mesmo modo que a riqueza da sociedade capitalista reveste a forma de uma enorme acumulação de mercadorias, também a sociedade, em seu conjunto, apresenta-se como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas. A troca de mercadorias pressupõe uma economia atomizada. O vínculo entre as diferentes unidades econômicas, privadas e isoladas, é mantido a todo o momento graças aos contratos que se celebram. A relação jurídica entre os sujeitos não é mais o reverso da relação entre os produtos de trabalho tornados mercadorias. Este fato não impede que certos juristas como, por exemplo, Petrazickij, inventem as coisas. Ele crê que não é a forma mercantil que gera a forma jurídica, mas que, ao contrário, os fenômenos econômicos, estudados pela economia política, "representam o comportamento individual e coletivo dos homens, determinado por motivações típicas que têm sua origem nas instituições de direito civil (propriedade privada, obrigações e contratos, direito familiar e direito sucessório)"<sup>53</sup>.

A relação jurídica é como que célula central do tecido jurídico e é unicamente nela que o direito realiza o seu movimento real. Em contrapartida o direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida.

Por essa razão é que, logicamente, a escola normativa, liderada por Kelsen, nega completamente a relação entre os sujeitos, recusando considerar o direito sob o ângulo da sua existência real e concentrando toda a sua atenção sobre o valor formal das normas. "A relação jurídica é uma relação pertencente à ordem jurídica, mais exatamente ao seu interior; não sendo, de modo algum, "uma relação entre sujeitos jurídicos opostos a esta ordem"<sup>54</sup>. De acordo com o

53. Petrazickij. *Introdução ao estudo do direito e da moral*, t. I, p. 77.

54. Kelsen. *Das Problem der Souveränität*. 1920, p. 125.

que correntemente se entende, o direito objetivo ou a norma fundamentada, tanto lógica como realmente, a relação jurídica. De acordo com esta representação, a norma objetiva é o fator gerador da relação jurídica. "A norma do direito ao pagamento de uma dívida não existe em virtude de os credores formularem habitualmente esta exigência, mas, ao contrário, os credores só formulam esta exigência em virtude de existir a norma; o direito não é estabelecido a partir da abstração dos casos observados, mas como resultado de uma dedução feita a partir de uma regra formulada por alguém" <sup>55</sup>.

A expressão "a norma gera a relação jurídica" pode ser compreendida num duplo sentido: realmente e logicamente. Examinemos o primeiro caso. Antes de mais nada importa notar (e os próprios juristas buscaram suficientemente tal convicção) que o conjunto das normas escritas ou não escritas pertence, em si, mais ao domínio da criação literária <sup>56</sup>. Tal conjunto de normas adquire uma significação real graças somente às relações que são concebidas como derivadas destas normas e que delas derivam efetivamente. Até o próprio Hans Kelsen, o mais coerente defensor do método puramente normativo, não pôde deixar de reconhecer que era necessário conferir, de uma ou de outra maneira, à ordem normativa ideal, um elemento de vida real, isto é, de conduta humana efetiva <sup>57</sup>. Na realidade, quem considerasse, por exemplo, as leis da Rússia czarista como direito ainda vigente, seria um provável candidato ao manicômio. O método jurídico formal que cuida somente das normas e "do que é conforme ao direito" não pode conservar a sua autonomia a não ser dentro de estreitos limites e, portanto, a não ser enquanto a tensão entre o fato e a norma não ultrapassar um certo máximo. Na realidade material a relação prevalece sobre a norma. Se nenhum devedor pagasse suas dívidas, então a regra correspondente deveria ser considerada inexistente de fato. E se, ainda assim, se quisesse afirmar a existência desta regra, seria necessário então mitificar a norma de qualquer modo. Numerosas teorias de direito são empregadas visando mitificação e baseando-a em considerações metodológicas muito sutis.

O direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou na regra, seja ela da escrita ou não. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei

55. Sersenevic. *Obscaja teorija prava*, 1910, p. 74.

56. "É preciso ter em conta que as leis engendram o "Direito", somente na medida em que se realizem e que as normas saiam "da existência da papelada" para se afirmarem na vida humana como poder" (Hold Ferneck. *Die Rechtswidrigkeit*. Iena, 1903, p. 11).

57. Kelsen. *Der soziologische und der Juristische Staatsbegriff*. Tübingen, 1922, p. 96.

estadual apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através de relações sociais. A origem normal dos erros neste caso está no modo de pensar dogmático que confere ao conceito de norma vigente um significado específico que não coincide com aquilo que o sociólogo ou o historiador entendem por existência objetiva do direito. Quando o jurista dogmático tem de decidir se uma determinada forma jurídica está ou não em vigor, ele não procura geralmente determinar a existência ou não de um determinado fenômeno social objetivo, mas apenas a presença, ou a ausência, de um vínculo lógico entre a proposição normativa dada e as premissas normativas mais gerais <sup>58</sup>.

Assim, para o jurista dogmático, dentro dos estreitos limites da sua tarefa puramente técnica, verdadeiramente não existem senão normas; ele pode, pois, identificar com a maior serenidade o direito e a norma. Com relação ao direito consuetudinário, ele deve, quer queira quer não, voltar-se para a realidade. Mas se a lei estadual é para o jurista o supremo princípio normativo, ou, utilizando uma expressão técnica, a origem do direito, as considerações do jurista dogmático acerca do direito vigente não comprometem de modo algum o historiador cujo desejo é estudar o direito realmente existente. O estudo científico, ou seja, teórico, não pode levar em consideração senão realidades de fato. Se certas relações foram efetivamente constituídas, isso significa que nasceu um direito correspondente; porém, se uma lei ou um decreto foram apenas promulgados sem que na prática tivesse surgido qualquer relação correspondente, então isso significa que foi feita uma tentativa fracassada para criar um direito. Este ponto de vista de modo nenhum tem seu equivalente na negação da vontade de classe como fator de evolução ou na renúncia à intervenção consciente enquanto evolui o desenvolvimento social ou ainda no "economismo", no fatalismo e em outras coisas abomináveis. A ação política revolucionária pode vencer muitas dificuldades; ela pode realizar amanhã aquilo que hoje ainda não existe; mas não pode repentinamente dar existência àquilo que efetivamente não existiu no passado. Por outro lado, quando afirmamos que o projeto de construção de um edifício e mesmo a planta desse edifício não representam ainda a sua verdadeira construção, isso não quer dizer, de nenhum modo,

58. Na língua russa para designar o direito positivo e o direito vigente utilizam-se termos que têm a mesma raiz. No alemão, a diferença lógica torna-se mais evidente através do emprego de dois verbos diferentes: "wirken" no sentido de ser eficiente e "gelten" no sentido de ser válido, ou seja, de estar ligado a uma premissa normativa mais geral.

que a sua construção não necessite nem de projeto, nem de planta. Mas se a decisão não foi além do plano, então não podemos afirmar que o edifício tenha sido construído.

Nós podemos modificar a proposição mencionada e colocar em primeiro lugar, não já a norma como tal, mas as forças objetivas reguladoras e atuantes na sociedade, ou, segundo a expressão dos juristas, a ordem jurídica objetiva<sup>59</sup>.

Mas, mesmo sob esta formulação modificada, esta tese pode ser submetida ainda a uma outra crítica. Se por forças sociais reguladoras entendem-se apenas essas mesmas relações na sua regularidade e na sua continuidade, caímos numa simples tautologia; mas, se se entende como tal uma ordem particular, organizada conscientemente, que garante e preserva estas relações, o erro lógico torna-se então inteiramente claro. Com efeito, não pode afirmar-se que a relação entre o credor e o devedor seja criada pelo sistema coativo de cumprimento de dívidas existentes no Estado em questão. Esta ordem, existente objetivamente, garante certamente a relação, preserva-a mas em nenhum caso a cria. A melhor prova de que não se trata de uma querela verbal e escolástica está no fato de que podem imaginar-se os mais diversos graus de perfeição no funcionamento desta regulamentação social, exterior e coativa, e por conseguinte os mais diversos graus na preservação de certas relações (justificando tudo isso através de exemplos históricos), sem que estas relações sofram a menor modificação na sua própria existência. Podemos também imaginar um caso limite onde não exista, ao lado das duas partes que mutuamente entram em relação, uma terceira força capaz de estabelecer uma norma e de garantir a sua observância: por exemplo, um contrato qualquer entre habitantes do Var e os Gregos. Contudo, mesmo neste caso, a relação permanece<sup>60</sup>. Porém, basta imaginar o desaparecimento de uma das

59. É preciso notar aqui que uma atividade social reguladora pode igualmente passar sem normas estabelecidas *a priori*. É isso que prova a criação jurisprudencial do direito. A sua importância foi particularmente grande naqueles períodos que não conheceram produção centralizada de leis. Assim, por exemplo, o conceito de uma norma acabada, dada exteriormente, era totalmente estranha aos tribunais da antiga Germânia. Todas as compilações de regras não eram para os jurados leis imperativas, mas sim meios auxiliares que lhes permitiam formar a sua própria opinião. (Stinzg. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, t. I, 1880, p. 39.)

60. Todo o sistema jurídico feudal baseava-se em tais relações contratuais não garantidas por qualquer "terceira força". Igualmente o Direito internacional moderno não conhece nenhuma coação organizada do exterior. Com certas tais relações jurídicas não garantidas não se caracterizam pela sua estabilidade, mas isso não nos outorga o direito de negar a sua existência. Um direito absolutamente constante não existe em nenhum caso; por outro lado, a estabilidade das relações jurídicas privadas, no Estado burguês moderno "bem

partes, ou seja, de um dos sujeitos, enquanto titular de um interesse particular autônomo, para que imediatamente desapareça também a possibilidade da própria relação.

Podem replicar-nos que, se se abstrair da norma objetiva, os conceitos de relação jurídica e de sujeito jurídico ficam suspensos no ar sem poderem ser captados, em geral, por nenhuma definição. Tal objeção traduz o espírito eminentemente prático e empírico da jurisprudência moderna, a qual está firmemente convencida somente de uma única verdade: a saber, a de que todo o processo estaria condenado se a parte que conduz o processo não pudesse apoiar-se num dado artigo de uma lei qualquer. Teoricamente, no entanto, a convicção de que o sujeito e a relação jurídica não existem fora da norma objetiva é tão errônea quanto a convicção segundo a qual o valor não existe e não pode ser definido fora da oferta e da procura, já que ele apenas se manifesta empiricamente nas variações dos preços.

O pensamento jurídico dominante que põe em primeiro plano a norma como regra de conduta, formulada autoritariamente, não é menos empírico e segue junto, como se pode igualmente observar nas teorias econômicas, com um formalismo extremo totalmente desligado da vida.

A oferta e a procura podem existir para quaisquer espécies de objetos e entre os quais também aqueles que, de nenhum modo, constituem produtos do trabalho. Deduz-se daí que o valor pode ser determinado fora de qualquer relação com o tempo de trabalho socialmente necessário à produção do objeto em questão. A avaliação empírico-individual serve aqui de fundamento à teoria lógico-formal da utilidade marginal. Igualmente, as normas emanadas do Estado podem referir-se aos mais diversos domínios e apresentar os mais variados caracteres. Donde se conclui que a essência do direito se esgota nas normas de conduta ou nas ordens emanadas de uma autoridade superior, e que a própria matéria das relações sociais não contém por excelência os elementos geradores da forma jurídica.

A teoria lógico-formal do positivismo jurídico baseia-se no fato empírico de as relações, que se encontram sob a proteção do Estado, serem as que são melhor garantidas.

A questão por nós examinada, reduz-se — para empregar a terminologia da concepção materialista da história — ao problema das

organizado", de modo algum baseia-se apenas na polícia e nos tribunais. As dívidas não são pagas pelos indivíduos somente porque elas "de qualquer modo seriam pagas", mas também para que eles possam conservar o seu crédito no futuro. E o que resulta das conseqüências práticas que implicam, no mundo dos negócios, as letras de câmbio sujeitas a protesto.

relações recíprocas entre a superestrutura jurídica e a superestrutura política. Considerando, pois, sob todos os pontos de vista, a norma como o momento primário, então, antes de analisarmos qualquer superestrutura jurídica, nós temos de pressupor a existência de uma autoridade que formule as normas, em outros termos, a existência de uma organização política. Devemos concluir daí que a superestrutura jurídica é uma conseqüência da superestrutura política.

Marx mesmo salienta, contudo, que as relações de propriedade, que constituem a camada fundamental e mais profunda da superestrutura jurídica, se encontram em contato tão estreito com a base, que surgem como sendo as "próprias relações de produção" das quais são a "expressão jurídica". O Estado, ou seja, a organização do domínio político de classe, nasce no terreno de dadas relações de produção e de propriedade. As relações de produção e a sua expressão jurídica formam aquilo que Marx chamava de, na seqüência de Hegel, a sociedade civil. A superestrutura política e, notadamente, a vida política estadual constituem um momento secundário e derivado.

A maneira como Marx representa as relações entre a sociedade civil e o Estado revela-se na seguinte citação: "O indivíduo egoísta da sociedade burguesa esforça-se em vão, na sua representação não-sensível e na sua abstração sem vida, por se engrandecer a ponto de considerar-se um átomo, ou seja, como um ser sem a mínima relação, bastando-se a si próprio, sem necessidades, *absolutamente pleno*, em plena felicidade; mas a desafortunada *realidade sensível* não cuida da sua imaginação; e cada um dos seus sentidos constrange-o a pensar no significado do mundo e dos indivíduos que existem além de si próprio; e até o seu *profano estômago* o lembra diariamente que o mundo *fora dele* não se encontra *vazio* e que, ao contrário, é ele que verdadeiramente o *enche*. Cada uma das suas atividades e das suas propriedades essenciais, cada um dos seus instintos vitais torna-se uma *carência*, uma *necessidade* que transforma seu egoísmo, seu *interesse pessoal* em interesse por outras coisas e por outros homens que existem além dele. Mas como a carência de um determinado indivíduo não tem em si mesma sentido inteligível para o outro indivíduo egoísta que possua os meios de satisfazer tal carência, como a carência não tem, portanto, relação imediata com a sua satisfação, todo o indivíduo se encontra obrigado a criar esta relação fazendo-se igualmente intermediário entre a carência de outrem e os objetos desta carência. Portanto, o que mantém unidos os membros da sociedade burguesa outra coisa não é senão a *necessidade natural*, ou as *propriedades essenciais do homem* (por mais alienadas que possam parecer), em suma, o *interesse*, sendo que a vida civil é o vínculo desta sociedade burguesa, e não a vida política. O que assegura a coesão dos

átomos da sociedade burguesa não é, pois, o Estado, mas o fato de tais átomos não serem átomos a não ser na *representação*, no *céu* da sua *imaginação*, e o de, na realidade, serem seres prodigiosamente diferentes dos átomos: não *egoísmos divinos*, mas *homens egoístas*. Atualmente, apenas a *superstição política* sustenta que a coesão da vida civil é produto do Estado, quando, na verdade, é a coesão do Estado que, na realidade, é mantida como fato da vida civil"<sup>61</sup>.

Em outro ensaio, *A crítica moralizante ou a moral crítica*, Marx volta ao mesmo problema. Ele polemiza com o representante do "socialismo verdadeiro", Karl Heinzen, e escreve: "Aliás, se a burguesia mantém politicamente, ou seja, pelo seu poder político, 'a injustiça nas relações de propriedade' não foi ela que a criou. 'A injustiça nas relações de propriedade' tal como está condicionada pela moderna divisão do trabalho, pela forma moderna de troca, pela concorrência, pela concentração etc., *de nenhum modo tem a sua origem na supremacia política da burguesia*; pelo contrário, a supremacia política da burguesia é que tem a sua fonte nessas modernas relações de produção que os economistas burgueses proclamam como leis necessárias, eternas"<sup>62</sup>.

Assim, o caminho que vai da relação de produção à relação jurídica, ou relação de propriedade, é mais curto do que imagina a

61. Marx. *A Sagrada Família* (1845). S. Paulo, Ed. Acadêmica.

62. Marx, "A crítica moralizante ou a moral crítica". In: *Obras Filosóficas*. Ed. Cortes, Paris, 1947, t. III, p. 130. Naturalmente, seria um grande erro concluir destas poucas linhas que a organização política não desempenha absolutamente qualquer papel e que particularmente o proletariado nenhuma necessidade tem de lutar para se apoderar do poder do Estado, já que, de qualquer modo, isso não significa a coisa essencial. Os sindicalistas cometem este erro quando se fazem passar por campeões da "ação direta". A teoria dos reformistas, que se convenceram de que o princípio do domínio político da burguesia tem origem nas relações de produção, representa uma deformação tanto mais grosseira quanto mais se conclui que uma revolução política violenta do proletariado é impossível e inútil. Dito de outro modo, eles transformam o marxismo numa doutrina fatalista e, no fundo, contra-revolucionária. Na realidade, estas mesmas relações de produção, das quais origina o domínio político da burguesia, geram, naturalmente, no decurso do seu desenvolvimento, as premissas do crescimento das forças políticas do proletariado e, em última instância, da sua vitória política sobre a burguesia. Só poderemos fechar os olhos a esta dialética da história no momento em que, consciente ou inconscientemente, nos colocamos do lado da burguesia contra a classe operária. Limitamo-nos aqui a estas poucas notas prematuras, uma vez que a nossa tarefa não consiste em refutar as conclusões falsas que têm sido tiradas da teoria marxista sobre as relações de base e de superestrutura (tanto mais que isso já foi brilhantemente efetuado pelo marxismo revolucionário em sua luta contra o sindicalismo e o reformismo), mas sim em extrair desta teoria histórica certos pontos de vista úteis à análise da estrutura jurídica.

chamada jurisprudência positiva que não pode passar sem um elo intermediário: o poder do Estado e as suas normas. O homem que produz em sociedade é o pressuposto que forma o ponto de partida da teoria econômica. A teoria geral do direito, na medida em que cuida de definições fundamentais, deveria partir igualmente dos mesmos pressupostos fundamentais. Assim, por exemplo, é necessário que exista relação econômica da troca para que a relação jurídica do contrato de compra e venda possa igualmente nascer. O poder político pode, com a ajuda das leis, regular, modificar, determinar, concretizar da maneira mais diversa, a forma e o conteúdo deste contrato jurídico. A lei pode determinar, de forma bastante precisa, o que pode ser comprado e vendido, como também sob que condições e por quem.

A jurisprudência dogmática concluiu, portanto, que todos os elementos existentes da relação jurídica, inclusive, também, o próprio sujeito, são gerados pela norma. Na realidade, a existência de uma economia mercantil e monetária é, naturalmente, a condição fundamental, sem a qual todas estas normas concretas carecem de qualquer sentido. É unicamente sob esta condição que o sujeito jurídico tem na pessoa do sujeito econômico egoísta um substrato material que não é criado pela lei, mas que ela encontra diante de si. Daí, onde falta este substrato, a relação jurídica correspondente é *a priori* inconcebível.

O problema parece ainda mais claro se o consideramos na sua dimensão dinâmica e histórica. Neste caso, vemos como a relação econômica é, em seu movimento real, a fonte da relação jurídica que surge somente no momento do debate. É precisamente o litígio, a oposição de interesses, que produz a forma jurídica, a superestrutura jurídica. No litígio, ou seja, no processo, os sujeitos econômicos privados aparecem já como partes, isto é, como os protagonistas da superestrutura jurídica. O tribunal representa, ainda que na sua forma mais primitiva, a superestrutura jurídica por excelência. Pelo processo judicial, o momento jurídico separa-se do momento econômico e surge como momento autônomo. Historicamente, o direito começou com o litígio, isto é, com a ação judicial; e foi somente mais tarde que ele abrangeu as relações práticas ou puramente econômicas pré-existentes, as quais revestiram assim desde o início um duplo aspecto, ao mesmo tempo econômico e jurídico. A jurisprudência dogmática esquece esta sucessão histórica e começa imediatamente pelo resultado acabado, pelas normas abstratas com as quais o Estado enche, por assim dizer, todo o espaço social, conferindo propriedades jurídicas a todas as ações que aí se encontram. Segundo esta concepção elementar, não é o conteúdo material, econômico das próprias relações que constitui, nas relações de compra e venda, nas relações entre financia-

dor e financiado etc., o movimento fundamental, determinante, mas o imperativo dirigido em nome do Estado às pessoas singulares; este ponto de partida do jurista prático carece de utilidade tanto para a análise e explicação da ordem jurídica concreta, como para a análise da forma jurídica em suas determinações mais gerais. O poder do Estado confere clareza e estabilidade à estrutura jurídica, mas não cria as premissas, as quais se enraízam nas relações materiais, isto é, nas relações de produção.

Como se sabe, Gumplowicz chega, neste ponto, a uma conclusão totalmente oposta; ele proclama o primado do Estado, isto é, do domínio político<sup>63</sup>. Ele busca na história do direito romano uma suposta prova de que "todo o direito privado foi, durante algum tempo, direito público". Isso provém, segundo ele, do fato de, por exemplo, "todas as instituições fundamentais do direito privado romano" terem nascido "a título de privilégios da classe dominante, como concessões do direito público" destinadas a consolidar o poder nas mãos de um grupo vitorioso.

Não se pode negar a esta teoria uma certa força de convicção, na medida em que ela acentua o momento da luta de classes e põe fim às representações idílicas acerca da origem da propriedade privada e do poder do Estado. Mas Gumplowicz comete, todavia, dois grandes erros. Primeiramente, ele atribui à violência enquanto tal um papel determinante e esquece completamente que toda a ordem social, mesmo aquela baseada na conquista, é determinada pelo estado das forças produtivas sociais. Em seguida, ao falar do Estado, apaga toda a distinção entre as primitivas relações de domínio e "a autoridade pública" em sentido moderno, isto é, burguês, do termo. Eis por que para ele o direito privado é gerado pelo direito público. Porém, a partir da mesma constatação, a saber, que as instituições essenciais do *jus civile* romano antigo — propriedade, família, sucessão — foram criadas pelas classes dominantes para consolidar o seu poder, pode-se, também, tirar a conclusão diametralmente oposta de que "todo o direito público foi, durante algum tempo, direito privado". Isto será tanto mais correto, ou de forma mais exata, tanto mais falso quanto a oposição entre o direito privado e o direito público corresponder a relações muito mais desenvolvidas e perder o seu significado quando aplicada a essas épocas primitivas. Se é certo que as instituições do direito civil romano representam, efetivamente, uma mistura de momentos jurídicos públicos e privados — empregando a terminologia moderna — também o é que elas contêm, em igual medida, elementos religiosos e, em largo sentido, elementos rituais. Por conseguinte neste nível de evolução, o momento puramente jurídico ainda

63. V. Gumplowicz. *Rechtsstaat und sozialismus*. § 35.

não podia distinguir-se dos demais e, *a fortiori*, encontrar expressão num sistema de conceitos gerais. O desenvolvimento do direito como sistema não foi gerado pelas exigências das relações de domínio, mas pelas exigências das trocas comerciais com aqueles povos que ainda não se encontravam aglutinados numa esfera de poder único. É o que reconhece aliás o próprio Gumplowicz<sup>64</sup>. As relações comerciais com as tribos estrangeiras, com os peregrinos, com os plebeus e, em geral, com o conjunto das pessoas que não faziam parte da comunidade do direito público (de acordo com a terminologia de Gumplowicz), originaram o *jus gentium*, esse modelo de superestrutura jurídica na sua forma pura. Contrariamente ao *jus civile* e às suas morosas formalidades, o *jus gentium* rejeita tudo o que não está ligado ao fim e à natureza da relação econômica que o fundamenta. Ele adapta-se à natureza desta relação e parece assim ser um direito "natural". Ele tenta reduzir esta relação ao menor número possível de premissas facilitando assim o desenvolvimento de um sistema lógico bem ordenado. Gumplowicz tem razão quando identifica a lógica especificamente jurídica com a lógica do civilista<sup>65</sup>, mas engana-se quando pensa que o sistema do direito privado poderia desenvolver-se a partir de qualquer espécie de negligência do poder do Estado. Seu raciocínio é, mais ou menos, este: uma vez que os litígios privados não afetavam direta e materialmente os interesses do poder do Estado, este concedeu à casta dos juristas inteira liberdade de aguçarem o seu espírito em tal esfera<sup>66</sup>. No domínio do direito público, ao contrário, os esforços dos juristas geralmente fracassam visto que o poder estadual não tolera qualquer intervenção em seus afazeres e não reconhece a força todo-poderosa da lógica jurídica.

Está perfeitamente claro que a lógica dos conceitos jurídicos corresponde à lógica das relações sociais de uma sociedade de produção mercantil. É justamente nestas relações, e não no consentimento da autoridade pública, que se deve buscar a raiz do sistema do direito privado. Pelo contrário, a lógica das relações de domínio e de servidão entra, somente em parte, no sistema dos conceitos jurídicos. Eis a razão por que a concepção jurídica do Estado jamais poderá vir a ser uma teoria e permanecerá sempre como uma deformação ideológica dos fatos.

64. Gumplowicz. Ob. cit., § 36.

65. O fato histórico de as definições gerais do direito se desenvolverem durante muito tempo como uma parte da teoria do direito civil, nos reconduz igualmente ao profundo vínculo interno que existe entre a lógica jurídica como tal e a lógica do civilista. Apenas uma reflexão muito superficial pode levar a pensar — como em Kavelin — que este fato se explica simplesmente através de um erro ou de um equívoco. (Cf. Kavelin, *Sobranie Socinenij (Oeuvres)*, t. IV, p. 448).

66. Gumplowicz. Ob. cit., § 32.

Nós constatamos assim que a relação jurídica é diretamente gerada pelas relações materiais de produção existentes entre os homens onde quer que se encontre uma camada primária da superestrutura jurídica.

Concluimos daí que não é necessário partir do conceito de norma como lei autoritária externa para analisar a relação jurídica em sua forma mais simples. É suficiente fundamentar a análise numa relação jurídica "cujo conteúdo é dado pela própria relação econômica"<sup>67</sup> e, seguidamente, examinar a forma "legal" dessa relação jurídica como um caso particular.

A questão de saber se a norma deve ser considerada como a premissa da relação jurídica, colocada em sua perspectiva histórica real, conduziu-nos ao problema das relações recíprocas existentes entre a superestrutura política e jurídica. Na esfera lógica e sistemática, esta questão é aquela das relações entre o direito objetivo e o direito subjetivo.

Em seu manual de direito constitucional, Duguit chama a atenção para o fato de que uma única e mesma denominação: "Direito", designa coisas "que se interpenetram sem nenhuma dúvida, profundamente, mas que se distinguem também muito claramente uma das outras"<sup>68</sup>. Ele pensa aqui no direito em sentido objetivo e em sentido subjetivo. Efetivamente, neste campo abordamos um dos pontos mais obscuros e mais controvertidos da teoria geral do direito. Estamos face a uma estranha dualidade do conceito, cujos dois aspectos, ainda que situados em planos diferentes, se condicionam reciprocamente. O direito é simultaneamente, sob um aspecto, a forma da regulamentação autoritária externa e, sob outro aspecto, a forma da autonomia privada subjetiva. Num caso, é a característica da obrigação absoluta, da coação externa pura e simples, que é fundamental; já num outro, é a característica da liberdade garantida e reconhecida dentro de certos limites. O direito aparece seja como princípio da organização social, seja como meio que permite aos indivíduos "delimitarem-se dentro da sociedade". Num caso o direito funde-se, por assim dizer, totalmente com a autoridade externa; no outro, opõe-se, também totalmente, a toda autoridade externa que não o reconheça. O direito como sinônimo da existência oficial do Estado e o direito como portavoza da luta revolucionária: esta dualidade determina um campo de infinitas controvérsias e incríveis confusões.

O conhecimento desta profunda contradição suscitou numerosas tentativas visando suprimir, de uma maneira ou de outra, esta desa-

67. Marx. *O Capital*. Liv. I, cap. II, p. 95.

68. Duguit. *Estudos de direito público*. Paris, 1901.

gradável desintegração dos conceitos. Numerosas tentativas foram feitas para submeter um dos significados ao outro. Assim, por exemplo, o próprio Duguit que, no seu manual, qualifica as expressões “de direito objetivo e direito subjetivo” como “felizes, claras e precisas”, numa outra obra, esforça-se, com toda a sua perspicácia, por provar que o direito subjetivo se alicerça sobre um mal-entendido, sobre “*uma concepção metafísica, que, numa época de realismo e de positivismo como a nossa não pode ser mantida*”<sup>69</sup>.

A corrente oposta, defendida na Alemanha por Bierling e, entre nós, pelos psicologistas, liderada por Petrazickij, tem tendência, pelo contrário, a apresentar o direito objetivo como uma “projeção emocional”, desprovida de significado real, como uma criação da imaginação, como um produto da objetivação de processos internos, isto é, psicológicos etc.<sup>70</sup>.

Provisoriamente, queremos deixar de lado a escola psicológica e as tendências aproximadas, para nos ocuparmos da opinião daqueles para quem o direito deve ser concebido exclusivamente como uma norma objetiva.

Partindo desta concepção teremos, então, de um lado, como norma a regra imperativa, autoritária e, do outro, a obrigação subjetiva que corresponde a essa regra e foi criada por ela.

O dualismo parece radicalmente suprimido; esta supressão, contudo, é simplesmente aparente. Pois, ao quisermos aplicar esta fórmula, logo surgem as tentativas para novamente reintroduzir, por linhas travessas, todas as nuances indispensáveis à formação do conceito de “direito subjetivo”. De novo deparamos com dois aspectos, apenas com a seguinte diferença: um dos dois aspectos, mais precisamente o direito subjetivo, é representado, mediante diversos artifícios, como uma espécie de sombra; com efeito, nenhuma combinação de imperativos e obrigações pode nos fornecer o direito subjetivo na sua significação autônoma e plenamente real, em virtude da qual ele se encarna em todo o proprietário da sociedade burguesa. Na verdade,

69. Duguit. *As transformações do direito público*. Paris, 1913.

70. Cf. por exemplo, Bierling: “Corresponde a uma tendência geral do nosso espírito humano pensar o direito, antes de tudo como qualquer coisa de objetivo, isto é, como um Ser em si e por si situado acima dos membros da comunidade jurídica; isso tem, sem dúvida alguma, um valor prático. Mas é preciso não esquecer que esse “direito objetivo”, ainda quando reveste no direito escrito uma forma externa própria, particular, não passa de uma forma da nossa representação do direito e que na realidade o direito, como qualquer outro produto da vida psíquica, não tem existência propriamente dita a não ser na mente, em particular, dos próprios membros da comunidade jurídica” (*Juristische Prinzipienlehre*, 1894, t. I, p. 145).

para nos convenceremos disso, é suficiente o exemplo da propriedade. Se a tentativa para reduzir o direito de propriedade a uma série de *proibições* dirigidas a terceiras pessoas não é mais que um procedimento lógico, uma construção mutilada e deformada, a representação do direito de propriedade burguês como uma obrigação social por sua vez não passa de mera hipocrisia<sup>71</sup>.

Todo proprietário, juntamente com seus colaboradores, compreende muito bem que o *direito que lhe assiste*, enquanto proprietário, pouco tem a ver com a obrigação, a tal ponto que lhe é mesmo diametralmente oposto. O direito subjetivo é o fato primário, uma

71. Gojchbar, em seu comentário ao Código Civil da URSS, salienta que os juristas burgueses progressistas estão começando a considerar a propriedade privada não mais como um direito subjetivo arbitrário, mas sim como um bem posto à disposição da pessoa. Ele se refere diretamente a Duguit, o qual afirma que o possuidor do capital só deve ser juridicamente passível de proteção apenas porque exerce, mediante justas colocações do seu capital, funções socialmente úteis.

Tais considerações dos juristas burgueses são com efeito características, pois revelam o sintoma do declínio da época capitalista. Mas a burguesia, por outro lado, somente tolera tais considerações acerca das funções sociais da propriedade, porque elas em nada a comprometem. Antítese real da propriedade não é efetivamente a propriedade concebida como função social, mas a economia planificada socialista, isto é, a supressão da propriedade. A propriedade privada não encontra seu sentido, seu subjetivismo, no fato de “cada um comer o seu próprio pão”, isto é, não consiste no ato de consumo individual, mesmo que igualmente produtivo, mas na circulação, no ato de apropriação e de alienação, na troca de mercadorias em que o fim econômico-social não é senão o resultado cego de fins privados e de decisões privadas autônomas.

A explicação de Duguit, mediante a qual o proprietário deve ser protegido apenas quando cumpre as suas obrigações sociais, não tem, sob esta forma geral, qualquer sentido. No Estado burguês é uma hipocrisia, no Estado proletário é uma dissimulação dos fatos. Porque se o Estado proletário pudesse relegar diretamente cada proprietário à sua função, já o teria feito tomando aos proprietários o direito de dispor da própria propriedade. Porém, se economicamente é incapaz disso, ele deve proteger o interesse privado como tal e fixar-lhe apenas certos limites. Seria ilusório afirmar que qualquer indivíduo que tenha conseguido dentro das fronteiras da União Soviética acumular uma certa quantidade de dinheiro, é protegido pelas nossas leis e pelos nossos tribunais apenas porque encontrou ou encontrará uma utilização social proveitosa para a quantia acumulada. Aliás, Gojchbar parece ter esquecido completamente a propriedade como capital, considerada na sua forma mais abstrata, monetária, raciocinando como se o capital não existisse a não ser sob a forma concreta de capital de produção. Os aspectos anti-sociais da propriedade privada não podem ser paralisados senão *de facto*, ou seja, mediante o desenvolvimento da economia planificada socialista em detrimento da economia de mercado. Porém, nenhuma espécie de fórmula, ainda que seja tirada das obras dos mais progressistas juristas da Europa Ocidental, pode tornar socialmente úteis os contratos jurídicos firmados com base em nosso Código Civil e transformar cada proprietário em uma pessoa exercendo uma função social. Tal supressão verbal da economia privada e do direito privado tende apenas a obscurecer a perspectiva da sua supressão real.

vez que ele consiste, em última instância, nos interesses materiais, que existem independentemente da regulamentação externa, ou seja, consciente, da vida social.

O sujeito como portador e destinatário de todas as pretensões possíveis, o universo de sujeitos ligados uns aos outros por pretensões recíprocas, é que formam a estrutura jurídica fundamental que corresponde à estrutura econômica, isto é, às relações de produção de uma sociedade alicerçada na divisão do trabalho e na troca.

A organização social que dispõe dos meios de coação é a totalidade concreta a que devemos nos conduzir depois de termos concebido previamente a relação jurídica em sua forma mais pura e mais simples. A obrigação, enquanto consequência de um imperativo ou de um comando, aparece, por conseguinte, no estudo da forma jurídica, como um momento que concretiza e complica as coisas. Em sua forma mais abstrata e mais simples, a obrigação jurídica deve ser considerada como o reflexo e a contrapartida da pretensão jurídica subjetiva. Se analisarmos a relação jurídica, veremos claramente que a obrigação não pode esgotar o conteúdo lógico da forma jurídica. E ainda mais, ela não é sequer um elemento autônomo dessa forma jurídica. A obrigação surge sempre com o reflexo e a contrapartida de um direito subjetivo. A dívida de uma das partes não é senão aquilo que pertence a outra e lhe é garantido. Aquilo que é um direito do ponto de vista do credor constitui uma obrigação do ponto de vista do devedor. A categoria de direito só se completa logicamente quando inclui o portador e o detentor do direito cujos direitos representam somente as obrigações correspondentes de outrem para com ele. Esta natureza dupla do direito é particularmente salientada por Petrazickij, que lhe dá um fundamento bastante precário na sua teoria psicológica *ad hoc*. Entretanto, faz-se necessário notar que estas relações recíprocas entre o direito e a obrigação foram formuladas de maneira muito precisa por outros juristas não suspeitos de psicologismo <sup>72</sup>.

Assim, a relação jurídica não nos mostra apenas o direito em seu movimento real, mas revela igualmente as propriedades características do direito como categoria lógica. A norma, ao contrário, enquanto tal, isto é, enquanto prescrição imperativa, constitui tanto um elemento da moral, da estética, da técnica, como também um elemento do direito.

72. Cf., por exemplo, Merkel. *Juristische Enzyklopädie*. Leipzig, 1885, § 146 e Korkunov, *Enciklopedija prava*.

A diferença entre a técnica e o direito não consiste de modo algum, como pensa J. Alekseev, no fato de a técnica pressupor um fim exterior a sua própria matéria, enquanto na ordem jurídica todo sujeito constitui um fim em si <sup>73</sup>. Demonstraremos mais à frente que, para a ordem jurídica, "o fim em si" é somente a circulação das mercadorias. Contudo, no que concerne à técnica do pedagogo ou do cirurgião, que tem respectivamente, por matéria, uma o psiquismo da criança e a outra o organismo do paciente, ninguém poderá contestar que a matéria, também aqui, contém em si o fim.

A ordem jurídica diferencia-se de qualquer outra espécie de ordem social, precisamente no que concerne aos sujeitos privados isolados. A norma jurídica deve a sua especificidade, que a diferencia da totalidade das demais regras morais, estéticas, utilitárias etc., justamente ao fato de pressupor uma pessoa munida de direitos fazendo valer, através deles, suas pretensões <sup>74</sup>.

A tendência para fazer da idéia de regulamentação externa o momento lógico fundamental do direito leva-nos a identificar o direito com a ordem social estabelecida autoritariamente. Tal tendência do pensamento jurídico reflete exatamente o espírito desta época em que a ideologia de Manchester e a livre concorrência sucumbiram aos grandes monopólios capitalistas e à política imperialista.

O capital financeiro dá muito mais valor a um poder forte e à disciplina do que "aos direitos eternos e intocáveis do homem e do cidadão". O proprietário capitalista, transformado em recebedor de dividendos e de lucros de bolsa, não pode deixar de encarar, sem um certo cinismo, o "direito sagrado de propriedade". É suficiente citar as divertidas lamentações de Ihering quanto à "desprezível especulação na bolsa e à agiotagem fraudulenta" onde sucumbe o "sentimento normal do direito" <sup>75</sup>.

É fácil provar que a idéia da submissão incondicional a uma autoridade normativa externa não tem a mínima relação com a forma jurídica. Basta, para isso, pegar como exemplos casos limites que por esse fato são mais claros. Tomemos o exemplo de uma formação militar na qual numerosos homens se encontram subordinados a uma ordem comum, e onde o único princípio ativo e autônomo que prevalece é a vontade do comandante. Ou ainda o exemplo da ordem dos Jesuítas onde todos os irmãos da comunidade religiosa obedecem cegamente e sem discussão a vontade do superior. Estes exemplos são suficientes para se concluir que quanto mais e de maneira coerente

73. Alekseev. *Introdução ao estudo do direito*. Moscou, 1918, p. 114.

74. "O direito não é dado gratuitamente a quem dele tem necessidade". Muromcev, *A formação do direito*, 1885, p. 33.

75. Ihering. *Der Kampf ums Recht*. Viena, 1900.

te se aplica o princípio da regulamentação autoritária, que exclui toda referência a uma vontade particular autônoma, mais restrito se torna o campo de aplicação da categoria do direito. Percebe-se isso particularmente na esfera do chamado direito público. Nela, a teoria jurídica depara com as maiores dificuldades. Normalmente, um mesmo e único fenômeno, que Marx caracterizava como a cisão do Estado político da sociedade civil, reflete-se na teoria geral do direito sob a forma de dois problemas distintos, e tem cada um deles um lugar particular no sistema e uma solução específica. O primeiro problema tem um caráter puramente abstrato e reside naquela cisão do conceito fundamental nos dois aspectos que já foram aqui expostos. O direito subjetivo é a característica do homem egoísta "membro da sociedade burguesa, do indivíduo voltado para si, para o seu próprio interesse e para a sua vontade privada e isolado da comunidade". O direito objetivo é a expressão do Estado burguês como totalidade "que se manifesta como Estado político e que não faz valer a sua generalidade a não ser por oposição aos elementos que o compõem".

O problema do direito subjetivo e do direito objetivo, colocado de maneira filosófica, é o problema do homem como indivíduo burguês privado e do homem como cidadão do Estado. O mesmo problema surge, contudo, ainda mais uma vez, sob uma forma agora mais concreta, como problema do direito público e do direito privado. Neste caso, a tarefa restringe-se à delimitação de alguns domínios jurídicos realmente existentes, à classificação em diversas rubricas das instituições nascidas historicamente. A jurisprudência dogmática com o seu método formal-lógico não tem condições de resolver nem o primeiro nem o segundo problema, muito menos explicar o vínculo existente entre ambos.

A divisão do direito em direito público e direito privado já apresenta, aqui, dificuldades específicas uma vez que o limite entre o interesse egoístico do homem, como membro da sociedade civil, e o interesse geral abstrato da totalidade política não pode ser traçado a não ser abstratamente. Na verdade, estes momentos interpenetram-se reciprocamente. Por isso a impossibilidade de indicar as instituições jurídicas concretas, nas quais este famoso interesse privado esteja totalmente encarnado e sob uma forma pura.

Outra dificuldade consiste em que o jurista, traçando com mais ou menos sucesso um limite empírico entre as instituições do direito público e do direito privado, depara novamente, dentro dos limites de cada um destes dois domínios, com o mesmo problema que parecia estar já resolvido, mas desta vez a partir de uma outra problemática abstrata. O problema surge nesse momento como uma contradição entre o direito subjetivo e o direito objetivo. Os direitos públicos sub-

jetivos representam novamente os mesmos direitos privados (e por conseguinte também os mesmos interesses privados) ressurgidos e somente um pouco modificados, que se comprimem numa esfera onde deveria prevalecer o interesse geral impessoal estabelecido pelas normas do direito objetivo. Porém, enquanto o direito civil, que trata da camada jurídica fundamental e primária, usa com abundância e seguramente o conceito de direito subjetivo, a utilização deste mesmo conceito na teoria do direito público gera freqüentemente mal-entendidos e contradições. Eis a razão por que o sistema de direito civil se caracteriza pela sua simplicidade, clareza e perfeição, enquanto as teorias do direito público se multiplicam em construções forçadas, artificiais e unilaterais, a ponto de se tornarem grotescas. A forma jurídica, com o seu aspecto de autorização subjetiva, surge numa sociedade composta de sujeitos com interesses privados egoístas e isolados. Uma vez que toda a vida econômica se alicerça sobre o princípio do acordo entre vontades independentes, cada função social encarna, de maneira mais ou menos refletora, um caráter jurídico, isto é, torna-se simplesmente não só uma função social, mas também um direito pertencente a quem exerce tais funções sociais. Porém, visto que, dada a própria natureza da organização política, os interesses privados não conseguem atingir nela um pleno desenvolvimento e uma importância determinante, assim como acontece na economia da sociedade burguesa, os direitos públicos subjetivos aparecem também como uma coisa efêmera, desprovida de raízes verdadeiras e eternamente incerta. Simultaneamente, o Estado não é, contudo, uma superestrutura jurídica mas somente pode ser pensado enquanto tal<sup>76</sup>.

Não cabe à teoria jurídica identificar os direitos do Legislativo, os direitos do Executivo etc., como, por exemplo, o direito do credor à restituição da quantia emprestada, porque isso significaria substituir a supremacia do interesse estadual geral e impessoal, presumido pela ideologia burguesa, pelo interesse privado. Porém, ao mesmo tempo, todo jurista está consciente do fato de não poder dar a estes direitos qualquer outro conteúdo fundamental sem que a forma jurídica escape de suas mãos. Na esfera da organização política, o direito público não pode existir a não ser como reflexo da forma jurídica privada ou então deixará, de maneira geral, de ser um direito. Toda tentativa visando apresentar a função social pelo que ela é, ou seja, simplesmente como função social, e visando também apresentar a norma simplesmente como regra organizatória, significa a morte da forma jurídica. A condição real de tal supressão da forma jurídica e

76. "Para o conhecimento jurídico, trata-se exclusivamente de responder à seguinte pergunta: 'Como se deve conceber juridicamente o Estado?'" (Jellinek. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, 1905, p. 13).

da ideologia jurídica consiste num estado social onde a contradição entre o interesse individual e o interesse social esteja superada.

Todavia, o que caracteriza a sociedade burguesa é justamente o fato de os interesses gerais se destacarem dos interesses privados e de se oporem a eles. E eles próprios revestem, involuntariamente, nesta oposição, a forma de interesses privados, ou seja, a forma do direito. Ademais, como era de esperar, são principalmente estes momentos, que se deixam integrar completamente no esquema dos interesses privados isolados e opostos, que constituem os momentos jurídicos na organização estadual<sup>77</sup>.

Gojchbarg mesmo contesta a necessidade de se distinguirem os conceitos de direito público e de direito privado. Nele lê-se o seguinte: "A divisão do direito em direito público e direito privado jamais conseguiu ser alcançada pelos juristas e, presentemente, é admitida somente pelos juristas mais retrógrados, entre os quais se encontram também alguns dos nossos juristas"<sup>78</sup>.

Gojchbarg apóia esta idéia da inutilidade da divisão do direito em público e privado sobre as seguintes considerações: o princípio da liberdade de comércio, da não-intervenção do Estado nos assuntos econômicos encontra-se ultrapassado no séc. XX, o arbítrio individual

77. Cf., por ex., as considerações de Koltjarevskij sobre direito eleitoral: "no Estado constitucional o eleitor cumpre uma determinada função que lhe é ditada pela ordem estadual transcrita da constituição. Mas, do ponto de vista do Estado de direito é impossível atribuir ao eleitor somente uma tal função sem levar em conta o direito que a ele se prende". De nossa parte acrescentaremos que isso é tão impossível quanto a simples transformação da propriedade burguesa numa função social. Koltjarevskij sublinha também e muito corretamente, que se, como Lanband, negamos o elemento de investidura subjetiva do eleitor, "a elegibilidade dos representantes perde todo o seu sentido jurídico e restringe-se a uma questão de técnica e de oportunidade". Também aí encontramos a mesma oposição entre a oportunidade técnica, fundamentada na unidade do fim, e a organização jurídica, alicerçada na separação e na oposição dos interesses privados. E, por fim, o sistema representativo deve todo o seu caráter jurídico à introdução das garantias jurídicas ou jurídico-administrativas do direito dos eleitores. O processo judiciário e o debate entre as partes aparecem igualmente aqui como o elemento essencial da superestrutura jurídica (Koltjarevskij. *Vlast' i pravo*. Moscou, 1915, p. 25). O direito público em geral só se torna objeto de elaboração jurídica quando direito constitucional, ou seja, somente com o aparecimento de forças que se combatem reciprocamente, como o rei e o parlamento, a alta e a baixa câmara, o governo e a representação nacional. O mesmo acontece com o direito administrativo. O seu conteúdo jurídico por um lado reduz-se simplesmente à garantia dos direitos da população, e por outro dos representantes da hierarquia burocrática. Ainda mais que o direito administrativo ou direito de polícia como se chamava antes, representa uma mistura variada de regras técnicas e de preceitos políticos etc.

78. Gojchbarg. *Chozjajstvennoe pravo*. p. 5.

ilimitado na vida econômica prejudica os interesses do conjunto; mesmo nos países que não presenciaram uma revolução proletária existem numerosas instituições onde se misturam os domínios do direito privado e do direito público e, finalmente, entre nós, onde a atividade econômica está concentrada principalmente nas mãos dos organismos do Estado, a delimitação do conceito de Direito Civil com relação aos outros conceitos já não tem sentido. Parece-nos que tal argumentação apóia-se em toda uma série de mal-entendidos. A escolha de uma ou de outra direção na política prática não é determinante com relação aos fundamentos teóricos da distinção entre os diversos conceitos. Deste modo, por exemplo, podemos estar convictos de que a edificação das relações econômicas sobre a base das relações de mercado tem inúmeras conseqüências desastrosas. Porém, isso não implica que a distinção entre os conceitos de "valor de uso" e de "valor de troca" seja teoricamente inconsistente. Em segundo lugar, a afirmação (que por sinal nada contém de novo) segundo a qual os domínios do direito público e do direito privado se interpenetram, não teria nenhuma espécie de significado se não se pudessem diferenciar estes dois conceitos. Efetivamente, como é que coisas que não têm existência separada se poderiam interpenetrar? As objeções de Gojchbarg têm fundamento na idéia de que as abstrações de "direito público" e de "direito privado", não são o fruto de um desenvolvimento histórico, mas simplesmente o produto da imaginação dos juristas. Contudo, é justamente esta oposição que se apresenta como a propriedade característica da forma jurídica como tal. A separação do direito em direito público e em direito privado caracteriza esta forma jurídica, tanto do ponto de vista lógico como do ponto de vista histórico. Se negamos esta oposição, de modo algum nos evaremos acima daqueles juristas práticos "retrógrados", mas, ao contrário, seremos coagidos a servir-nos daquelas mesmas definições formais e escolásticas com as quais eles operam.

O conceito de "direito público" não pode, ele próprio, desenvolver-se a não ser em seu movimento: aquele mediante o qual ele é continuamente repellido do direito privado, enquanto tende a determinar-se como o seu oposto e através do qual regressa a ele como o seu centro de gravidade.

A tentativa inversa, ou seja, a tentativa para encontrar as definições fundamentais do direito privado, que não são outras a não ser as definições do direito em geral, partindo do conceito de norma, somente pode gerar construções inertes e formais que, além disso, não estão isentas de contradições internas. O direito, como função, deixa de ser direito, do mesmo modo que a permissão jurídica sem o interesse privado que a sustenta se transforma em qualquer coisa

de inconcebível, de abstrato, que facilmente se transforma por sua vez no seu contrário, isto é, em obrigação (todo o direito público é, efetivamente, ao mesmo tempo, uma obrigação). Do mesmo modo como é simples, compreensível e “natural” o “direito do credor” à restituição da dívida, também é precário, problemático e ambíguo, digamos, o “direito” do parlamento a votar o orçamento. Se, no Direito Civil, os litígios são tratados no plano daquilo a que Ihering costumava chamar de sintomatologia jurídica, é o fundamento da própria jurisprudência que aqui é posto em dúvida. Nisto consiste a origem das hesitações e das incertezas metodológicas que ameaçam transformar a jurisprudência, seja em Sociologia seja em Psicologia.

Alguns dos meus críticos, por exemplo, Razumovskij<sup>79</sup> e T. Il'inskij<sup>80</sup> acreditaram, ao que tudo indica, com base nos desenvolvimentos precedentes, que eu me tinha fixado a tarefa “de construir uma teoria da jurisprudência pura”. Em consequência disso, Il'inskij chega à conclusão de que este objetivo não foi atingido. Escreve ele: “o autor produziu uma teoria do direito que em sua essência é sociológica, ainda que tenha tido a intenção de a construir como jurisprudência pura”.

Quanto a Razumovskij, mesmo que ele não exprima nenhuma opinião precisa sobre meus objetivos, atribuí-me, no entanto, a intenção acima mencionada, que censura muito severamente: “o seu (isto é, o meu, E. P.) receio de ver as investigações metodológicas transformarem a jurisprudência em Sociologia ou em Psicologia demonstra apenas que existe uma compreensão insuficiente do caráter da análise marxista”. “Isto é ainda mais estranho, surpreende-se o meu crítico, que o próprio Pachukanis vê uma certa discordância entre a verdade sociológica e a verdade jurídica e sabe que a concepção jurídica é uma concepção unilateral”. Isto é, efetivamente, estranho. Por um lado, receio que a jurisprudência se transforme em Sociologia; por outro lado, reconheço que a concepção jurídica é uma concepção “unilateral”. De um lado, quero produzir uma teoria da jurisprudência pura; por outro, concluo que produzi uma teoria sociológica do direito. Como resolver essa contradição? A solução é muito simples. Enquanto marxista não me obriguei a construir uma teoria da jurisprudência pura e sequer poderia, como marxista, fixar-me semelhante tarefa. Desde o princípio estava perfeitamente consciente do objetivo a que, segundo a opinião de Il'inskij, teria chegado inconscientemente. Este objetivo era o de dar uma interpretação sociológica da forma jurídica e das categorias específicas que a exprimem. Foi justamente por isso que ao meu livro dei o subtítulo de “Ensaio de crítica dos

conceitos jurídicos fundamentais”. Contudo, minha tarefa teria sido totalmente absurda se não tivesse reconhecido a existência desta mesma forma jurídica e se tivesse rejeitado as categorias que a exprimem como elucubrações desnecessárias.

Quando censuro a precariedade e a inadequação das construções jurídicas no domínio do direito público ao falar das hesitações e das incertezas metodológicas que tentam transformar a jurisprudência ou em Sociologia ou em Psicologia, é estranho pensar que eu queira precaver-me contra a tentativa de uma crítica sociológica da jurisprudência sob o ponto de vista marxista.

Tal precaução dirigir-se-ia, então, em primeiro lugar, contra mim mesmo. As linhas que provocaram a surpresa de Razumovskij e que ele explica pela minha insuficiente compreensão do caráter da análise marxista, dizem respeito às conclusões da jurisprudência burguesa, a qual perde confiança na estrutura das suas concepções desde que (em largo sentido), ela se afasta da relação de troca. Talvez eu devesse ter mostrado mediante uma citação explícita que esta frase que diz respeito “ao perigo que ameaça a jurisprudência” constitui uma alusão às lamentações de um filósofo burguês do direito. E tais lamentações não se referem certamente à crítica marxista, uma vez que esta não inquietava ainda os espíritos dos “juristas puros” de então, mas às próprias tentativas da jurisprudência burguesa visando mascarar a estreiteza do seu próprio método através de empréstimos pedidos à Sociologia e à Psicologia. Porém, nem me passou pela cabeça que, pelo fato de recorrer a tais medidas de precaução, se pudesse ver em mim um “jurista puro” de alma modificada pelas ameaças que a crítica marxista impõe sobre a jurisprudência.

79. *Vestnik Kommunističeskoj Akademii*, v. VIII.

80. *Molodaja Gvardija*, n. 6.

## CAPÍTULO IV

### MERCADORIA E SUJEITO

Toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor. É por essa razão que começaremos nossa análise pelo sujeito.

1. Razumovskij não concorda comigo quando digo que a análise do conceito de "sujeito" deve servir de fundamento ao estudo da forma jurídica. Esta categoria da sociedade burguesa desenvolvida surge-lhe primeiramente como demasiado complexa e, em segundo lugar, ela não lhe parece caracterizar os períodos históricos anteriores. Para ele, "o desenvolvimento de toda relação fundamental de qualquer sociedade de classes" é que deveria estabelecer-se como ponto de partida<sup>81</sup>. Aquela seria, como diz Marx em sua *Introdução Geral*, a propriedade que, a partir da apropriação, se desenvolve de fato e, por conseguinte, em propriedade jurídica<sup>82</sup>. Contudo, o próprio Razumovskij, mostrando as vias deste desenvolvimento, chega à conclusão de que a propriedade privada, como tal, não toma forma a não ser no processo de desenvolvimento e somente neste mesmo processo se torna propriedade privada, no sentido moderno do termo, mas isso só acontece quando essa propriedade está acompanhada não só da "possibilidade de livre posse", mas também da "possibilidade de alienação"<sup>83</sup>.

Isto significa também que a forma jurídica, em sua forma desenvolvida, corresponde precisamente a relações sociais burguesas-capitalistas. É claro que formas particulares de relações sociais não suprimem essas mesmas relações e as leis que lhes servem de funda-

81. Razumovskij. *Problemas da teoria marxista do Direito*. Moscou, 1925, p. 18.

82. Marx. *Introdução à Crítica da Economia Política*. p. 121.

83. Razumovskij. Ob. cit., p. 114.

mento. Deste modo, a aquisição de um produto, no interior de determinada formação social, e graças às suas forças, é um fato fundamental ou, se quisermos, uma lei fundamental. Porém, tal relação não reveste a forma jurídica da propriedade privada senão em determinado estágio de desenvolvimento das forças produtivas e da divisão do trabalho que lhe é inerente. Razumovskij acredita que, baseando minha análise no conceito de sujeito, estou também eliminando do meu estudo as relações de domínio e servidão quando, na verdade, a posse e a propriedade são também inerentes a tais relações. Jamais pensei em contestar este vínculo. Afirmando somente que a propriedade não se torna o fundamento da forma jurídica a não ser enquanto livre disponibilidade dos bens no mercado. É, então, aí que a categoria de sujeito cumpre seu papel de expressão geral desta liberdade. Qual o significado, por exemplo, da propriedade jurídica da terra? "Simplesmente, diz Marx, que o proprietário fundiário pode dispor de sua terra do mesmo modo que qualquer possuidor de mercadorias pode dispor de suas mercadorias"<sup>84</sup>. Por outro lado, é precisamente o capitalismo que transforma a propriedade fundiária feudal em propriedade fundiária moderna quando a liberta totalmente das relações de domínio e servidão. O escravo está totalmente subordinado ao seu senhor e é justamente por isso que esta relação de exploração não necessita de nenhuma elaboração jurídica particular. O trabalhador assalariado, ao contrário, surge no mercado como livre vendedor da sua força de trabalho e, por esta razão, a relação de exploração capitalista se realiza sob a forma jurídica do contrato. Acredito serem estes exemplos suficientes para pôr em evidência a importância decisiva da categoria de sujeito na análise da forma jurídica.

Nas teorias idealistas do direito, o conceito de sujeito evolui a partir desta ou daquela idéia geral, isto é, de maneira puramente especulativa: "O conceito fundamental do direito é a liberdade... O conceito abstrato de liberdade é a possibilidade de se determinar em qualquer coisa... O homem é o sujeito de direito porque ele tem a possibilidade de se determinar, porque possui uma vontade"<sup>85</sup>. Do mesmo modo, em Hegel, "a personalidade contém principalmente a capacidade de direito e constitui o fundamento (ele próprio abstrato) do direito abstrato e, por conseguinte, formal. O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas"<sup>86</sup>. E mais adiante: "Aquilo que é imediatamente distinto do espírito livre

84. Marx. *O Capital*. Liv. III, cap. XXXVII, Ed. Sociales, t. III, p. 9.

85. Puchta. *Kursus der Institutionen*. Leipzig, 1950, t. I, pp. 4-9.

86. Hegel. *Princípios da Filosofia do Direito*. Leipzig, 1821, Ed. Gallimard, Paris, 1940, p. 84.

é, em geral, tanto em relação a ele como em si, o exterior, uma coisa, qualquer coisa não livre, sem personalidade e sem direito”<sup>87</sup>.

Veremos mais adiante em que sentido esta oposição entre a coisa e o sujeito nos dá a chave para compreender a forma jurídica. A jurisprudência dogmática, ao contrário, serve-se deste conceito sob o seu aspecto formal. Para ela o sujeito nada é além de um “meio de qualificação jurídica dos fenômenos sob o ponto de vista da sua capacidade ou incapacidade de participar nas relações jurídicas”<sup>88</sup>. A jurisprudência dogmática, por conseguinte, sequer levanta a questão das razões em virtude das quais o homem se transformou de indivíduo zoológico em sujeito jurídico. Seu ponto de partida é a relação jurídica como de uma forma acabada, determinada *a priori*.

A teoria marxista, ao contrário, considera toda forma social historicamente. Ela se propõe, por conseguinte, a tarefa de explicar aquelas condições materiais, historicamente dadas, que fizeram desta ou daquela categoria uma realidade. As premissas materiais da comunidade jurídica ou das relações entre os sujeitos jurídicos foram definidas pelo próprio Marx no primeiro tomo de *O Capital*, ainda que só de passagem e sob a forma de anotações muito gerais. Estas anotações, porém, contribuem muito mais para a compreensão do momento jurídico nas relações humanas do que qualquer volumoso tratado sobre teoria geral do direito. Para Marx análise da forma do sujeito tem origem imediata na análise da forma da mercadoria.

A sociedade capitalista é, antes de tudo, uma sociedade de proprietários de mercadorias. Isto quer dizer que as relações sociais dos homens no processo de produção tomam uma forma coisificada nos produtos do trabalho que aparecem, uns em relação aos outros, como valores. A mercadoria é um objeto mediante o qual a diversidade concreta das propriedades úteis se torna simplesmente a embalagem coisificada da propriedade abstrata do valor, que se exprime como capacidade de ser trocada numa determinada proporção por outras mercadorias. Esta propriedade é a expressão de uma qualidade inerente às próprias coisas em virtude de uma espécie de lei natural que age sobre os homens de maneira totalmente alheia à sua vontade.

Porém, se a mercadoria conquista o seu valor independentemente da vontade do sujeito que a produz, a realização do valor no processo de troca pressupõe, ao contrário, um ato voluntário, consciente, por parte do proprietário de mercadorias; ou, como diz Marx: “As mercadorias não podem, de nenhum modo, ir, por elas mesmas, ao mercado, nem trocarem-se entre si. Precisamos por isso voltar nossos

87. Id. *ibid.*, p. 88.

88. Cf. Rozhdestvenskij. Teoria do direito público subjetivo. p. 6.

olhares para os seus guardiões e condutores, ou seja, para os seus possuidores. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem ao homem nenhuma resistência. Se elas necessitam de boa vontade, ele poderá empregar a força ou, melhor dizendo, poderá apoderar-se delas”<sup>89</sup>.

Assim, o vínculo social entre os homens no processo de produção, vínculo que se coisifica nos produtos do trabalho, e que toma a forma de uma legalidade elementar, impõe, para a sua realização, a necessidade de uma relação particular entre os homens, enquanto indivíduos que dispõem de produtos, enquanto sujeitos cuja “vontade habita nas próprias coisas”<sup>90</sup>. “O fato de os bens econômicos serem frutos do trabalho constitui uma propriedade que lhes é inerente; o fato de eles poderem ser negociados constitui uma segunda propriedade, que depende somente da vontade dos seus proprietários, sob a única condição de tais bens serem apropriáveis e alienáveis”<sup>91</sup>. Eis a razão pela qual, ao mesmo tempo que o produto do trabalho reveste as propriedades da mercadoria e se torna portador de valor, o homem se torna sujeito jurídico e portador de direitos”<sup>92</sup>. “A pessoa, cujo determinante é a vontade, é o sujeito de direito”<sup>93</sup>.

A vida social desloca-se simultaneamente, por um lado, entre totalidade de relações coisificadas, surgindo espontaneamente (como o são todas as relações econômicas: nível dos preços, taxa de mais-valia, taxa de lucro etc.), isto é, relações onde os homens não têm outra significação que não seja a de coisas, e, por outro lado, entre totalidade de relações onde o homem não se determina a não ser quando é oposto a uma coisa, ou seja, quando é definido como sujeito. Essa é precisamente a relação jurídica. Estas são as duas formas fundamentais que originariamente se diferenciam uma da outra, mas que, ao mesmo tempo, se condicionam mutuamente e estão intimamente unidas entre si. Assim o vínculo social, enraizado na produção, apresenta-se simultaneamente sob duas formas absurdas; por um lado, como

89. Marx. *O Capital*. Liv. I, cap. II, p. 95.

90. Marx. *Id.*, *ibid.*

91. Hilferding. *Bohm-Bawerks Marx-Kritik*. Viena, 1904, p. 54.

92. O homem enquanto mercadoria, isto é, escravo, torna-se também sujeito desde que apareça como indivíduo que dispõe de coisas-mercadorias e participa da circulação. (Cf. sobre os direitos dos escravos, quando da conclusão de contratos, no direito romano: Pokrovskij. *História do direito romano*. t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Petrogrado, 1915, p. 294). Na sociedade moderna, ao contrário, o homem livre, ou seja, o proletário, quando procura um mercado para vender sua força de trabalho, é tratado como um objeto e fica totalmente dependente das leis de emigração e também na total dependência das mesmas interdições, fixações de contingentes etc., que regem as outras mercadorias introduzidas no interior das fronteiras estaduais.

93. Windscheid. *Lehrbuch des Pandektenrecht*, t. I, Frankfurt, 1906, § 49.

valor de mercadoria e, por outro, como capacidade do homem de ser sujeito de direito.

Do mesmo modo que a diversidade natural das propriedades úteis de um produto não aparece na mercadoria senão sob a forma de simples embalagem do valor e assim como as variedades concretas do trabalho humano se diluem no trabalho humano abstrato, como criador de valor, assim também a diversidade concreta da relação do homem com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas, que diferenciam um representante da espécie *Homo sapiens* de um outro, se diluem na abstração do homem em geral, do homem como sujeito jurídico.

Se a coisa se sobrepõe economicamente ao homem, uma vez que, como mercadoria, coisifica uma relação social que não está subordinada ao homem, ele, em contrapartida, reina juridicamente sobre a coisa, porque, ele mesmo, na qualidade de possuidor e de proprietário, não é senão uma simples encarnação do sujeito jurídico abstrato, impessoal, um puro produto das relações sociais. Segundo Marx: "Para relacionar estas coisas umas com as outras como mercadorias, os seus guardiões devem, eles próprios, se relacionar entre si como pessoas cuja vontade reside nestas mesmas coisas, de tal modo que a vontade de um seja também a vontade do outro e que cada um se aproprie da nova mercadoria abandonando a sua, mediante um ato voluntário comum. Eles devem, portanto, reconhecer-se mutuamente como proprietários privados"<sup>94</sup>.

É natural que a evolução histórica da propriedade, enquanto instituição jurídica que abrange todos os diversos modos de aquisição e proteção da propriedade e todas as modificações relativas aos diferentes objetos etc., não se tenha realizado de maneira tão ordenada e coerente conforme a dedução lógica mencionada acima. Contudo, apenas essa dedução nos revela o sentido geral do processo histórico.

Depois de ter caído numa dependência de escravidão diante das relações econômicas que nascem atrás de si sob a forma da lei do valor, o sujeito econômico recebe, por assim dizer, como compensação, porém agora enquanto sujeito jurídico, um presente singular: uma vontade juridicamente presumida que o torna absolutamente livre e igual entre os outros proprietários de mercadorias. "Todos devem ser livres e ninguém deve impedir a liberdade alheia. Cada um possui o seu corpo como livre instrumento da sua vontade"<sup>95</sup>. É esse o axioma de partida dos teóricos do direito natural. E tal idéia de isolamento, do voltar-se da pessoa humana sobre si mesma, deste "estado natural", do qual deriva "o conflito da liberdade até ao infinito",

94. Marx. *O Capital*. Liv. I, cap. II, p. 95.

95. Fichte. *Rechtslehre*. Leipzig, 1912, p. 10.

corresponde exatamente à produção mercantil, onde os produtores são formalmente independentes uns dos outros e onde se encontram mutuamente ligados somente pela ordem jurídica artificialmente criada. Esta própria condição jurídica, ou para utilizar as palavras do mesmo autor, "a existência simultânea de numerosas criaturas livres, que devem todas ser livres e cuja liberdade não deve impedir a liberdade alheia", não é senão o mercado idealizado, transposto para as nuvens da abstração filosófica e livre da grosseria empírica, na qual se encontram os produtores independentes, pois, como nos ensina um outro filósofo: "No contrato comercial, as duas partes fazem o que querem e cada parte não exige para si própria mais liberdade do que aquela concedida à outra"<sup>96</sup>.

A crescente divisão do trabalho, a melhoria das comunicações e o consecutivo desenvolvimento das trocas fazem do valor uma categoria econômica, ou seja, a encarnação das relações sociais de produção que dominam o indivíduo. Mas para isso é preciso que os diferentes atos acidentais de troca se transformem numa circulação alargada e sistemática de mercadorias. Neste estágio de desenvolvimento o valor distingue-se das avaliações ocasionais, perde o seu caráter de fenômeno psíquico individual e assume um significado econômico objetivo. Condições reais são também necessárias para que o homem deixe de ser um indivíduo zoológico, sujeito jurídico abstrato e impessoal, e passe a ser uma pessoa jurídica. Tais condições reais são, por um lado, o estreitamento dos vínculos sociais e, por outro, o crescente poder da organização social, ou seja, da organização de classe que atinge o seu apogeu no Estado burguês "bem ordenado". A capacidade de ser sujeito jurídico desprende-se, então, definitivamente, da personalidade concreta, vivente, deixa de ser uma função da sua vontade consciente, eficaz e transforma-se em pura propriedade social. A capacidade de agir é abstraída da capacidade jurídica, o sujeito jurídico recebe um duplo na pessoa de um representante e adquire ele mesmo a significação de um ponto matemático, de um núcleo onde se concentra certa soma de direitos.

A propriedade burguesa capitalista deixa, conseqüentemente, de ser uma posse flutuante e instável, uma posse puramente de fato, passível de ser contestada a todo momento, e também de ser defendida a mão armada. Ela transforma-se num direito absoluto, estável, que segue a coisa por todo lado e que, desde que a civilização burguesa espalhou seu domínio a todo o globo, é protegida em todo o mundo pelas leis, pela polícia e pelos tribunais<sup>97</sup>.

96. Spencer. *Social Statistics*, Londres, 1851, cap. XIII.

97. O desenvolvimento do pretense direito de guerra nada mais é senão uma consolidação progressiva do princípio da inviolabilidade da propriedade

Neste estágio de desenvolvimento, a pretensa teoria volitiva dos direitos subjetivos apresenta-se inadequada à realidade<sup>98</sup>. Melhor se define o direito em sentido subjetivo, como "a parte dos bens que a vontade geral atribui e garante a uma pessoa". A capacidade de querer e de agir deste modo não é, de jeito nenhum, requisitada nesta pessoa. A definição de Dernburg aproxima-se bastante do universo intelectual dos juristas modernos que operam com a capacidade jurídica dos dementes, dos recém-nascidos, das pessoas jurídicas etc. A teoria da vontade, em contrapartida, equivale, nas suas últimas conseqüências, à exclusão das mencionadas categorias da série dos sujeitos jurídicos<sup>99</sup>. Dernburg, concebendo o sujeito jurídico como um fenômeno puramente social, está, sem dúvida alguma, muito mais próximo da verdade. Porém, percebe-se claramente, por outro lado, por que razão o elemento da vontade desempenha um papel tão essencial na construção do conceito de sujeito jurídico. Em parte, o próprio Dernburg observa isso quando afirma que "os direitos, em sentido subjetivo, existiram historicamente bem antes de se ter formado um sistema estadual consciente de si próprio. Eles fundamentavam-se na personalidade dos indivíduos e no respeito que souberam conquistar e impor para a sua pessoa e para os seus bens. Foi somente graças à abstração que se pôde formar progressivamente, a partir da concepção dos direitos subjetivos existentes, o conceito da ordem jurídica. A concepção segundo a qual os direitos, em sentido subjetivo, não são mais que a emanção do direito em sentido objetivo é, pois, não-his-

burguesa. Até o momento da Revolução Francesa a população civil era saqueada sem limites nem escrúpulos, tanto pelos seus próprios soldados como pelos soldados inimigos. Benjamim Franklin foi o primeiro a proclamar, em 1875, o princípio político mediante o qual nas guerras futuras "os camponeses, os artífices e os comerciantes devem poder continuar as suas ocupações, pacificamente, sob a proteção das partes em conflito". Rousseau, no *Contrato Social*, determinou como regra que a guerra deve ser travada entre os Estados, mas não entre os cidadãos destes Estados. A legislação da Convenção punia muito severamente a pilhagem feita pelos soldados, tanto no seu próprio país como nos países estrangeiros. Foi apenas em 1899 em Haia que os princípios da Revolução Francesa foram erigidos em direito internacional. A equidade obriga-nos, porém, a mencionar que Napoleão teve certos escrúpulos ao decretar o Bloqueio Continental e achou necessário justificar, na sua mensagem ao Senado, esta medida: "que a causa das hostilidades entre os soberanos lesa os interesses das pessoas privadas" e "lembra a barbárie do séculos passados"; quando da última guerra mundial, os governantes lesaram abertamente, sem qualquer espécie de escrúpulo, os direitos de propriedade dos cidadãos das duas partes em conflito.

98. Cf. Dernburg. *Pandekten*, Berlim, 1902, t. I, § 39.

99. Cf. a propósito das pessoas jurídicas: Brinz. *Pandenkten*. T. II, p. 984.

órica e falsa"<sup>100</sup>. Evidentemente apenas quem possuísse não só uma vontade mas também detivesse uma parte importante do poder, podia "ganhar e impor o respeito". Porém, assim como a maior parte dos juristas, igualmente Dernburg tem tendência em tratar o sujeito jurídico como "personalidade em geral", ou seja, como uma categoria eterna, situada fora de condições históricas determinadas. A partir deste ponto de vista, o que é próprio do homem, como ser animado e possuidor de uma vontade racional, é o fato de ser sujeito jurídico. Na realidade, a categoria de sujeito jurídico é, evidentemente, estabelecida no ato de troca que ocorre no mercado. E é justamente neste ato de troca que o homem realiza na prática a liberdade formal da autodeterminação. A relação do mercado revela esta oposição entre o sujeito e o objeto num sentido jurídico particular. O objeto é a mercadoria e o sujeito o proprietário de mercadorias que dispõe delas no ato de apropriação e de alienação. É justamente no ato de troca que o sujeito se manifesta pela primeira vez em toda a plenitude das suas determinações. O conceito, formalmente mais elaborado, de sujeito, que a partir desse momento abrange somente a capacidade jurídica, distancia-nos ainda mais do sentido histórico real desta categoria jurídica. Eis por que é tão difícil para os juristas renunciar ao elemento voluntário ativo quando elaboram os conceitos de "Sujeito" e de "Direito subjetivo".

A esfera de domínio, que envolve a forma do direito subjetivo, é um fenômeno social que é atribuído ao indivíduo do mesmo modo que o valor, outro fenômeno social, é atribuído à coisa, enquanto produto do trabalho. O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico.

As relações dos homens no processo de produção envolvem assim, num certo estágio de desenvolvimento, uma forma duplamente enigmática. Elas surgem, por um lado, como relações entre coisas (mercadorias) e, por outro, como relações de vontade entre unidades independentes umas das outras, porém, iguais entre si: tal como as relações entre sujeitos jurídicos. Ao lado da propriedade mística do valor aparece um fenômeno não menos enigmático: o direito. Simultaneamente a relação unitária e total reveste dois aspectos abstratos e fundamentais: um aspecto econômico e outro jurídico. No desenvolvimento das categorias jurídicas, a capacidade de realizar atos de troca não é mais que uma das muitas manifestações concretas da característica geral da capacidade jurídica e da capacidade de agir. Historicamente, entretanto, o ato de troca possibilitou um aprofundamento

100. *Dernburg*. Ob. cit., § 39.

na idéia de sujeito, como portador de todas as possíveis pretensões jurídicas. É somente na economia mercantil que nasce a forma jurídica abstrata, em outros termos, que a capacidade geral de ser titular de direitos se separa das pretensões jurídicas concretas. Somente a contínua mutação dos direitos que acontece no mercado estabelece a idéia de um portador imutável destes direitos. No mercado, aquele que obriga alguém, obriga simultaneamente a si próprio. A todo instante ele passa da situação da parte demandante à situação da parte obrigada. Deste modo se cria a possibilidade de abstrair das diversidades concretas entre os sujeitos jurídicos e de os reunir sob um único conceito genérico<sup>101</sup>.

Do mesmo modo que os atos de troca da produção mercantil desenvolvida foram precedidos por atos ocasionais e formas primitivas de troca, tais como, por exemplo, os presentes recíprocos, assim também, o sujeito jurídico, com toda a esfera de domínio jurídico, foi morfológicamente precedido pelo indivíduo armado, ou, com maior freqüência, por um grupo de homens (gens, horda, tribo), capaz de defender no conflito, na luta, o que para ele representava as suas próprias condições de existência. Esta estreita relação morfológica estabelece uma clara ligação entre o tribunal e o duelo, entre as partes de um processo e os protagonistas de uma luta armada. Porém, com o crescimento das forças sociais disciplinadoras, o sujeito perde a sua concretização material. No lugar de sua energia pessoal nasce o poder da organização social, isto é, da organização da classe, cuja expressão mais elevada se encontra no Estado<sup>102</sup>. A abstração impessoal de um poder de Estado, agindo regular e continuamente no espaço e no tempo, de maneira ideal, é aqui o mesmo sujeito impessoal e abstrato do qual ele é o reflexo.

Este poder abstrato tem um perfeito fundamento real na organização do aparelho burocrático, do exército permanente, das finanças, dos meios de comunicação etc. A condição básica de todo este

101. Na Alemanha, isso verificou-se somente no instante em que se implantou o Direito Romano, como o prova, aliás, a falta de um termo alemão para designar os conceitos de "pessoa" e de "sujeito jurídico". (Cf. Gierke. *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*. 3 vol., Berlim, 1873; vol. 2: *Geschichte des Deutschen Körperschaftsrechts*, p. 30).

102. A partir deste instante a figura de sujeito jurídico passa a não mais se revelar como o que é na realidade, isto é, o reflexo de uma relação que nasce detrás dos homens, mas parece ser uma invenção artificial da razão humana. Contudo, as próprias relações passam a ser tão freqüentes que parecem ser as condições indispensáveis de toda a comunidade. A idéia de que o sujeito jurídico não é senão uma construção artificial tem, para a teoria científica do direito, o mesmo significado que tem para a economia política a idéia do caráter artificial do dinheiro.

conjunto é a correspondente evolução das forças produtivas. Porém, antes de servir-se dos mecanismos estaduais, o sujeito busca apoio na estabilidade e na continuidade orgânica das relações. Do mesmo modo que a repetição regular do ato de troca significa um valor numa categoria geral, que se eleva acima da avaliação subjetiva e das proporções ocasionais da troca, assim também a repetição regular destas mesmas relações, o uso, atribui à esfera subjetiva de domínio um novo sentido fundamentando sua existência mediante uma norma externa. O uso ou a tradição, enquanto fundamento supra-individual das pretensões jurídicas, corresponde à estrutura feudal com os seus limites e a sua fixidez. A tradição ou o uso é, por essência, qualquer coisa que está compreendida num quadro geográfico determinado, bastante limitado. Eis a razão por que cada direito se relaciona somente com um dado sujeito concreto ou com um grupo limitado de sujeitos. No mundo feudal cada direito era um privilégio, diz Marx. Cada cidade, cada estado social, cada corporação, vivia segundo o seu próprio direito, que acompanhava o indivíduo onde quer que ele fosse. Neste tempo era completamente ausente a idéia de um estatuto jurídico formal comum a todos os cidadãos, a todos os homens. Tal situação correspondia, para a economia, a unidades econômicas fechadas, auto-subsistentes, e à proibição de importar e exportar etc.

"Jamais a personalidade teve um conteúdo inteiramente idêntico. Originariamente, o Estado, a propriedade, a profissão, o estado confessional, a idade, o sexo, a força física etc. criaram uma desigualdade tão profunda da capacidade jurídica que não se via sequer, além de diferenças concretas, em que a personalidade se mantinha, apesar de tudo, idêntica a si própria"<sup>103</sup>.

A igualdade dos sujeitos não era pressuposta a não ser pelas relações compreendidas numa esfera relativamente estreita. Assim, os membros de um único e mesmo estado social na esfera dos direitos de estado, os membros de uma única e mesma corporação na esfera dos direitos corporativos, eram idênticos. Neste estágio, o sujeito jurídico aparece apenas como o portador geral abstrato de todas as pretensões jurídicas concebíveis na qualidade de titular de privilégios concretos.

"No fundo, a proposição do Direito Romano segundo a qual a personalidade é, em si, igual e a desigualdade é somente a consequência de um estatuto de exceção do direito positivo, não se impôs atualmente, nem na vida jurídica nem na consciência jurídica"<sup>104</sup>.

103. Gierke. Ob. cit., p. 35.

104. Gierke. Ob. cit., p. 34.

Uma vez que era ausente na Idade Média o conceito abstrato de sujeito jurídico, a idéia de uma norma objetiva, conduzida a um círculo indeterminado e alargado de pessoas, confundia-se igualmente com a instituição de privilégios e de liberdades concretas. No séc. XIII ainda não se encontra nenhum vestígio de uma clara representação da diversidade existente entre o direito objetivo e o direito subjetivo, ou a possibilidade jurídica. Nos privilégios e nos forais distribuídos pelos imperadores e pelos príncipes às cidades, encontramos grande confusão entre estes dois conceitos. A maneira mais comum de formulação de uma regra ou de uma norma geral é a do reconhecimento de qualidades jurídicas a um determinado domínio territorial ou a uma parte da população. A célebre fórmula: *Stadtluft macht frei* (o ar da cidade faz a liberdade) tinha também este caráter e a abolição dos debates judiciários foi também realizada da mesma maneira. Ao lado destas disposições, os direitos dos cidadãos à utilização das florestas principescas ou imperiais foram concedidos de modo idêntico.

No direito municipal podemos observar inicialmente a mesma mescla de momentos subjetivos e objetivos. Os estatutos urbanos eram, em parte, a enumeração dos direitos ou privilégios particulares de que gozavam alguns grupos de cidadãos.

Foi apenas depois do total desenvolvimento das relações burguesas que o direito passou a ter um caráter abstrato. Cada homem torna-se homem em geral, cada trabalho torna-se um trabalho social útil em geral e cada sujeito torna-se um sujeito jurídico abstrato<sup>105</sup>. Ao mesmo tempo, também a norma reveste-se da forma lógica acabada de lei geral e abstrata.

O sujeito jurídico é, por conseguinte, um proprietário de mercadorias abstrato e transposto para as nuvens. A sua vontade, juridicamente falando, tem o seu fundamento real no desejo de alienar, na aquisição, e de adquirir, na alienação. Para que tal desejo se realize, é indispensável que haja mútuo acordo entre os desejos dos proprietários de mercadorias. Juridicamente esta relação aparece como contrato, ou como acordo, entre vontades independentes. Eis por que o contrato é um conceito central do direito, pois ele representa um elemento constitutivo da idéia do direito. No sistema lógico dos conceitos jurídicos, o contrato é somente uma variedade do ato jurídico em geral, ou seja, é somente um dos meios de manifestação concreta da

105. "Uma sociedade na qual o produto do trabalho geralmente assume a forma de mercadoria e na qual, por conseguinte, a relação mais geral entre os produtores consiste em comparar os valores dos seus produtos e, sob este aspecto, em comparar entre si os seus trabalhos privados como trabalho humano igual, uma tal sociedade encontra no cristianismo, no seu culto do homem abstrato e sobretudo nos seus tipos burgueses, protestantismo, deísmo etc., o seu mais conveniente complemento religioso". (Marx. *O Capital*. Liv. I, pp. 90-91).

vontade, com a ajuda do qual o sujeito age sobre a esfera jurídica que o cerca. Na realidade e historicamente, ao contrário, o conceito do ato jurídico tem sua origem no contrato. Independentemente do contrato, os conceitos de sujeito e de vontade em sentido jurídico existem somente como abstrações mortas. É unicamente no contrato que tais conceitos se movem autenticamente. Simultaneamente, a forma jurídica, na sua forma mais simples e mais pura, recebe também no ato de troca um fundamento material. Por conseguinte, é para o ato de troca que convergem os momentos essenciais tanto da economia política como do direito. Na troca, como diz Marx, "a relação das vontades ou relação jurídica é estabelecida pela própria relação econômica". Uma vez nascida a idéia de contrato, ela tende a adquirir uma significação universal. Os possuidores de mercadorias, mesmo antes de se reconhecerem mutuamente como proprietários, naturalmente já eram também proprietários, porém em sentido diverso, orgânico, extrajurídico. "O reconhecimento recíproco" é apenas uma tentativa para explicar, com o auxílio da fórmula abstrata do contrato, as formas orgânicas da apropriação que têm por base o trabalho, a conquista etc. e que a sociedade dos produtores de mercadorias encontra já constituídas desde seu nascimento. Em si mesma, a relação do homem com a coisa está privada de qualquer significação jurídica. É isto que discernem os juristas quando tentam dar à instituição da propriedade privada o sentido de uma relação entre sujeitos, ou seja, entre homens. Contudo, eles constroem esta relação de maneira puramente formal e negativa, como uma proibição geral que, exceto o proprietário, exclui de todos os outros indivíduos o direito de utilizarem a coisa e dela disporem<sup>106</sup>. Esta concepção, com certeza, é adequada aos fins práticos de jurisprudência dogmática, porém não tem nenhuma utilidade para a análise teórica. Nestas proibições abstratas, o conceito de propriedade perde toda a significação viva e separa-se da sua própria história pré-jurídica.

Mas se a relação orgânica, "natural", do homem com a coisa, ou seja, a apropriação, gera o ponto de partida genético do desenvol-

106. Deste modo, por exemplo, Windscheid (*Lehrbuch des Pandektenrecht*, Frankfurt, 1906, t. I, § 38), partindo do fato de que o direito não existe senão entre pessoas e não entre uma pessoa e uma coisa, conclui: "O direito real só conhece proibições. O conteúdo da vontade que limita o direito real é um conteúdo negativo; aqueles que se encontram frente ao titular do direito devem abster-se de agir sobre a coisa e não devem pelo seu comportamento em relação àquela bloquear a ação do titular do direito sobre ela".

A conclusão lógica deste ponto de vista é tirada por Schlossman (*Der Vertrag*), para o qual o conceito de direito real é apenas um "meio terminológico auxiliar". Dernburg (*Pandektenrecht*, t. I, § 22, notas) ao contrário, descarta o ponto de vista segundo o qual "mesmo a propriedade, que aparece como o mais positivo de todos os direitos, tenha juridicamente somente um simples conteúdo negativo".

vimento, a transformação dessa relação numa relação jurídica aconteceu essencialmente sob a influência das necessidades geradas pela circulação dos bens, isto é, pela compra e pela venda. Hauriou atenta para o fato de o comércio marítimo e o comércio de caravana não terem ainda originariamente criado a necessidade de garantir a propriedade. A distância que separava os agentes das trocas uns dos outros era a melhor garantia contra toda espécie de pretensão abusiva. A formação de um mercado estável cria a necessidade de uma regulamentação do direito de dispor das mercadorias e, conseqüentemente, do direito de propriedade<sup>107</sup>.

O título de propriedade no direito romano antigo, *Mancipatio per aes et libram*, mostra que ele nasceu juntamente com o fenômeno da troca interna. Do mesmo modo, a sucessão hereditária não foi estabelecida, como título de propriedade, a não ser a partir do momento em que as relações civis se interessaram por tal transferência<sup>108</sup>.

Na troca, para utilizar os termos de Marx, um dos proprietários de mercadorias não pode apropriar-se da mercadoria alheia e alienar a sua, a não ser com o consentimento do outro proprietário. É justamente esta idéia que os representantes da doutrina do direito natural quiseram exprimir tentando fundamentar a propriedade num contrato originário. Eles têm razão, porém, não porque um tal contrato tenha existido alguma vez, historicamente, mas porque as formas naturais ou orgânicas da apropriação passam a ter um caráter de "razão" jurídica nas ações recíprocas da aquisição e da alienação. No ato de alienação, a realização do direito de propriedade como abstração torna-se uma realidade. Qualquer emprego de uma coisa está ligado ao seu tipo concreto de utilização como bem de consumo ou como meio de produção. Porém, quando a coisa funciona como valor de troca, torna-se então uma coisa impessoal, um puro objeto jurídico, e o sujeito que dela dispõe, um puro sujeito jurídico. É necessário buscar a explicação da contradição existente entre a propriedade feudal e a propriedade burguesa em suas respectivas relações com a circulação. Para o mundo burguês, o principal defeito da propriedade feudal não está na sua origem (espoliação, violência etc.) mas na sua imobilidade, na sua incapacidade de se tornar o objeto de uma garantia recíproca passando de uma mão a outra no ato de alienação e de aquisição. A propriedade feudal ou corporativa viola o princípio fundamental da sociedade burguesa: "igual oportunidade de aceder à desigualdade". Hauriou, um dos mais perspicazes juristas burgueses, expõe muito bem, em primeiro lugar, a reciprocidade como a garantia mais eficaz da propriedade e a que menos necessita de violência exterior. É esta reci-

procidade garantida pelas leis do mercado, que dá à propriedade o seu caráter de instituição "eterna". A garantia puramente política, dada pelo aparelho de coação estatal, limita-se, ao contrário, à proteção de uma certa situação pessoal dos proprietários, isto é, a um momento que não tem significação de princípio. A luta de classes inúmeras vezes provocou na história uma redistribuição da propriedade bem como a expropriação dos usurários e dos grandes proprietários fundiários<sup>109</sup>. Contudo, tais desordens, por mais desagradáveis que tenham sido para as classes e grupos que as suportaram, não puderam abalar o fundamento da propriedade privada: a junção, realizada pela troca, das esferas econômicas. Os mesmos homens que protestaram contra a propriedade acabaram por afirmá-la quando no dia seguinte se viram no mercado como produtores independentes. Isso se deu com todas as revoluções não-proletárias. Essa é a conclusão lógica do ideal dos anarquistas, que rejeitam as características exteriores do direito burguês, a coação estatal e as leis, mas que deixam subsistir a sua essência interna, a livre contratação entre produtores independentes<sup>110</sup>.

Deste modo apenas o desenvolvimento do mercado gera a possibilidade e a necessidade de transformar o homem, que se apropria das coisas pelo trabalho (ou pela espoliação), num proprietário jurídico. Entre estas duas fases não existem fronteiras rigorosas. O "natural" passa insensivelmente para o "jurídico", tal como o roubo a mão armada está estreitamente ligado ao comércio.

Karner tem uma outra concepção da propriedade. Segundo a sua definição, "a propriedade não é, *de jure*, senão o poder que a pessoa A tem de dispor da coisa N, a relação nua entre um indivíduo e uma coisa natural que não concerne a qualquer *outro indivíduo* e a qualquer outra coisa; a coisa é uma coisa privada, o indivíduo é um indivíduo privado, o direito é um direito privado. É assim também que se passam as coisas no período da produção mercantil simples"<sup>111</sup>.

109. "Tanto é verdade, nota Engels neste momento, que há dois mil e quinhentos anos que se recorre à violação da propriedade como único meio para se manter a propriedade privada". (Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, trad. port., Ed. Acadêmica).

110. Deste modo, por exemplo, Proudhon explica: "Eu quero o contrato, mas não as leis; para que eu seja livre todo o edifício social deve ser reconstruído sobre a base do contrato recíproco" (Proudhon, *A idéia geral da revolução no século XIX*, 1851, p. 138). Mas logo a seguir acrescenta: "A norma segundo a qual o contrato deve ser firmado não se baseará exclusivamente na justiça, mas também na vontade comum dos homens que vivem em comunidade. Esta vontade, caso necessário, igualmente obrigará ao respeito do contrato pela violência" (Id., *ibid.*, p. 293).

111. Karner (pseudônimo de Renner). "Die Soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums". In: *Marx Studien*, t. I, 1904, p. 173.

107. Hauriou. *Princípios de direito público*. p. 286.

108. Id. *ibid.*, p. 287.

Toda esta passagem indica uma falsa compreensão das coisas. Karner reproduz aqui as "robinsones" em vigor. Mas pergunta-se por que motivo dois Robinsons, que desconhecem mutuamente as suas existências, pensam *juridicamente* as suas relações com as coisas já que tal relação é inteiramente uma *relação de fato*. Este direito do homem isolado merece o destaque do famoso valor do "copo d'água no deserto". Tanto o valor como o direito têm origem num único e mesmo fenômeno: a circulação dos produtos tornados mercadorias. A propriedade no modo de pensar jurídico nasceu, não porque tenha surgido aos homens a idéia de se atribuírem reciprocamente tal qualidade jurídica, mas porque passar-se por proprietário era a única maneira de poderem trocar suas mercadorias. "O poder ilimitado do dispor da coisa" é somente o reflexo da circulação ilimitada das mercadorias.

Karner percebe que "vem à idéia do proprietário exercer a função jurídica da propriedade, alienando a coisa"<sup>112</sup>. Porém, ele não vê de modo algum que o "jurídico" começa exatamente quando esta função é "exercida"; enquanto esta não existe, a apropriação não passa de simples apropriação natural, orgânica.

Karner reconhece que "a compra e a venda, o empréstimo e o crédito, a locação também existiram outrora, embora com uma extensão subjetiva e objetiva restrita"<sup>113</sup>. Efetivamente, estas diferentes formas jurídicas da circulação dos bens existiram tão precocemente que já se encontra uma formulação precisa do empréstimo e do empréstimo com garantia, ainda antes de ter sido elaborada a própria fórmula jurídica da propriedade. Este fato singular possibilita-nos compreender corretamente a natureza jurídica da propriedade.

Karner, ao contrário, acredita que os homens, antes mesmo de comprarem, venderem ou hipotecarem coisas, independentemente disso, já eram proprietários. As relações que ele menciona parecem-lhe ser somente "instituições auxiliares, totalmente secundárias, que preenchem as lacunas da propriedade pequeno-burguesa". Em outros termos, ele parte da concepção de indivíduos totalmente isolados aos quais veio à idéia (não se sabe por que) de criar uma "vontade geral" e, em nome dessa mesma vontade geral, proibir a todos de tocar nas coisas que pertencem a outrem. Após o que estes "robinsons" isolados decidem, depois de reconhecerem que o proprietário não pode ser considerado um ser universal, nem enquanto força de trabalho, nem enquanto consumidor, completar a propriedade através das instituições da compra, da venda, do empréstimo, do crédito etc. Este esquema,

112. id., *ibid.* p. 175.

113. Id., *ibid.*

estritamente racional, inverte a evolução real das coisas e dos conceitos.

Karner reproduz aqui, pura e simplesmente, o sistema de interpretação do direito das Pandectas, que traz o nome de Hugo Heyse e cujo ponto de partida é, também, o do homem que submete os objetos do mundo exterior (direitos reais), para passar em seguida à troca de serviços (direito das obrigações) e, finalmente, às normas que regulam a situação do homem como membro de uma família e o destino dos seus bens depois de sua morte (direito das sucessões e direito da família). A relação do homem com uma coisa, por ele produzida ou roubada, ou que constitui também uma parte da sua personalidade (armas, jóias), representa historicamente, sem nenhuma dúvida, um elemento do desenvolvimento da propriedade privada. Ela representa a forma originária, primitiva e limitada, desta propriedade. Contudo, a propriedade privada só adquire um caráter acabado e universal com a passagem à economia mercantil, ou mais precisamente, à economia mercantil capitalista. Ela passa a ser, então, indiferente ao objeto e rompe todos os vínculos com as sociedades humanas orgânicas (gens, família, comunidade). Ela surge, em sua significação universal, como "esfera externa da liberdade" (Hegel), ou seja, como realização prática da capacidade abstrata de ser um sujeito de direitos.

De acordo com esta forma puramente jurídica, a propriedade logicamente pouco tem em comum com o princípio orgânico e natural da apropriação privada como resultado de um desdobramento de força pessoal ou como condição de um consumo ou de um uso pessoais. Desde que toda a realidade econômica se fragmentou na esfera do mercado, a relação do proprietário com a propriedade tornou-se abstrata, formal, condicionada e racionalizada, enquanto a relação do homem com o produto do seu trabalho, como, por exemplo, com uma parcela de terra cultivada pelo seu trabalho pessoal, representa qualquer coisa de elementar e de compreensível, ainda que para o pensamento mais primitivo<sup>114</sup>.

Se estas duas instituições, a apropriação privada como condição de utilização pessoal livre, e a apropriação privada como condição de alienação posterior no ato da troca, unem morfológicamente uma à outra por um vínculo direto, elas constituem, no entanto, logicamente, duas categorias diversas, e o termo "propriedade" gera, referido a ambas, mais confusão do que clareza. A propriedade fundiária capi-

114. É exatamente por esse motivo que os defensores da propriedade privada gostam de apelar particularmente para esta relação elementar, porque eles sabem que a força ideológica dessa relação ultrapassa largamente a sua significação econômica para a sociedade moderna.

talista não pressupõe nenhuma espécie de vínculo orgânico entre a terra e o seu proprietário. Ao contrário, só podemos concebê-la graças à passagem inteiramente livre da terra de uma mão a outra.

O próprio conceito de propriedade fundiária apareceu no mesmo tempo em que a propriedade fundiária individual e alienável. Os fundos de terra comuns do pastoreio comunal não eram, de modo algum, originariamente propriedade de uma pessoa jurídica (pois tal conceito nem sequer existia), mas eram utilizados pelos membros da "Marka", enquanto pessoa coletiva <sup>115</sup>.

A propriedade capitalista é, no fundo, a liberdade de transformação do capital de uma forma para outra, a liberdade de transferência do capital de uma esfera para outra, visando obter o maior lucro possível sem trabalhar. Esta liberdade de dispor da propriedade capitalista é impensável sem a existência de indivíduos necessitados de propriedade, ou seja, de proletários. A forma jurídica da propriedade não está, de nenhum modo, contradizendo o fato da expropriação de um grande número de cidadãos, pois a qualidade de ser sujeito jurídico é uma qualidade puramente formal. Ele define todas as pessoas como igualmente "dignas" de serem proprietárias, mas não as torna, por isso, proprietários. Esta dialética da propriedade capitalista está grandiosamente exposta em *O Capital* de Marx, seja quando sintetiza as formas jurídicas imutáveis, seja quando as fragmenta pela violência (no período de acumulação primitiva). As investigações de Karner já mencionadas oferecem, sob este prisma, muito poucas novidades em comparação com o tomo I de *O Capital*. Contudo, Karner, pretendendo ser original, acaba gerando confusão. Já falamos da sua tentativa de abstrair a propriedade do momento que a constitui juridicamente, isto é, da troca. Esta concepção puramente formal dá margem a um outro erro: examinando a passagem da propriedade pequeno-burguesa à propriedade capitalista, Karner declara que "a instituição da propriedade conheceu um rico desenvolvimento num tempo relativamente curto, sofreu uma transformação completa, sem, contudo, modificar a sua natureza jurídica" <sup>116</sup> e, logo em seguida, conclui que "a função social das instituições jurídicas muda, sem que se modifique a sua natureza jurídica".

Mas então perguntamos: a que instituições se refere Karner? Se se trata da fórmula abstrata do Direito Romano, nada poderia, bem entendido, mudar nela. Mas esta fórmula não disciplinou a pequena propriedade a não ser na época das relações burguesas capitalistas desenvolvidas. Se, ao contrário, consideramos o artesanato corporativo e a economia rural na época da servidão, então nos deparamos

115. Gierke. Ob. cit., p. 146.

116. Karner. Ob. cit., p. 166.

com toda uma série de normas que restringem o direito de propriedade. Com certeza, pode-se objetar que estas restrições foram todas de natureza jurídico-pública e que não chegaram a influenciar a instituição da propriedade enquanto tal. Mas, neste caso, toda a afirmação se reduz a isto: que uma determinada fórmula abstrata é idêntica a si própria. De outro modo, as formas de propriedade feudais e corporativas, isto é, as formas limitadas de propriedade demonstravam já a sua função: a absorção do trabalho não pago. A propriedade da produção mercantil simples que Karner utiliza como oposição à forma capitalista da propriedade é uma abstração tão nua como a própria produção mercantil simples. Com efeito, a transformação de uma parte dos produtos em mercadorias e o surgimento do dinheiro geram já as condições para o surgimento do capital usurário que, na expressão de Marx, "faz parte, com o capital comercial, seu irmão gêmeo, das formas antediluvianas do capital, que precedem de longe o modo de produção capitalista e se voltam a encontrar nas mais diversas estruturas sociais sob o ponto de vista econômico" <sup>117</sup>. Por conseguinte pode-se concluir, ao contrário de Karner, que as normas se modificam, porém, sua função social permanece imutável.

Por causa da evolução do modo de produção capitalista, o proprietário afasta-se progressivamente das funções técnicas de produção e deste modo perde também o domínio jurídico total sobre o capital. Numa empresa de acionistas, o capitalista individual nada possui além da titularidade de uma quota-parte determinada do rendimento que obtém sem trabalhar. A sua atividade econômica e jurídica, como proprietário, restringe-se quase que inteiramente à esfera do consumo improdutivo. A massa mais importante do capital torna-se inteiramente uma força de classe impessoal. Na medida em que esta massa de capital tem participação na circulação mercantil, o que supõe a autonomia das suas diferentes partes, estas partes autônomas surgem como propriedade de pessoas jurídicas. Na verdade, é apenas um grupo, relativamente restrito de grandes capitalistas, que dispõe da grande massa do capital e que, além disso, opera não diretamente mas por intermédio de representantes ou de procuradores com poderes estipulados. A forma jurídica distinta da propriedade privada já não representa mais a situação real das coisas, uma vez que a dominação efetiva se estende através de métodos de participação, de controle etc., bastante além do quadro puramente jurídico. Aproximamo-nos então do momento em que a sociedade capitalista se encontra já amadurecida para se transformar no seu contrário. A condição po-

117. Marx, *O Capital*. Ed. Sociales, Paris, 1959, liv. III, t. II, p. 253.

lítica indispensável para esse tipo de mudança é a revolução de classe do proletariado.

Contudo, bem antes desta transformação, o desenvolvimento do modo de produção capitalista, alicerçado no princípio da livre concorrência, transforma este princípio no seu contrário. O capitalismo monopolista estabelece as premissas de todo um outro sistema econômico onde o movimento da produção e da reprodução social se concretiza, não por meio de contratos particulares entre as unidades econômicas autônomas, mas graças a uma organização centralizada e planificada. Esta organização é gerada pelos trustes, pelos cartéis e por outras uniões monopolistas. A simbiose observada durante a guerra entre as organizações capitalistas privadas e as organizações estaduais, num poderoso sistema de capitalismo de Estado burguês, representa uma realização destas tendências. Esta transformação prática da estrutura jurídica não podia passar despercebida à teoria. No despertar do seu desenvolvimento, o capitalismo industrial já envolvia com uma certa auréola o princípio da subjetividade jurídica, exaltando-o como uma qualidade absoluta da personalidade humana. Atualmente, começa-se a considerar tal princípio apenas como uma determinação técnica que permite "delimitar os riscos e as responsabilidades" ou, então, a apresentá-lo unicamente como uma hipótese especulativa privada de qualquer fundamento real. E como é esta tendência que dirige os seus golpes contra o individualismo jurídico, ela conquistou a simpatia de diversos marxistas que imaginaram encontrar aí os elementos para uma nova teoria "social" do direito que corresponde aos interesses do proletariado. Tal juízo testemunha uma posição puramente formal perante a questão; isto é, mesmo sem levar em conta que as mencionadas teorias não fornecem qualquer ponto de partida para uma verdadeira concepção sociológica das categorias individualistas do direito burguês e que, além disso, elas criticam este individualismo, não sob o ângulo da concepção proletária do socialismo, mas do ponto de vista da ditadura do capital financeiro. A significação social destas doutrinas consiste na justificação do Estado imperialista moderno, e dos métodos que este utilizou declaradamente durante a última Guerra. Por isso, não é de se admirar que um jurista americano chegue, baseado justamente nos ensinamentos da guerra mundial, a mais reacionária e criminosa das guerras, a conclusões de cunho "socialista": "Os direitos individuais à vida, à liberdade, à propriedade não possuem qualquer espécie de existência absoluta ou abstrata; são direitos que existem somente do ponto de vista legal, já que o Estado os garantiu e que estão, por conseguinte, inteiramente submetidos ao poder do Estado"<sup>118</sup>.

118. Harriman. "Enemy property in America". In: *The American Journal of International Law*, 1924, t. I., p. 202.

A tomada do poder político pelo proletariado tornou-se a condição fundamental do socialismo. Porém, a experiência mostrou que a produção e a distribuição, organizadas e planificadas, não conseguiriam substituir, de um dia para o outro, as trocas de mercadorias e o vínculo entre as diversas unidades econômicas através do mercado. Se isso fosse possível, então também a forma jurídica da propriedade deveria estar completamente esgotada historicamente. Ela deveria ter acabado o ciclo do seu desenvolvimento retornando ao seu ponto de partida: aos objetos de uso individual e imediato, ou seja, ela deveria estar transformada numa relação elementar da prática social. Mas a forma jurídica em geral estaria assim também condenada à morte<sup>119</sup>. Ora, enquanto a tarefa da construção de uma economia planificada única não estiver resolvida, enquanto se mantiver entre as diversas empresas e grupos de empresas o vínculo do mercado, igualmente se manterá em vigor a forma jurídica. Não é preciso mencionar também que a forma de propriedade privada dos meios de produção na pequena economia rural e artesanal permanece quase completamente inalterável no período de transição. Ademais, a aplicação do princípio do "cálculo econômico" na grande indústria nacionalizada significa igualmente a formação de unidades autônomas cuja junção com as outras unidades econômicas é realizada pelo mercado.

Na medida em que as empresas estatais estejam sujeitas às condições da circulação, as suas inter-relações assumem não a forma de uma coordenação técnica mas a forma de contratos. E então a regulamentação puramente jurídica das relações, isto é, judiciária, torna-se igualmente possível e necessária. Além disso, a direção imediata, ou seja, a direção técnico-administrativa, que indubitavelmente se reforça com o tempo, subsiste igualmente mediante a subordinação a um plano econômico geral. Temos deste modo, por um lado, uma vida econômica que se desenrola conforme as categorias econômicas naturais e as relações sociais entre unidades de produção que surgem sob uma forma racional, não disfarçada (isto é, não sob uma forma mercantil). A isto corresponde o método das diretivas imediatas, isto é, das determinações técnicas sob a forma de programas, de planos de produção e de distribuição etc. Tais diretivas são concretas e modificam-se continuamente à medida que se transformam as condições. Por outro lado, temos mercadorias que circulam sob a forma do valor e, por conseguinte, uma junção entre unidades econômicas que se exprime sob a forma de contratos. A isto corresponde então a criação

119. O processo posterior da superação da forma jurídica reduzir-se-ia à passagem progressiva da distribuição de equivalentes (para uma certa soma de trabalho uma certa soma de produtos sociais) à realização da fórmula do comunismo evoluído "de cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades".

de limitações e de regras formais, mais ou menos fixas e constantes, para as relações jurídicas entre os sujeitos autônomos (Código Civil e talvez também Código Comercial), e a criação de órgãos que auxiliam na realização dessas relações na prática, regulando os litígios (tribunais, tribunais arbitrais). Evidentemente a primeira tendência não oferece qualquer perspectiva para o florescimento da disciplina jurídica. A vitória progressiva de tal tendência reverterá no aniquilamento progressivo da forma jurídica em geral. Logicamente pode-se objetar que, por exemplo, um programa de produção é também uma norma de direito público, se se sabe que ele procede do poder do Estado, que possui uma força coativa e que cria direitos e obrigações etc. É certo que, na medida em que a nova sociedade esteja alicerçada em elementos da antiga sociedade, ou seja, a partir de homens que concebem os vínculos sociais apenas como meios para os seus fins privados, as simples diretivas técnicas racionais assumirão também a forma de um poder estranho ao homem e situado acima dele. O homem político será ainda, na expressão de Marx, um "homem abstrato, artificial". Porém, quanto mais as relações mercantis e o incentivo ao lucro estiverem sendo radicalmente suprimidos da esfera da produção, mais cedo soará a hora dessa libertação definitiva de que falou Marx no seu ensaio sobre *A questão judaica*: "Somente quando o homem real, individual, tiver retomado em si o cidadão abstrato, e quando como homem individual na vida empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, se tiver tornado o *ser genérico*, somente quando tiver reconhecido e organizado as suas próprias forças como forças *sociais*, e quando não tiver de separar de si a força social sob a forma de força *política*, somente então se terá consumado a emancipação humana"<sup>120</sup>.

Estas são as perspectivas de um futuro longínquo. No que concerne ao nosso período de transição, devemos dizer o seguinte: se na época do domínio do capital financeiro anônimo, subsistem as oposições de interesses entre os diversos grupos capitalistas (que dispõem do seu capital e do capital alheio), no capitalismo do Estado proletário, ao contrário, não obstante a sobrevivência da troca de mercadorias, as oposições de interesses são suprimidas no interior da indústria nacionalizada, e a separação ou autonomia dos diferentes organismos econômicos (segundo o modelo de autonomia da economia privada) é *mantida somente enquanto método*. Assim, as relações econômicas quase privadas, que nascem entre a indústria do Estado e as pequenas economias, como também entre as diversas empresas e grupos de empresas no interior da própria indústria do Estado, são

120. Marx. "A questão Judaica (1844)". In: *Obras Escolhidas*, Ed. Gallimard, Paris, 1963, t. I, pp. 88-89. Há trad. port. da Editora Acadêmica, São Paulo.

mantidas dentro dos mais restritos limites determinados, a cada momento, pelos sucessos conseguidos na esfera da direção econômica planificada. Eis por que a forma jurídica como tal não contém, em nosso período de transição, essas inúmeras possibilidades que se lhe ofereciam nos primórdios da sociedade burguesa capitalista. Ao contrário, não é senão temporariamente que ela nos encerra no seu horizonte limitado; e sua existência não tem outra função que esgotar-se definitivamente.

A tarefa da teoria marxista consiste em averiguar tais conclusões gerais e em prosseguir o estudo dos dados históricos concretos. O desenvolvimento não pode ocorrer de maneira idêntica nos diversos domínios da vida social. Eis a razão por que é indispensável um trabalho minucioso de observação, de comparação e de análise. Apenas quando tivermos nos aprofundado no estudo do ritmo e da forma de supressão das relações de valor na economia e, simultaneamente, do aniquilamento dos momentos jurídicos privados na superestrutura jurídica e, finalmente, da dissolução progressiva do próprio conjunto da superestrutura jurídica condicionada por estes processos fundamentais, é que poderemos afirmar que explicamos pelo menos um aspecto do processo de edificação da cultura sem classes do futuro.

## CAPÍTULO V

### DIREITO E ESTADO

A relação jurídica não pressupõe por sua "natureza" um Estado de paz, assim como também o comércio originariamente não exclui o roubo a mão armada, mas antes, pelo contrário, utiliza-o. O direito e o arbítrio, estes dois conceitos aparentemente opostos, estão na realidade estreitamente ligados. Isto se dá não somente no período mais antigo do Direito Romano, mas também nos períodos posteriores. O direito internacional moderno abrange uma parte muito importante de arbítrio (retorsões, represálias, guerra etc.). Mesmo no Estado burguês "bem ordenado" a materialização dos direitos, para cada cidadão, na concepção de um jurista tão perspicaz como Hauriou, tem lugar à custa dos seus próprios "riscos e perigos". Marx expressa isto de maneira ainda mais nítida na sua *Introdução geral à crítica da economia política*: "O Faustrecht (o direito do mais forte) é igualmente um direito"<sup>121</sup>. Isto não é um paradoxo, uma vez que o direito, assim como a troca, é um meio de comunicação entre elementos sociais dissociados. O grau desta dissociação pode ser, historicamente, maior ou menor, porém jamais pode desaparecer completamente. Deste modo, por exemplo, as empresas pertencentes ao Estado Soviético compreendem, na realidade, uma tarefa coletiva; contudo, pelo fato de, no seu trabalho, terem de observar os métodos do mercado, cada uma delas tem interesses particulares. Elas opõem-se umas às outras seja enquanto comprador ou vendedor, atuam por seus próprios riscos e perigos e, por conseguinte, devem necessariamente encontrar-se em mútua *relação jurídica*. A vitória final da economia planificada fará da sua ligação recíproca uma ligação exclusivamente técnica, racional, e aniquilará deste modo a sua "personalidade jurídica". Conseqüentemente, quando nos apresentam a relação jurídica como uma relação

121. Marx. "Introdução Geral", 1857. In: *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Ed. Sociales, Paris, 1967, p. 153. Há trad. port. da Ed. Acadêmica, São Paulo.

organizada e bem disciplinada, identificando deste modo o direito com a ordem jurídica, esquece-se de que, na realidade, a ordem nada mais é senão uma tendência e o resultado final (ainda por cima imperfeito), e nunca o ponto de partida e a condição da relação jurídica. O próprio estado de paz, que ao pensamento jurídico abstrato parece ser contínuo e uniforme, de modo algum existia, como tal, nos primórdios do desenvolvimento do direito. O antigo direito germânico conhecia diversos graus de paz: a paz dentro de casa, a paz no cercado, a paz no interior da aldeia. E a intensidade deste estado de paz exprimia-se mediante o grau de gravidade da pena que atingia quem o violasse.

O estado de paz passa a ser uma necessidade quando a troca se torna um fenômeno regular. Nos momentos em que as garantias para a manutenção da paz eram insuficientes, os agentes da troca preferiam não se encontrar pessoalmente, mas examinar uma a uma as mercadorias, na ausência da outra parte. No entanto, o comércio geralmente exige que se encontrem não apenas mercadorias mas também as pessoas. Na época da ordem gentilícia, todo o estrangeiro era visto como um inimigo; era uma presa como os animais selvagens. Só o fator hospitalidade permitia estabelecer relações com as tribos estrangeiras. Na Europa feudal, a Igreja tentou interromper as constantes guerras privadas, estabelecendo durante determinados períodos a "trégua de Deus"<sup>122</sup>.

Simultaneamente, os mercados e os centros comerciais começaram a gozar de privilégios particulares. Os comerciantes, que se dirigiam ao mercado, obtiveram salvos-condutos e suas propriedades foram protegidas contra apreensões arbitrárias, enquanto juízes especiais asseguraram a execução dos contratos. Deste modo nasceu um *jus mercatorum* especial, ou um *jus fori*, que se tornou o fundamento do direito municipal posterior.

Em suas origens, os centros de feira e os mercados eram partes integrantes dos domínios feudais e eram, unicamente, fonte de estupendos lucros para o senhor feudal da região. Quando a paz do mercado era concedida a uma determinada localidade, isso não tinha outro objetivo senão o de encher os cofres do senhor feudal e, por conseguinte, servir os seus interesses privados. Porém, à medida que o poder feudal assumiu o papel de fiador da paz, indispensável aos

122. É interessante observar que a Igreja, pelo fato de prescrever para certos dias a "trégua de Deus", de certa maneira justificava durante o resto do tempo as guerras privadas. No séc. XI foi proposto suprimir completamente essas guerras privadas. Gerardo, bispo de Cambraia, protestou energicamente contra isso e declarou ser essa exigência contraditória "à natureza humana" (cf. Koltjarevskij. *Autoridade e direito*. Moscou, 1925, p. 189).

contratos de trocas, graças às suas novas funções, ele assumiu um novo caráter público que no começo lhe era estranho. Um poder do tipo feudal ou patriarcal desconhece limites entre o privado e o público. Os direitos públicos do senhor feudal diante dos seus camponeses eram simultaneamente os seus direitos como proprietário privado; inversamente, os seus direitos privados podem ser interpretados, se assim quisermos, como direitos políticos, ou seja, públicos. De modo idêntico o *jus civile* da Roma antiga é interpretado, por muitos juristas (Gumplowicz, por exemplo), como direito público, uma vez que suas origens se baseavam no fato de o indivíduo pertencer a determinada organização gentilícia. Na realidade, nós cuidamos de uma forma jurídica embrionária que ainda não desenvolveu em si mesma as determinações opostas e correlativas de "direito privado" e de "direito público". Eis a razão por que todo poder que possua os traços das relações patriarcais ou feudais é, ao mesmo tempo, caracterizado pela predominância do elemento teológico sobre o elemento jurídico. A interpretação jurídica, isto é, racional do fenômeno do poder não se torna possível a não ser com o desenvolvimento da economia monetária e do comércio. Apenas tais formas econômicas criam a oposição entre a vida pública e a vida privada que, com o tempo, reveste um caráter "eterno" e "natural" e que constitui o fundamento de toda a teoria jurídica do poder.

O Estado moderno, no sentido burguês da palavra, surge no momento em que a organização do poder de grupo ou de classe abrange relações mercantis suficientemente extensas<sup>123</sup>. Deste modo, em Roma, o comércio com os estrangeiros, os peregrinos etc. exigia o reconhecimento da capacidade jurídica civil de pessoas que não pertenciam à organização gentilícia. Contudo, isso supunha já a separação entre o direito público e o direito privado.

O divórcio entre o princípio de direito público da soberania territorial e o princípio da propriedade privada da terra na Europa Medieval concluiu-se dentro dos muros das cidades mais cedo e mais completamente que em qualquer outro lugar. Aí as obrigações reais e pessoais próprias à terra diferenciam-se mais cedo do que em qualquer outra parte, em impostos e em encargos beneficiando a comunidade urbana, por um lado, e, em rendimentos baseados na propriedade privada, por outro<sup>124</sup>.

O domínio de fato assume um pronunciado caráter de direito público desde que, ao lado e independentemente dele, surgem relações que estão ligadas ao ato de troca, isto é, relações privadas por

123. Hauriou. Ob. cit., p. 272.

124. Cf. Gierke. Ob. cit., p. 648.

excelência. Na medida em que a autoridade aparece como o fiador destas relações, impõe-se como autoridade social, um poder público, que representa o interesse impessoal da ordem<sup>125</sup>.

O Estado, enquanto organização de domínio de classe e enquanto organização destinada a travar as guerras externas, não necessita de interpretação jurídica e muito menos a permite. É um setor onde reina a chamada razão de Estado que nada mais é do que o princípio da oportunidade pura e simples. A autoridade como fiador da troca mercantil em contrapartida, não só pode exprimir-se na linguagem do direito, mas revelar-se ela própria, também, como direito e somente como direito, ou seja, confundir-se totalmente com a norma abstrata objetiva<sup>126</sup>.

É por isso que toda teoria jurídica do Estado que queira atualmente captar todas as funções do Estado é necessariamente inadequada. Ela não pode ser o reflexo fiel de todos os fatos da vida do Estado e não pode dar senão uma reprodução ideológica, ou seja, deformada da realidade.

O domínio de classe, seja na sua forma organizada ou inorganizada, tem um âmbito bem mais extenso do que o setor que se pode designar como sendo a esfera oficial do domínio do poder de Estado. O domínio da burguesia exprime-se tanto na dependência do governo frente aos bancos e aos grupos capitalistas, como na dependência de cada trabalhador particular frente à entidade que o emprega e, por fim, no fato de o pessoal do aparelho do Estado estar intimamente unido à classe dominante. Todos estes inumeráveis fatos não têm qualquer espécie de expressão jurídica oficial, muito embora no seu significado coincidam completamente com os fatos que tenham bastante

125. Na realidade os senhores feudais ocidentais, assim como os príncipes russos, em nenhum caso tiveram consciência desta alta missão que lhes estava reservada e consideraram a sua função de guardiões da ordem, pura e simplesmente, como uma fonte de rendimentos; os historiadores burgueses posteriores não deixaram contudo de imputar a estes senhores feudais e a estes príncipes russos móbeis imaginários, já que para estes historiadores as relações burguesas e o caráter público do poder delas resultantes tinham valor de norma eterna e imutável.

126. Além do mais, a norma objetiva é apresentada como a convicção geral dos indivíduos subordinados à norma. O direito seria a convicção geral dos indivíduos que estão reciprocamente em relação jurídica. O surgimento de uma situação jurídica seria, por conseguinte, o surgimento da convicção geral que teria uma força compulsiva e que exigiria ser executada. (Puchta. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*). Esta fórmula, na sua aparente universalidade, na realidade, nada é além do reflexo ideal das condições das relações mercantis. Sem estas últimas, a fórmula não tem qualquer sentido. Ninguém teria a pretensão de querer que, por exemplo, a situação jurídica dos hilotas em Esparta tenha sido o resultado da sua convicção geral transformada em força compulsiva. (Cf. Gumplowicz, *Rechtsstaat und Sozialismus*).

expressão jurídica oficial, tais como, por exemplo, a subordinação dos mesmos operários às leis do Estado burguês, às ordens e decretos dos seus organismos, aos julgamentos dos seus tribunais etc. Ao lado do domínio de classe, direto e imediato, nasce um domínio mediato, refletido sob a forma do poder do Estado oficial enquanto poder particular, separado da sociedade. Deste modo foi que apareceu o problema do Estado que impõe tantos empecilhos à análise como o problema da mercadoria.

Engels, em seu livro, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, considera o Estado como expressão do fato de a sociedade se achar dilacerada por contradições de classes insolúveis. "Mas, diz ele, para que os antagonistas, as classes com interesses econômicos opostos, não se aniquilem entre si e à sociedade numa luta estéril, impõe-se a necessidade de um poder que, posto aparentemente acima da sociedade; deva amenizar o conflito, mantê-lo dentro dos limites 'da ordem'; e tal poder, nascido da sociedade, porém situado acima dela, e que cada vez lhe é mais estranho, constitui o Estado"<sup>127</sup>. Nesta exposição há uma questão que não está muito clara e que surge quando, a seguir, Engels diz que o poder do Estado deve naturalmente cair nas mãos da classe mais forte que "graças a ele se torna também a classe politicamente dominante"<sup>128</sup>. Esta frase faz-nos supor que o poder do Estado não surge como uma força de classe, mas como qualquer coisa situada acima das classes, que salva a sociedade da desagregação e que somente muito mais tarde se torna objeto de usurpação. Tal concepção estaria, bem entendido, em contradição com as realidades históricas. Sabemos que o aparelho do poder de Estado foi sempre gerado pela classe dominante. Acreditamos que o próprio Engels teria desprezado tal interpretação de suas palavras. Porém, de qualquer modo, a sua formulação não é muito esclarecedora. Segundo ela o Estado surgiu porque, se assim não fosse, as classes destruir-se-iam reciprocamente numa luta encarniçada na qual a sociedade inteira sucumbiria. Conseqüentemente o Estado nasceria quando nenhuma das duas classes em luta fosse capaz de obter uma vitória decisiva. Neste caso, de duas uma: ou o Estado estabelece esta relação de equilíbrio e será então uma força situada acima das classes, o que não se pode admitir; ou ele é o resultado da vitória de uma das classes. Neste caso, porém, a necessidade do Estado para a sociedade desaparece, uma vez que, com a vitória decisiva de uma classe, de novo se estabelece o equilíbrio e se salva a sociedade. Por detrás de todas estas controvérsias encontra-se camuflada uma mesma e única questão

127. Engels. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, Ed. Sociales, p. 156. Trad. port., São Paulo, Ed. Acadêmica.

128. Id., *ibid.*

fundamental: por que é que o domínio da classe não se mantém naquilo que é, a saber, a subordinação de uma parte da população a outra? Por que é que ele reveste a forma de um domínio estatal oficial ou, o que significa o mesmo, por que é que o aparelho de coação estatal não se impõe como aparelho privado da classe dominante, por que é que ele se separa desta última e reveste a forma de um aparelho de poder público pessoal, deslocado da sociedade?<sup>129</sup>.

Não podemos nos contentar com a explicação segundo a qual é vantajoso para a classe dominante erigir um cenário ideológico e camuflar o seu domínio de classe por trás do pára-vento do Estado. Por que, embora tal explicação seja, sem dúvida alguma, correta, ela não determina a razão para que tal ideologia possa nascer e também, por conseguinte, por que razão a classe dominante possa servir-se dela. A utilização consciente das formas ideológicas é efetivamente diversa da sua origem, a qual geralmente independe da vontade dos homens. Se quisermos esclarecer as raízes de uma determinada ideologia, devemos buscar as relações reais que ela exprime. Encontraremos então, além disso, com a diferença fundamental existente entre a interpretação teológica a interpretação jurídica do conceito de "poder de Estado". No primeiro caso, estamos frente a um fetichismo da mais pura espécie; é por isso que nas representações e conceitos correspondentes não conseguiremos observar outra coisa senão o desdobramento ideológico da realidade, ou seja, destas mesmas relações efetivas de domínio e de submissão. A concepção jurídica é, em contrapartida, uma concepção unilateral cujas abstrações nada exprimem além de um dos aspectos do sujeito realmente existente, ou seja, da sociedade de produção mercantil.

Nos seus *Problemy marksistskoj teorii prava*, I. P. Razumovskij contesta-me o fato de transpor sem razão as questões do domínio e da submissão para a esfera indeterminada do "desdobramento da realidade" e de não lhes atribuir, na análise da categoria do direito, o lugar que lhes convém. O fato de o pensamento religioso ou teológico representar um "desdobramento da realidade", parece-me que, depois de Feuerbach e de Marx, já não admite mais discussões. Não vejo nisso nada de indeterminado; ao contrário, a coisa é simples e evidente: a submissão dos camponeses ao senhor feudal se deu por conseqüência direta e imediata do fato deste mesmo senhor ser um grande proprietário fundiário e dispor de uma força armada. Esta dependên-

129. Em nossa época, onde as lutas revolucionárias se intensificaram, podemos observar como o aparelho oficial do Estado burguês cede lugar às organizações armadas fascistas etc. Isto nos prova ainda mais uma vez que, quando abalado o equilíbrio da sociedade, esta não procura a sua salvação na criação de um poder situado acima das classes, mas na tensão máxima de todas as forças das classes em conflito.

cia imedita, esta relação de domínio de fato, revestiu-se progressivamente de um véu ideológico: o poder do senhor feudal era progressivamente sustentado por uma autoridade divina supra-humana: "Toda a autoridade emana de Deus". A submissão do operário assalariado ao capitalista e a sua dependência diante dele existe também sob uma forma imediata: o trabalho morto acumulado domina aqui o trabalho vivo. Contudo, a submissão deste mesmo operário ao Estado capitalista não é igual à sua dependência frente ao capitalista individual, que se encontra simplesmente disfarçada sob uma forma ideológica desdobrada. Não é a mesma coisa, primeiro porque existe aqui um aparelho particular independente dos representantes da classe dominante, situado acima de cada capitalista individual e que se estabelece como uma força impessoal. Não é também a mesma coisa, porque tal força impessoal não concretiza cada uma das relações de exploração. Com efeito, o assalariado não é coagido, política e juridicamente, a trabalhar para um *determinado* empresário, mas apenas vende-lhe a sua força de trabalho formalmente com base num contrato livre. À medida que a relação de exploração se realiza formalmente como relação entre dois proprietários de mercadorias "independentes" e "iguais" dos quais um, o proletário, vende a sua força de trabalho, e outro, o capitalista, a compra, o poder político de classe pode revestir-se da forma de um poder público.

O princípio da concorrência que domina o mundo burguês-capitalista não permite, como já foi dito, nenhuma possibilidade de unir o poder político ao empresário individual (assim como acontecia no feudalismo, onde tal poder estava vinculado à grande propriedade fundiária). "A livre concorrência, a liberdade da propriedade privada, a igualdade dos direitos no mercado e a simples garantia da existência da classe geram uma nova forma de poder de Estado, a democracia, que possibilita o acesso coletivo de uma classe ao poder"<sup>130</sup>.

É inteiramente exato que "a igualdade dos direitos" no mercado gera uma forma específica de poder, não obstante o vínculo entre estes fenômenos não se situar de nenhum modo onde Podvolockij julga que ele esteja. Em primeiro lugar, o poder, mesmo não estando ligado ao empresário individual, pode manter-se como um assunto privado da organização capitalista. As associações de industriais, com a sua reserva financeira, as suas listas-negras, os seus *lock-out* e os seus corpos de furadores de greves são, sem dúvida alguma, órgãos de poder que existem ao lado do poder oficial, isto é, do poder do Estado. Ademais, a autoridade no interior de uma empresa mantém-se como assunto particular de cada capitalista individual. A instauração de uma ordem interna de trabalho é um ato de legislação privada, ou

130. Podvolockij. *Marksistskaja teorija prava*. 1923, p. 33.

seja, um elemento autêntico de feudalismo, ainda que os juristas burgueses muito se preocupem em dar às coisas uma conotação moderna construindo a ficção do chamado *contrat d'adhésion* ou dos plenos poderes particulares que o capitalista pretensamente receberia dos órgãos do poder público visando "exercer com êxito a função social necessária e útil da empresa"<sup>131</sup>.

Neste caso a analogia com as relações feudais não é, contudo, forçosamente exata, pois, como diz Marx: "A autoridade do capitalista, no processo direto da produção, que personifica o capital, a função social, que lhe garante a qualidade de diretor e dono da produção, é essencialmente diversa da autoridade baseada na produção originada do trabalho dos escravos, dos servos etc. Em regime de produção capitalista, a massa dos produtores imediatos encontra-se frente a frente com caráter social da sua produção, sob a forma de uma autoridade organizatória austera e de um mecanismo social perfeitamente hierarquizado do processo de trabalho (mas os titulares desta autoridade já não são, como nas formas de produção anteriores, senhores políticos ou teocráticos; se a detêm, é simplesmente porque personificam os meios de trabalho frente ao trabalho)"<sup>132</sup>. Relações de domínio e de servidão podem, deste modo, existir também no regime de produção capitalista, sem que com isso se afastem da forma concreta sob a qual elas nascem; como domínio das relações de produção sobre os produtores. Porém, uma vez que<sup>133</sup> elas não aparecem aqui sob uma forma camuflada como na escravatura e na servidão compreende-se por que motivo elas passam despercebidas perante juristas.

Na medida em que a sociedade representa um mercado, a máquina do Estado estabelece-se, com efeito, como a vontade geral, impessoal, como a autoridade do direito etc. No mercado, como já foi visto, cada consumidor e cada vendedor é um sujeito jurídico por excelência. Nesse momento, quando entram em cena as categorias do valor, e do valor de troca, a vontade autônoma dos que trocam impõe-se como condição indispensável. O valor de troca deixa de ser valor de troca, a mercadoria deixa de ser mercadoria quando as proporções da troca são determinadas por uma autoridade situada fora das leis inerentes ao mercado. A coação, enquanto imposição fundamentada na violência colocando um indivíduo contra o outro, contradiz as premissas fundamentais das relações entre os proprietários de mercadorias. É por isso que numa sociedade de proprietários de mercadorias e den-

131. TAI. "A natureza jurídica da organização ou a ordem interna da empresa". In: *Juridicerkij Vestnik*. 1915, IX (1).

132. Marx. *O Capital*. Liv. 1, cap. LI, t. III, pp. 255-256.

133. Id. *ibid.*, cap. XLVIII, p. 209.

tro dos limites do ato de troca, a função de coação não pode aparecer como uma função social, visto que ela não é abstrata e impessoal. A subordinação a um homem como tal, enquanto indivíduo concreto, significa na sociedade de produção mercantil a subordinação a um arbítrio, uma vez que isso equivale à subordinação de um proprietário de mercadorias perante outro. Eis a razão por que também aqui a coação não pode surgir sob a forma não camuflada, como um simples ato de oportunidade. Ela deve aparecer antes como uma coação proveniente de uma pessoa coletiva abstrata e que é exercida não no interesse do indivíduo donde provém, pois numa sociedade de produção mercantil cada homem é um homem egoísta, porém, no interesse de todos os membros que participam nas relações jurídicas. O poder de um homem sobre outro expressa-se na realidade como o poder do direito, isto é, como o poder de uma norma objetiva imparcial.

O pensamento burguês, para o qual a produção mercantil é como que o quadro eterno e natural de toda a sociedade, encara deste modo o poder do Estado abstrato como um elemento pertencente a toda a sociedade em geral. Isto foi expresso de maneira um tanto quanto ingênua pelos teóricos do direito natural que fundamentaram sua teoria do poder na idéia de relações entre pessoas independentes e iguais e que julgaram por isso partir dos princípios das relações humanas como tais. Na verdade, não fizeram mais do que explicar, sob diferentes matizes, a idéia de um poder que une entre si os proprietários de mercadorias independentes. Essa é a razão dos traços fundamentais desta doutrina que, de forma bastante nítida, aparecem já em Grotius. Para o mercado, os proprietários de mercadorias que participam na troca significam o fato primário, enquanto a ordem autoritária é qualquer coisa de derivado, de secundário, qualquer coisa que se soma do exterior aos proprietários de mercadorias existentes. É por isso que os teóricos do direito natural vêem o poder do Estado não como um fenômeno nascido historicamente e, por conseguinte, ligado às forças atuantes em tal sociedade, mas antes o encaram de maneira abstrata e racionalista. Nas mútuas relações entre os proprietários de mercadorias, a necessidade de uma coação autoritária surge cada vez que a paz é perturbada ou que os contratos não são cumpridos voluntariamente. Eis a razão por que a doutrina do direito natural restringe a função do poder do Estado à manutenção da paz e reserva ao Estado a tarefa exclusiva de ser um instrumento do direito. Enfim, no mercado, todo proprietário de mercadorias possui esta qualidade por vontade dos outros e todos são proprietários de mercadorias pela própria vontade comum. É por isso também que a doutrina do direito natural faz com que o Estado origine do contrato firmado entre diferentes pessoas isoladas. Este é o esboço de toda doutrina que, segundo a situação histórica ou a sim-

patia política e a capacidade dialética deste ou daquele autor, suporta inúmeras variações concretas. Ela permite tanto os desvios republicanos como os monárquicos e, em geral, os mais diversos graus de democratismo e de revolucionarismo.

Feito um balanço geral, constatamos que esta teoria foi, contudo, a bandeira revolucionária sob a qual a burguesia promoveu e conduziu as suas lutas revolucionárias contra a sociedade feudal. Eis o que determina também o destino da doutrina. Desde que a burguesia firmou-se como uma classe dominante, o passado revolucionário do direito natural desperta nela apreensões e as teorias dominantes apressaram-se a deixar de lado esta doutrina do direito natural. Tal teoria não resiste a qualquer crítica histórica ou socialista já que a imagem por ela fornecida não corresponde de modo algum à realidade. Contudo, o mais singular é que a teoria jurídica do Estado, que substituiu a teoria do direito natural e que repeliu a teoria dos direitos inatos e inalienáveis do homem e do cidadão, ao denominar-se teoria "positiva", deforma tanto quanto a realidade efetiva<sup>134</sup>. Ela é impelida a deformar a realidade porque qualquer teoria jurídica do Estado necessariamente se vê na obrigação de equacionar o Estado como um poder autônomo destacado da sociedade. É justamente nisto que consiste o aspecto *jurídico* desta doutrina.

É por isso que, embora a atividade da organização estatal se concretize, efetivamente, sob a forma de ordens e de decretos que emanam de pessoas singulares, a teoria jurídica aceita, em primeiro lugar, que não sejam as pessoas, mas sim o Estado quem dá as ordens e, em segundo lugar, que tais ordens estejam submetidas às normas gerais da lei que expressa novamente a vontade do Estado<sup>135</sup>. Sobre

134. Não sinto necessidade em provar pormenorizadamente esta proposição visto que posso referir-me aqui à crítica das teorias jurídicas de Laband, Jellineck etc. feita por Gumplowicz. (Cf. os seus livros, *Rechtsstaat und Sozialismus* e *Geschichte der Staatstheorien*, ou ainda o notável trabalho de Adorackij, *O Estado*, Moscou, 1923).

135. Devemos aqui destacar uma pequena contradição. Se não são os homens que agem mas o próprio Estado, por que então insistir, particularmente, na submissão às normas deste mesmo Estado? Com efeito, isto não é senão uma repetição de uma mesma e única coisa. Ademais, em geral, a teoria dos órgãos do Estado é um dos pontos críticos da teoria jurídica. Uma vez com bastante esforço atingida a definição do Estado, o jurista que quer continuar navegando tranqüilamente depara-se novamente com um novo empecilho: o conceito de "órgão". Deste modo, por exemplo, em Jellineck, o Estado não tem vontade, mas somente os órgãos do Estado. É necessário, então, questionar como nasceram tais órgãos? Sem órgão não existe Estado. A tentativa no sentido de atenuar a dificuldade, concebendo o Estado como uma relação jurídica, somente substitui o problema geral por uma série de casos particulares em que ele se desagrega. Efetivamente qualquer relação jurídica pública concreta contém em si o mesmo elemento de mistificação que reencontramos no conceito geral do "Estado como pessoa".

este aspecto a doutrina do direito natural é tão irrealista quanto qualquer outra doutrina jurídica do Estado, seja ela a mais positiva das teorias. O essencial na doutrina do direito natural residia, com efeito, em admitir ao lado das diversas espécies de dependências de um homem frente a outro (dependências das quais esta doutrina abstraía) ainda um outro tipo de dependência, aquela frente à vontade geral, impessoal, do Estado.

Porém, esta construção constitui também o fundamento da teoria jurídica do "Estado como pessoa". O elemento de direito natural na teoria jurídica do Estado encontra-se bem mais profundamente radicado do que parece aos críticos da doutrina do direito natural. Ele consiste no próprio conceito de poder *público*, ou seja, de um poder que a ninguém pertence em particular e que se situa acima de *todos* e a *todos* se dirige. Orientando-se por este conceito, a teoria jurídica perde, inevitavelmente, o contato com a realidade. O que difere a doutrina do direito natural do positivismo jurídico moderno é apenas o fato de que a primeira discerniu muito mais o vínculo lógico existente entre o poder do Estado abstrato e o sujeito abstrato. Ela capta as relações mistificadas da sociedade de produção mercantil na sua conexão necessária e fornece por isso um exemplo de clareza clássica na construção. O que a difere do chamado positivismo jurídico que nem sequer esclareceu as suas próprias premissas lógicas.

O Estado jurídico é uma miragem que muito convém à burguesia, uma vez que substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde aos olhos das massas a realidade do domínio da burguesia. A ideologia do Estado jurídico convém ainda mais do que a ideologia religiosa porque ela não reflete completamente a realidade objetiva ainda que se apóie nela. A autoridade como "vontade geral", como "força do direito" concretiza-se na sociedade burguesa na medida em que esta representa um mercado<sup>136</sup>. De acordo com este ponto de vista, os regulamentos de polícia também podem ser concebidos como a encarnação da idéia kantiana da liberdade limitada pela liberdade de outrem.

Os proprietários de mercadorias livres e iguais, que se encontram no mercado, só o são na relação abstrata da apropriação e da

136. Lorenz Stein, como se sabe, opôs o Estado ideal, situado acima da sociedade, ao Estado absorvido pela sociedade, ou seja, de acordo com nossa terminologia, ao Estado de classe. Como tal, ele nomeava Estado feudal absolutista aquele que protegia os privilégios da grande propriedade fundiária e Estado capitalista aquele que garantia os privilégios da burguesia. Contudo, uma vez eliminadas estas realidades históricas, nada mais resta a não ser o Estado como quimera de um funcionário prussiano, ou o Estado como garantia abstrata das condições de troca fundamentadas no valor. Na realidade histórica, todavia, "o Estado de direito", isto é, o Estado situado acima da sociedade de fato acontece somente como o seu próprio contrário, ou seja, como "um comitê executivo dos negócios da burguesia".

alienação. Na realidade eles estão mutuamente unidos por todas as espécies de vínculos de dependência recíproca. Deste modo, por exemplo, o pequeno comerciante e o atacadista, o camponês e o latifundiário, o devedor arruinado e o seu credor, o proletário e o capitalista. Todas estas infinitas relações de concretas dependências fixam-se o fundamento real da organização estatal. Para a teoria jurídica do Estado, todavia, tudo se passa como se elas nem sequer existissem. Ademais, a vida do Estado consiste em lutas entre forças políticas diversas, isto é, entre classes, partidos, entre todo tipo de agrupamentos; é aí que se situam as verdadeiras molas do mecanismo do Estado. Estas permanecem tão incompreensíveis para a teoria jurídica quanto as relações anteriormente mencionadas. Com certeza, o jurista pode dar prova de uma maior ou menor agilidade e capacidade de adaptação aos fatos; ele pode, por exemplo, levar também em consideração, ao lado do direito escrito, as regras não escritas que surgiram progressivamente na prática do Estado; porém, isso em nada modifica a sua atitude de princípio frente à realidade. É inevitável que exista uma certa discordância entre a verdade jurídica e a verdade que constitui o objetivo da investigação histórica e sociológica. Isto não resulta simplesmente do fato de a dinâmica da vida social abrir mão das formas jurídicas esclerosadas e de o jurista estar por isso condenado, na sua análise, a chegar sempre atrasado; porque se o jurista em suas afirmações se mantém, por assim dizer, em dia com os fatos, o certo é que os reproduz de maneira diferente do sociólogo. Com efeito, o jurista, permanecendo como jurista, parte do conceito de Estado como de uma força autônoma oposta a todas as outras forças individuais e sociais. Do ponto de vista histórico e político, as decisões de uma organização de classe ou de um partido, influentes, são tão e por vezes quase mais importantes que quaisquer decisões do parlamento ou de qualquer outra instituição do Estado. Do ponto de vista jurídico, ao contrário, isto, por assim dizer, não se sucede. Se, em contrapartida, colocarmos entre parênteses o ponto de vista jurídico, conseguiremos discernir em cada decisão do parlamento não um ato do Estado, mas uma decisão tomada por determinados grupos ou camarilhas (que agem movidos tanto por motivos individuais egoísticos ou motivos de classe como todo e qualquer outro grupo). O mais alto expoente do normativismo, Kelsen, conclui daí que o Estado em geral existe apenas como objeto do pensamento, como sistema fechado de normas ou de obrigações. Tal imaterialidade do objeto da teoria do direito público deve, com certeza, escandalizar os juristas práticos. Estes, com efeito, se não racionalmente pelo menos instintivamente, reconhecem o valor, indubitavelmente prático, dos seus conceitos não somente no domínio da pura lógica, mas justamente neste iníquo mundo. "O Estado" dos juristas, não obstante a sua "natureza ideológica", está vin-

culado a uma realidade objetiva, assim como o mais fantástico sonho repousa, quando muito, na realidade.

Esta realidade é, antes de tudo, o próprio aparelho do Estado com todos os seus elementos materiais e humanos.

Antes de criar teorias acabadas, a burguesia edificou primeiro o seu Estado na prática. O processo teve início na Europa Ocidental, nas comunidades urbanas<sup>137</sup>.

Ainda quando o mundo feudal ignorava qualquer diversidade entre os recursos pessoais do senhor feudal e os recursos da comunidade política, os fundos municipais comuns surgiram nas cidades, no início esporadicamente, e depois como uma instituição permanente<sup>138</sup>.

O espírito dos "negócios de Estado" adquire então, por assim dizer, o seu assento material.

A criação de recursos financeiros estatais possibilitou o surgimento de homens que vivem destes recursos: empregados e funcionários. Na época feudal as funções administrativas e judiciárias eram desempenhadas pelos servidores do senhor feudal. Os serviços públicos, no sentido próprio do termo, só aparecem ao contrário, nas comunidades urbanas; o caráter público da autoridade encontra, então, aí sua encarnação material. A procuração, no sentido do direito privado, como mandato dado para conclusão de negócios jurídicos, destaca-se do serviço público. A monarquia absoluta, então, teve apenas de apossar-se desta forma de autoridade pública que havia surgido nas cidades e aplicá-la a um território mais amplo. Todo o aperfeiçoamento posterior do Estado burguês, que teve lugar seja nas explorações revolucionárias, seja na adaptação pacífica aos elementos monárquicos feudais, pode ser relacionado com um único princípio, mediante o qual nenhum dos dois agentes da troca no mercado pode disciplinar a relação de troca por sua própria autoridade; esta, ao contrário, exige uma terceira parte que encarne a garantia recíproca que os possuidores de mercadorias se outorgam mutuamente na qualidade de proprietários que são, e personificando, por conseguinte, as regras das relações de troca entre os possuidores de mercadorias.

A burguesia tomou este conceito jurídico de Estado como fundamento de suas teorias e tentou praticá-lo. Contudo, ela o fez deixando-se guiar pelo famoso princípio "tanto por tanto"<sup>139</sup>. Ela, com

137. Koltljarevskij. *Vlast' i pravo*. p. 193.

138. A antiga comunidade alemã, a Marka, não constituía uma pessoa jurídica dispondo de uma propriedade. O caráter público das portagens exprimi-se no fato de estas serem utilizadas por todos os membros da Marka. As contribuições destinadas às necessidades públicas não eram cobradas a não ser esporadicamente e sempre na estrita proporção dos bens. Se houvesse um excedente, era destinado à subsistência comum. Este uso demonstra o quanto era estranha a noção de recursos públicos permanentes.

139. A burguesia inglesa que, antes de qualquer outra burguesia, se asse-

feito, jamais perdeu de vista, em nome da pureza teórica, o outro aspecto da questão, a saber, que a sociedade de classe não é somente um mercado onde se encontram os proprietários de mercadorias independentes mas igualmente, e ao mesmo tempo, o campo de batalha de uma encarnada guerra de classes, na qual o aparelho do Estado constitui uma arma bastante poderosa. No campo de batalha as relações não se formam de nenhum modo dentro do espírito da definição kantiana do direito como a restrição mínima à liberdade da pessoa, indispensável à coexistência humana. Gumpowicz está completamente com a razão quando explica que tal espécie de direitos jamais existiu porque "o grau de 'liberdade' de uns depende somente do grau de domínio dos outros. A norma da coexistência não se determina pela possibilidade da coexistência mas sim pelo domínio de uns sobre os outros". O Estado, como fator de força na política interna e externa: este foi o adendo que a burguesia teve de acrescentar à sua teoria e à sua prática do "Estado jurídico". Quanto mais o domínio da burguesia foi sacudido, mais estes adendos se tornaram comprometedores, e com maior rapidez "o Estado jurídico" se transformou numa sombra imaterial, até que, por fim, o agravamento extraordinário da luta de classes obrigou a burguesia a desmascarar completamente o Estado de direito e a desvendar a essência do poder de Estado como a violência organizada de uma classe da sociedade sobre as outras.

guro do domínio do mercado mundial e que, por sua situação insular, julgou-se invulnerável, pôde ter um avanço maior que qualquer outra burguesia no sentido da realização do "Estado de direito". A mais coerente realização do princípio jurídico nas mútuas relações entre o poder do Estado e o sujeito singular, como também a mais eficaz garantia de que os titulares do poder não podem ultrapassar a sua função, a da personificação de uma norma objetiva, são dados pela subordinação dos órgãos estatais à jurisdição de um tribunal independente (que, entenda-se, não é independente da burguesia). O sistema anglo-saxônico é uma espécie de apoteose da democracia burguesa. Contudo, noutras condições históricas, a burguesia está, por assim dizer, na pior das hipóteses, igualmente disposta a encerrar-se num sistema que pode ser designado como "a separação da propriedade do Estado" ou "cesarismo". Neste caso, a camarilha reinante, com o seu ilimitado arbítrio despótico (que segue duas direções: uma interna contra o proletariado e outra externa sob a forma de uma política externa imperialista) gera, aparentemente, o terreno para a "livre autodeterminação da pessoa" na vida civil. Deste modo, por exemplo, de acordo com Koltjarvskij, "o individualismo jurídico privado participa em geral do despotismo político. O código civil nasce numa época que é caracterizada não somente por uma falta de liberdade política na ordem estatal francesa, mas igualmente por uma certa indiferença diante desta liberdade que se manifesta já, por assim dizer, muito claramente quando do 18 Brumário. Uma tal liberdade jurídica privada somente favorece a uma acomodação a muitas das faces da atividade do Estado mas confere também a este último um certo caráter de legalidade" (*Vlast' i pravo*, p. 171). Em Marx, na *Sagrada Família*, p. 150, encontra-se uma brilhante caracterização das relações de Napoleão I com a sociedade civil. Há tradução portuguesa da Ed. Acadêmica.

## CAPÍTULO VI

### DIREITO E MORAL

Para que os produtos do trabalho humano possam entrar em contato entre si como valores, devem os homens comporta-se como pessoas mutuamente independentes e iguais.

Quando um homem se encontra submisso ao poder de outrem, ou seja, quando é escravo, o seu trabalho deixa de ser criador e substância de valores. A força de trabalho do escravo, assim como a força de trabalho dos animais domésticos, nada transmite ao produto além de uma determinada parte dos custos da sua própria produção e reprodução. Tugan-Baranovskij conclui, por isso, que só se pode compreender a economia política quando se parte da idéia diretriz ética do valor supremo e, por conseguinte, da igualdade das pessoas humanas<sup>140</sup>. Como se sabe, Marx conclui de maneira oposta: ele relaciona a idéia ética da igualdade das pessoas humanas com a forma mercantil, isto é, faz derivar esta idéia da equiparação prática de todas as variedades do trabalho humano entre si.

O homem, efetivamente, enquanto sujeito moral, ou seja, enquanto pessoa igual às outras pessoas, nada mais é do que a condição prévia da troca com base na lei do valor. O homem, enquanto sujeito jurídico, ou seja, enquanto proprietário, representa também a mesma condição. Estas duas determinações estão, finalmente, estritamente ligadas a uma terceira na qual o homem figura como sujeito econômico egoísta.

Estas três determinações, que não são redutíveis umas às outras e que aparentemente são contraditórias, expressam o conjunto das condições necessárias à realização da relação do valor, isto é, de uma relação onde as mútuas relações dos homens, no processo de trabalho, aparecem como uma propriedade coisificada dos produtos trocados.

140. Tugan-Baranovskij. *Princípios de economia política*. 1917, p. 60.

Se destacarmos estas determinações da relação social real que elas exprimem, e se tentarmos desenvolvê-las como categorias autônomas (ou seja, de acordo com uma via puramente especulativa) teremos como resultado um caos de contradições e de proposições que se negam reciprocamente<sup>141</sup>. Porém, na relação de troca real tais contradições articulam-se dialeticamente numa totalidade.

O agente da troca deve ser egoísta, isto é, deve ater-se ao puro cálculo econômico, pois só deste modo a relação de valor poderá manifestar-se como uma relação social necessária. Ele deve ser o titular dos direitos, ou seja, deve ter a possibilidade de uma decisão autônoma, visto que, com efeito, a sua *vontade* deve "habitar nas coisas". Finalmente, o agente da troca encarna o princípio da igualdade fundamental entre pessoas, uma vez que na troca todas as variedades do trabalho são assimiladas umas pelas outras e reduzidas ao trabalho humano abstrato.

Assim, os três momentos acima mencionados ou, como se gostava de dizer anteriormente, os três princípios do egoísmo, da liberdade e do valor supremo da pessoa, estão indissolivelmente ligados uns aos outros e representam na sua totalidade a expressão racional de uma única e mesma relação social. O sujeito egoísta, o sujeito jurídico e a pessoa moral são as três máscaras fundamentais utilizadas pelo homem da sociedade de produção mercantil. A economia das relações de valor possibilita-nos a compreensão da estrutura jurídica e moral, não como conteúdo concreto da norma jurídica ou moral, mas como a própria forma do direito e da moral. A idéia do valor supremo e da igualdade entre pessoas tem uma longa história: da filosofia estoica ela passou para a prática dos juristas romanos, para os dogmas da Igreja cristã e em seguida para a doutrina do direito natural. A existência da escravatura na antiga Roma não impediu que Sêneca se convencesse de que "ainda que o corpo possa ser escravo e pertencer a um senhor, o espírito permanece, ainda assim, sempre *sui juris*". Tomando esta fórmula como termo de comparação, então percebemos que, no fundo, Kant não obteve grandes progressos,

141. Os revolucionários pequeno-burgueses, os jacobinos, atrapalharam-se tragicamente nestas contradições. Eles quiseram submeter o desenvolvimento real da sociedade burguesa às formas da virtude cívica emprestadas da antiga Roma. Sobre isto diz Marx: "Ser obrigado a reconhecer e a sancionar dentro dos *direitos do homem* a sociedade burguesa moderna, a sociedade da indústria, da concorrência universal, dos interesses privados que perseguem os seus fins, este regime da anarquia, do individualismo natural e espiritual; querer ao mesmo tempo anular imediatamente através deste ou daquele indivíduo particular *as manifestações vitais* desta sociedade pretendendo tão-só enfeitar à *antiga a cabeça política* desta sociedade: que colossal ilusão! (*A Sagrada Família*, p. 148. Há trad. port. da Ed. Acadêmica).

visto que, também nele a autonomia primária da pessoa permite-se conciliar muito bem com pontos de vista puramente feudais acerca da relação entre o senhor e a vassalagem. Porém, quaisquer que sejam as formas que esta idéia tenha podido assumir, nela encontramos unicamente a expressão do fato de que as diferentes variedades concretas do trabalho social útil se reduzem ao trabalho em geral, desde que os produtos do trabalho sejam trocados como mercadorias. Em todas as outras relações, a desigualdade dos homens entre si (desigualdade de sexo, de classe etc.) está tão evidente ao longo da história, que é de se espantar não pela abundância de argumentos que, neste setor, têm sido formulados contra a doutrina da igualdade natural dos homens pelos seus diferentes adversários, mas sim pelo fato de que, antes de Marx, ninguém se tenha questionado sobre as causas históricas que favoreceram o nascimento deste preconceito do direito natural. Se o pensamento humano, durante séculos, sempre se tem voltado com suficiente obstinação para a tese da igualdade dos homens e a tem elaborado de mil maneiras, é porque, por detrás dela deve existir alguma relação objetiva. Sem sombra de dúvidas, o conceito de pessoa moral ou de pessoal igual é uma construção ideológica que, como tal, não se ajusta à realidade. Igualmente o conceito de sujeito econômico egoísta é, também, uma deformação ideológica da realidade. Contudo, estas duas determinações são, ainda assim, adequadas a uma relação social específica, mesmo que elas não exprimam senão de uma maneira abstrata e, por conseguinte, unilateral. Já tivemos oportunidade de observar que, em geral, o conceito ou a pequena palavra "ideologia" não deveria impedir-nos de prosseguir nossa análise com profundidade. Nossa tarefa estaria demasiadamente mutilada se nos contentássemos com a explicação segundo a qual a noção de homem igual a qualquer outro homem é justamente a criação de uma ideologia. Os conceitos de "alto" e de "baixo" são conceitos que exprimem somente a nossa ideologia "terrestre"; contudo, fundamentam-se na realidade efetiva, indubitável, da gravidade. Foi precisamente no momento em que o homem reconheceu a causa real que o obrigava a distinguir "o alto" do "baixo", ou seja, a força de gravidade direcionada ao centro da terra, que ele aprendeu igualmente o caráter limitado destas definições, o qual impede que estas sejam aplicáveis a toda a realidade cósmica. Deste modo, a descoberta da natureza ideológica de um conceito nada mais era do que o reverso do estabelecimento a sua verdade.

Uma vez que a pessoa moral não é outra que não o sujeito da sociedade de produção mercantil, a lei moral deve então manifestar-se como regra das relações entre os proprietários de mercadorias. Isto confere inevitavelmente à lei moral um caráter antinômico. Por um lado, esta lei deve ser social e situar-se assim acima da pessoa indivi-

dual; por outro lado, o proprietário de mercadorias é, naturalmente, detentor da liberdade (isto é, da liberdade de apropriação e de alienação) de maneira que a regra que determina as relações entre os proprietários de mercadorias deve ser igualmente transposta para a alma de cada proprietário de mercadorias, para que possam constituir a sua lei interna. O imperativo categórico de Kant aproxima tais experiências contraditórias. Ele é supra-individual, pois nada tem a ver com os impulsos naturais (medo, simpatia, piedade, sentimento de solidariedade etc.). Efetivamente, como para Kant, ele não ameaça, não persuade, não lisonjeia. Está situado fora de qualquer motivação empírica, ou seja, meramente humana. Simultaneamente, ele se manifesta em sentido direto e grosseiro, próprio do termo, independentemente de qualquer pressão exterior. Ele atua unicamente pela consciência da sua universalidade. A ética kantiana é a ética típica da sociedade de produção mercantil, mas é, também, a forma mais pura e mais acabada da ética em geral. Kant atribuiu a esta forma uma figura lógica acabada que a sociedade burguesa atomizada se esforçou por transpor para a realidade, libertando a pessoa das amarras orgânicas da época patriarcal e feudal<sup>142</sup>. Os conceitos fundamentais da moral perdem assim seu significado se os desligados da sociedade de produção mercantil e se tentamos aplicá-los a uma outra estrutura social. O imperativo categórico em nenhum caso é um instinto social, já que o seu destino essencial é o de ser ativo aí onde qualquer motivação natural, orgânica, supra-individual parece impossível. Aí, onde exista entre os indivíduos uma estreita união emocional que amenize os limites do *eu* individual, não pode haver lugar para o fenômeno da obrigação moral. Se quisermos compreender esta categoria, é necessário partirmos não da união orgânica existente, por exemplo, entre a mãe e o seu filho ou entre a família e cada um dos seus membros, mas sim do estado de *isolamento*. O ser moral é um complemento indispensável ao ser jurídico e os dois, por sua vez, são modos de relações entre os produtores de mercadorias. Todo o *pathos* do imperativo categórico kantiano concentra-se no fato de que o homem deve cumprir "livremente", ou seja, por íntima convicção, aquilo que seria coagido a fazer na esfera do direito. Nisto os exemplos utilizados por

142. A doutrina ética de Kant permite-se conciliar tão bem com a crença em Deus, que ela própria é o último refúgio dessa crença. Contudo, uma ligação entre as duas não é logicamente necessária. Ademais, o Deus que busca proteção à sombra do imperativo categórico torna-se, ele próprio, uma abstração muito amena e pouco apropriada para intimidar as massas populares. Eis a razão por que a reação clérico-feudal fixou a si mesma a tarefa polêmica contra o formalismo inerte de Kant, de estabelecer um Deus próprio, mais seguro, que "reine", por assim dizer, e ponha, no lugar do imperativo categórico, os sentimentos vivos da "vergonha, compaixão e veneração" (V. Solov'ev).

Kant visando ilustrar o seu pensamento são muito significativos. Eles limitam-se inteiramente a manifestações de conveniência burguesa. O heroísmo e as proezas não encontram lugar dentro do quadro do imperativo kantiano. É completamente dispensável que alguém se sacrifique se não se exige aos outros semelhante sacrifício. As ações "irracionais" de abnegação como também o desprezo pelos seus próprios interesses em nome do cumprimento da sua vocação histórica, da sua função social, ações que expressam a mais alta tensão do instinto social, encontram-se fora da ética, no sentido estrito do termo <sup>143</sup>.

Schopenhauer e, depois dele, V. Solov'ev, atribuíram ao direito a seguinte definição: um certo mínimo ético. Do mesmo modo, podemos igualmente definir a ética como sendo um certo mínimo social. A maior intensidade do sentimento social encontra-se fora da ética, no sentido restrito deste termo, e é também uma herança transmitida à atual humanidade mediante épocas orgânicas precedentes, especificamente pela ordem gentílica. Engels assim afirma, por exemplo, ao comparar o caráter dos antigos germanos com o dos romanos civilizados: "O seu valor e sua bravura pessoal, o seu espírito de liberdade e seu instinto democrático, que via em todos os negócios públicos um assunto pessoal, enfim, todas as qualidades que os romanos tinham perdido, e que ninguém além deles era capaz de modelar com o barro do mundo romano novos Estados e fazer surgir novas nacionalidades; ora, o que é isto senão os traços característicos do Bárbaro do estágio superior, frutos da organização gentílica?" <sup>144</sup>.

O único aspecto pelo qual a ética racionalista se sobressai efetivamente perante os instintos sociais, poderosos e irracionais, é o do seu universalismo que se estende a todos os homens. Ela tende a romper com todos os quadros da tribo, da gens, da nação, e a tornar-se universal. Nela concentram-se, por assim dizer, determinadas conquistas materiais da humanidade, tais como, por exemplo, a da transformação do comércio em comércio mundial. A fórmula "nem grego nem judeu" é o reflexo de uma situação histórica perfeitamente real: a unificação dos povos sob o domínio de Roma.

O universalismo da forma ética (e, conseqüentemente, também da forma jurídica), todos os homens são iguais, todos possuem uma mesma "alma", todos podem ser sujeitos jurídicos etc., foi imposto aos romanos baseado na prática das relações comerciais com os estrangeiros, ou seja, com povos de costumes, língua e religião diferen-

143. Eis o motivo pelo qual o professor Magaziner, por exemplo, está certo quando neste sentido qualifica a ética como "moderação e exatidão" e a opõe ao heroísmo que impulsiona os homens a ações que ultrapassam os seus deveres (Magaziner, *Teoria Geral do Estado*, 2.<sup>a</sup> ed., Petrogrado, 1922, p. 50).

144. Engels. *A origem da família...* p. 143.

tes. É por isso que, de início, provavelmente, ele teve alguma dificuldade em ser considerado, por eles, como algo de positivo, com certeza porque implicava a rejeição dos seus próprios costumes enraizados: o amor a si próprio e o desprezo pelo estrangeiro. Maine diz, por exemplo, que o próprio *jus gentium* era uma conseqüência do desprezo que os romanos tinham para com todo o direito estrangeiro e da sua hostilidade em ceder aos estrangeiros os privilégios do *jus civile* do seu país. Segundo Maine, a Roma antiga menosprezava tanto o *jus gentium* como os estrangeiros a quem ele servia. A própria palavra *aequitas* traduzia-se por igualdade, muito embora no começo provavelmente não existisse qualquer matiz ético incluído nesta expressão. Não há nenhum motivo para que se admita que o processo designado por esta expressão tenha suscitado no espírito de um romano primitivo algo mais que um sentimento de aversão <sup>145</sup>.

Contudo, a ética racionalista da sociedade de produção mercantil apresentou-se posteriormente como uma grande conquista e como um valor cultural bastante elevado permitindo assim a criação do hábito de falar unicamente em tom de entusiasmo. É suficiente recordarmos da célebre frase de Kant: "Duas coisas me encham o coração de uma admiração e de uma veneração sempre crescentes e renovadas; à medida que sobre elas incide e se aplica a reflexão: o céu estrelado acima de mim e a lei moral dentro de mim" <sup>146</sup>.

No entanto, quando o discurso cita tal cumprimento "livre" do dever moral logo aparecem em cena os mesmos exemplos de sempre: esmolas feitas a um pobre ou recusa em mentir em determinadas circunstâncias nas quais seria possível fazê-lo impunemente. Por outro lado, Kautsky faz observações bastante corretas ao dizer que a regra: "Considera o teu próximo como um fim em si" não tem sentido senão quando o homem pode, na prática, converter-se num meio ao serviço de outro homem. O *pathos* moral está indissolúvelmente ligado à imoralidade da prática social e nutre-se dela. As doutrinas morais são pretensiosas em querer transformar o mundo e de melhorá-lo, pois, na verdade, nada mais são do que um reflexo deformado, do que um aspecto deste mundo verdadeiro, aspecto que mostra justamente as relações humanas submissas à lei do valor. Não podemos nos esquecer de que a pessoa moral nada mais é que uma das hipóteses do sujeito trinitário; o homem como fim em si é somente um outro aspecto do sujeito econômico egoísta. Uma ação que seja a única e a verdadeira encarnação real do princípio ético abrange também a negação deste princípio. O grande capitalista massacra de "boa-fé" o pequeno capitalista sem com isso se preocupar com o valor absoluto da pessoa.

145. Sumner Maine. *Ancien Law*. 1873, pp. 40-47.

146. Kant. *Crítica da Razão Prática*. 1788.

A pessoa do proletário é “igual em princípio” à pessoa do capitalista; isso se expressa no “livre” contrato de trabalho. Porém, desta mesma “liberdade materializada” é que nasce, para o proletário, a possibilidade de ele morrer de fome.

Tal duplicidade da forma ética não se deve ao acaso e não é também uma imperfeição externa, determinada pelos defeitos específicos do capitalismo. Ela é, ao contrário, um distintivo essencial da forma ética como tal. A supressão desta duplicidade da forma ética representa a passagem à economia socializada e planificada; mas isso significa a construção de um sistema social no qual os homens possam construir e pensar as suas relações, com o auxílio de conceitos claros e simples de prejuízo e de utilidade. A abolição desta duplicidade da forma ética no setor mais importante, isto é, na esfera da existência material dos homens, representa a abolição da forma ética como um todo.

Em seu esforço para dissipar as brumas metafísicas que envolvem a doutrina ética, o puro utilitarismo considera os conceitos de “bom” e de “mau” sob o ângulo do útil e do prejudicial. Desta forma, entenda-se, ele suprime a ética, ou mais precisamente, tenta suprimi-la, superá-la, uma vez que a supressão dos fetiches éticos não pode concretizar-se na prática a não ser com a supressão simultânea do fetichismo mercantil e do fetichismo jurídico. Enquanto este estágio de desenvolvimento não for atingido pela humanidade, ou seja, enquanto não for superada a herança da época capitalista, os esforços do pensamento teórico nada farão além de antecipar esta libertação futura sem que a encarnem praticamente. Retomemos as palavras de Marx sobre o fetichismo mercantil: “A descoberta científica, reconhecida mais tarde, de que os produtos do trabalho enquanto valores são a expressão pura e simples do trabalho humano despendido na sua produção é um marco na história do desenvolvimento da humanidade mas nem por isso líquida, de modo algum, a fantasmagoria que faz surgir a qualidade social do trabalho como uma qualidade das coisas, dos próprios produtos”<sup>147</sup>.

Porém, poderão contestar-me dizendo que, atualmente, a moral de classe do proletariado se liberta de todos os fetiches. O que moralmente impõe como uma obrigação é o que é útil à classe. Sob tal forma a moral nada tem de absoluto, pois aquilo que hoje é útil pode deixar de sê-lo amanhã; e nada tem de místico nem de sobrenatural, uma vez que o princípio da utilidade é simples e racional. Sem dúvida alguma a moral do proletariado ou, mais precisamente, a moral da sua vanguarda perde o seu duplo caráter fetichista quando se

purifica, por exemplo, dos elementos religiosos. Porém, mesmo uma moral livre de qualquer impureza, precisamente dos elementos religiosos, permanece ainda assim uma moral, isto é, uma forma das relações sociais onde nem tudo ainda é referido ao próprio homem. Assim que, efetivamente, o vínculo vivo que liga o indivíduo à classe fique tão forte a ponto de os limites do seu *eu* como que por assim dizer se apaguem, e assim que, efetivamente, o interesse da classe se torne o próprio interesse pessoal, aí então será absurdo falar do cumprimento de um dever moral e, seja como for, o fenômeno da moral será completamente nulo. Porém, aí onde não houver ocorrido ainda tal junção de interesses, surge inevitavelmente a relação abstrata do dever moral com todas as formas dela resultantes. A regra: “Age de tal modo para que isso resulte no máximo proveito à tua classe” terá a mesma conotação que a fórmula kantiana: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa ser erigida como princípio de uma legislação universal”.

Toda a diferença está contida no fato de que no primeiro caso procedemos a uma restrição concreta e atribuímos à lógica ética um enquadramento de classe<sup>148</sup>.

Dentro deste quadro ela mantém, no entanto, todo o seu valor. O conteúdo de classe atribuído à ética não aniquila, em si, a sua forma. Pensamos aqui não somente na sua forma lógica mas também naquelas formas através das quais ela se manifesta realmente. No interior do coletivo proletário, ou seja, de um coletivo de classe, podem conservar-se igualmente os mesmos métodos formais de cumprimento do dever moral sustentados por duas motivações opostas. De um lado, o coletivo não renuncia a todos os possíveis meios de pressão visando incitar os seus membros a cumprir os seus deveres morais. Por outro lado, o mesmo coletivo não qualifica uma conduta como moral a não ser quando a sua motivação não for essa própria pressão externa. É justamente por isso que na prática social a moral e a conduta moral estão estreitamente ligadas à hipocrisia. Com certeza as condições de vida do proletariado constituem as premissas do desenvolvimento de uma nova forma superior e mais harmoniosa, das relações entre o indivíduo e a coletividade. Numerosos fatos que exprimem a solidariedade da classe proletária o testemunham. Porém, ao lado do novo, continua subsistindo também o antigo. Ao lado do

148. Daí que uma ética sem conteúdo de classe, numa sociedade dilacerada por lutas de classes, não pode existir a não ser na imaginação. O operário, que independentemente das privações a que se expõe, se decide a participar de uma greve, pode certamente formular a sua decisão como sendo um dever moral que lhe prescreve a subordinação dos seus interesses privados ao interesse geral. Porém está inteiramente claro que tal conceito de interesse geral não pode abarcar igualmente os interesses do capitalista contra os quais a luta operária é conduzida.

147. Marx. *O Capital*. Liv. I, p. 86.

homem social do futuro, que deixa fluir o seu *eu* na coletividade e que nisso encontra a maior satisfação e até mesmo o sentido da sua vida, também subsiste o homem moral que carrega sobre os ombros o fardo de um dever mais ou menos abstrato. A vitória da primeira forma equivale à libertação completa do homem de todos os vestígios das relações jurídico-privadas e à transformação definitiva da humanidade nas sendas do comunismo. Esta tarefa não é, de modo algum, uma tarefa puramente ideológica ou pedagógica. O novo tipo de relações humanas tem necessidade da criação e da consolidação de uma nova base material, econômica.

Não podemos esquecer, por conseguinte, o fato de que a Moral, o Direito e o Estado são formas da sociedade burguesa. Mesmo que o proletariado seja coagido a utilizar estas formas, isso não implica de modo algum que elas possam continuar a desenvolver-se integrando um conteúdo socialista. Elas não têm condições de assimilar este conteúdo e deverão perecer à medida que tal conteúdo se vá realizando. Contudo, no atual período de transição, o proletariado deve explorar, de acordo com seus interesses de classe, estas formas herdadas da sociedade burguesa, esgotando-as assim completamente. Mas para isso o proletariado precisa antes de tudo ter uma representação bastante esclarecida, livre de qualquer véu ideológico, da origem histórica destas formas. O proletariado deve ter uma atitude friamente crítica não somente frente à Moral e ao Estado burguês, mas igualmente frente ao seu próprio Estado e à sua própria Moral. Em outros termos, ele deve estar consciente da necessidade histórica da sua existência, mas ao mesmo tempo do seu desaparecimento<sup>149</sup>.

Na sua crítica a Proudhon, Marx indica que o conceito abstrato de justiça de nenhum modo é um critério absoluto e eterno, a partir do qual se possa edificar uma relação de troca ideal, isto é, justa. Isto seria o mesmo que uma tentativa "para transformar as trocas químicas" em função "de idéias eternas", de "qualidades particulares" e de "afinidades", quando o que se deveria era "estudar as suas leis reais".

Eis que o próprio conceito de justiça deriva da relação de troca e fora dela não tem sentido. No fundo, o conceito de justiça não

149. Isto significa que "na sociedade futura não mais haverá moralidade"? Absolutamente, se concebermos a moralidade em sentido amplo como o desenvolvimento das formas humanas superiores, como a transformação do homem num ser genérico. No presente caso trata-se, porém, de uma outra coisa; trata-se das formas específicas da consciência moral e da conduta moral que, após terem concluído o seu papel histórico, devem ceder o lugar a outras formas, superiores, de relações entre o indivíduo e a coletividade (nota para a terceira edição).

contém, essencialmente, nada de novo com relação ao conceito de igualdade de todos os homens anteriormente analisado. Eis a razão por que é ridículo ver contido na idéia de justiça qualquer critério autônomo e absoluto. Porém, esta idéia, se habilmente utilizada, permite interpretar a desigualdade como igualdade e é também conveniente para camuflar a ambigüidade da forma ética. Por outro lado, a justiça é a via de conduta entre a ética e o direito. A conduta moral deve ser "livre", enquanto a justiça pode ser obtida pela força. A coação que impele à conduta moral tenta negar a própria realidade desta; a justiça, ao contrário, "cabe" abertamente em partilha ao homem. Ela autoriza a realização externa e uma atividade egoísta interessada. Nisso consistem os mais importantes pontos de contato e de discordância entre a forma ética e a forma jurídica.

A troca, ou seja, a circulação das mercadorias, supõe que os agentes da troca se reconheçam reciprocamente como proprietários. Este reconhecimento, que nasce sob a forma de uma convicção íntima ou de um imperativo categórico, é o máximo concebível a que pode elevar-se uma sociedade de produção mercantil. Porém, ao redor deste máximo, existe também um certo mínimo que permite que a circulação de mercadorias aconteça sem empecilhos. Para realizar este mínimo é suficiente que os proprietários se comportem *como se eles se reconhecessem*, mutuamente, enquanto proprietários. A conduta moral opõe-se aqui à conduta legal, a qual se caracteriza como tal, independentemente dos motivos que a determinaram. Do ponto de vista jurídico tanto faz se a dívida será ou não paga, porque "de qualquer maneira o devedor seria coagido a pagar", ou porque o devedor se sente moralmente obrigado a fazê-lo. A idéia da coação externa e não somente esta idéia, mas também a da organização da coação externa constituem aspectos essenciais da forma jurídica. Visto que a relação jurídica pode construir-se de maneira puramente teórica como o inverso da relação de troca, a sua realização prática exige então a presença de modelos gerais, mais ou menos fixos, uma elaborada casuística e, por fim, uma organização particular que aplique estes modelos aos casos particulares e que garanta a execução coativa das decisões. Tais necessidades são satisfeitas, da melhor forma, pelo poder do Estado, se bem que, freqüentemente, a relação jurídica se realize igualmente sem a sua intervenção graças ao direito consuetudinário, à arbitragem voluntária, à justiça pessoal.

Aí, onde a função de coação não está organizada e não dispõe de um aparelho particular situado acima das partes, ela surge sob a forma da chamada "reciprocidade"; tal princípio de reciprocidade representa, nas condições de equilíbrio de forças até hoje existentes, o único e, é bom dizê-lo, muito precário fundamento do direito internacional.

Por outro lado a exigência jurídica, em oposição à exigência moral, não aparece sob a forma de uma "voz interior", mas sim como uma exigência exterior, proveniente de um sujeito concreto que, regra geral, é igualmente o detentor de um interesse material correspondente<sup>150</sup>.

Eis por que para o cumprimento do dever jurídico são estranhos quaisquer elementos subjetivos do lado do obrigado e por que ele assume a forma externa, quase objetiva do *cumprimento de uma exigência*. O próprio conceito de obrigação jurídica torna-se, assim, bastante problemático. Se formos suficientemente coerentes, deveremos dizer, de modo geral, como o faz Binder na *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, que uma obrigação jurídica nada tem de comum com o "dever", mas que juridicamente existe apenas como "responsabilidade"; "ser obrigado" significa somente "responder com os seus bens (e em direito penal, igualmente com a sua pessoa) mediante via do processo e sob a forma de execução forçada"<sup>151</sup>.

As conclusões tiradas por Binder, paradoxais perante a maior parte dos juristas e que se deixam exprimir através desta curta fórmula: "O direito não obriga juridicamente a nada", nada mais são na realidade do que a continuação coerente daquela distinção dos conceitos que Kant havia já empreendido. Porém, esta clara delimitação da esfera moral e da esfera jurídica, uma em relação à outra, é justamente a fonte de insolúveis contradições na filosofia burguesa do direito. Uma vez que a obrigação jurídica nada tem de comum com o dever moral "interior", então não se pode, de modo algum,

150. É o que acontece no direito privado, que constitui, em geral, o protótipo da forma jurídica. "As exigências jurídicas" provenientes dos órgãos do poder público, e por detrás das quais não se encontra qualquer interesse privado, nada mais são do que configuração jurídica das realidades da vida política. O caráter desta configuração difere segundo as circunstâncias; é por isso que a concepção jurídica do Estado cai irremediavelmente no pluralismo jurídico. Assim que o poder do Estado é representado como a encarnação de uma regra objetiva situada acima dos sujeitos-partes, ele funde-se, por assim dizer, com a norma e torna-se, no mais elevado grau, impessoal e abstrato. A exigência do Estado aparece como lei imparcial e desinteressada. Neste caso é quase impossível conceber o Estado como sujeito, uma vez que está despido de toda a substancialidade, uma vez que se transformou numa garantia abstrata das relações entre sujeitos reais, proprietários de mercadorias. Esta concepção, como a mais pura concepção jurídica do Estado, é a mesma defendida pela escola normativa austríaca liderada por Kelsen. Nas relações internacionais, ao contrário, de modo algum o Estado surge como a encarnação de uma norma objetiva, mas como o detentor de direitos subjetivos, isto é, com todos os atributos da substancialidade e do interesse egoísta. O Estado desempenha o mesmo papel quando intervém, a título de fisco, como parte num litígio jurídico com pessoas privadas. Entre estas duas concepções podem existir numerosas formas intermédias e híbridas.

151. Binder. *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Leipzig, 1916.

distinguir a submissão ao direito da submissão à violência como tal. Mas se se admite, por outro lado, no direito o momento do dever como característica essencial, mesmo que sob a mais pura nuance objetiva, a noção de direito, como o mínimo socialmente necessário, perde então, de imediato, o seu sentido. A filosofia burguesa do direito esgota-se nesta contradição fundamental, nesta luta interminável com as suas próprias premissas.

É interessante também observar que as contradições, que no fundo são idênticas, surgem sob duas formas diferentes, quando se trata da relação entre o direito e a moral ou da relação entre o Estado e o direito. No primeiro caso, quando é afirmada a autonomia do direito com relação à moral, o direito confunde-se com o Estado, por causa da forte acentuação do momento da coação externa. No segundo caso, quando o direito se opõe ao Estado, ou seja, à dominação de fato, o momento do dever entra inevitavelmente em cena no sentido do termo alemão *sollen* (e não *müssen*) e então temos, se assim podemos dizer, uma frente única do direito e da moral.

A tentativa do professor Petrazickij para encontrar no direito um imperativo que fosse absoluto, isto é, ético, e que se distinguísse ao mesmo tempo do imperativo moral, permaneceu sem sucesso<sup>152</sup>. Como se sabe, o professor Petrazickij edificou a categoria do dever jurídico como um dever que incumbe a um sujeito que enfrenta outros sujeitos que podem reclamar a sua execução. A obrigação moral em contrapartida não prescreve, segundo ele, a não ser uma determinada conduta, mas não atribui a terceiras pessoas o direito de exigir o que lhes é devido.

O direito tem, conseqüentemente, um caráter bilateral imperativo-atributivo enquanto a moral tem apenas um caráter obrigatório ou imperativo. O professor Petrazickij, com base em suas observações pessoais, assegura-nos de que pode distinguir, sem maiores problemas, a obrigação jurídica que o obriga a pagar a um credor a soma emprestada, da obrigação moral que o obriga a dar esmola a um pobre. Contudo, é evidente que tal capacidade de distinguir claramente as coisas pertence exclusivamente a ele. Com efeito, outros, tais como, por exemplo, o professor Trubeckoj, asseguram-nos de que a obrigação de dar esmola a um pobre está, do ponto de vista psicológico, tão intimamente ligada a este último como o está ao credor a obrigação de pagar as suas dívidas<sup>153</sup>. (Uma tese que, diga-se de passagem, não é desvantajosa para o pobre, mas que deverá parecer bastante contestável aos olhos do credor.) O professor Rejsner, em contrapar-

152. Petrazickij. *Vvedenie v izueenie prava*.

153. Trubeckoj. *Enciklopedija prava*. Moscou, 1903, p. 28.

tida, é da opinião de que o momento emocional de uma obrigação estabelecida se refere inteiramente a um poder psicológico. Se para o professor Trubeckoj o credor, com as suas pretensões é, por conseguinte, posto “psicologicamente” no mesmo plano do pobre, já para o professor Rejsner ele não é nem mais nem menos do que um superior. Em outros termos, a contradição que destacamos, sob a sua forma lógica e sistemática, como uma contradição dos conceitos, aparece aqui como uma contradição nos resultados fornecidos pela observação pessoal. Porém, a significação permanece a mesma. A obrigação jurídica não tem como encontrar significação autônoma em si mesma e por isso oscila eternamente entre dois limites extremos: a coação externa e o dever moral “livre”.

Como sempre, e igualmente aqui, a contradição no sistema lógico representa a contradição da vida real, ou seja, do meio social que produziu a própria forma da moral e do direito. A contradição entre o individual e o social, entre o privado e o público que a filosofia burguesa do direito, malgrado todos os seus esforços, não pode suprimir, é o fundamento real da própria sociedade burguesa enquanto sociedade de produtores de mercadorias. Tal contradição é aqui sustentada pelas relações reais dos homens, que não podem considerar as suas atividades privadas como atividades sociais a não ser sob a forma absurda e mistificada do valor da mercadoria.

## CAPÍTULO VII

### DIREITO E VIOLAÇÃO DO DIREITO

A *Russkaja Pravda*, que é o mais antigo monumento jurídico do período Kiev da nossa história, em seus 43 artigos (da “lista académica”) não contém ao todo senão dois que não tratam de infrações ao Direito Penal ou ao Direito Civil. Todos os demais artigos estabelecem ou sanções ou regras de processo para serem aplicadas em caso de violação do direito. Tanto num caso como noutra pressupõe-se, por conseguinte, uma violação da norma<sup>154</sup>.

As chamadas “leis bárbaras” das tribos alemãs permitem-nos a mesma observação. Deste modo, por exemplo, dos 408 artigos da Lei Sálica, somente 65 não têm carácter repressivo. O mais antigo monumento do direito romano, a Lei das Doze Tábuas, principia pela regra concernente à demanda judiciária: “*si in jus vocat, ni it, antestamino igitur in capito*”<sup>155</sup>. Maine, o célebre historiador do direito, em seu livro *Ancient Law*, diz: “Em geral quanto mais antigo um código tanto mais detalhada e completa é a parte penal”<sup>156</sup>.

A não-submissão à norma, a violação da norma, o rompimento da forma normal das relações e os conflitos conseqüentemente resultantes são o ponto de partida e o principal conteúdo da legislação arcaica. Aquilo que é normal, ao contrário, não é fixado como tal desde o início, ele simplesmente não existe. A necessidade de fixar e de determinar de maneira precisa a extensão e o conteúdo dos direitos

154. Vale a pena observar aqui o fato de que, neste estágio primitivo de desenvolvimento, o denominado “delito” criminal e o “delito” civil não se diferenciavam ainda um do outro. O conceito predominante era o de dano que exigia reparação: o roubo, a pilhagem, a morte, o não cumprimento de uma dívida eram indistintamente considerados como motivos que permitiam ao indivíduo lesado registrar queixa e obter reparação sob a forma de uma multa.

155. XII tablic. ed. Nikol'skij, 1897, p. 1.

156. Sumner Maine. Ob. cit., p. 288.

e dos deveres recíprocos não surge a não ser quando a existência calma e pacífica é atormentada. Sob este ponto de vista tem razão Bentham em dizer que a lei gera o direito ao gerar o delito. A relação jurídica adquire historicamente o seu caráter específico sobretudo em relação com a violação do direito. O conceito de roubo aparece bem mais cedo do que o conceito de propriedade. As relações derivadas do empréstimo são fixadas pelos casos em que o devedor não tem intenção de pagar: "Quando alguém reclama a outrem uma dívida e este, por sua vez, a nega" etc.<sup>157</sup>.

A significação originária do termo *pactum* (pacto) de modo algum é aquela do contrato em geral mas deriva de *pax* (paz), ou seja, representa a resolução amigável de um conflito: o pacto põe fim ao acordo<sup>158</sup>.

Se, por conseguinte, o direito privado reflete o mais diretamente possível as condições gerais de existência da forma jurídica como tal, o Direito Penal por sua vez representa a esfera onde a relação jurídica atinge o mais alto grau de tensão. O momento jurídico se destaca aqui, pela primeira vez, e o mais claramente, das práticas consuetudinárias e torna-se completamente independente. No processo judiciário, a transformação das ações de um homem concreto em atos de uma parte jurídica, isto é, de um sujeito jurídico aparecem de forma bastante nítida. Para diferenciar as ações e as volições quotidianas das manifestações jurídicas da vontade, o direito antigo servia-se de fórmulas e cerimônias solenes particulares. O caráter dramático do processo judiciário gerou, de maneira sensível, uma singular existência jurídica, ao lado do mundo real.

De todos os ramos do Direito é justamente o Direito Penal aquele que tem o poder de tocar mais direta e brutalmente a pessoa individual. Eis por que o Direito Penal sempre suscitou o maior interesse prático. A lei e a pena que pune a sua transgressão estão, em geral, intimamente unidas entre si, de tal maneira que o Direito Penal desempenha, por assim dizer, muito simplesmente, o papel de um representante do direito: é uma parte que se substitui ao todo.

A origem do Direito Penal está historicamente ligada ao costume da vingança sangrenta. Estes dois fenômenos estão, indubitavelmente, muito próximos geneticamente. Porém, a vingança não se torna *realmente vingança* senão quando é seguida da multa e da pena; também aqui, são unicamente os estágios posteriores do desenvolvimento (co-

mo se pode observar frequentemente na história da humanidade) que possibilitam a compreensão dos esboços contidos nas formas anteriores. Se abordarmos o mesmo fenômeno pela extremidade oposta, nada veremos aí além da luta pela existência, ou seja, apenas uma realidade puramente biológica. Para os teóricos do direito penal, que se limitam a uma época mais remota, a vingança de sangue coincide com o *jus talionis*, isto é, com o princípio de uma reparação equivalente que exclui a possibilidade de uma vingança posterior uma vez que a vítima ou a sua família já estão vingados. Na realidade precisamente como mostrou M. Kovalevskij, o caráter mais antigo da vingança de sangue era completamente outro. As discórdias entre as famílias perduravam de geração em geração, e toda a ofensa, mesmo aquela causada pela vingança, tornava-se motivo para uma nova vingança sangrenta. O ofendido e a sua parentela tornavam-se, por conseguinte, ofensores e o ciclo prosseguia de geração em geração frequentemente até o aniquilamento total das famílias inimigas<sup>159</sup>.

A vingança não passa a ser disciplina pelo costume e a transformação numa reparação estabelecida de acordo com a regra do talião, "olho por olho, dente por dente", a não ser quando começa justamente com a vingança, a consolidar-se o sistema das multas ou das reparações em dinheiro. A idéia de equivalente, esta primeira idéia puramente jurídica, encontra novamente a sua fonte na forma mercantil. O delito pode ser considerado como uma modalidade particular da circulação na qual a relação de troca, ou seja, a relação contratual, é estabelecida imediatamente ou, melhor dizendo, através da ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre o delito e a reparação reduz-se igualmente a uma proporção de troca. Eis a razão por que Aristóteles, ao falar do nivelamento na troca como de uma modalidade da justiça, distinguiu aí dois tipos: o nivelamento nas ações voluntárias e o nivelamento nas ações involuntárias, situando as relações econômicas da compra, da venda, do empréstimo etc. nas ações voluntárias, e as demais espécies de delitos, que geram sanções a título de equivalentes específicos, nas ações involuntárias. Pertence também a ele a definição do delito como contrato concluído contra a vontade. A sanção surge, então, como um equivalente que compensa os prejuízos sofridos pela vítima. Esta idéia foi retomada, como se sabe, também por Hugo Grotius. Por mais ingênuas que estas construções possam parecer à primeira vista, elas denotam, no entanto, uma intuição muito aprimorada da forma jurídica do que as teorias ecléticas dos juristas modernos. Podemos observar muito claramente, nos exemplos da vingança e da pena por quais imperceptíveis transições o

157. *Russkaja Pravda*. Accademik Liste, art. 14.

158. Ihering. *Geiste des römischen Rechts*. 1.<sup>a</sup> parte, 1875, p. 118, trad. russa.

159. Kovalevskij. *Os usos modernos e a lei antiga*. V, II, Petersburgo e Moscou, 1886, pp. 37-38.

orgânico e o biológico se unem ao jurídico. Esta conexão acentua-se ainda pelo fato de o homem não ser capaz de abrir mão da interpretação habitual, isto é, jurídica (ou ética), dos fenômenos da vida animal. Sem querer, ele atribui às ações dos animais uma significação que, verdadeiramente, não lhes é atribuída a não ser por uma evolução posterior, ou seja, pelo desenvolvimento histórico da humanidade.

A autodefesa é um dos fenômenos mais naturais da vida animal e encontramos-a, indiferentemente, seja apenas na forma de reação individual do ser vivo seja na forma de reação em comum de uma coletividade. Os estudiosos da vida das abelhas demonstraram que as abelhas que vigiam a entrada da colméia atacam e picam qualquer abelha estranha se esta tentar penetrar na colméia para roubar-lhes o mel. Porém, se uma abelha estranha já penetrou na colméia, ela é imediatamente morta assim que descoberta. Não é difícil também encontrarmos no mundo animal casos em que as reações estejam separadas da ação que as provoca por um certo lapso de tempo. O animal não responde imediatamente ao ataque mas transfere a sua ação para mais tarde, para um momento mais oportuno. A autodefesa passa a ser aqui uma vingança no sentido mais verdadeiro da palavra. E como a vingança para o homem moderno está indissolúvelmente ligada à idéia da reparação equivalente, não seria nenhuma surpresa observar que, por exemplo, Ferri esteja disposto a admitir a existência de um instinto "jurídico" entre os animais<sup>160</sup>.

Com efeito, a idéia jurídica, ou seja, a idéia de equivalência, não se exprime nítida e claramente, nem se realiza objetivamente senão naquele estágio de desenvolvimento econômico onde tal forma de equivalência se torna costumeira como nivelamento na troca; em nenhum caso, por conseguinte, no mundo animal, mas somente na sociedade humana. Por isso, não é absolutamente necessário que a vingança tenha sido completamente superada pela reparação. Nos casos em que, justamente, a reparação é repudiada como algo de desonroso (tal concepção predominou, durante séculos, entre os povos primitivos) e onde a execução da vingança pessoal é considerada como um dever sagrado, o próprio ato da vingança reveste um novo matiz que não tinha quando ainda não representava uma alternativa: no presente caso é introduzida a idéia de que ele representa a única reparação adequada. A repulsa da reparação sob a forma de dinheiro evidencia, em suma, o fato de que a efusão de sangue impõe-se como o único equivalente para o sangue já vertido. De fenômeno puramente biológico, a vingança passa a ser instituição jurídica a partir do momento

160. Enrico Ferri. *Sociologia criminale*. V. II, p. 37, trad. russa.

em que se une à forma da troca equivalente, da troca medida por valores.

O Direito Penal arcaico ressalta este vínculo de maneira particularmente evidente e grosseira quando coloca diretamente em pé de igualdade o dano causado aos bens e o prejuízo feito à pessoa com uma ingenuidade incontestavelmente repudiada pelas épocas posteriores. Do ponto de vista do antigo Direito Romano não havia qualquer coisa de anormal no fato de um devedor insolvente pagar suas dívidas com as partes do seu corpo (*in partes secare*) e no fato de um culpado responder com os seus bens por uma ofensa física feita a uma pessoa. A idéia de composição com base numa equivalência evidenciava-se aqui sem complicações e sem qualquer espécie de máscaras do momento sobreposto. Conseqüentemente o processo penal assume também o caráter de um contrato comercial. "Precisamos imaginar aqui, diz Ihering, um mercado no qual uma das partes propõe e a outra aceita até que se cheguem, por fim, a um acordo. Isso era expresso pelos termos *pacere, pacisci, depecisci* e o acordo propriamente dito, pelo termo *pactum*. É aqui que, no velho direito nórdico, entra em cena o ofício de um mediador, escolhido de comum acordo pelas duas partes, que determina o montante da soma para a conciliação (o *arbiter* no sentido romano original)"<sup>161</sup>.

No que concerne às chamadas penas públicas, elas foram introduzidas de início principalmente por causa de considerações de ordem fiscal e serviram para alimentar os cofres dos representantes do poder. "O Estado, diz a propósito Maine, não exigia do acusado uma multa pelo prejuízo que supunha ter-lhe sido causado; mas exigia somente certa parte da indenização devida à vítima como uma espécie de compensação pela perda de tempo e pelos seus serviços"<sup>162</sup>.

A história russa ensina-nos que esta "justa compensação pela perda de tempo" era tão cuidadosamente cobrada pelos príncipes que, pelo testemunho das crônicas, "o território russo era devastado pelas guerras e pelos impostos". Além disso, este mesmo fenômeno de pilhagem judiciária pode ser detectado não somente na antiga Rússia mas também no império de Carlos Magno. Para os antigos príncipes russos os lucros proporcionados graças à justiça em nada se diferenciavam das fontes de rendimentos ordinários. Eles ofereciam-nos aos seus servidores, repartiam-nos etc. Podia-se também furto ao tribunal do príncipe pagando uma certa quantia<sup>163</sup>.

161. Ihering. *Geist des römischen Rechts*. V. I. p. 118, trad. russa.

162. Sumner Maine, p. 269.

163. Cf. *dikaya vira da Russkaja Pravda*.

Além disso, ao lado da pena pública como fonte de rendimento, aparece bem cedo a pena como meio de manter a disciplina e defender a autoridade do poder clerical e militar. Sabemos que na Roma antiga a maior parte dos delitos graves eram, simultaneamente, delitos contra os deuses<sup>164</sup>. Deste modo, por exemplo, uma das principais violações do direito para o proprietário de terras, o deslocamento mal-intencionado dos marcos dos terrenos, era considerado, por toda a antiguidade, como um delito religioso sendo, por esse motivo, a cabeça do culpado oferecida aos deuses. A casta dos sacerdotes, que aparecia como a guardiã da ordem, não perseguia, contudo, somente um interesse ideológico, mas também um interesse material bastante sólido, já que, em tais casos, os bens do culpado eram confiscados em seu benefício. De outra forma, as penas que a casta dos sacerdotes infligiam àqueles que provocavam danos aos seus rendimentos, recusando as cerimônias ou as oferendas estabelecidas, ou tentando introduzir novas doutrinas religiosas etc. tinham, também, um caráter público.

A influência da organização clerical, ou seja, da Igreja, sobre o Direito Penal manifesta-se em que, muito embora a pena continue a conservar o caráter de um equivalente ou de uma *reparação*, esta já não está mais ligada imediatamente ao dano sofrido pela vítima e já não está mais fundamentada nas pretensões desta última, mas adquire um significado superior, abstrato, enquanto castigo divino. Deste modo, a Igreja quer associar ao momento material da indenização o motivo ideológico da expiação (*expiatio*) e fazer com isso do Direito Penal, edificado sobre o princípio da vingança privada, um meio eficaz de manutenção da disciplina pública, ou seja, do domínio de classe. Nesta perspectiva, os esforços do clero bizantino para introduzir a pena de morte no principado de Kiev são reveladores. O mesmo objetivo de manutenção da disciplina determina também o caráter das medidas punitivas aplicadas pelos chefes militares. Estes exercem a justiça tanto sobre os povos submissos quanto sobre os seus próprios soldados em caso de motim, de conspiração ou simplesmente de indisciplina. A célebre história de Clóvis que, com as suas próprias mãos, partiu ao meio a cabeça de um guerreiro recalcitrante, revela o caráter primitivo da justiça penal no momento em que nasciam os impérios bárbaros germânicos. Nas épocas mais remotas esta tarefa de

164. Como o juramento (*juramentum*) era uma parte integrante indispensável da relação jurídica (para Ihering os termos "obrigar-se", "constituir um direito" e "jurar" teriam tido, por muito tempo, o mesmo significado) a relação jurídica estava colocada inteiramente sob a proteção da religião uma vez que o próprio juramento era um ato religioso e o falso juramento ou o perjúrio eram delitos religiosos (cf. Ihering. *Geist des römischen Rechts*. p. 304).

manutenção da disciplina militar cabia à assembléia popular; com o reforço e a estabilização do poder real, tal função passa, naturalmente, a pertencer aos reis e a identificar-se, entenda-se, com a defesa dos seus próprios privilégios. No que concerne aos delitos criminais comuns, os reis germânicos (assim como os príncipes de Kiev) durante muito tempo não lhes concederam mais que um interesse puramente fiscal<sup>165</sup>.

Esta situação modifica-se com o desenvolvimento e a estabilização das divisões da sociedade em classes e em Estados. O surgimento de uma hierarquia eclesiástica ao lado de uma hierarquia laica faz com que a proteção dos seus privilégios e da luta contra as classes inferiores e oprimidas da população passe a ser uma tarefa prioritária. A desagregação da economia natural e a consecutiva intensificação da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado alicerçado na divisão em Estados e em classes, dão à jurisdição penal a prioridade de todas as outras tarefas. Nesta época, a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo para os camponeses que fugissem à exploração intolerável dos senhores e do seu Estado, assim como também para os vagabundos, para os mendigos etc. O aparelho da polícia e da inquisição começa a ocupar uma função proeminente. As penas tornam-se meios, seja de exterminação física, seja de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das mais bárbaras execuções capitais.

Assim constitui-se progressivamente o complexo amálgama do Direito Penal moderno onde podemos facilmente distinguir as camadas históricas que possibilitaram o seu aparecimento. Fundamentalmente, isto é, do ponto de vista puramente sociológico, a burguesia assegura e mantém o seu domínio de classe mediante seu sistema de Direito Penal, oprimindo as classes exploradas. Sob esta perspectiva os seus tribunais e as suas organizações privadas "livres" de furadores de greve prosseguem num único e mesmo objetivo.

Se consideramos as coisas sob este ponto de vista, a jurisdição penal nada mais é que um apêndice do aparelho de polícia e de instru-

165. Como se sabe, no velho direito russo, a expressão "fazer justiça pelas próprias mãos" significava antes de tudo que se estava privando o príncipe das custas judiciais que lhe eram devidas. Assim, também, no código do rei Erik os acordos secretos entre a vítima, ou a sua família, e o criminoso eram estritamente proibidos se conduziam a privar o rei da parte que lhe era devida. No entanto, nesse mesmo código, a acusação em nome do rei ou do seu magistrado era autorizada somente com rara exceção (Cf. Wilda. *Strafrecht der Germanen*. 1842, p. 219).

ção criminal. Se os tribunais de Paris precisassem realmente fechar as suas portas por alguns meses, os únicos que sofreriam com isso seriam os criminosos detidos. Porém, se as "famosas" brigadas de polícia de Paris deixassem de trabalhar, ainda que fosse apenas por um dia, o resultado seria catastrófico.

A jurisdição criminal do Estado burguês é o terror da classe organizada que não se distingue das chamadas medidas excepcionais utilizadas durante a guerra civil senão em certa medida. Já Spencer indicou a analogia completa, a própria identidade existente entre as reações defensivas dirigidas contra os ataques externos (guerra) e as reações dirigidas contra aqueles que perturbam a ordem interna do Estado (defesa judiciária ou jurídica)<sup>166</sup>. O fato de as medidas do primeiro tipo, ou seja, as medidas penais, serem utilizadas *principalmente* contra elementos marginais da sociedade, e as medidas do segundo tipo *principalmente* contra os militantes mais ativos de uma nova classe que está prestes a tomar o poder, não modifica a natureza fundamental das coisas a não ser quanto à regularidade e à maior ou menor complexidade do processo empregado. Não podemos compreender o verdadeiro sentido da prática penal do Estado de classe senão quando partimos da sua natureza antagônica. As teorias do Direito Penal, das quais se deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade no seu conjunto, constituem deformações, conscientes ou não, da realidade. "A Sociedade no seu conjunto" existe apenas na imaginação dos juristas; de fato, existem somente classes que têm interesses opostos, contraditórios. Todo determinado sistema histórico de política penal traz as marcas dos interesses da classe que o realizou. O senhor feudal mandava executar os camponeses revoltosos e os moradores da cidade que se opunham ao seu domínio. As cidades aliadas enforcavam os cavaleiros salteadores e destruíam os seus castelos. Na Idade Média, todo o indivíduo que quisesse exercer um ofício sem ser membro da corporação era tido como um violador da lei; a burguesia capitalista, ainda em fase de nascimento, declarou delituosos os esforços dos operários para se agruparem em associações.

O interesse de classes imprime, assim, a cada sistema penal a marca da concretização histórica. No que concerne em particular aos métodos próprios da política penal é importante destacar os grandes progressos alcançados pela sociedade burguesa, desde a época de Beccaria e de Howard, quando esta adotou penas mais humanas; abolindo a tortura, as penas corporais, as penas infamantes, as bárbaras execuções capitais etc. Tudo isso representa indubitavelmente um grande progresso. Não podemos nos esquecer, contudo, de que a abolição das penas corporais não foi realizada em toda a parte. Na

166. Spencer. *Principes of Sociology*. 1876, 1883, p. 659, trad. russa.

Inglaterra, a fustigação é autorizada até 25 lambadas para os menores de 16 anos e até 150 para os adultos, como punição pelo roubo e pela pilhagem. O suplício era utilizado, na Inglaterra, para os marinheiros. Na França, o castigo corporal era aplicado como sanção disciplinar aos detentos nas penitenciárias<sup>167</sup>. Na América, em dois Estados da União, mutilam-se os criminosos, submetendo-os à castração. A Dinamarca introduziu em 1905, para uma série de delitos, os castigos corporais da bastonada e da corda revestida de alcatrão. Mais recentemente ainda a queda da República Soviética na Hungria foi celebrada, entre outras coisas, com a introdução da fustigação, aplicada aos adultos, por toda uma série de delitos contra a pessoa e contra a propriedade<sup>168</sup>. É necessário ainda notar que os últimos decênios do séc. XIX e os primeiros do séc. XX viram nascer precisamente num certo número de Estados burgueses uma tendência característica no sentido da restauração das penas aflitivas, cruéis e infamantes. O humanismo da burguesia cede lugar aos apelos à severidade e a uma aplicação mais ampla da pena de morte.

De acordo com Kautsky, isto explicar-se-ia pelo fato de que a burguesia possuía uma atitude pacifista e humanitária no fim do séc. XVIII e primórdios do séc. XIX, ou seja, até à introdução do serviço militar obrigatório, visto que até então ela não servia o exército. É bastante duvidoso que esta seja a razão fundamental. A transformação da burguesia numa classe reacionária que sente medo diante do desenvolvimento do movimento operário como também diante da sua política colonial, que foi sempre uma escola de crueldade, foram as causas mais importantes.

Apenas o completo aniquilamento das classes permitirá a criação de um sistema penal imune a todo elemento antagônico. No entanto, resta-nos saber se em tais circunstâncias ainda se fará necessário tal sistema penal. Se a prática penal do poder de Estado é, no seu *conteúdo* e no seu *caráter*, um instrumento de defesa da dominação de classe, ela aparece na sua *forma* como um elemento da superestrutura jurídica e integra-se no sistema jurídico como um dos seus ramos. Tivemos oportunidade de mostrar anteriormente que a luta aberta pela existência, com a introdução do princípio da equivalência, reveste uma forma jurídica. O ato de legítima defesa deixa de sê-lo em seu caráter simples e torna-se uma forma de troca, um modo especial de circulação, que encontra lugar ao lado da circulação comercial "normal". Os delitos e as penas tornam-se, por assim dizer, o que são, ou seja, assumem um caráter jurídico, com base num contrato de resgate. Enquanto se conserva esta forma, a luta de classes concretiza-

167. Fojnickij. *Teoria da pena*. p. 15.

168. Cf. *Deutsche Strafrechtszeitung*, 1920, ns. 11 e 12.

se com o auxílio da jurisprudência. Inversamente, a própria denominação de "direito penal" perde todo o significado se este princípio da relação de equivalência desaparecer.

O direito penal é, deste modo, uma parte integrante da superestrutura jurídica, na media em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental, à qual está subordinada a sociedade moderna: a forma da troca de equivalentes com todas as suas conseqüências. A realização destas relações de troca, no Direito Penal, constitui um aspecto da realização do Estado de direito como forma ideal das relações entre os produtores de mercadorias independentes e iguais que se encontram no mercado. Porém, como as relações sociais não se limitam às relações jurídicas abstratas entre proprietários de mercadorias abstratas, a jurisdição penal não é somente uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas também uma arma imediata na luta de classes. Quanto mais aguda e encarnçada se torna esta luta, tanto mais a dominação de classe encontra dificuldades em se efetivar no interior da forma jurídica. Neste caso, o tribunal "imparcial", com as suas garantias jurídicas, é rechaçado, e toma frente uma organização direta da violência de classe, cujas ações são conduzidas unicamente por considerações de oportunidade política.

Se considerarmos a sociedade burguesa na sua essência, como uma sociedade de proprietários de mercadorias, é preciso supor, então, *a priori* que o seu Direito Penal no sentido acima mencionado, é jurídico ao mais alto grau. Ora, parece que nos deparamos aqui desde o começo com diversas dificuldades. A primeira reside no fato de o Direito Penal moderno não partir *a priori* do prejuízo sofrido pela parte lesada mas da violação da norma fixada pelo Estado. Uma vez que a parte lesada, com as suas pretensões, passa a segundo plano, então podemos nos perguntar onde se situa a forma de equivalência. Contudo, a parte lesada, ainda que permaneça em segundo plano, não desaparece completamente; ao contrário, ela representa o fundo da ação em curso.

A abstração do interesse público lesado apóia-se na figura perfeitamente real da parte lesada que participa no processo, seja pessoalmente ou por intermédio de um representante, atribuindo assim uma significação viva a este processo <sup>169</sup>.

Esta abstração encontra, além disso, uma encarnação real na figura do procurador público mesmo em casos nos quais não há realmente vítimas e onde é somente a lei que "protesta". Este desdobra-

169. A satisfação atribuída à parte lesada é considerada atualmente como um dos fins da pena (cf. List. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 1905, § 15).

mento, pelo qual o próprio poder do Estado aperece tanto no papel de parte judiciária (procurador) como no papel de juiz, mostra que o processo penal, como forma jurídica, é inseparável da figura da vítima que exige "reparação" e, por conseguinte, da forma mais geral do contrato. O procurador público reclama, como convém a uma "parte", um preço "elevado", ou seja, uma pena severa. O acusado solicita indulgência, "uma redução", e o tribunal se pronuncia "em toda a equidade". E se rejeitarmos por completo esta forma de contrato, privamos o processo penal de toda a sua "alma jurídica". Imaginemos por instantes que o tribunal ocupa-se, de fato, somente da maneira pela qual poderiam ser modificadas as condições de vida do acusado visando corrigi-lo ou proteger a sociedade, e todo o significado do próprio termo "pena" desapareceria imediatamente. Isto não quer dizer que todo o processo penal, e o processo de execução, estejam totalmente carentes dos elementos simples e compreensíveis, acima mencionados; queremos simplesmente mostrar que este processo contém particularidades que não se deixam esgotar através de considerações claras e simples sobre a finalidade social, mas que representam um momento irracional, mistificador e absurdo. Queremos também mostrar que é justamente este momento que constitui o momento especificamente jurídico.

Existe ainda outra dificuldade. O Direito Penal arcaico não conheceu senão o conceito de prejuízo. As noções de negligência e de culpabilidade que ocupam no Direito Penal moderno um lugar demasiado importante estiveram completamente ausentes neste estágio de desenvolvimento. O ato premeditado, o ato por negligência e o ato fortuito eram avaliados unicamente segundo as suas conseqüências. Sob esta perspectiva os costumes dos Francos sálhos e dos atuais Ossetas encontram-se no mesmo nível de desenvolvimento. Estes últimos não estabelecem, por exemplo, qualquer espécie de diferença entre uma morte provocada intencionalmente por um golpe de punhal e uma morte ocasionada na montanha pela queda de uma pedra devido a um passo em falso dado por um touro <sup>170</sup>.

Como se vê, isso não implica de modo algum que o conceito de responsabilidade, em si, tivesse sido estranho ao direito antigo. Porém, ele era, então, determinado de maneira diferente. No Direito Penal moderno, o conceito de uma responsabilidade estritamente pes-

170. Quando um animal de um rebanho de carneiros, de bois, de cavalos, provoca o deslizamento de uma pedra da montanha, lê-se nos costumes escritos dos Ossetas, e quando tal pedra fere ou mata algum transeunte, os parentes do ferido, ou do morto perseguem com a sua vingança de sangue o proprietário do animal, como se o ocorrido tivesse sido provocado intencionalmente ou, então, exigem dele o preço do sangue. (Cf. Kovalevskij. *Sovremennyi obyčaj drevnij zakon*. V. II, p. 105).

soal é tratado em conformidade com o individualismo radical burguês. O direito antigo, ao contrário, estava repleto do princípio da responsabilidade coletiva. Puniam-se os filhos pelas faltas dos seus pais e a *gens* era responsável por cada um dos seus membros. A sociedade burguesa, em contrapartida, rompe com todos os laços primitivos e orgânicos preexistentes entre os indivíduos. Ela proclama o princípio: "Cada um por si" e concretiza-o em todos os setores, incluindo também aí o Direito Penal, de maneira inteiramente coerente. Ademais, o Direito Penal moderno introduziu no conceito da responsabilidade um momento psicológico, permitindo assim a este conceito uma grande flexibilidade, distinguindo aí vários níveis: responsabilidade por uma consequência prevista (premeditação) e responsabilidade por uma consequência imprevisível, porém, previsível (ato por imprudência). Por fim, ela construiu o conceito de inimizabilidade, ou seja, de ausência total de responsabilidade. A introdução do momento psicológico no conceito de responsabilidade significava evidentemente a racionalização da luta contra a criminalidade. Somente baseando-se na distinção entre as ações incrimináveis e as ações não incrimináveis é que se pôde construir uma teoria de medidas preventivas, particulares e gerais. Na medida, entretanto, em que a relação entre o delinqüente e a autoridade penal é edificada como uma relação jurídica e se desenrola sob a forma de um processo judicial, este novo momento de nenhum modo exclui o princípio da reparação equivalente mas, ao contrário, dá origem a uma nova base para a sua aplicação. Que significam estas distinções de grau na responsabilidade senão somente a diferenciação das condições de um futuro contrato judiciário?

Tal graduação da responsabilidade é um dos fundamentos da escala das penas, é um momento novo, ideal ou psicológico, como quisermos, que se soma ao momento material do prejuízo e ao momento objetivo do ato para constituir com eles o fundamento da determinação proporcional da pena. O ato premeditado implica a responsabilidade mais pesada e, por conseguinte, reclama também a pena mais severa desde que se mantenham iguais as circunstâncias; o ato de imprudência implica uma responsabilidade menor e reclama uma pena mais amena se, além disso, se mantiverem iguais todas as condições; por fim, em caso de ausência de responsabilidade (o autor é não-incriminável), a pena não é pronunciada. Se substituíssemos as medidas penais pela terapêutica, ou seja, por um conceito médico e preventivo, chegamos a resultados completamente diversos. Neste caso, com efeito, não será a proporcionalidade da pena que nos interessará, mas sobretudo a questão de saber se as medidas empregadas *correspondem* ao objetivo estabelecido, isto é, se elas permitem proteger a sociedade e agir sobre o delinqüente etc. De acordo com essa visão pode, facilmente, suceder que a relação se encontre totalmente inver-

tida: que justamente no caso de uma responsabilidade atenuada se façam necessárias as medidas mais intensivas e mais longas.

A idéia de responsabilidade é indispensável se a pena se apresenta como um meio de reparação. O delinqüente responde com a sua liberdade pelo delito cometido e responde através de uma multa que é *proporcionada* de acordo com a gravidade do seu ato. Esta noção de responsabilidade é perfeitamente supérflua onde a pena tenha perdido o seu caráter de equivalência. Porém, se, efetivamente, já não mais existe qualquer resquício do princípio de equivalência, a pena deixa, em geral, de ser uma pena no sentido jurídico do termo.

O conceito jurídico de culpabilidade não é um conceito científico já que conduz diretamente às contradições do indeterminismo. Do ponto de vista do encadeamento das causas que determinam um evento qualquer, não há a menor razão para que se privilegie uma certa cadeia causal em detrimento de qualquer outra. As ações de um homem psicologicamente anormal (irresponsável) são tão determinadas por uma série de causas (hereditariedade, condições de vida, meio etc.), como as ações de um homem inteiramente normal (completamente responsável). É curioso observar que a pena aplicada sob a forma de medida pedagógica (ou seja, sem referência à noção de equivalência) de modo algum se refere a considerações concernentes à imputabilidade, à liberdade de escolha etc., nem ao menos necessita delas. A racionalidade da pena (falamos aqui, evidentemente, da racionalidade em sentido mais geral, independentemente da forma da clemência ou da severidade da pena) é determinada em pedagogia unicamente pela capacidade de um indivíduo em discernir suficientemente o vínculo existente entre as suas próprias ações e as suas consequências desagradáveis e em se recordar dele. As pessoas que a lei penal tem como não-responsáveis por suas próprias ações, isto é, as crianças muito novas, os anormais psíquicos etc., são, sob este ponto de vista, também imputáveis, ou seja, influenciáveis em determinado sentido<sup>171</sup>.

171. O célebre psiquiatra Kraepelin sustenta que "um trabalho pedagógico entre os alienados assim como é realizado de fato com grande sucesso seria indubitavelmente impensável se todos os alienados que não são abordados pela lei penal estivessem efetivamente privados da liberdade de autodeterminação de acordo com a vontade do legislador" (Kraepelin. *Die Abschaffung des Strafmasses*. 1880, p. 13). O autor faz aqui, entenda-se, uma reserva, quando diz que não é necessário pensar que ele tenha a intenção de propor a responsabilidade penal para os alienados. Entretanto, estas considerações evidenciam claramente que o Direito Penal não emprega o conceito de imputabilidade como condição de culpabilidade no único sentido correto definido pela psicologia científica e pela pedagogia.

A pena proporcionada à culpa representa fundamentalmente a mesma forma que a reparação proporcionada ao dano. É a expressão aritmética sobretudo que caracteriza o rigor da sentença: incontáveis dias, meses etc., de privação de liberdade, multa exorbitante, perda de tantos direitos etc. A privação de liberdade com uma duração determinada através da sentença do tribunal é a forma específica pela qual o Direito Penal moderno, ou seja, burguês-capitalista, concretiza o princípio da reparação equivalente. Tal forma está inconsciente, porém profundamente ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato mensurável pelo tempo. Não foi por acaso que esta forma de pena introduziu-se e foi considerada como natural justamente no século XIX, ou seja, numa época em que a burguesia pôde desenvolver e afirmar todas as suas características. Também as prisões e os calabouços eram uma realidade na Antiguidade e na Idade Média juntamente com outros meios de exercício da violência física. Contudo, os indivíduos eram geralmente detidos aí até à sua morte ou até que tivessem condições de pagar o próprio resgate.

Para que a idéia da possibilidade de reparar o delito através de uma multa pela liberdade tenha podido nascer, foi necessário que todas as formas concretas da riqueza social tivessem sido reduzidas à mais abstrata e mais simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo. Temos ainda aqui, indubitavelmente, um exemplo de interação entre os diferentes aspectos da cultura. O capitalismo industrial, a Declaração dos Direitos do Homem, a economia política de Ricardo e o sistema de detenção temporária constituem fenômenos pertencentes a uma única e mesma época histórica.

Se o caráter de equivalência da pena, sob a sua forma grosseira, brutal e materialmente sensível de dano físico ou de resgate, conserva justamente por causa desta brutalidade a sua significação elementar, compreensível por todos, em contrapartida, sob a sua forma abstrata de privação de liberdade com uma duração determinada esta significação evidente se perde, muito embora ainda haja aqui também o costume de caracterizar a pena como *proporcionada* à gravidade do ato. Eis por que igualmente inúmeros teóricos do Direito Penal, particularmente os que se pretendem progressistas, se esforçam muito naturalmente por suprimir completamente este momento de equivalência, tornado manifestamente absurdo, e concentram toda a atenção sobre os fins racionais da pena. O erro destes criminalistas progressistas consiste em acreditar que, ao criticarem as chamadas teorias absolutas do Direito Penal, estão exclusivamente diante de concepções falsas, de erros de pensamento que podem ser refutados com simples embasamento na crítica teórica. Na realidade, esta forma absurda de equivalência não resulta do erro de alguns criminalistas, mas das relações materiais da sociedade de produção mercantil de

que ela se nutre. A contradição entre os fins racionais de proteção da sociedade ou da reeducação do delinqüente e o princípio da reparação equivalente não existe somente nos livros e nas teorias mas também na própria vida, na prática judiciária, na estrutura da própria sociedade. Do mesmo modo, a contradição entre as relações recíprocas que os homens enquanto tais estabelecem entre si no trabalho e a forma de expressão absurda de tais relações, o valor mercantil, encontra-se não nos livros e nas teorias mas na própria prática social. Para o demonstrar será suficiente refletirmos alguns instantes. Se efetivamente a pena fosse considerada somente do ponto de vista do seu fim, a própria execução da pena e, em particular os seus resultados, deveriam suscitar grande interesse. Entretanto, ninguém pretenderá contestar o fato de que na maior parte dos casos o centro de gravidade do processo penal concentra-se no interior da sala de audiências e no próprio momento em que a sentença é pronunciada. O interesse atribuído aos métodos de ação de grande fôlego sobre o delinqüente é insignificante se comparado ao interesse suscitado pelo fascinante momento em que é pronunciada a sentença e determinada a "medida penal". As questões da reforma judiciária não preocupam senão um reduzido círculo de especialistas. Em contrapartida, para o público o cerne da questão consiste no fato de saber se a sentença corresponde à gravidade do delito. Para a opinião pública, uma vez que o tribunal tenha determinado corretamente o equivalente, tudo se encontra, por assim dizer, em ordem e o destino posterior do delinqüente já não interessa quase a mais ninguém. "A execução da sentença, diz Krohne, um dos renomados especialistas neste assunto, é, na prática do Direito Penal, o ponto delicado", ou seja, é relativamente negligenciado. "Se tiverdes, prossegue ele, as melhores leis, os melhores juizes, as melhores sentenças, mas se os funcionários encarregados da execução das penas são incompetentes, então podeis lançar as leis para o cesto de lixo e queimar as sentenças"<sup>172</sup>.

Porém, a predominância do princípio da reparação equivalente não se manifesta somente em tal partilha da atenção pública. Ela se manifesta também de forma grosseira na própria prática judiciária. A que fundamento se referem efetivamente as sentenças citadas por Aschaffenburg no seu livro *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*? Consideremos aqui somente dois exemplos entre tantos outros: um delinqüente reincidente que já havia sido condenado 22 vezes por falsificação, roubo, transgressões etc. é pela 23.<sup>a</sup> vez condenado a 24 dias de prisão por ofensa a um funcionário. Um outro que passou ao todo 13 anos na penitenciária e na prisão, condenado já 16 vezes

172. Citado por Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1906, p. 216.

por roubo e transgressões, foi pela 17.<sup>a</sup> vez condenado a 4 meses de prisão por transgredir a lei. Em casos desse tipo não se pode falar manifestamente nem em uma função de defesa nem em uma função de reeducação. É o princípio formal da equivalência que prevalece aqui: a igual culpabilidade, igual pena<sup>173</sup>. Ademais, que outra coisa poderia ter feito o tribunal? Ele não pode esperar corrigir, em apenas três semanas de reclusão, um reincidente impenitente; por outro lado não pode igualmente encerrar por toda a vida o sujeito simplesmente por uma pequena ofensa a um funcionário. Outra alternativa não lhe resta a não ser obrigar o delinqüente a pagar na sua moeda (algumas semanas de privação de liberdade). De resto, a justiça burguesa vela cuidadosamente a fim de que o contrato com o delinqüente seja cumprido de acordo com todas as regras da arte, ou seja, que cada um possa se convencer e cuidar para que o pagamento seja determinado equitativamente (publicidade do processo judiciário), para que o delinqüente possa negociar livremente a sua liberdade (processo sob a forma de debates) e possa também utilizar os serviços de um procurador judiciário habilitado (admissão de advogados de defesa) etc. Resumino, as relações entre o Estado e o delinqüente encontram-se inteiramente inseridas no quadro de um leal negócio comercial. É justamente nisso que consistem as garantias do processo penal.

O delinqüente, por conseguinte, deve saber antecipadamente por que responde e em que incorre: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. O que isto significa? Seria necessário que cada delinqüente em potência esteja completamente informado acerca dos métodos de correção que lhe serão aplicados? Não, a coisa é bem mais simples e mais brutal. Ele deve saber qual o valor da multa pela liberdade que deverá ser paga em consequência do contrato concluído perante o tribunal. Ele precisa conhecer antecipadamente as condições com base nas quais deverá ser preso. Tal é o sentido dos códigos penais e dos processos penais.

Não se deve pensar que no Direito Penal predominava inicialmente a falsa teoria da reparação e que esta foi logo em seguida superada pelo justo ponto de vista da defesa da sociedade. Não se deve crer que o desenvolvimento se deu somente no plano das idéias. Na realidade, a política penal, mesmo antes como depois do surgimento da tendência sociológica e antropológica em criminologia, tinha já um conteúdo de defesa social (ou mais precisamente de defesa da classe dominante). Contudo, juntamente com isso, continha e contém elementos que não provêm desta finalidade técnica e que, assim, não

173. Este absurdo nada mais é do que o triunfo da idéia jurídica, já que o direito é precisamente a aplicação de uma medida igual e nada mais.

permitem ao processo penal exprimir-se *totalmente* sob a forma racional e não mistificada de regras técnicas sociais. Tais elementos cuja origem deve ser investigada não na política penal como tal mas num plano bem mais profundo dão às abstrações jurídicas do delito e da pena a sua realidade concreta e conferem-lhe um significado prático no quadro da sociedade burguesa malgrado todos os esforços contrários da crítica teórica.

Um notório representante da escola sociológica, van Hammel, declarou no congresso dos criminalistas, de Hamburgo, em 1905, que os três principais empecilhos à criminologia moderna eram os três conceitos de culpa, de delito e de pena. Assim que nos libertarmos destes três conceitos, acrescentou, tudo irá melhor. Quanto a isto pode-se contestar que as formas da consciência burguesa não se deixarão suprimir somente através de uma crítica ideológica, uma vez que elas constituem um todo com as relações materiais que exprimem. A única via para aniquilar tais aparências, tornadas realidade, é a da abolição prática destas relações, ou seja, a luta revolucionária do proletariado e a realização do socialismo.

Não é suficiente apresentar o conceito de culpabilidade apenas como um preconceito a fim de que imediatamente se possa introduzir na prática uma política penal que torne tal conceito efetivamente supérfluo. Enquanto a fórmula mercantil e a forma jurídica que dela origina continuam imprimindo à sociedade a sua marca, a idéia, no fundo absurda, ou seja, do ponto de vista não jurídico, de que a gravidade de todo delito possa ser medida e expressa em meses ou anos de prisão, conservará, na prática judiciária, a sua força e a sua significação reais.

Podemos evitar naturalmente de proclamar esta idéia de uma fórmula tão brutal e chocante, mas isso ainda não quer dizer que desse modo se escape definitivamente à sua influência na prática. A modificação terminológica nada muda a essência da coisa. O Comissariado do Povo para a Justiça da URSS publicou, a partir de 1919, princípios norteadores do Direito Penal nos quais o princípio da culpabilidade como fundamento da pena é repellido e nos quais a própria pena é caracterizada não como a reparação de uma falta mas unicamente como uma medida de defesa. O Código Penal da URSS, de 1922, prescinde igualmente do conceito de culpabilidade. Por fim, "os princípios fundamentais da legislação penal da União Soviética" excluem totalmente a denominação "pena" para substituí-la pela seguinte denominação: "medidas judiciário-corretivas de defesa social".

Uma tal modificação da terminologia tem, sem dúvida alguma, um certo valor demonstrativo. Porém, a questão não se resolverá por meio de demonstrações. A transformação da pena de reparação em medida adequada de defesa social e de reeducação dos indivíduos

socialmente perigosos exige a solução de uma enorme tarefa de organização que permanece não somente fora do setor de atividade puramente judiciária, mas que, em caso de êxito, torna perfeitamente inúteis o processo e a sentença judicial. Efetivamente, quando esta tarefa for completamente resolvida, a ação de reeducação não será mais uma simples "conseqüência jurídica" da sentença que sancione um "delito" qualquer, mas passará a ser uma função social perfeitamente autônoma, de natureza médica e pedagógica. O nosso desenvolvimento prossegue e, sem dúvida alguma, continuará prosseguindo nesse sentido. Isto provisoriamente; pois enquanto nos for necessário ainda dar ênfase ao termo "judiciário" — falando de medidas de defesa social — e enquanto subsistirem as formas materiais do processo judiciário e do Código Penal, a modificação da terminologia permanecerá uma reforma puramente formal. Este fato não podia naturalmente escapar à atenção dos juristas que se posicionaram acerca do nosso Código Penal. Cito aqui apenas algumas opiniões. Poljanskij acha que na parte especial do Código Penal "a negação do conceito de culpa é puramente externa" e que "a questão da culpa e dos seus graus se levanta na prática quotidiana dos nossos tribunais" <sup>174</sup>.

M. Isaev <sup>175</sup> afirma que o conceito de culpa "não é ignorado pelo Código Penal de 1922 e opondo deste modo estes dois casos, distingue também a pena da medida de defesa social em sentido estrito" <sup>176</sup>.

Tanto o Código Penal em si, como o processo judicial para o qual ele é gerado, estão, bem entendido, aqui e ali, imbuídos do princípio jurídico da reparação equivalente. O que vem a ser, com efeito, a parte geral de qualquer Código Penal (incluindo aí também o nosso) com os seus conceitos de cumplicidade, de co-responsabilidade, de tentativa, de preparação etc., senão um método mais preciso de avaliação da culpa? O que significa a distinção feita entre o premeditado e o negligente senão uma graduação da culpa? Qual a validade do conceito de inimizabilidade sem o conceito de culpa? E, por fim, para que serve toda a parte especial do Código Penal se ele trata unicamente de medidas sociais (de classe) de defesa?

Uma aplicação coerente do princípio de defesa da sociedade não exigiria a determinação de *corpos de delito* distintos (aos quais se

174. Poljanskij. "O Código Penal da URSS e o Código Penal alemão". In: *Pravo i Zizn*, 1922, p. 3.

175. Isaev. "O Código Penal de 1.º de junho de 1922". In: *Sovetskoe pravo*, 1922, p. 2.

176. Cf. também Trachterov. "A fórmula de irresponsabilidade no Código Penal da República Soviética Socialista da Ucrânia". In: *Vostnick Sovetskoy justicii*, órgão do Commissariado do Povo para a justiça da República da Ucrânia, n.º 5, 1923.

referem logicamente as *medidas penais* estabelecidas pela lei ou pelo tribunal) mas uma descrição precisa de *sintomas* que caracterizam o estado socialmente perigoso e uma elaboração precisa dos *métodos* a serem aplicados em cada caso particular para proteger a sociedade. O cerne da questão não reside somente, como alguns pensam, no fato de que a medida de defesa social esteja ligada, na sua aplicação, a momentos subjetivos (forma e grau do perigo social) ao passo que a pena assenta-se num momento objetivo, isto é, num delito concreto definido na parte especial do Código Penal <sup>177</sup>. O ponto crucial reside no caráter desta ligação. Com efeito, não é fácil separar a pena da sua base objetiva pois não se pode rejeitar a forma da equivalência sem tirar à pena a sua característica fundamental. Contudo, é apenas o tipo de delito concreto que dá uma certa imagem de uma grandeza mensurável e, por conseguinte, de um certo gênero de equivalência. Pode-se coagir um indivíduo a expiar uma certa ação mas é absurdo obrigá-lo a expiar porque a sociedade o considera perigoso. Eis por que a pena supõe um tipo legal fixado com precisão enquanto que a medida de defesa social o dispensa. A expiação forçada é uma coação jurídica exercida sobre o sujeito dentro do quadro formal do processo, da sentença e da sua execução. A coação, enquanto medida de defesa social, é um ato de pura oportunidade, adequada a um fim e pode, por isso, ser determinada por regras técnicas. Tais regras podem ser mais ou menos complexas, conforme o fim seja a eliminação mecânica do indivíduo perigoso ou a sua correção. Entretanto, os fins que a sociedade estabeleceu a si mesma encontram nessas regras para cada caso uma expressão clara e simples. Esse fim social aparece, em contrapartida, sob uma forma camuflada nas normas jurídicas que fixam para determinados delitos determinadas penas. O indivíduo sujeito a uma ação de reeducação é comparado a um devedor que tem de reembolsar as suas dívidas. Não é por acaso que o termo "execução" é utilizado tanto para o cumprimento forçado das obrigações jurídicas privadas como para o das penas disciplinares. O termo "expiar a sua pena" expressa justamente a mesma coisa. O delinqüente que expiou a sua pena retorna ao ponto de partida, isto é, à existência individualista na sociedade, à "liberdade" de contrair obrigações e de cometer delitos.

O Direito Penal, tal como o Direito em geral, é uma forma de relações entre sujeitos egoístas isolados, portadores de um interesse privado autônomo, ou entre proprietários ideais. Os criminalistas burgueses mais conscientes captam muito bem este vínculo entre o Direito Penal e a forma jurídica em geral, ou seja, as condições fundamentais

177. Cf. Prontkovskij. "A medida de defesa social e o Código Penal". In: *Sovetskoe pravo*, n. 3 (6) 1923.

sem as quais é impensável uma sociedade de produtores de mercadorias. Eis por que os representantes extremos da escola sociológica e antropológica, que convidam a colocar *ad acta* os conceitos de delito e de culpa e a acabar em geral com a elaboração jurídica do Direito Penal, respondem, muito razoavelmente, o seguinte: e o que sucede nesse caso ao princípio da liberdade civil, às garantias de legalidade do processo, ao princípio do *nullum crimen sine lege* etc.?

Esta é precisamente a posição de Cubinskij na sua polêmica contra Ferri, Dorado e outros<sup>178</sup>. Eis uma passagem característica: “Mesmo apreciando a sua (a de Dorado) bela crença na onipotência da ciência, preferimos, ainda assim, mantermo-nos num terreno sólido, isto é, contar com a experiência histórica e os fatos reais; neste caso, somos obrigados a reconhecer que não é um arbítrio “esclarecido e racional” (e o que é que garante que este arbítrio seja justamente o certo?) que se deseja, mas uma ordem jurídica sólida cuja manutenção exige que se prossiga o seu estudo *jurídico*”.

Os conceitos de delito e de pena, como resulta do que foi dito precedentemente, são determinações necessárias da forma jurídica, das quais não poderemos nos libertar a não ser quando tiver início o aniquilamento da superestrutura jurídica em geral. E quando começarmos a ultrapassar realmente, e não somente nas declarações, esses conceitos tornados inúteis, então essa será a melhor prova de que o horizonte limitado do direito burguês começou finalmente a se alargar diante de nós.

---

178. Cf. Cubinskij. *Curso de Direito Penal*. 1909, pp. 20-33.