

## A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa<sup>1 2</sup>

*The change in the function of law in modern society*

Franz Neumann<sup>3</sup>

**Resumo:** Ao longo do período do capitalismo concorrencial, a teoria jurídica entendia apenas a lei geral como direito e não toda e qualquer medida do

- 
- 1 Tradução de Bianca Tavorari. Texto publicado originalmente em 1937 sob o título *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* na *Revista do Instituto de Pesquisa Social*: NEUMANN, Franz. *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*. In: HORKHEIMER, Max (ed.). *Zeitschrift für Sozialforschung*, Ano 6, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1937, pp. 542-596. O texto é agora publicado em tradução portuguesa na *Revista Brasileira de Estudos Políticos* com expressa autorização do herdeiro de Franz Neumann, a quem o editor agradece a gentileza.
  - 2 O termo *Bürger* – e seu adjetivo *bürgerlich* – tem um duplo sentido na língua alemã: pode ser tanto traduzido por *burguês* quanto por *cidadão*. A decisão por *sociedade burguesa* ao invés de *sociedade civil* no título desse ensaio se justifica pelo fato de o autor procurar mostrar uma mudança estrutural do direito de acordo com as diferentes correlações de forças entre classes sociais. A tradução para o inglês adotou o termo *sociedade moderna*. Ver NEUMANN, Franz L. *The Change in the Function of Law in Modern Society*. In: SCHEUERMANN, William E. (ed.). *The Rule of Law under Siege: Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. University of California Press: Berkeley, 1996. [N. T.]
  - 3 Franz Leopold Neumann (1900-1954) foi um dos mais importantes juristas alemães da primeira metade do século XX, tendo se celebrado por sua

soberano. Dizer que a lei é geral não é apenas dar uma descrição de sua estrutura formal, mas também indicar que ela tem um mínimo de conteúdo material na medida em que garante um mínimo de liberdade. A teoria e a prática jurídicas passam por mudanças decisivas no estágio do capitalismo monopolista. Esse período é caracterizado pela vitória da teoria da livre apreciação, que afirma que o juiz está liberto das amarras do direito positivo e que desloca o centro de gravidade do sistema jurídico para as cláusulas gerais. Essas cláusulas são enfatizadas porque são um excelente meio para promover interesses monopolistas para os quais o direito racional constitui mero obstáculo. A teoria jurídica do capitalismo monopolista foi implementada pelo nacional-socialismo. Se entendermos o direito como um sistema de normas distinto da vontade ou do comando do soberano, então devemos negar que o sistema jurídico do estado autoritário tenha um caráter jurídico específico.

**Palavras-chave:** Lei geral. Cláusula geral, Sociedade burguesa. Capitalismo monopolista. Estado autoritário. Teoria crítica.

**Abstract:** During the period of competitive capitalism, legal theory understands by law only the general rule and not every command of the sovereign. To say that the law is general is to give not only a description of its formal structure but also to indicate that it has a

---

análise do nazismo, especialmente no estudo *Behemoth: estrutura e prática do nacional-socialismo*. Ativista político de orientação marxista e advogado trabalhista, com a Segunda Guerra Mundial Neumann foi obrigado a se exilar nos Estados Unidos devido à sua origem judaica. Junto com Ernst Fraenkel e Arnold Bergstraesser, Neumann é considerado um dos fundadores da moderna ciência política alemã. Recentemente uma de suas obras foi publicada no Brasil: *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna* (Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013).

minimum of material content in that it guarantees a minimum of freedom. Legal theory and legal practice undergo decisive changes in the stage of monopoly capitalism. This period is characterized by the victory of the theory of free discretion which demands that the judge is freed from the fetters of positive law and shifts the center of gravity of the legal system to those legal standards of conduct. These legal standards of conduct are stressed since they are an excellent means for furthering monopolistic interests to which rational law merely constitutes an obstacle. The legal theory of monopoly capitalism was implemented by National Socialism. If we understand by law a system of norms distinguished from the will or command of the sovereign, then we must deny a specific legal character to the legal system of the authoritarian state.

**Keywords:** General law. Legal standards of conduct. Bourgeois society. Monopoly capitalism. Authoritarian State. Critical theory.

A antropologia dos homens burgueses é tão contraditória quanto sua atitude em relação ao Estado e ao direito. Críticos fascistas e reformistas sociais costumam denominar o Estado liberal como “negativo” e a caracterização do Estado liberal como um guarda-noturno feita por Lassalle é hoje uma formulação amplamente aceita nesses círculos. É tão evidente que também o próprio liberalismo veja na não-existência do Estado sua maior virtude que não exige provas para sustentar esse pressuposto. Segundo essa ideologia, o Estado deve fazer-se desapercibido, deve ser verdadeiramente negativo. Se, no entanto, quisermos entender negativo no sentido de fraco, seremos vítimas de uma ilusão da história. O Estado liberal sempre foi tão forte quanto a situação política e social e os interesses burgueses

exigiam. Ele travou guerras e reprimiu greves, protegeu seus investimentos com fortes frotas, defendeu e ampliou suas fronteiras com fortes exércitos, estabeleceu “paz e ordem” com a polícia. Ele era forte exatamente naquelas esferas em que precisava e queria ser forte. Esse Estado em que as leis e não as pessoas devem governar (fórmula anglo-americana), esse estado de direito [*Rechtsstaat*] (formulação alemã) está baseado em dois elementos: na força e na lei, na soberania e na liberdade. A burguesia precisa da soberania para aniquilar forças locais e particulares, para fazer a Igreja recuar dos assuntos seculares, para estabelecer uma administração e um sistema judicial uniformes, para proteger as fronteiras e travar guerras – e para financiar todas essas tarefas. A burguesia precisa da liberdade política para assegurar sua liberdade econômica. Ambos os elementos são constitutivos. Não há teoria burguesa do direito e do Estado em que a força e a lei não sejam afirmadas, ainda que a tônica dada a cada elemento seja diferente de acordo com a situação histórica. Mesmo nos casos em que se acredita que a soberania deveria se desenvolver exclusivamente a partir da concorrência, na verdade mesmo nesses casos o poder sem lei é exigido independentemente da concorrência.

Essa verdadeira contradição já se expressa no duplo significado da palavra “direito” na terminologia jurídica. Porque, por um lado, direito significa o direito objetivo, isto é, o direito (*Recht*) criado pelo soberano ou ao menos atribuível ao poder soberano e, por outro, a pretensão (*Anspruch*) do sujeito de direito<sup>4</sup>. Assim, temos a negação da autonomia do indivíduo e ao mesmo tempo sua afirmação. Diferentes teorias tentaram resolver essa contradição. Por vezes os direitos subjetivos são simplesmente declarados direitos-reflexo

---

4 O autor usa os termos *Rechtssubjekt* e *Rechtsperson* indistintamente para designar “sujeito de direito”. [N. T.]

(*Reflexrechten*) do direito objetivo e assim a autonomia do indivíduo é completamente negada (essa teoria alemã do final do século XIX foi adotada pelo fascismo italiano) ou então qualquer diferença entre direito objetivo e subjetivo é negada. O direito subjetivo aparece como o próprio direito objetivo apenas “na medida em que ele, com a submissão por ele estatuída, é direcionado a um sujeito concreto (dever) ou está à disposição dele (autorização [*Berechtigung*])”.<sup>5</sup> Outros<sup>6</sup> reduzem o direito objetivo a formas psicológicas de comportamento dos que estão submetidos ao direito (*Recht-sunterworfenen*). Todas essas soluções são aparentes porque desprezam o fato de que ambos os elementos – norma e relação jurídica, direito objetivo e subjetivo – são dados originais do sistema jurídico burguês.<sup>7</sup>

## I

Na obra do liberal clássico Locke falta até mesmo a palavra soberania. Mas a ideia está lá. Na verdade, como para todos os teóricos liberais, para ele as pessoas são boas no estado de natureza e o estado de natureza é um paraíso que não deve desaparecer mesmo depois da criação do Estado, mas que deve ser em grande medida mantido. De fato, predominam apenas leis – ele as chama de *standing-laws*<sup>8</sup> – cujo

5 Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*. Leipzig und Wien, 1934, p. 49. [Neumann utiliza o termo “submissão” (*Unterwerfung*) que não integra essa passagem na obra de Kelsen. O trecho original usa o termo *Unrechtsfolge*, que poderia ser traduzido por “consequência do ilícito”. Ver KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Studienausgabe aus der 1. Auflage 1934*. Editado por Matthias Jestaedt. Mohr-Siebeck: Tübingen, 2008, p. 61.]

6 Como, por exemplo, B. Bierling. *Juristische Prinzipienlehre*. 1984, Vol. 1, p. 141.

7 Sobre esse problema: E. Paschukanis. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Wien und Berlin, 1929, p. 72, 73.

8 *Two Treatises of Civil Government*, Second Treatise, capítulo XI, §136.

conteúdo essencial está privado até mesmo da disposição dos poderes democráticos, mas a afirmação da força sem lei também não falta completamente. Ela só não se chama soberania para ele, mas prerrogativa (a palavra soberania soa mal na Inglaterra desde a sinceridade de Hobbes e do absolutismo dos Stuarts). Prerrogativa significa para ele o poder de agir de forma discricionária e segundo a livre apreciação, sem seguir a lei ou até mesmo agir contra ela<sup>9</sup>. Mas por vezes as pessoas são de fato más e o próprio Locke precisa reconhecer que a lei positiva estatal é no fundo apenas uma imagem imperfeita das leis naturais. Quando essas qualidades más se manifestam, é preciso existir um poder que conduza as pessoas de volta para a bondade natural. A prerrogativa, a força sem lei, se desdobra de forma mais pura no “*federative power*” reconhecido por Locke como poder autônomo ao lado do Legislativo e do Executivo e tantas vezes tido como inexplicável por seus comentadores. A prerrogativa consiste na política externa. Ela não pode ser dirigida por meio de normas gerais e abstratas, mas precisa necessariamente deixar “ao poder executivo uma certa liberdade de ação para deliberar a seu critério acerca de muitas questões não previstas nas leis.”<sup>10</sup>

Talvez essa dualidade possa ser melhor expressa nos absolutistas tais como Hobbes e Spinoza. Apesar de, para Hobbes, a lei ser pura *voluntas*, apesar de o direito e os atos

9 *Second Treatise*, capítulo XIV, §160.

10 *Second Treatise*, capítulo XII, §147. Sua teoria é certamente liberal, mas também imperialista – o que é frequentemente esquecido. Locke era sócio de Sir W. Colleton no Bahama Street Trade (ver H. R. Fox Bourne. *The Life of John Locke*. London, 1876, volume 1, p. 292, 311). Ele tinha uma amizade próxima com Earl of Peterborough, o comandante da marinha de guerra inglesa (Charles Bastide. *John Locke*. Paris, 1907, p. 132). Locke certamente integra a tradição imperialista introduzida por Cromwell. [*Dois tratados sobre o governo*. 2ª edição. Tradução de Julio Fischer. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 530. (N. T.)]

do soberano serem de toda forma idênticos, apesar de um direito não poder existir fora do Estado, ele faz fortes limitações em sua teoria monista na medida em que o próprio Estado (e assim também o direito) está baseado numa lei natural que não é apenas *voluntas*, mas também *ratio*, uma vez que tem por conteúdo a manutenção e a defesa da vida humana.<sup>11</sup> No caso de conflito entre os atos do soberano e a *ratio* da lei natural, ele concede evidente prioridade à lei natural. “Os contratos que proíbem a defesa do próprio corpo são nulos”. Ninguém está obrigado a confessar um crime, ninguém está obrigado a matar a si mesmo ou um semelhante. O serviço militar obrigatório é ilícito do ponto de vista da lei natural. Apesar de faltar sua clareza habitual, assim formula Hobbes: “A lei natural obriga sempre perante a consciência (*in foro interno*), mas nem sempre *in foro externo*”<sup>12</sup>. O momento em que o dever de obediência acaba e o direito de insubordinação concedido apenas individualmente começa é formulado novamente apenas de maneira muito ambígua. “Se o soberano ordenar que mesmo uma pessoa legalmente condenada se mate, se fira ou se mutile, ou ainda que se abstenha de alimentos, ar, medicamentos ou de outras coisas sem as quais não possa viver, então a pessoa tem a liberdade da desobediência”<sup>13</sup>. A atitude ambivalente de Hobbes fica clara aqui. A ênfase está – como a época exigia – na soberania, na força sem lei, na demanda por um poder estatal independente dos grupos em disputa. Mas a liberdade é acentuada mesmo que de forma fraca.

Esse conflito é ainda mais visível em Spinoza, uma vez que, na realidade, ele desenvolve duas teorias: uma teoria do Estado e uma teoria do direito que estão em relação dia-

11 *Leviathan*. Molesworth Edition, volume 3, capítulo XVI, p. 147.

12 Idem. Capítulo XV, p. 145.

13 Idem. Capítulo XXI, p. 204.

lética. Na teoria do Estado de Spinoza, o absolutismo estatal é desenvolvido pelo menos de forma tão irrestrita como em Hobbes. Faltam os direitos individuais (*Reservatrechte*), mesmo que, com grande *pathos*, a liberdade seja postulada como finalidade do Estado. O súdito está submetido incondicionalmente aos atos do soberano – chamados de leis – mesmo nos assuntos religiosos. “A obediência faz o súdito”<sup>14</sup>. “Apenas os pensamentos são livres”<sup>15</sup>. Os últimos vestígios dos direitos individuais foram completamente eliminados no *Tractatus Politicus*, provavelmente sob a impressão causada pelo assassinato de seu amigo de Witt. “Quando nós... entendemos a lei como lei civil..., então não podemos de forma alguma dizer que o Estado está vinculado às leis ou que poderia pecar... Os direitos civis... dependem somente da decisão do Estado, e, para preservar sua liberdade, o Estado não precisa se dirigir a ninguém em sua conduta a não ser a si próprio e não precisa considerar bom ou ruim nada além do que é bom ou ruim para si próprio, segundo seu próprio juízo”<sup>16</sup>. No entanto, ao lado dessa teoria absolutista do Estado está sua teoria do direito, que na verdade apresenta uma decisiva correção da teoria do Estado. “O direito natural de toda a natureza e portanto de cada indivíduo” se estende “tanto quanto seu poder. Como consequência, o que uma pessoa faz segundo as leis de sua natureza, o faz segundo o direito natural mais elevado e ela tem tanto direito sobre a natureza quanto se estender seu poder”<sup>17</sup>. Normalmente o Estado tem o maior poder e tem assim o maior direito. Mas se um indivíduo ou um grupo conquistar poder, então cabe a eles ter direito exatamente na mesma medida. Assim, falta em Spinoza um

14 *Tractatus Theologico-Politicus*. Ausgabe Meiner, capítulo XVII, p. 293.

15 *Idem*. Capítulo XX, p. 356.

16 *Tractatus Politicus*, capítulo IV, § 5, p. 45.

17 Capítulo II, § 4.



sistema rígido em que a relação entre Estado e sociedade é inserida. Os limites são fluidos. Se um grupo social é poderoso, então ele consegue assegurar tanta liberdade perante a autoridade estatal quanto for o tamanho do seu poder. Ele pode, por fim, tomar a autoridade estatal para si próprio e transformar seu poder social em direito. Essa estranha teoria da legitimidade do factual é progressiva aqui. O poder do absolutismo de Estado é justificado pelos mesmos motivos que em Hobbes. Mas a liberdade dos indivíduos é protegida pelo poder, que se torna direito e que pode ser utilizado para, em uma sociedade baseada na divisão do trabalho, fazer negócios, trocar mercadorias e se ajudar mutuamente.<sup>18</sup> A teoria segundo a qual o direito é igual ao poder serve em primeiro lugar para opressão das massas, que compreensivelmente Spinoza odiava, mas ao mesmo tempo serve à luta contra a monarquia. Em Spinoza, essa é uma teoria de uma oposição que se sente muito forte, que não desempenhou seu papel e que espera poder converter seu poder econômico em poder político o quanto antes.

## II

À antinomia entre soberania e lei correspondem dois conceitos distintos de lei: um político e um racional. No sentido político, toda medida do poder soberano é lei independentemente de seu conteúdo. Declaração de guerra e acordo de paz, o Código Tributário e o Código Civil, a ordem dos policiais e dos oficiais de justiça, a sentença de um juiz bem como as normas jurídicas nela aplicadas – todas as manifestações do soberano são, pelo fato de serem manifestações do soberano, lei. Esse conceito de lei é determinado exclusivamente de forma genética. Lei é *voluntas* e nada mais.

---

18 *Tractatus Theologico-Politicus*, capítulo V, ao final da p. 99.

Podemos chamar uma teoria do direito de decisionista na medida em que ela aceita esse conceito de lei. Mas ao lado desse conceito está o conceito racional de lei, que não é determinado por sua origem, mas por seu conteúdo. Nem todas as medidas do soberano e não só medidas do soberano são lei. Aqui, lei é uma norma passível de penetração da razão, aberta ao entendimento teórico e que contém um postulado ético, frequentemente o da igualdade. Lei é então *ratio* e não necessariamente também *voluntas*. Essa lei racional pode, mas não precisa, ser emanção do soberano. Isso porque a teoria, especialmente a do direito natural, afirma a existência de leis materiais sem referência à vontade do soberano e afirma a validade de um sistema de normas mesmo quando a lei positiva estatal ignora os postulados dessa lei material. Esses dois conceitos de lei estão hoje rigorosamente separados.

O sistema tomista de direito natural ainda não conhecia uma separação como essa. Nele, *voluntas* e *ratio* ainda confluíam. Lei não é cada medida da autoridade, mas somente uma medida da autoridade que ao mesmo tempo corresponda às exigências da lei natural. A lei é o fundamento, é o critério, é a *regula artis* com que uma decisão justa deve ser alcançada. Contra uma lei que contradiz os princípios fundamentais da *lex naturalis*, a resistência passiva não é só um direito, mas dever, uma vez que nem mesmo Deus pode dispensar a *lex naturalis*. No sistema tomista, a lei natural é suficientemente concretizada e em parte institucionalizada: é a partir dela que o tomismo desenvolve uma série de reivindicações concretas para o legislador e ao mesmo tempo é dada a possibilidade de uma aplicação da lei natural contra a lei estatal contraditória, por meio do reconhecimento de, pelo menos, o direito passivo de resistência.

A divisão dos dois conceitos de lei é efetuada na escola dos nominalistas e na teoria do concílio (*Konzilstheorie*).

Desde então, a lei aparece também como a obra consciente da sociedade burguesa. A substituição do conceito político de lei pelo de direito natural não secular ocorreu nas lutas entre Igreja e Estado, na disputa dentro das sociedades eclesiástica e secular. Os nominalistas que representavam interesses burgueses específicos se opuseram ao direito do Papa à subordinação do poder secular. Nessas lutas, o direito natural é ora revolucionário, ora conservador, ora teoria crítica, ora apologia. Sempre que um grupo político ataca posições de poder de um outro, serve-se de um direito natural completamente revolucionário e deduz desse direito natural até mesmo o direito ao tiranicídio. Sempre que esse grupo conquista posições de poder, renuncia a todos os antigos ideais, nega a força revolucionária do direito natural e o transforma numa ideologia conservadora. Em razão de sua hostilidade contra a reivindicação de soberania da Igreja, Marsílio de Pádua<sup>19</sup> foi uma vez obrigado a restringir o poder do soberano secular por meio do reconhecimento de um direito natural fundado na liberdade. O legislador, o "*pars principans*"<sup>20</sup> não é ilimitado, mas está sob o poder de normas universais de direito natural que são amplamente concretizadas e institucionalizadas. Mas, ao mesmo tempo, para conseguir suficiente apoio popular a suas demandas, ele é obrigado a postular direitos democráticos de participação, sendo que o povo não é evidentemente entendido como soma de todos os cidadãos livres e iguais, mas somente como os "*pars valentior*". Os teóricos conciliares Gerson e Nicolau de Cusa foram conduzidos aos mesmos postulados em razão de seus conflitos a respeito das reivindicações do Papa à soberania da Igreja. Com toda a clareza, Gerson reduziu a vontade da Igreja à vontade individual da aristocracia eclesiástica

19 *Defensor Pacis*; editado por Previt-Orton, Cambridge (Inglaterra), 1928.

20 *Idem*, *Dictio I*, capítulo XIV.

reunida no Concílio. Além disso, Nicolau de Cusa colocou o poder eclesiástico sob normas universais de direito natural e recusou a validade de medidas do Papa que se opunham a essas leis universais.

A partir do início do século XIV, uma identidade entre lei política e lei racional não é mais mantida. A lei política é agora apenas medida do soberano. O direito natural, expresso em normas universais, confronta a lei política, restringido e indicando direções determinadas, conservando certas demandas sociais que incluem a manutenção regular da propriedade e dos direitos políticos de liberdade, mas também cada vez mais a reivindicação de igualdade perante a lei. Ao mesmo tempo, esse direito natural é principalmente defendido nas lutas dos monarcômacos<sup>21</sup>, sempre apresentado pelo grupo atacante. Para Bodin, que criou o primeiro sistema moderno de Estado e de direito, o compromisso com a soberania como um poder absoluto e duradouro é tão forte quanto o compromisso com a lei racional que limita esse poder absoluto.

### III

O direito natural desaparece no liberalismo na medida em que a democracia – e com ela a teoria do contrato social – se afirma. A universalidade da lei positiva passa para o centro do sistema jurídico. Apenas uma lei que tenha caráter universal é chamada de lei e, assim, de direito. Por vezes pensamos que a diferença entre a lei geral e a medida individual é apenas relativa, já que, se comparada ao ato executivo, cada ordem do superior aos subalternos é geral

---

21 Ver nota explicativa sobre o uso que Neumann faz desse termo em NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução de Rúrion Soares Melo. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 42. [N. T.]

em algum sentido porque o executante sempre tem algum grau de iniciativa, ainda que pequeno. Quem reconhece apenas esses conceitos, passíveis de ser formulados lógica e claramente, como legítimos na teoria do direito e quem recusa toda decisão como subjetiva e, portanto, como arbitrária, também irá rejeitar a delimitação entre norma geral e medida individual<sup>22</sup>. Entendemos por norma jurídica um juízo hipotético do Estado sobre um comportamento futuro dos súditos e a lei é a forma fundamental em que essa norma jurídica aparece.

Três elementos são relevantes para o caráter da lei: a lei deve ser geral na construção da proposição (*Satzbau*), deve ser determinada em sua universalidade e não pode ter força retroativa. Rousseau formulou a demanda por universalidade na construção da proposição da seguinte forma: “Quando eu digo que o objeto das leis é sempre universal, entendo que a lei considera os súditos como coletividade e suas ações como abstratas e que nunca entende uma pessoa como indivíduo particular ou leva em conta uma ação individual. Assim, a lei pode muito bem estatuir a existência de privilégios, mas nunca pode conceder um privilégio nomeadamente a uma pessoa... em uma palavra: toda afirmação que se refere a um objeto individual não pertence ao poder legislativo”<sup>23</sup>.

---

22 O problema teórico da separação entre norma geral e medida individual não será tratado aqui. Muito menos será abordada a questão de até que ponto seu caráter geral não pode ser pensado sem esse pressuposto. Esses problemas serão tratados em breve nessa revista, na disputa com o positivismo jurídico (principalmente com a teoria pura do direito e os neo-realistas americanos).

23 *Contrat Social*, II, 6. “Quand je dis que l’objet des lois est toujours général, j’entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu, ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu’il y aura des privilèges, mais elle n’en peut donner nommément à personne,... en un mot, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n’appartient point à la puissance législative.”

Mas essa primeira determinação não é suficiente porque “o que é direito deve vir a ser lei para adquirir não só a forma da sua universalidade, mas sua verdadeira determinação. Deste modo, a ideia de legislação não significa apenas um momento em que algo se exprime como regra de conduta válida para todos, mas seu momento essencial interno é, antes disso, o conhecimento do conteúdo em sua definida universalidade”.<sup>24</sup> Em que consiste o conteúdo dessa universalidade? Para desenvolver essa determinação concreta, nós distinguimos entre proposições jurídicas (*Rechtssätzen*) e proposições jurídicas fundamentais (*Rechtsgrundsätzen*) ou cláusulas gerais, como são chamadas pela ciência jurídica alemã. Proposições como: contratos que violam a *public policy* ou que são *unreasonable* ou imorais são nulos (§138 do Código Civil Alemão), ou então que há dever de indenização quando alguém causa danos a outrem por meio da ofensa aos bons costumes (§826), ou que será punido “quem comete um ato que a lei declara como passível de punição ou que merece punição segundo a ideia fundamental de uma lei penal ou segundo o saudável sentimento popular” (§2º do Código Penal do Império Alemão, na versão da lei de 28 de junho de 1935), não são proposições jurídicas ou leis universais, mas representam uma falsa universalidade. Isso porque, na sociedade atual, não é possível produzir unanimidade a respeito de se uma ação é contrária aos costumes ou *unreasonable* num caso concreto, se uma punição corresponde ou contraria o saudável sentimento popular. Essas proposições não têm, portanto, conteúdo claro. Um sistema jurídico que constrói suas proposições jurídicas principalmente por meio de elementos dessas assim

---

24 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §211. [Tradução adaptada de HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Martins Fontes: São Paulo, 1997, p. 186 (N. T.)]

chamadas cláusulas gerais ou *legal standards of conduct* é, como mostraremos adiante, apenas uma capa que encobre as medidas individuais. Por outro lado, proposições como: a capacidade jurídica das pessoas começa com a conclusão do nascimento (§1º do Código Civil Alemão), ou a transmissão da propriedade se realiza por acordo das partes e inscrição no registro de imóveis (§873 do Código Civil Alemão), são normas jurídicas porque os elementos factuais essenciais são determinados e não remetem a ordenamentos morais, que não têm vinculação geral e não são aceitos como vinculantes. Quando os princípios fundamentais ou partes importantes do sistema jurídico estão sob o domínio de cláusulas gerais como essas, então não se pode mais falar em império da lei universal.

Essa estrutura formal da lei geral também contém – e aqui está o terceiro elemento da universalidade – ao mesmo tempo um mínimo de determinação material. Porque a lei geral assim determinada garante um mínimo de independência ao juiz, precisamente por não submetê-lo às medidas individuais do soberano. A lei geral contém, ao mesmo tempo, a reivindicação pela inadmissão da retroatividade. Uma lei que ordena a retroatividade apresenta regulamentos individuais na medida em que os fatos referidos pela lei já existem.

Os fatos que a lei encontra e regula ou são esferas de liberdade das pessoas ou são instituições humanas. Em sentido jurídico, a liberdade tem apenas e exclusivamente um significado negativo. Ela é apenas “ausência de coerção externa”<sup>25</sup>. Essa “liberdade negativa ou essa liberdade de entendimento é unilateral, mas essa unilateralidade contém sempre contém em si uma determinação essencial: ela não deve ser, portanto, descartada, mas a deficiência do enten-

---

25 Hobbes, *Leviathan*, p. 116.

dimento está em que ele ergue uma determinação unilateral à condição única e suprema”.<sup>26</sup>

Não basta se contentar com a apresentação de uma esfera geral de liberdade humana perante o Estado. Ainda que superficial e imprecisa, a distinção entre diferentes tipos de direitos de liberdade é importante aqui. Tentativas como essa são frequentemente feitas na literatura jurídica alemã e executadas com mais ou menos habilidade. Nós distinguimos fundamentalmente quatro verdadeiros direitos de liberdade (*Freiheitsrechte*). Os direitos de liberdade pessoal, que são os direitos do indivíduo isolado, bem como a determinação de que a prisão só pode acontecer com fundamento nas leis e em um processo regrado; a liberdade de domicílio e a liberdade de correspondência. Os direitos políticos de liberdade são políticos porque apenas adquirem significado por meio da vida comum no Estado (*Zusammenleben im Staat*), uma vez que incluem a liberdade de associação, de reunião, de imprensa e o direito ao voto secreto. Eles são tanto liberais – na medida em que garantem uma esfera de liberdade ao indivíduo – quanto democráticos, por serem o meio que permite o estabelecimento democrático da vontade do Estado (*Staatswillen*). Uma terceira categoria é a dos direitos econômicos de liberdade: liberdade de comércio e de negócio. No período da democracia, os direitos políticos de liberdade são transferidos para o plano social por meio do reconhecimento do direito sindical para os trabalhadores. A diferenciação nessas quatro categorias não exige nem coesão lógica nem tampouco completude histórica. Esses direitos de liberdade geralmente não são garantidos nas constituições como liberdades ilimitadas. Uma garantia como essa seria

---

26 Hegel, op. cit., § 5, Adendo. [Tradução adaptada de NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*. Tradução de Rúrion Soares Melo. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 81 (N. T.)]



absurda. Eles são assegurados exclusivamente “no quadro das leis”, são equipados com a assim chamada “reserva da lei”, de modo que uma interferência nas liberdades pode ser realizada com fundamento nas leis. A mais importante e talvez a mais decisiva exigência do liberalismo consiste em que as intervenções nos direitos individuais (*Reservatrechte*) não podem acontecer com base em leis individuais, mas exclusivamente em leis gerais.

Além das esferas individuais, a lei geral também regula instituições humanas. Entendemos por instituição o estabelecimento de uma relação de poder ou de cooperação de longo prazo com a finalidade de reprodução da vida social. A relação pode ser tanto entre pessoas ou entre bens ou mesmo entre pessoas e bens. Essa definição não tem qualquer implicação. Ela é uma descrição. O conceito de instituição tampouco tem a ver com as teorias pluralistas do Estado ou com a filosofia do direito tomista ou nacional-socialista, que hoje colocam esse conceito no centro de suas teorias. O conceito abrange todos os tipos de associações: instituições, fundações, a empresa, o estabelecimento, o cartel, o casamento. Ele abarca especialmente a principal instituição da sociedade burguesa: a propriedade privada dos meios de produção. A propriedade privada em si é um direito subjetivo e absoluto que concede direitos de defesa ao proprietário contra qualquer pessoa que perturbe a posse ou fruição do objeto da propriedade. Para além disso, a propriedade privada dos meios de produção é também uma instituição. Ela é pensada para o longo prazo, serve à produção e reprodução da vida social e dispõe as pessoas em um domínio de poder.

Instituições e direitos de liberdade integram relações determinadas e verificáveis. Uma liberdade pode ser uma liberdade principal (*Hauptfreiheit*) e, para sua segurança e funcionamento, pode estar rodeada de liberdades e de institui-

ções auxiliares ou, como chamou Karl Renner, de liberdades e institutos conexos (*Konnexfreiheiten/Konnexinstituten*)<sup>27</sup>. Da mesma forma, uma instituição pode estar rodeada de liberdades conexas. A propriedade, entendida como instituição principal da sociedade burguesa, é rodeada pelos decisivos direitos conexos de liberdade de contrato e de comércio. O proprietário dos meios de produção precisa ter o direito de estabelecer ou de fechar uma operação comercial, ele precisa ter o direito de celebrar contratos de compra e venda, troca, aluguel, arrendamento, empréstimo e hipoteca, porque é só por meio do reconhecimento desses direitos de liberdade que ele consegue produzir e reproduzir.

Os direitos econômicos de liberdade não são protegidos para seu próprio bem, mas exclusivamente porque sua proteção é necessária para o funcionamento do instituto principal (*Hauptinstitutes*) em uma determinada fase do desenvolvimento econômico. O contrato, a forma jurídica em que a pessoa põe sua liberdade em marcha, é um elemento constitutivo da sociedade burguesa no período da livre concorrência. Ele suprime o isolamento dos proprietários, ele serve de mediador entre eles e, assim, torna-se tão importante quanto a própria propriedade. “É esta mediação que constitui o domínio do contrato, esta mediação que a propriedade estabelece, não só de uma coisa com a minha vontade objetiva mas também com outra vontade, havendo portanto uma vontade comum de posse”<sup>28</sup>.

O liberalismo entende o império da lei, o *rule of law*, apenas e exclusivamente como o primado do direito positivo e não o império de um direito consuetudinário ou natural. Na

27 Sobre o problema, ver Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre Funktion*. 2ª edição. Tübingen, 1929 e Franz Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*. Berlin, 1932, p. 86 e seguintes.

28 Hegel, op. cit., § 71. [Tradução de Orlando Vitorino em HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1997, p. 70 (N. T.)]

verdade, o direito natural desapareceu na Inglaterra durante o império de Henrique VII, uma vez que, nesse período, a prioridade das leis do Parlamento e o dever dos juízes de obedecê-las não podiam ser negados.<sup>29</sup> Já no século XVI, a fórmula dominante de supremacia do direito significava nada menos do que o império das leis do Parlamento.<sup>30</sup> É claro que tendências jusnaturalistas muito fortes emergiram durante a revolução puritana<sup>31</sup>, representadas tanto por republicanos na luta contra a monarquia quanto por monarquistas em sua defesa. Desde essa época, o império do direito natural não foi mais defendido nem na própria literatura, quanto menos no Judiciário. Mesmo Blackstone (1723-1780), que transcreveu o sistema de direito natural de Burlamaqui no primeiro volume de seus *Commentaries* e que apoiou o império de um direito natural eterno e imutável, precisa admitir, na passagem em que trata sobre a soberania do Parlamento, que o Parlamento poderia fazer o que quisesse e que ele não sabia de nenhum meio para implementar o império do direito natural por ele postulado.

Na Alemanha, o direito natural teve outro destino se comparado à Inglaterra. Primeiro ele transformou seu caráter para em seguida finalmente desaparecer. Por um lado, o direito natural pode ser um direito justificado por meio da liberdade e então é a teoria crítica de uma oposição burguesa que luta contra o absolutismo. Ou então é uma teoria que deve legitimar a soberania estatal e não a liberdade e, nesse

---

29 Ver Holdsworth, *History of English Law*. Volume IV, p. 187.

30 Uma exceção é o caso Bonham, tratado muitas vezes, mas que pode ser explicado a partir do conflito pessoal entre Coke e Jaime I. Ver Charles H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, New Haven, 1910, p. 81 e, principalmente, Theodor F. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*. In: *Harvard Law Review*, n. 40, p. 30.

31 Excelente interpretação em Gooch-Laski, *English Democratic Ideas in the Seventeenth Century*. Cambridge, 1927.

sentido, é por vezes apologética. Não havia razão para a continuidade de nenhum dos dois tipos de direito natural na Inglaterra. No caso do direito natural libertário, porque a burguesia chegou ao poder político no século XVII. No caso do direito natural absolutista, porque a unidade do Estado não estava mais em questão desde Henrique VIII ou mesmo na própria revolução puritana. Na Alemanha, pelo contrário, ambas as tarefas ainda estavam por resolver. Mas o mais urgente era a formação de uma autoridade estatal unitária como uma importante condição de produção da sociedade burguesa. O direito natural de Pufendorf, que teve extraordinária influência nos juristas dos séculos XVII e XVIII, serviu à tarefa de justificar a coerção estatal de forma jusnaturalista.<sup>32</sup> A natureza humana é dominada por dois impulsos: o da sociabilidade e o da auto-preservação.<sup>33</sup> Como não existe uma harmonia natural entre os dois instintos, ela precisa ser provocada à força.<sup>34</sup> Por não prever sanção, o direito natural é incapaz dessa tarefa. Sua execução é apenas deixada a critério do “*foro divino et conscientiae*”<sup>35</sup>. Mas isso é insuficiente. A sanção é, portanto, assumida pelo Estado justificado pelo contrato, que deve ser absoluto. O direito do Estado é a ordem do soberano, é pura *voluntas*<sup>36</sup>, e o direito de resistência, admitido por Pufendorf, não se refere a nada de decisivo.<sup>37</sup> No sistema de Christian Thomasius, o direito natural é apenas um conselho do qual decorrem

---

32 As obras de Pufendorf serão citadas a partir da edição do *Carnegie Endowment for International Peace*. a) *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, b) *De Jure Nature et Gentium Libri Octo*, c) *De Officio Hominis et Civis Libri Duo*.

33 *De Off.* I C III, 8, 9.

34 *De Off.* I C V, 5.

35 *De Off.* I C II 7.

36 *De Off.* II C XII, 1.

37 *De Off.* II C XII, 8.

certas obrigações morais.<sup>38</sup> Mas como direito e moral são rigorosamente separados e o critério supremo do direito é seu caráter coercitivo, então seu sistema de direito natural também serve para a legitimação da coerção estatal. Por mais distinto que seja o ponto de partida de Christian Wolff<sup>39</sup> e por mais que ele enfatize a validade de uma *lex aeterna*, ele também chega ao resultado de que só o Estado garante uma vida comum ordenada. A diferença para as teorias racionalistas de Pufendorf e Thomasius reside no fato de Wolff também atribuir tarefas culturais e de bem-estar ao Estado. Da mesma forma que seu sistema era adequado às formas de governo de Frederico II da Prússia e de José II da Áustria, os sistemas de Pufendorf e Thomasius eram expressão da forma estatal do príncipe-eleitor (*Kurfürst*) Frederico Guilherme I.

O direito natural desaparece completamente na teoria do direito de Kant, se ela for vista de forma isolada de sua ética. O Estado é a organização que deve possibilitar a existência da liberdade de um indivíduo junto aos demais. Mas a decisão a esse respeito não é da personalidade autônoma (*autonome Persönlichkeit*), mas do Estado absoluto<sup>40</sup>, que é o postulado lógico do estado de natureza, em que uma propriedade provisória e a proposição *pacta sunt servanda* já são

---

38 *Fundament des Natur- und Völkerrechts.*

39 Citado a partir da edição do *Carnegie Endowment for International Peace. Jus Gentium Methodo Scientifico Pertractatum.*

40 *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, Segunda Parte, Primeiro parágrafo, Observação geral A, "Pois aquele que deve restringir o poder do Estado há de ter, decerto, mais poder, ou pelo menos um poder igual, quando comparado com o poder que se quer restringir; e como soberano legítimo, que ordena aos seus súditos resistir, deve também poder defendê-los e julgá-los legalmente em cada caso e, portanto, poder ordenar publicamente a resistência. Mas esta pessoa, e não a autoridade existente, seria então o poder supremo; o que é contraditório." [Tradução adaptada de KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes – Parte I: Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 2004. (N. T.)]

afirmadas de forma dogmática. A liberdade do sujeito de direito kantiano é apenas garantida pelo fato de apenas ser permitido ao Estado governar por meio de leis gerais. Esse postulado será sustentado com todo o rigor. Kant recusa até mesmo atenuar o direito estrito positivado em leis gerais por meio do direito de equidade. Isso porque a equidade “é uma deusa parva que não pode ser ouvida. Disso também decorre que um tribunal da equidade (numa disputa de outros sobre seus direitos) envolveria uma contradição”.<sup>41</sup> De Kant até o final do século XIX, a reivindicação pela universalidade das leis ocupa o centro da teoria do direito alemã. Ao exigir que o Estado governe por meio de leis universais, Kant recepciona a teoria de Montesquieu e de Rousseau.

Isso porque a exigência de que o Estado deva governar por meio de leis universais talvez tenha sido representada de forma mais clara no *Esprit des lois* de Montesquieu. Montesquieu foi influenciado por Descartes através da mediação de Malebranche. Assim como em Descartes o mundo é baseado nas leis universais da mecânica que nem mesmo Deus pode alterar – porque toda medida individual é estranha a sua essência e porque Deus se retira do universo e se torna “*immense, spirituel et inifini*” –, em Montesquieu, a lei estatal é geral e privada das medidas do soberano da mesma forma<sup>42</sup>. A Revolução Francesa foi fortemente dominada pela doutrina de Rousseau e Montesquieu. Mirabeau, presidente do comitê de elaboração do projeto dos direitos humanos, propôs no dia 17 de agosto de 1789 a inclusão da seguinte cláusula: “Por ser expressão da *volonté générale*, a lei deve

41 *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, Apêndice à Introdução I. [Tradução adaptada de KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes - Parte I: Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução de Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 2004. (N. T.)]

42 E. Buss, *Montesquieu und Cartesius*. In: *Philosophische Monatshefte*, n. IV, 1869/1870. p. 5 e seguintes.

ser universal em seu objeto”. Assim, o artigo da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* também inclui a cláusula de que a lei é expressão da *volonté générale*, uma ideia que é repetida no artigo 6 da Declaração de 1793 e no artigo 6 da Constituição do Ano III. Ao longo da revolução, foi feita uma diferenciação entre *lois* e *décrets* na Constituição de 1791 e na Constituição jacobina de 1793. A Constituição girondina de 1793, criada sob a decisiva influência de Condorcet, acentua fortemente no artigo 4º da sessão 2: “As características distintivas das leis são sua universalidade e sua duração ilimitada” e distingue as leis das medidas (*mesures*) para o caso de emergência. Com exceção de Carré de Malberg, a teoria constitucional francesa<sup>43</sup> manteve até hoje a diferenciação entre lei geral e medida individual, apesar de ela não aparecer mais nas constituições posteriores e de nunca ter sido reconhecida pela *praxis* francesa.

A doutrina alemã deveu muito à francesa, mas se distanciou dela de forma decisiva no final do século XIX. Robert von Mohl<sup>44</sup>, Lorenz von Stein<sup>45</sup> e Klueber<sup>46</sup>: a exigência de universalidade da lei ocupa o centro da doutrina de todos eles. No entanto, sob a influência do todo-poderoso Paul Laband desaparece o pressuposto da necessidade da generalidade da lei. Em seu lugar é inserida uma outra separação, nomeadamente a separação entre lei formal e material. Lei formal é toda expressão da vontade estatal; lei material é apenas uma expressão da vontade estatal que contenha uma proposição jurídica, ou seja, que produza direitos e deveres subjetivos.

43 Começando com o *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Merlin. Edição de 1827, p. 384.

44 *Politik*, volume 1, Tübingen, 1862, p. 420 e *Enzyklopädie* de 1859, p. 139.

45 *Verwaltungslehre*, volume 1, p. 73.

46 *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, Frankfurt a. M., 1846, p. 363.

Nesse sentido, a lei orçamentária não é material, uma vez que contém apenas uma autorização para que o Estado possa realizar despesas nos limites do orçamento. Essa teoria dualista foi amplamente aceita pela ciência jurídica alemã.

Apesar da vitória da teoria da supremacia do Parlamento, o caráter geral das leis tampouco foi negligenciado na Inglaterra. Blackstone<sup>47</sup> inclusive afirma que uma lei individual é “antes uma proposição do que uma lei”. Mesmo Austin, o representante mais radical do conceito político de direito hobbesiano, atreve-se a afirmar<sup>48</sup> que só podemos falar de uma lei quando ela tiver caráter geral. No único caso em que os tribunais ingleses trataram da questão de se medidas individuais têm caráter de lei e, portanto, caráter de direito, a resposta foi afirmativa<sup>49</sup>. Essa decisão é extraordinariamente interessante porque os juízes frequentemente se manifestam sobre por que, nesse caso, uma medida individual tinha de ser entendida como lei. A decisão trata da validade de uma proclamação de um alto comissário de uma colônia, por meio da qual a liberdade de um nativo foi privada. A pergunta originada pelo caso foi a de até que ponto uma medida individual como essa poderia suspender as liberdades garantidas pela lei do *habeas corpus*. O *Lord Justice Farwell* justificou a legalidade da seguinte forma: “A verdade é que, em países habitados por nativos que ultrapassam a população branca em número, leis como essas (a saber, a lei do *habeas corpus*), apesar de serem o baluarte da liberdade no Reino Unido, podem muito bem se tornar a sentença de morte dos brancos se forem aplicadas lá (nas colônias)”. E o *Lord Justice Kennedy* acrescenta que a legislação direcionada contra uma pessoa determinada é um privilégio e que “em geral, assim espero

47 *Commentaries of the Laws of England*, volume 1, p. 44.

48 *Lectures on Jurisprudence*. 5ª edição, Londres 1929, volume 1, p. 94.

49 *Re v. Crewe* (ex parte Sekgome), 1910, 2 K. B. 576.



e acredito, uma legislação como essa não é recomendável nem para o legislador britânico, da mesma forma como ela pouco convinha ao legislador da Roma Antiga". Aqui é enfatizado com grande clareza o caráter de dois gumes da lei universal em uma sociedade dominada por conflitos de interesse decisivos.

A postulação da universalidade da lei anda de mãos dadas com a recusa da retroatividade da lei. "A retroatividade é o maior atentado que a lei pode cometer. Ela é a dilaceração do contrato social, ela é a eliminação das condições que permitem a sociedade ter o direito de esperar obediência do indivíduo. Porque ela priva o indivíduo das garantias que ela havia lhe assegurado e que eram a contrapartida de sua obediência, da qual ele é uma vítima. A retroatividade priva a lei de seu caráter. A lei retroativa não é lei."<sup>50</sup> É assim que Benjamin Constant caracteriza a retroatividade das leis. Também esse pensamento provém diretamente da teoria de Rousseau e encontrou aceitação na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e na Constituição do Ano III, sem que com isso existam hoje obstáculos constitucionais para a promulgação de leis retroativas quer na França ou na Inglaterra. Na Alemanha, a Constituição de Weimar elevou a proibição de retroatividade das leis penais à categoria de uma garantia constitucional.

Uma teoria da estrutura formal da lei como essa leva automaticamente a uma teoria específica sobre o posicionamento do juiz em relação à lei. Quando a lei – e só a lei – impera, então o juiz não tem nada além do que tarefas cognitivas. Os juízes são, como Montesquieu os caracterizou, nada mais do que "a boca que proclama as palavras da lei, ser inanimado". Em razão dessa suposta insignificância, os atos

---

50 *Moniteur*, 1º de junho de 1828, p. 755.

dos juizes são “*en quelque façon nul*”<sup>51</sup>. Essa teoria “fonográfica” da aplicação do direito<sup>52</sup> está evidentemente vinculada à teoria da divisão dos poderes, isto é, à afirmação de que criação do direito e legislação seriam idênticos e que não seria possível criar direito fora do processo legislativo, seja através da sociedade ou de juizes ou funcionários administrativos. Cazalés foi quem expressou essas ideias de forma mais clara: “Há apenas dois poderes em cada sociedade política: aquele que cria as leis e aquele que as executa. O poder judiciário... consiste apenas na pura e simples aplicação da lei...”<sup>53</sup>. Mas ideias parecidas podem ser encontradas no *Federalist*; nas teorias inglesas, podem ser encontradas em Hobbes, bem como na história da *common law* de Hale.

Assim, o sistema jurídico do liberalismo foi tido como um sistema fechado e sem lacunas, que apenas deveria ser aplicado pelos juizes. O pensamento jurídico desse período é chamado de positivismo ou normativismo. A interpretação das leis pelos juizes é chamada de interpretação dogmática (na Alemanha) ou exegética (na França). Para conseguir uma clareza completa do sistema jurídico, também Bentham preferiu uma codificação do direito inglês porque “um código não exigiria escolas para sua interpretação, não necessitaria de casuístas para revelar suas sutilezas; ele falaria uma língua familiar a todos. Qualquer um poderia consultá-lo segundo suas necessidades... Os juizes não devem criar o direito... Comentários, se feitos por escrito, não devem ser citados... Quando um juiz ou um advogado acreditar ter encontrado um erro ou uma lacuna, deve compartilhar sua opinião com a entidade legisladora”<sup>54</sup>. É importante que principalmente a

51 Montesquieu. *Esprit des lois*. XI, 6.

52 Assim a chama Morris R., *Law and the Social Order*. New York, 1933. p. 112.

53 *Archives parlementaires*. 1ª série, volume 11, p. 892.

54 *General view of a complete code of laws*. Edição Bowring, volume III, p. 210.

Revolução Francesa não se contentou apenas com a doutrina de que os juízes não deveriam criar o direito, mas tentou institucionalizá-la. O desenvolvimento começou com a famosa exigência de Robespierre: “Essa ideia<sup>55</sup> da criação do direito... tem de ser eliminada da nossa língua. Em um Estado em que há constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais consiste em nada além do que a lei”<sup>56</sup>. Assim, os decretos de 16 e 24 de agosto de 1790 proibiam a interpretação da lei pelo juiz e ordenavam que ele recorresse à entidade legisladora em casos de dúvida. As funções desse *Référé Législatif*, como era então chamado, foram posteriormente assumidas pelo *Tribunal de Cassation* e, ainda mais tarde, pelo *Cour de Cassation*, mas esses órgãos eram constituídos como parte da entidade legislativa e não como tribunais. Mais tarde, sobretudo sob a influência de Portalis, esse doutrinário simplesmente impraticável foi abandonado e a liberdade de interpretação do juiz foi novamente estabelecida no *Code Civil*. Segundo Portalis, o juiz deve preencher as lacunas com ajuda “da luz natural do sentido do direito e do saudável entendimento humano”. Mas essa ideia não encontrou aplicação na teoria francesa. Pelo contrário – principalmente a partir do ano 1830, a *École de l’Exégèse* foi vitoriosa. 1830 é o ponto de inflexão da teoria do direito francesa. A partir de então as leis são interpretadas de forma dogmática. O sistema jurídico é tido como fechado, a teoria fonográfica é aplicada sem hesitação, a função de criação do direito pelo juiz é negada. Não há mais recurso a ponderações de justiça

---

55 A citação de Robespierre em alemão diz que a *palavra* “criação do direito” deve ser eliminada do idioma. Em alemão, a ideia de “criação do direito” é expressa em uma palavra só (*Rechtsschöpfung*), o que não é possível em português. [N. T.]

56 *Archives parlementaires*. 1ª série, volume 20, p. 516. Formulações parecidas são encontradas em Le Chapelier.

e de utilidade.<sup>57</sup> Desenvolvimentos parecidos podem ser encontrados na Alemanha. Assim, Frederico II da Prússia proibiu a interpretação de leis no dia 14 de abril de 1780. O artigo 4º da introdução da *Allgemeinen Landsrecht* proibiu a interpretação de leis contra a letra e o contexto das palavras. Feuerbach provavelmente é o autor da instrução da Baviera de 19 de outubro de 1813 que proíbe funcionários públicos e especialistas de escrever comentários sobre o Código Penal da Baviera de 1813.<sup>58</sup> O inimigo de Feuerbach, Savigny, não se diferencia dele nesse ponto. Savigny e a escola histórica do direito vêem apenas a lei, o “*Volksgeist*” e o direito costumeiro como fontes do direito.<sup>59</sup> Também na teoria de Savigny o direito é entendido como um sistema fechado, unitário e completo e o juiz tem apenas de reconhecer a verdade e não criá-la.<sup>60</sup> A teoria alemã da aplicação do direito é dogmática durante todo o século XIX.

A teoria da separação de poderes, da qual depende essa teoria de aplicação do direito, não significa, no entanto, a suposição de uma igualdade entre os três poderes, mas implica sempre o reconhecimento da supremacia do poder legislativo, já em Locke como em todos os posteriores. Consequentemente, em quase todo século XIX e na Alemanha até o ano 1919, é negado o direito de revisão judicial de leis promulgadas adequadamente. A teoria constitucional

---

57 Um bom – ainda que não suficiente do ponto de vista científico – panorama sobre as teorias francesas pode ser encontrado em Julien Bonnecase, *La Pensée Juridique Française de 1804 à l'Heure Présente*. 2 volumes, Bordeaux, em especial o volume 1, p. 246. O livro mais famoso é o de François Géný, *Méthode de l'Interpretation et Sources du Droit Privé Positif*. 2ª edição, Paris, 1919. Géný é o criador da “jurisprudência sociológica”.

58 Gustav Radbruch, *Feuerbach*, Viena 1934, p. 85.

59 G. F. Puchta. *Gewohnheitsrecht*. Volume 1, 1828, p. 144 e seguintes.

60 F. K. von Savigny. *System des heutigen römischen Rechts*. Volume 1, pp. 262-263.

alemã estava dividida nessa questão: os liberais apoiavam o direito judicial de revisão, os conservadores o rejeitavam. Mas apesar de a maioria ter se declarado a favor do direito de revisão judicial no quarto encontro alemão de juristas em 1863, o número de apoiadores declinou rapidamente sob o governo de Bismarck. A prática negava um direito como esse continuamente e permitia a revisão judicial apenas no que dizia respeito à compatibilidade entre leis estatais e federais.

Qual é a importância social da teoria do império da lei, da negação do direito natural e da absoluta submissão do juiz à lei? Na Inglaterra, na Alemanha e na França, a crença no império da lei expressou tanto a força como a fraqueza da burguesia. A afirmação da supremacia do direito posto implica principalmente a outra afirmação de que medidas sociais só podem ser introduzidas por meio da legislação. Mas a primazia da legislação é pressuposta porque, também na Inglaterra e na França, a burguesia tinha um papel importante no processo legislativo. No entanto, leis são sempre intervenções na liberdade ou na propriedade. Se essas intervenções só podem ser realizadas por meio de lei ou com fundamento em leis e se a burguesia é representada de forma decisiva no Parlamento, então essa doutrina implica que aquela camada social que é objeto da intervenção irá, ela própria, determinar as intervenções e, evidentemente, irá assim resguardar seus interesses. Se o Parlamento é o meio decisivo para mudanças sociais, a consequência disso é que o império da lei parlamentar se torna ao mesmo tempo um meio de bloquear ou ao menos de parar o avanço social. A doutrina esconde, portanto, a relutância das classes dominantes em relação à reforma social, na medida em que a lentidão da máquina parlamentar transforma o único meio de mudança do direito em um meio para a preservação de sua

imutabilidade.<sup>61</sup> Por fim, a doutrina tem uma última função ideológica: a do encobrimento dos verdadeiros detentores do poder. A invocação da lei como o único soberano e o pressuposto de que a soberania seria “*a government of laws and not of men*” tornam desnecessário mencionar que pessoas exercem o poder, ainda que governem dentro do âmbito das leis. Disso decorre que a supremacia da lei parlamentar ocupa o centro da doutrina constitucional contanto que a burguesia tenha influência decisiva no Parlamento. Se essa influência começa a diminuir, então surgem no mesmo instante novas doutrinas jusnaturalistas destinadas a reduzir a supremacia de um Parlamento em que representantes do operariado também exerçam influência. “Paralela a essa doutrina hegeliana, desenvolveu-se na França o ensinamento dos *doutrinários*, que proclamavam a *soberania da razão* em contraposição à *razão do povo*, com o objetivo de excluir as massas e governar sozinhos.”<sup>62</sup> Mas, ao mesmo tempo, a doutrina da supremacia da lei parlamentar esconde a fraqueza da burguesia. A afirmação de que mudanças sociais poderiam ocorrer apenas por meio de lei parlamentar ou que juízes e autoridades administrativas apenas declarariam o direito sem criá-lo é uma ilusão que serve para não ter de admitir o poder de criação do direito de autoridades extraparlamentares. A doutrina expressa claramente a ambivalência do caráter burguês: a afirmação enfática da autonomia humana corresponde a uma declaração igualmente apaixonada em favor do império da lei.

61 Ver Georg Jäger, *Das englische Recht zur Zeit der klassischen Nationalökonomie*. Leipzig, 1929, p. 30.

62 Karl Marx, *Die heilige Familie*, VI. Capítulo, 1a. [Tradução adaptada de MARX, Karl. *A Sagrada Família: ou a crítica da Crítica crítica* (contra Bauer e consortes). Tradução de Marcelo Backes. Boitempo: São Paulo, 2003. (N. T.)]

Mas a teoria do império da lei também é necessária para a satisfação das condições da concorrência capitalista. A necessidade de previsibilidade e de confiança no sistema jurídico e na administração realmente foi um dos motivos para a limitação do poder dos príncipes-patrimoniais (*Patrimonial-Fürsten*) e da feudalidade com a criação do Parlamento, com a ajuda do qual a burguesia controlava a administração e as finanças e participava das modificações do sistema jurídico.<sup>63</sup> A livre concorrência necessitava da lei universal porque ela é a forma mais acabada da racionalidade formal e, ao mesmo tempo, porque também precisa exigir a submissão absoluta do juiz à lei e, assim, à divisão de poderes. A livre concorrência está condicionada à existência de um grande número de competidores com aproximadamente a mesma força, que concorrem em um mercado livre. Liberdade do mercado de produtos, liberdade do mercado de trabalho, livre seleção no interior da classe empresarial, liberdade contratual e, sobretudo, previsibilidade do Judiciário são as características essenciais do sistema liberal de concorrência, que, por meio de uma empresa capitalista racional e contínua, quer de fato gerar lucro e lucro sempre renovado. A primeira tarefa do Estado consiste na criação de uma ordem jurídica como essa que garanta o cumprimento dos contratos. A expectativa de que os contratos deverão ser cumpridos deve ser sempre calculável. Quando os competidores são aproximadamente iguais, essa previsibilidade só pode ser criada por meio de leis gerais. Essas leis gerais precisam ser tão determinadas em sua abstração para que apenas reste o mínimo de espaço para apreciação do juiz. Numa sociedade assim constituída, portanto, o juiz não pode se voltar a cláusulas gerais. Quando o Estado intervém na liberdade e na propriedade, ele precisa tornar suas próprias intervenções previsíveis. Ele não pode

---

63 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, p. 174.

intervir com força retroativa, senão eliminaria expectativas já criadas. Ele não pode intervir sem lei porque uma intervenção como essa não seria previsível. Ele não pode intervir por meio de medidas individuais porque cada intervenção como essa fere o princípio da igualdade dos competidores. É por isso que também o juiz precisa ser independente e que o litígio precisa ser decidido independentemente dos desejos e manifestações do governo. Disso decorre que os poderes precisam ser diferentes. Independentemente de seu significado político, a divisão de poderes é o elemento organizador da livre concorrência porque cria competências e demarcações claras entre as diferentes autoridades do Estado e, desse modo, garante a racionalidade do direito e sua aplicação.<sup>64</sup> Dessa forma, desfaz-se a aparente oposição no posicionamento dos liberais perante a legislação, uma antinomia que Roscoe Pound<sup>65</sup> encontrou principalmente na posição dos puritanos americanos. Ela consiste, por um lado, na aversão a qualquer tipo de legislação e, por outro, na firme convicção na legislação, ligada com a aversão ao direito consuetudinário e ao direito embasado na equidade. Esse é o posicionamento do liberalismo como um todo e não só dos puritanos. O liberalismo postulava a primazia da legislação parlamentar de forma a evitar a legislação ou, na medida em que isso não era possível, subordinar essa legislação aos interesses da burguesia. Mas, por princípio, o liberalismo não amava intervenções.

Assim, a teoria do império da lei universal não foi completamente realizada de nenhuma forma e em nenhum período de livre concorrência. A sociedade do liberalismo não é racional e a economia não é organizada de forma planejada. Harmonia e equilíbrio de forma alguma se restauram

---

64 Idem, p. 166.

65 *The Spirit of the Common Law*. Boston 1925, p. 46.



automaticamente a cada instante. Medidas do soberano e cláusulas gerais são sempre imprescindíveis em cada estágio. Faz parte da dialética da categoria do contrato que ele praticamente se torne o meio para transtornar a livre concorrência e, assim, para destruir o império do contrato e as leis universais relacionadas a ele na esfera econômica. Isso porque, segundo a teoria jurídica do liberalismo e em oposição diametral a Adam Smith, a liberdade contratual implica o direito dos proprietários de se organizar, de formar cartéis, grupos, sindicatos, comunidades de interesse e, por fim, um *trust* monopolista para dominar o mercado. Como a teoria jurídica do liberalismo abstraiu os postulados sociais da teoria liberal clássica de Adam Smith – seu combate à concorrência ilimitada<sup>66</sup>, seu postulado de igualdade para os competidores, sua luta contra os monopólios<sup>67</sup>, sua declaração em favor da concentração das funções de gestão e de provimento de capital na única pessoa do proprietário e, assim, sua luta contra a sociedade anônima –, chegou de forma unânime à conclusão de que a liberdade contratual não significava nada além do que a liberdade de celebrar

---

66 “One individual must never prefer himself so much even to any other individual as to hurt or injure that other in order to benefit himself though the benefit of the one should be much greater than the hurt or injury of the other”. Adam Smith, *A Theory of Moral Sentiments*. 6ª edição, 1790, volume 1, parte III, capítulo III, p. 339. E ainda: “In the race for wealth and honors and preferment, each may run as hard as he can and strain every nerve and every muscle in order to outstrip all his competitors, but if he should justle or throw down any of them, the indulgence of the spectator is entirely at an end. It is a violation of fair play which they can not admit of.” *Theory*, volume I, parte II, seção II, capítulo II, p. 2026.

67 *Wealth of Nations*, volume I, livro I, capítulos VII e XI; volume 2, livro IV, capítulo VII, parte III e a seguinte passagem das suas *Glasgow Lectures: Lecture on Justice Police Revenue and Arms*, editado por Cannan, Oxford 1890, p. 177, ao tratar das corporações de ofício dos padeiros e dos açougueiros: “For a free commodity... there is no occasion for this [ou seja, para estabelecer preços oficiais], but it is necessary with bakers who may agree among themselves to make the quantity and prices what they please”.

qualquer tipo de contrato contanto que não previsse nada de explicitamente proibido pela lei e, assim, também incluía a possibilidade de celebrar aqueles contratos que declaravam a sentença de morte da livre concorrência. A transformação da liberdade de contrato de um conceito social, cujo sentido era o intercâmbio de desempenhos de igual valor entre competidores de igual força, em um conceito jurídico formal contribuiu para que o capitalismo monopolista, em que contrato e lei universal desempenham papéis completamente secundários, se desdobrasse a partir da base e com a ajuda do sistema contratual.

#### IV

Mas a lei geral e o princípio da divisão de poderes têm uma terceira função, uma função ética, que ganhou expressão mais clara na filosofia do direito de Rousseau. A universalidade da lei e a independência do juiz garantem um mínimo de liberdade pessoal e política. A lei universal estabelece a igualdade entre as pessoas. Ela é a base para interferências na liberdade e na propriedade. É por isso que o caráter da lei a que devem ser reduzidas todas as intervenções é de significado decisivo. A liberdade apenas é garantida quando intervenções como essas puderem ser reduzidas à lei universal e, assim, quando o princípio da igualdade for garantido. A frase de Voltaire de que liberdade significa não ser dependente de nada além da lei<sup>68</sup> leva em conta apenas a lei universal. Se o soberano pode decretar medidas individuais, se pode prender essa ou aquela pessoa, confiscar essa ou aquela propriedade, isso acontece contra a verdadeira independência dos juízes. O juiz que deve executar medidas

---

68 “La liberté consiste à ne dépendre que des lois” in: *Pensées sur le Gouvernement*. Edição de Garnier Frères, volume 23, p. 526.

individuais como essas se torna um mero policial e oficial de justiça. É por isso que a verdadeira independência pressupõe o império do Estado por meio de leis universais. A universalidade da lei, a independência dos juízes, bem como a doutrina da divisão de poderes têm, portanto, tarefas que transcendem a necessidade de livre concorrência. O fenômeno fundamental subjacente à universalidade da lei – a capacidade jurídica plena e igual de todas as pessoas – não foi violado em nenhum período do liberalismo. A igualdade perante a lei é certamente “formal”, ou seja, negativa. Mas mesmo Hegel, que mais claramente reconheceu a fraqueza da mera determinação formal-negativa do conceito de liberdade, já tinha alertado contra seu descarte. Todas as três funções da universalidade – encobrir o poder da burguesia, tornar o sistema econômico previsível e garantir um mínimo de liberdade e igualdade – são decisivas e não apenas a segunda, como querem sobretudo os adeptos do Estado total. Se virmos na universalidade da lei apenas um meio para satisfação das necessidades da livre concorrência, como faz Carl Schmitt, por exemplo, então se impõe a conclusão natural de que, com a eliminação da livre concorrência e sua substituição por um capitalismo de Estado organizado, também devem desaparecer a lei universal, a independência do juiz e a divisão de poderes. Assim, o verdadeiro direito passa a ser ou a ordem do Führer ou a cláusula geral.

## V

A forma jurídica que a sociedade da livre concorrência criou para si própria no século XIX é diferente na Inglaterra e na Alemanha. O fenômeno especificamente alemão é o estado de direito (*Rechtsstaat*). O fenômeno especificamente inglês é a combinação da supremacia do Parlamento com o *rule of law*.

A ideia de *Rechtstaat* foi realizada no sistema kantiano. O estado de direito aparece aqui como a criação da burguesia alemã na qualidade de uma classe econômica ascendente, mas politicamente estagnada. Ela está satisfeita com a proteção jurídica de seus direitos de liberdade econômica e estava resignada em relação ao poder político estatal. A essência desse conceito de estado de direito está na separação da forma jurídica da estrutura política do Estado. A forma jurídica deve garantir liberdade e segurança independentemente da estrutura política. É nessa separação que está a diferença fundamental entre a teoria alemã e a teoria inglesa. Na teoria alemã, o estado de direito não se tornou a forma jurídica específica da democracia, como é o caso da Inglaterra. O estado de direito se relaciona antes de forma neutra em relação à forma de Estado. Esse posicionamento indiferente é expresso de forma mais clara por Friedrich Julius Stahl.<sup>69</sup> “O Estado deve ser estado de direito – essa é a solução e também a verdade para o impulso do desenvolvimento dos novos tempos”. “Ele deve determinar precisamente e garantir de forma inviolável os caminhos e fronteiras de sua eficácia, bem como a esfera de liberdade de seus cidadãos, através da lei; então ele deve realizar diretamente apenas aquilo que pertence à esfera do direito. Esta sim constitui a concepção do *Rechtsstaat*, e não a ideia de que o Estado deve meramente aplicar a ordem jurídica sem fins administrativos, ou então meramente garantir os direitos dos indivíduos. Ele significa sobretudo não os fins e conteúdos do Estado, mas somente o tipo e a natureza de sua realização.”<sup>70</sup> Essa definição de Stahl também foi aceita, em parte com expressa referência e aprovação do conceito, pelos teóricos liberais do estado

69 *Rechts- und Staatslehre*. 3ª edição, Volume 2, pp 137-146.

70 Tradução adaptada de NEUMANN, Franz. *Império do Direito*. Tradução de Rúrion Soares Melo. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 309 [N. T.]

de direito, a saber, Gneist<sup>71</sup>, Robert von Mohl<sup>72</sup>, Otto Bähr<sup>73</sup> e Welcker<sup>74</sup>. Esse conceito de estado de direito, desenvolvido em polêmicas fervorosas de Stahl contra De Maistre e Bonald, culmina com a negação de que o monarca seria o representante de Deus na Terra e termina com a afirmação de que o monarca não pode governar contra a lei, mas só com a representação do povo e só por meio da burocracia. A definição mostra duas coisas claramente: o Estado também tem funções administrativas que não são controladas. A forma jurídica, pelo contrário – ou seja, o governo por meio da lei –, é independente da forma do Estado.

Na teoria constitucional inglesa, ambos os elementos – soberania do Parlamento e império da lei – são igualmente enfatizados, o que já ocorria desde Blackstone<sup>75</sup>. Em contraposição à burguesia alemã, a burguesia inglesa não assegurava seus direitos de liberdade econômica por meio da criação de entraves para a legislação parlamentar. Assim, não assegurava esses direitos de forma material, mas de forma genética, apenas por meio da participação na legislação. Mesmo assim, a teoria inglesa não é completamente indiferente em relação à estrutura do conceito de lei<sup>76</sup>. A teoria do direito alemã não está interessada na gênese da lei e se ocupa exclusivamente com a interpretação da lei positiva, criada em algum momento e de alguma forma. A burguesia

71 Gneist, *Der Rechtsstaat*. 2ª edição. 1872, p. 333.

72 *Geschichte der Literatur der Rechtswissenschaften*, 1885. Volume 1, p. 296 e seguintes.

73 *Der Rechtsstaat*, 1864, p. 1-2.

74 Artigo *Staatsverfassung* In: Rotteck-Welcker, *Staatslexikon*. 1843, volume 15.

75 Op. cit., volume 1, p. 160.

76 A ênfase uniforme em ambos os conceitos é expressa de forma mais clara no livro que dominou a teoria constitucional inglesa durante séculos e que continua a dominar hoje. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 1ª edição, Londres, 1885.

inglesa está interessada na formação das leis, interesse que é essencialmente político. A teoria alemã é constitucional-liberal, a inglesa é constitucional-democrática. A burguesia inglesa manifestava sua vontade por meio do Parlamento. A alemã descobriu as leis dos monarcas constitucionais, que foram sistematizadas e interpretadas para garantir o máximo de liberdade econômica perante um Estado mais ou menos absoluto. Assim, enquanto não podemos encontrar discussões de alguma forma relevantes acerca da estrutura formal da lei na teoria inglesa, a teoria alemã é repleta de discussões sobre o que se pode entender por lei<sup>77</sup>. A teoria alemã, especialmente a representada por Laband e tornada ponto de vista dominante, é uma clara expressão da fraqueza política da burguesia alemã.

A partir de 1848, a independência do juiz não foi mais contestada. Os juízes aplicavam as leis de forma literal. A livre apreciação, mais visível nas cláusulas gerais, não tinha qualquer papel. As cláusulas gerais praticamente não são mencionadas nos primeiros trinta volumes das decisões do tribunal do *Reich*<sup>78</sup>. O artigo sobre a polícia do *Landrecht*, a cláusula geral mais importante do direito administrativo, também caiu no esquecimento. Ainda em 1911, o segundo encontro alemão de juízes adotou as seguintes resoluções<sup>79</sup>: “1. O poder judiciário é subordinado à lei. O juiz não tem, portanto, autorização para desviar do direito. 2. A ambiguidade de conteúdo da lei não permite que o juiz decida segundo seu próprio critério; a dúvida deve ser antes resolvida pela interpretação da lei de acordo com seu sentido e

---

77 Análises precisas sobre a relevância sociológica da teoria alemã podem ser encontradas em Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, volume 1, Paris, 1920.

78 Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die Generalklausen*. Jena, 1933.

79 Citado por Ernst Forsthoff, *Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert*. In: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Volume 96, 1935, p. 63.

finalidade e, quando cabível, por analogia. 3. Se uma lei for passível de diferentes interpretações, então o juiz deve dar preferência àquela interpretação que melhor corresponda ao entendimento jurídico e às necessidades sociais (*Verkehrsbefürfnisse*).”

Essa atitude dos juízes em relação à lei é compreensível durante o período de Guilherme II. O Estado sabia como manter completa influência sobre os juízes, apesar de sua independência. A posição social dos juízes era fixa. Ele começava sua carreira como oficial de reserva e ali aprendia a importância da obediência e da disciplina. Os postos de presidente eram quase exclusivamente preenchidos por antigos promotores públicos, que, ao contrário dos juízes, eram funcionários públicos dependentes e vinculados a instruções superiores. Também na qualidade de presidentes, eles sabiam como atender os desejos do ministro, mesmo quando eles não eram expressos de forma clara. Mas, por fim, se comparado com seu colega inglês, o juiz prussiano era sobretudo um funcionário mal pago, que tinha que esperar durante anos por sua contratação definitiva, de forma que só os membros da média burguesia tinham condições para entrar na profissão. O juiz desse período tinha todas as características da média burguesia: o ressentimento contra os trabalhadores, principalmente contra aqueles que eram organizados e bem pagos; a veneração pelo trono e pelo altar e, ao mesmo tempo, a indiferença contra o capital financeiro e monopolista. Os juízes representavam a aliança entre coroa, exército, burocracia, proprietários e burguesia. Seus interesses eram idênticos aos daqueles que provinham da constelação dessas camadas da nação. E como as leis correspondiam a esses interesses, não havia motivo para interpretá-las de outra forma que não fosse literal. Tampouco havia espaço para qualquer direito natural. A burguesia

alemã estava satisfeita com o poder estatal. Juízes e teóricos do direito não precisavam mais evocar um direito natural para combater um direito positivo que lhes era contrário e hostil. Ambos – direito natural e filosofia do direito – desapareceram. O positivismo foi vitorioso não apenas na interpretação do direito – e nesse sentido ele tem também traços progressistas –, mas também na teoria do direito, isto é, na renúncia a qualquer teoria do direito e, assim, na aceitação acrítica de um relativismo obediente – nesse sentido ele é reacionário. Esse completo abandono do direito natural na segunda metade do XIX e no início do século XX é expresso de forma mais clara por Windscheid<sup>80</sup>: “Não, nós não temos vergonha de dizer: o direito que temos e que construímos não é o direito. Não existe direito absoluto para nós. O sonho do direito natural se dissipou e as tentativas titânicas da nova filosofia não provocaram tempestades no céu”. Karl Bergbohm manifestou o anseio por segurança jurídica de forma muito clara quando expôs que aquele que pressupõe um direito “independente da criação humana” recai em “corrupção” jusnaturalista.<sup>81</sup>

Se é certo que o *Rechtsstaat* era um estado de coalizão das camadas dominantes, isso não significa que ele era despótico. A universalidade da lei e a independência do juiz continham elementos que transcendiam a função de encobrimento do poder e de criação da calculabilidade capitalista. A divisão de poderes certamente não era apenas uma diferenciação de poderes, mas era ao mesmo tempo também uma divisão do poder estatal entre as diferentes camadas dentro de uma coalizão. Mas esse domínio de classe era calculável, previsível e, portanto, não arbitrário. Mas, para além disso, em parte

80 B. Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft*. Leipziger Rektoratsrede von 1854, p. 23.

81 K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892, p. 131.



devido à fusão de elementos prussiano-conservadores do Estado policial com a indústria, em parte devido às concessões que o Estado teve que fazer a um proletariado fortalecido, a racionalidade do direito acabou por beneficiar em grande medida os pobres e os trabalhadores. Isso aconteceu principalmente por meio da formação de um sistema jurídico para os pobres (*Armenrechtssystem*), que atingiu uma amplitude extraordinária depois de 1918 e que tornou o sistema jurídico alemão do período de Weimar o mais racionalizado do mundo. E aqui racional não tem apenas o sentido de produção de calculabilidade, mas também um sentido eminentemente social, ou seja, de que as vantagens do direito racional beneficiaram a classe trabalhadora e, para além dela, também os pobres. Isso aconteceu em oposição ao que se passava na Inglaterra, onde até hoje a racionalidade no sentido da manutenção da ordem vigente ainda é garantida de forma decisiva por meio da formação completamente insuficiente de um sistema jurídico para os pobres, por meio de custos processuais extraordinariamente elevados e da concentração da justiça no *High Court of Justice*, com a consequência de que grandes camadas da população fiquem sem direitos na prática. Assim, o sistema jurídico desse período está centrado nos seguintes elementos: direitos de liberdade pessoal, política e econômica que implicam a afirmação do caráter pré-estatal dessas liberdades.

1. A estrutura formal do sistema jurídico: Essas liberdades são garantidas por meio do direito formal e racional, ou seja, por leis universais e por sua rigorosa aplicação por parte de juízes independentes, pela negação do caráter de criação do direito na atividade do juiz e ao ignorar as cláusulas gerais.
2. A estrutura material do sistema jurídico: Esse sistema jurídico estava economicamente vinculado à

livre concorrência. Ela encontrava sua expressão nas garantias conexas da propriedade e nas liberdades de contrato e de comércio.

3. A estrutura social do sistema jurídico: Ele era socialmente orientado a uma situação em que a classe trabalhadora não era gravemente perigosa.
4. A estrutura política do sistema jurídico: Ele era politicamente relacionado a um sistema de divisão e de distribuição de poderes. Na Alemanha, estava orientado a uma situação em que a burguesia não tinha um papel crucial; na Inglaterra, a um sistema em que a burguesia determinava o conteúdo das leis e em que o poder parlamentar era dividido entre a coroa, a aristocracia e a burguesia.

## VI

Tanto a teoria quanto a prática jurídica passam por uma mudança decisiva no período do capitalismo monopolista, que começa na Alemanha com a democracia de Weimar. Para entender as transformações jurídicas, é necessário levar a construção política da democracia de Weimar em consideração e não as mudanças econômicas estruturais frequentemente descritas. O fato político decisivo da democracia de Weimar é o novo significado do movimento operário a partir de 1918. A sociedade burguesa não podia mais ignorar a existência de uma oposição de classe como ainda fazia o antigo liberalismo. Ela precisava antes tomar conhecimento desses conflitos e, reconhecendo esse fato, tentar de alguma forma construir uma constituição. O meio técnico para isso também era o contrato, que possibilita por si só o compromisso político. O Estado moderno certamente não surgiu por meio de um contrato social, mas a

ideia do contrato social na filosofia política moderna não esgota seu significado na mera hipótese. Quando o contrato é visto como origem da sociedade burguesa, então aqui há o pressuposto de que o contrato é uma condição principal para a realização e para o funcionamento dessa sociedade. Ela efetivamente atinge os contratos e não apenas na esfera econômica. Grupos poderosos da sociedade se unem, fazem seus interesses serem os únicos legítimos e sacrificam com isso a universalidade. Na última fase da sociedade burguesa, a fundação da República alemã revela o sentido do contrato social. A República teve início com os seguintes contratos: o contrato mais importante, firmado em 10 de novembro de 1918 por Ebert, por um lado, e por Hindenburg e Gröner, por outro, cujas condições descreviam Gröner como testemunha do assim chamado *Münchener Dolchstossprozess*<sup>82</sup>, tem no restabelecimento da “paz e da ordem” seu objetivo positivo e no combate ao bolchevismo seu objetivo negativo. A celebração do acordo que criou o grupo de trabalho central

82 *Der Dolchstossprozess in München*. München, 1925, p. 224. Na qualidade de testemunha, Gröner diz: “Nós nos unimos [quer dizer, Ebert e o Supremo Comando do Exército (*Oberste Heeresleitung - OHL*)] na luta contra o bolchevismo. Não era possível pensar na implantação da monarquia. Nosso objetivo no dia 10 de novembro foi a implantação de um governo ordenado, o apoio desse poder por meio da força militar e a convocação da assembleia nacional o quanto antes. Primeiro aconselhei o marechal de campo a não combater a revolução com armas, pois havia o receio de que um combate como esse fracassaria com a constituição das tropas. Eu o aconselhei que seria bom que o *OHL* se unisse a *MSP* [*Mehrheitssozialdemokratie Partei Deutschlands* - denominação do Partido Social-Democrata Alemão (*SPD*) entre 1917 e 1922], já que naquela época não havia qualquer partido com influência suficiente junto ao povo e principalmente junto às massas para restabelecer um governo com o *OHL*. Os partidos de direita tinham desaparecido completamente e ir junto com os extremos radicais estava fora de questão. É claro que essa não foi uma solução completamente simpática ao velho marechal de campo, mas como ele sempre tinha visão suficiente para renunciar às suas opiniões pessoais em sua atuação, concordou com a proposta. A resposta também foi manifestada em uma carta que o marechal de campo escreveu ao senhor Ebert em 8 de dezembro de 1918.”

(*Zentralarbeitsgemeinschaft*) em 15 de novembro de 1918 teve o mesmo efeito na esfera social – o assim chamado acordo Stinnes-Legien fez com que os empregadores se comprometessem a não tolerar mais sindicatos amarelos<sup>83</sup>, a apenas reconhecer os sindicatos independentes e só trabalhar junto com eles e a regular as condições de trabalho por meio de acordo coletivo. Esse acordo eliminou não apenas o bolchevismo, mas toda e qualquer forma de socialismo e formou as bases para o sistema em que a Alemanha viveu de 1918 a 1930. No dia 4 de março de 1919, o partido social-democrata de Berlim e o governo do *Reich* acordaram a introdução de comitês de trabalhadores e seu ancoramento na constituição do *Reich*, sendo que havia clareza de que esses conselhos não deveriam ter nada a ver com os conselhos revolucionários de trabalhadores e de soldados. Em um tratado entre o *Reich* e os estados (*Länder*) de 26 de janeiro de 1919, a estrutura federal do *Reich* foi mantida. E o quinto e último tratado, que na verdade abarcava todos os demais, firmado entre os três partidos de Weimar – centro, social-democracia e democratas –, estabeleceu a manutenção da antiga burocracia e da justiça, rejeitou o sistema soviético, manteve as posições de poder da Igreja, sancionou os direitos civis de liberdade, ainda que tenham sido levemente limitados por direitos fundamentais sociais, e introduziu a democracia parlamentar.

Esse sistema de Weimar foi chamado de “democracia coletiva” porque a integração da vontade do Estado supostamente não deveria mais resultar da soma das vontades de cidadãos eleitores, mas da intermediação de organizações sociais autônomas. O Estado deveria se limitar a um papel de terceiro neutro entre essas organizações livres. Nesse sentido,

---

83 “Sindicatos amarelos” é a expressão utilizada para designar sindicatos apoiados e financiados por empregadores. Eles se opunham aos “sindicatos vermelhos”, de orientação socialista ou social-democrata. [N. T.]

a democracia de Weimar cumpre uma parte considerável das demandas do pluralismo político<sup>84</sup>. A soberania do Estado não deve mais ser exercida por meio de uma burocracia independente, da polícia e do exército, mas supostamente deveria estar nas mãos da própria sociedade, que deveria se organizar de forma cooperativa para seu exercício. Esse sistema pluralista não ignorava mais a oposição entre classes, ele procurava antes transformar a oposição em uma cooperação entre classes. A democracia de Weimar toca, portanto, de forma decisiva na ideia de paridade, uma paridade entre grupos sociais, entre *Reich* e estados (*Ländern*), entre as diferentes Igrejas. Apesar de esse desenvolvimento ter tido expressão mais clara na Alemanha, não é possível negar que tendências concomitantes apareceram na Inglaterra e na França.

Um sistema de contrato apenas pode funcionar quando as partes contratuais se comprometem a estar dispostas a respeitar os contratos ou, caso elas não queiram ou não possam cumpri-los, quando existe um aparelho coercitivo que cuide do cumprimento das obrigações. Mas o partido democrata desapareceu quase totalmente no decorrer do desenvolvimento político. Novos partidos surgiram, em especial o partido nacional-socialista dos trabalhadores alemães, e ultrapassaram os antigos partidos em força numérica a partir de 1931. A crise fez com que o cumprimento das obrigações contratuais, em especial a obrigação de manutenção das instituições sociais, fosse impossível para as antigas partes contratuais capitalistas. Um poder coercitivo *neutro* que imporia o cumprimento das obrigações obviamente não existia, já que a ideia de um Estado neutro é uma ficção. Não

---

84 Harold J. Laski, *The pluralistic State*. In: Foundations of Sovereignty. Londres, 1931, p. 232 e seguintes. E. Tartarin-Tarnheyden, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie*. Berlin, 1930.

apenas na esfera do direito privado, como já mencionamos anteriormente, mas o contrato cria uma força necessária também na esfera do direito público. Na esfera política, o sistema contratual também traz em si todos os elementos de sua auto-destruição. O sistema pluralista que quer realizar o Estado popular (*Volksstaat*), ou seja, que quer reduzir o papel de uma burocracia independente, do exército e da polícia e que quer transferir a realização dos assuntos de Estado ao consenso das associações livres, na verdade aumenta o poder da burocracia, faz recuar a importância política e social das organizações sociais e fortalece, assim, todas as tendências que apontam para o Estado autoritário. Desde aproximadamente 1931 o sistema de acordos coletivos, por exemplo, deixa de funcionar. Enquanto a resolução obrigatória de controvérsias previa, segundo a intenção original, que o Estado deveria intervir nas relações sociais entre empregadores e empregados apenas em casos excepcionais em que a concordância entre as partes não era possível, a intervenção estatal passou a ser normal e acordos livres passaram a acontecer apenas para evitar a intervenção coercitiva. Além disso, as mudanças econômicas estruturais, a racionalização e mecanização da economia deslocaram a decisão dentro da classe trabalhadora das antigas associações profissionais de trabalhadores especializados para os funcionários de supervisão, por um lado, e para a grande massa de trabalhadores não qualificados ou semi-qualificados, que eram de difícil organização, o que acabou por enfraquecer a importância dos sindicatos. A crise e a força do oponente monopolista abalaram ainda mais a posição dos sindicatos e a própria estatística de greves mostra quão pouca vontade de lutar havia lhes restado. O equilíbrio entre classes encontrou sua expressão constitucional na segunda parte da constituição do *Reich*, intitulada "Direitos fundamentais e obrigações

fundamentais dos alemães”. Nessa parte estavam em parte justapostos, de forma solta, os antigos direitos fundamentais clássicos com os novos direitos fundamentais sociais, de modo que podemos dizer com razão que a constituição de Weimar é uma constituição sem decisão<sup>85</sup>. As mudanças econômicas estruturais, junto com a crescente incapacidade de trabalho do Parlamento, fortaleceram a burocracia, especialmente a burocracia ministerial de forma extraordinária<sup>86</sup>.

A estrutura econômica e política modificada correspondia a uma virada radical na teoria do direito e na prática jurídica<sup>87</sup>. Nós percebemos há pouco que a ideia da universalidade da lei foi abandonada pela teoria do direito alemã sob a influência de Laband e foi substituída por uma divisão entre lei formal e material. Mas de repente o postulado da generalidade da lei passou por uma ressurreição principalmente nos escritos de Carl Schmitt e de sua escola. Schmitt afirmava que a palavra “lei” tal como utilizada na Constituição de Weimar abarcava apenas leis universais, fazendo com que o Parlamento só pudesse promulgar normas gerais. Assim, o poder legislativo do Parlamento seria restringido pela impossibilidade de promulgar medidas individuais. Como prova para essa tese, ele fez referência à história das

85 Otto Kirchheimer, *Weimar – und was dann?* Berlin, 1930.

86 As tendências que levaram a essa conclusão são apresentadas em *Democracy in Crisis* de Harold J. Laski.

87 Sobre esse tema, ver: Justus W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklausen*. Tübingen, 1933. Hermann Heller, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*. In: Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler, Caderno 4, Belim e Leipzig, 1928. Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin, 1929. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*. Munique e Leipzig, 1928. Heinrich Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*. Berlin e Leipzig, 1924. Friedrich Dessauer, *Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie*. Mannheim, 1928. Otto Kirchheimer, *Grenzen der Enteignung*. Berlin e Leipzig, 1930. Otto Kirchheimer, *Remarques sur la théorie de souveraineté nationale en Allemagne et en France*. In: Archives de Philosophie du Droit, 1934, p. 239 e seguintes.

ideias que apresentei brevemente aqui e ao artigo 109 da Constituição de Weimar que diz que todos os alemães são iguais perante a lei. A teoria de que o Estado poderia apenas governar por meio de leis gerais está relacionada a uma estrutura econômica determinada, a saber, à estrutura da livre concorrência na esfera econômica. Mas foi justamente para essa esfera econômica que a escola schmittiana estabeleceu o postulado do domínio da lei universal. O significado político dessa *renaissance* é claro. O próprio Schmitt a desenvolveu pela primeira vez para mostrar que as leis de expropriação dos príncipes eram inconstitucionais por violarem o fundamento da igualdade perante a lei e o postulado da universalidade das leis. Mas a teoria schmittiana pressupõe ainda que o fundamento da igualdade se aplica não apenas à administração e à justiça, mas também ao poder legislativo. Isso quer dizer que esse fundamento não significa apenas aquilo que ele já significava antes: que, uma vez promulgadas, as leis só poderiam ser devidamente aplicadas pelas autoridades estatais se as diferenças no *status* dos cidadãos não fossem levadas em conta, sem ódio e sem preconceito. Mas, para Schmitt, significava que essa proposição também se aplicava ao poder legislativo, já que lhe era proibido promulgar leis em que situações iguais fossem tratadas de forma desigual. É verdade que Haenel, o teórico da constituição e político liberal, defendeu essa tese uma vez para combater a legislação de desapropriação de Bismarck contra a minoria polonesa, mas ela foi universalmente rejeitada. Agora essa ideia antiga voltou novamente para, através de novos limites, aumentar os antigos limites que definiam os poderes do Parlamento por meio de alteração constitucional e, assim, limitar a soberania do Parlamento. Heinrich Triepel foi o primeiro a tentar provar que o fundamento de igualdade proibia que, por ocasião do decreto sobre o balanço do ouro, os acionistas



de sociedades anônimas fossem privados do valor de suas ações. Uma literatura imensa surgiu para comprovar que esse princípio de igualdade representava essencialmente o direito fundamental central e que o Parlamento estava tão vinculado a esse princípio quanto estavam a administração e a justiça.

Mas mesmo que o princípio de igualdade perante a lei devesse vincular o legislativo, disso não se pode de forma alguma concluir que a igualdade só é realizável por meio de leis gerais. A afirmação de que a igualdade só pode ser estabelecida por meio de normas gerais é uma repetição da exigência rousseauiana, que é racional e compreensível na obra dele, já que ele relacionou, com toda a clareza, a lei geral com uma sociedade em que só existe a pequena propriedade ou a propriedade social. A propriedade, declarada como sagrada e imune na teoria de Rousseau, só o é “na medida em que permanece como um direito particular e individual. Logo que é considerado como comum a todos os cidadãos, é submetido à *volonté générale* e essa *volonté* pode aniquilá-lo. O soberano não tem, portanto, o direito de tocar nos bens de um particular, nem de vários; mas pode legitimamente apossar-se dos bens de todos”.<sup>88</sup> Ou então o domínio da lei geral é postulado em Rousseau apenas quando a propriedade for socializada, como ele formulou em seu projeto para a Constituição da Córsega. “Longe de querer que o Estado seja pobre, eu quero, ao contrário, que ele tivesse tudo e que cada um tivesse apenas uma parte dos bens comuns na proporção

---

88 “...tant qu’il demeure un droit particulier et individuel: sitôt qu’il est considéré comme commun à tous les citoyens, il est soumis à la volonté générale, et cette volonté peut l’anéantir. Ainsi le souverain n’a nul droit de toucher au bien d’un particulier, ni de plusieurs. Mais il peut légitimement s’emparer du bien de tous.” *Émile*, Livro V, volume II. [Tradução adaptada de ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da educação*. Tradução de Sérgio Milliet. 3ª edição. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 1995, p. 557 (N. T.)]

de seus serviços”<sup>89</sup>. Rousseau acredita, portanto, que a *volonté générale* apenas pode se expressar por meio da lei geral quando a lei é confrontada ou com pequenas propriedades distribuídas em partes iguais ou com a propriedade social. No sistema de Rousseau realmente prevalece a lei e quase não há lugar para a violência, uma vez que o Estado não tem função na estrutura social postulada por Rousseau. “Como a propriedade privada é tão fraca e dependente, o governo não precisa mais do que um pouco de força e conduz, por assim dizer, os povos com um movimento de dedo”<sup>90</sup>. A lei geral não pode prevalecer num sistema organizado de forma monopolista. Se o Estado estiver confrontado com apenas um monopólio, então não faz sentido regular esse monopólio por meio de uma lei geral. A medida individual é então a única manifestação adequada do soberano. Essa medida individual de forma alguma atenta contra o princípio da igualdade perante a lei, não viola a ideia geral da lei, já que o legislador está diante de apenas uma situação individual. Assim, na esfera econômica, a lei geral pressupõe a igualdade econômica dentro da classe capitalista. Na verdade, a legislação alemã do período entre 1919 e 1932 já tinha adotado regulamentos especiais para empresas monopolistas individuais. Foi assim no decreto de emergência do presidente do *Reich* de 13 de julho de 1931, que proibiu a aplicação das regras de falência contra o *Darmstädter Bank*, que estava com dificuldades financeiras, e, assim, adotou um regulamento

---

89 “Loin de vouloir que l’État soit pauvre, je voudrais au contraire, qu’il eût tout, et chacun n’eût sa part aux biens communs qu’en proportions se ses services.” Projeto para a Constituição da Córsega, publicado por C. E. Vaughan, *The Political Writings of Rousseau*. Cambridge, 1915, volume II, p. 337.

90 “Car la propriété particulière étant si faible et si dépendante, le Gouvernement n’a besoin que de peu de force et conduit pour ainsi dire les peuples, avec un mouvement de doigt”. *Idem*, p. 355.

especial para um monopólio poderoso porque apenas esse banco vital estava ameaçado. Na esfera econômica, o postulado de que o Estado pode governar apenas por meio de leis gerais se torna absurdo quando o legislador não está mais diante de competidores iguais, mas diante de monopólios que colocam o princípio da igualdade de mercado de cabeça para baixo. A *renaissance* do conceito de generalidade das leis na democracia de Weimar e sua aplicação indiscriminada para direitos de liberdade pessoal, política e econômica foi, portanto, um instrumento para restringir o poder do Parlamento, que agora não representava exclusivamente os interesses dos grandes proprietários, do capital, do exército e da burocracia. A lei geral na esfera econômica estava agora determinada para manter a ordem de propriedade existente e para protegê-la contra intervenções sociais.

Enquanto que, no período pré-guerra, os debates sobre a estrutura formal da lei se movimentavam apenas na esfera teórica porque, como já vimos, a revisão judicial das leis não era reconhecida, essas discussões teóricas passam agora a questões políticas eminentemente práticas porque o Supremo Tribunal (*Reichsgericht*) de repente passou a aceitar a revisão judicial das leis. Na decisão de 28 de abril de 1921<sup>91</sup>, o Supremo Tribunal afirmou que ela sempre reivindicou para si o direito de revisar a constitucionalidade das leis – uma afirmação que, como foi identificado quase unanimemente pela literatura, pode apenas ser caracterizada como uma falsidade descarada. Mas, de qualquer forma, o reconhecimento da revisão judicial das leis representou uma nova divisão das relações de poder entre Estado e sociedade. Quanto mais forte for o poder do Estado, mais facilmente o juiz se submeterá a sua autoridade. Quanto mais fraco for o poder do Estado, mais ele vai tentar implementar seus

---

91 Publicada na *Amtliche Sammlung*, Volume 102, p. 161.

interesses de classe. O reconhecimento do direito de revisão judicial foi determinado para sancionar a ordem social existente. Isso é claramente mostrado por uma análise de todas as decisões que afirmam o direito de revisão.<sup>92</sup> Todas tratam da questão de se uma lei não viola a garantia de propriedade do artigo 153 da Constituição de Weimar.<sup>93</sup> Da mesma forma, o Supremo Tribunal aceitou a teoria de que o princípio da igualdade vinculava o Parlamento, de forma que leis “arbitrárias” teriam de ser consideradas inconstitucionais.<sup>94</sup> Os artigos 109 e 153 foram o meio, tanto na teoria do direito quanto na prática jurídica, para proteger a ordem de propriedade de intervenções.

A ressurreição das ideias de generalidade e de universalidade é uma ressurreição velada do direito natural que, daqui em diante, passou a desempenhar funções contrarrevolucionárias. No período depois de 1918, o antigo positivismo ameaçou as posições dos monopólios porque a ordem jurídica positivista não correspondia mais inteiramente aos interesses dos monopólios. A própria existência de um direito natural foi a partir de agora abertamente colocada no centro da discussão. Numa imitação da teoria americana das “*inherent limitations upon the amending power*”<sup>95</sup>, Carl Schmitt tentou diferenciar as emendas constitucionais (*Verfassungsgänderungen*) das rupturas constitucionais (*Verfassungsdurchbrechungen*). Ele achava que a emenda constitucional

92 Volume 102, p. 161; Volume 111, p. 320. Volume 103, p. 200; Volume 107, p. 370. Volume 109, p. 310; Volume 111, p. 329.

93 Para uma discussão mais aprofundada, ver a interpretação de Otto Kirchheimer em *Grenzen der Enteignung*, Berlin, 1932.

94 Volume 111, p. 329.

95 W. A. Marbury. The 19<sup>th</sup> Amendment and after. In: *Virginia Law Review*, 1920, p. 1 e W. W. Willoughby. *The Constitutional Law of the United States*. 2<sup>a</sup> edição, Volume 1, p. 598. Charles Groves Haines. *The Revival of Natural Law Concepts*. Harvard, 1930, p. 336.

também não poderia atentar contra a “Constituição como decisão fundamental”. As emendas constitucionais poderiam alterar apenas aspectos específicos da Constituição. As decisões fundamentais sobre valores que a Constituição encarna não poderiam ser modificadas nem mesmo com uma maioria qualificada para emendar a Constituição. Uma ideia parecida inspirou os membros do Supremo Tribunal quando tomaram posição sobre o decreto de reavaliação (o primeiro decreto fiscal de emergência) numa reunião no ano de 1924. Eles decidiram naquele momento: “Essa ideia de boa-fé está fora das leis individuais, fora de uma determinação jurídico-positiva individual. Nenhuma ordem jurídica que mereça esse nome de honra pode existir sem esse princípio. Por essa razão, o legislador não pode, por meio de sua autoridade, impedir um resultado que exija categoricamente a boa-fé. Seria um grave atentado contra a reputação do governo e do sentimento de justiça se alguém que invocasse uma nova lei tivesse seu pedido indeferido pelo tribunal porque seu apelo à lei teria violado a boa-fé”<sup>96</sup>. Os ministros do Supremo Tribunal declararam, portanto, que um devedor de hipoteca que invocasse o decreto fiscal de emergência perderia o processo porque sua defesa contra o credor da hipoteca deveria ser entendida como imoral. James Goldschmidt, o professor de direito penal e de processo civil da Universidade de Berlim<sup>97</sup>, apoiou os ministros e, para mostrar que sua decisão estava correta, invocou o antigo direito natural e o direito de resistência dos povos contra o exercício ilegal do poder estatal como testemunhas. Hermann Isay foi ainda mais longe e concedeu a cada juiz o direito de verificar a compatibilidade de cada lei com o sentimento de justiça.

96 *Jurist. Wochenschrift*, 1924, p. 90.

97 *Jurist. Wochenschrift*, 1924, p. 245.

Uma vasta literatura se seguiu a isso. Um novo direito natural parecia se estabelecer de maneira firme.

Em todo esse período, no entanto, um direito natural secreto foi aplicado de forma desenfreada e irrefletida. O tempo entre 1918 e 1932 foi caracterizado pela aceitação quase universal da doutrina da Escola do Direito Livre, pela destruição da racionalidade e da previsibilidade do direito, pela restrição do sistema contratual, pela vitória da ideia de comando sobre a ideia de contrato, por uma vitória das cláusulas gerais sobre as verdadeiras proposições jurídicas. As cláusulas gerais modificam todo o sistema jurídico. Por meio de sua relação com ordens de valor extrajurídicas, elas destroem a racionalidade formal, dão um poder discricionário imenso ao juiz e destroem o limite entre o sistema judicial e a administração, de forma que decisões administrativas – ou seja, decisões políticas – ganham a forma de decisões de tribunais civis comuns. No período pré-guerra, a Escola do Direito Livre travou uma luta enérgica, mas desesperada, contra o positivismo.<sup>98</sup> Segundo a escola, o direito não está contido apenas em leis, o sistema jurídico não é fechado e tem lacunas que devem ser preenchidas. O preenchimento das lacunas só pode acontecer por meio de normas jurídicas, uma vez que a decisão do juiz precisa ser uma decisão legal. Essas normas precisam ser gerais, já que o sistema judicial precisa seguir o princípio da igualdade. Essas normas são criadas pelo juiz que, portanto, não tem apenas conhecimento jurídico, mas também tarefas de criação do direito. Essa teoria das fontes do direito da Escola do Direito Livre está frequentemente ligada a um postulado da política de aplicação do direito, que é melhor apresentado no panfleto de Kantorowicz já citado e nas diversas publicações de Ernst

---

98 Eugen Ehrlich. *Freie Rechtsfindung*, 1903; *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*. München e Leipzig, 1913.

Fuchs, a saber: conceder ao juiz a maior liberdade possível diante das disposições da lei e, assim, elevar o poder discricionário do juiz a princípio fundamental da aplicação do direito. Esses dois aspectos da Escola do Direito Livre, o teórico e o político, devem ser rigorosamente separados. Na medida em que a Escola do Direito Livre é uma teoria da aplicação do direito, ela exige a substituição do direito formal-racional por cláusulas gerais. Enquanto Kantorowicz, o fundador alemão da escola, colocava o lado teórico da escola em primeiro plano, seus adeptos não muito teoricamente qualificados se dedicavam essencialmente à política de aplicação do direito e defendiam, tal como Ernst Fuchs, que o Código Civil era bom em apenas uma passagem, exatamente naquela em que desiste da casuística abstrata e apenas levanta um letreiro com a inscrição: “Entrada para o mar livre das necessidades jurídicas” – trata-se do § 242 que, para ele, é o ponto arquimediano a partir do qual o antigo mundo jurídico poderia ser transformado. É exatamente esse aspecto prático da teoria do Direito Livre que foi predominante e universalmente aceito.

Antes de 1918, a Escola do Direito Livre exigia poder discricionário para o juiz para implementar ideias progressistas num sistema jurídico reacionário. Mas Max Weber já advertia em 1911: “Aliás, não sabemos com certeza se as atuais classes negativamente privilegiadas, especialmente a classe trabalhadora, podem esperar, para seus interesses, da justiça não-formal aquilo que supõe a ideologia dos juristas”<sup>99</sup>.

Para responder à questão da função das cláusulas gerais, é preciso analisar em quais campos do direito as cláusulas

---

99 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen 1922, p. 511. [Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa em Weber, Max. *Economia e Sociedade* – Volume 2. Brasília: UnB, 2009, p. 152. (N. T.)]

sulas gerais desempenham um papel e quais funções elas cumprem nesses campos. De forma introdutória, podemos perceber que as cláusulas gerais sempre aparecem nos lugares em que o Estado está confrontado com os grupos de poder mais socialmente significativos. Em toda parte em que não existem partidos com os mesmos direitos em relações de troca entre si, mas em que um partido poderoso está diante de outros partidos privados ou diante do Estado, o direito racional não pode mais ser aplicado – deve-se antes recorrer a alguma cláusula geral. A decisão do juiz passa então a ser uma ordem política, um ato administrativo por meio do qual os interesses são equilibrados, mas que assume a forma de uma sentença judicial. Vamos seguir o destino das cláusulas gerais no campo socialmente mais importante, o direito do trabalho, que tem seu conteúdo nas relações jurídicas entre empregados e empregadores. O poder privado é mais claramente visível na luta trabalhista. A admissibilidade jurídica das lutas trabalhistas foi julgada pelo direito alemão, mas de forma decisiva pela cláusula geral do § 826 do Código Civil que determina que quem causar danos a outrem de forma atentatória aos bons costumes está obrigado a pagar indenização. O que é imoral e o que não é nunca pode ser decidido de forma vinculante. Há séculos que o Supremo Tribunal cunhou a fórmula de que é imoral aquilo que contradiz os sentimentos de equidade e de justiça de todos os compatriotas – uma definição puramente tautológica, que objetivamente não quer dizer nada de diferente do que já está expresso na lei com praticamente as mesmas palavras. Uma interpretação vinculante sobre a legalidade de uma greve é inatingível. No fundo, um empregador sente todas as greves como uma perturbação da ordem sagrada; no fundo, um empregado sente que nenhuma greve é imoral. Tudo o que o Supremo Tribunal estabeleceu como princí-



pios concretos sobre esse tema é na verdade uma repetição da definição tautológica. Ou então vamos pegar o outro problema importante de direito do trabalho: a questão de se um trabalhador que, quando tacitamente aceita um salário mais baixo do que o salário mínimo a que ele tem direito, renuncia à diferença entre o salário realmente pago e o salário mínimo. Essa questão é sempre decidida pelo Tribunal do Trabalho do *Reich* com referência ao § 242 do Código Civil que determina que o devedor deve cumprir suas obrigações levando a boa-fé em consideração. Como consequência, o Tribunal do Trabalho do *Reich* recusa a dizer sim ou não claramente. Ele quer decidir cada caso individual com base nas circunstâncias concretas e quer levar em conta todas as condições que podem ser consideradas, especialmente se o trabalhador que aceitou o salário mais baixo o fez sob “pressão econômica”. Outro problema central do direito do trabalho é o de se um trabalhador que está apto para trabalhar perde seu direito ao salário quando o empresário não puder fazer uso de sua força de trabalho por qualquer razão que seja, seja por falhas técnicas, por oscilações de mercado ou por perturbações sociais como a <sup>100</sup>greve, seja na própria fábrica ou em outra. Essa questão em si está claramente decidida no § 615 do Código Civil, que concede o direito ao salário ao trabalhador em todos esses casos, e a exposição de motivos ao Código Civil também mostra que o legislador queria imputar o risco operacional ao empresário e apenas a ele. No entanto, o Supremo Tribunal e o Tribunal do Trabalho do *Reich* recusam a aplicação da norma clara e racional do § 615. Sua decisão está baseada apenas no § 242 do Código Civil. Também aqui devem ser levadas em

---

100 Para a tradução de *Betrieb* por “fábrica”, ver NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*. Tradução de Rúrion Soares Melo. Quartier Latin: São Paulo, 2013, p. 89. (N. T.)

conta as circunstâncias concretas do conflito caso a caso. O Tribunal do Trabalho do *Reich* desenvolve assim uma série de princípios de importância jurídica e política extraordinária. Ele afirma que, com a criação da lei dos conselhos de fábrica, uma “comunidade social de trabalho e empresa” ganhou vida entre os trabalhadores e os donos de empresa. A consequência seria que o trabalhador teria que participar do destino de uma empresa de forma que, quando a empresa estivesse abalada em suas estruturas por causa de uma perturbação, o trabalhador teria que assumir uma parte ou todo o risco, o que desprende a “empresa” de seu dono. Um outro princípio desenvolvido nessa situação tem uma importância de longo alcance. Se uma fábrica for paralisada por uma greve em outra fábrica ou por uma greve de outro grupo de trabalhadores dentro da mesma fábrica, então o tribunal recusa o direito ao salário para funcionários prontos e aptos ao trabalho porque ele pressupõe uma união solidária de todos os trabalhadores e, portanto, chega ao resultado de que a responsabilidade por uma greve é de todos os trabalhadores individuais que deixam de trabalhar por causa dela. Esses são apenas alguns poucos exemplos do campo social decisivo das relações jurídicas entre trabalho e capital.

A redescoberta das cláusulas gerais serve à destruição de um direito positivo que tinha incorporado partes consideráveis da reforma social, ela destrói a racionalidade do direito. As cláusulas gerais passaram por mudanças de função decisivas com a alteração da estrutura do sistema econômico. Elas passaram de enteados do direito à posição de filhos preferidos mimados. O §1º da lei de concorrência desleal, por exemplo, proíbe os comerciantes de usarem métodos injustos na concorrência. Essa proibição tem funções específicas na economia concorrencial. Por meio da proibição de formas específicas de divulgação, de propaganda enga-

nosa etc., ela estabelece uma igualdade de armas entre os competidores no mercado livre – nesse sentido, a cláusula geral do §1º da lei de concorrência desleal é um elemento importante na economia concorrencial. Esse aspecto se modifica no momento em que a economia concorrencial é substituída pela economia monopolista. Nesse momento a cláusula geral deixa de ser um meio para proteger a igualdade de mercado para ser um meio para estabelecer a dominação do mercado através de monopólios. Essa mudança de função é principalmente expressa na questão da fixação de preços de artigos de marca. Quando o Estado sanciona a fixação de preços dos fabricantes de artigos de marca e ameaça com multa e cadeia os intermediários e revendedores que não aderiram a essa precificação, então a fixação privada de preços do monopólio ganha um caráter público. A aplicação da cláusula geral praticamente se torna aqui um ato soberano do Estado que ordena os consumidores dependentes do monopólio a reconhecer e implementar o decreto privado de preços dos monopolistas.

Esses exemplos deveriam sustentar a tese de que as cláusulas gerais apenas passam a ter um papel central quando o sistema econômico passa da livre concorrência ao monopólio. Elas têm então a tarefa de sustentar as posições de poder dos monopólios. Mas essa afirmação tem de ser corrigida em certo sentido. Do ano 1919 ao ano 1931, as cláusulas gerais de direito do trabalho serviram de forma decisiva para a formação de um compromisso entre empresários e trabalhadores. Uma análise precisa de todas as decisões mostra que, nesse período, o Tribunal do Trabalho do *Reich* utilizava as cláusulas gerais como meio de equilibrar os interesses antagonistas entre capital e trabalho. Isso porque a ideia constitucional de paridade ainda era realidade política naquela época. Mas a partir de 1931 desaparece a

influência política dos partidos trabalhistas e dos sindicatos e a ideia de paridade passa a ser pura ideologia, a partir de então a cláusula geral passa novamente a ser meio à pura sanção dos interesses do capital.<sup>101</sup>

A consequência disso é que, no âmbito da economia monopolista, as cláusulas gerais servem essencialmente aos interesses dos monopolistas. A norma irracional é calculável para o monopolista, já que ele é forte o bastante para renunciar à racionalidade formal. O monopolista não só pode viver sem o direito racional, mas ele é ainda frequentemente uma algema para o completo desenvolvimento ou para a limitação das forças produtivas que lhe é oportuna. Isso porque o direito racional não tem só, como nós já mostramos, a tarefa de tornar processos de troca calculáveis, mas também tem, ao mesmo tempo, a tarefa de proteger os fracos. O monopolista pode renunciar à ajuda dos tribunais. Seu poder de ordenar é um substituto suficiente para o sistema judicial do Estado. Por meio de seu poder econômico, ele é capaz de, mesmo utilizando a forma contratual, impor aos consumidores e trabalhadores as disposições que ele entende ser necessárias e que as outras partes precisam aceitar se quiserem continuar a existir. Os contratos-padrão dos monopolistas deslocam todos os riscos imagináveis para as costas dos consumidores ao mesmo tempo em que o consumidor precisa cumprir todas as obrigações da lei. O monopolista pode obrigá-lo a

---

101 Para o caso da Inglaterra, o melhor exemplo talvez seja a decisão Hopwood v. Roberts (1924, 1 K B 514 e 1925, A C 578; ver também o artigo de Harold J. Laski em *Studies in Law and Politics*, capítulo IX, Londres, 1932). Um regulamento do ano 1905 concedeu às comunidades o direito de pagar a seus funcionários os salários que entendiam ser adequados. Quando uma comunidade de trabalho aumentou os salários de seus funcionários, tanto a *High Court* como a *House of Lords* declararam que o regulamento só poderia ser interpretado de forma que apenas salários *reasonable* pudessem ser pagos. Aqui também foi incluída na lei uma cláusula geral que não existia anteriormente.

cumprir sem apelar ao tribunal. Além disso, o monopolista tenta abolir as garantias conexas da propriedade privada dos meios de produção, ou seja, a liberdade de contrato e a liberdade de comércio, e tenta afastar completamente a racionalidade formal do direito. Isso porque a liberdade de contrato envolve também o direito do terceiro de se manter afastado de um cartel, abarca também o direito de um membro do cartel sair do cartel em razão do término do prazo de rescisão ou por outras razões importantes e, assim, alcançar sua liberdade econômica e, por último, ela também autoriza os trabalhadores a formar coligações. A liberdade de comércio também encobre uma autorização para cada capitalista individual construir empresas competitivas e para entrar em competição com monopólios. Assim, as garantias conexas perdem sua função social para os monopolistas, elas são conseqüentemente limitadas e, em algumas circunstâncias, até mesmo completamente afastadas. O novo instituto conexo para proteção da propriedade passa a ser a ordem imediata do Estado, o ato administrativo que protege os interesses dos monopolistas de forma indireta e que restringe ou afasta as antigas garantias. O aparelho do Estado autoritário realiza as exigências jurídicas dos monopolistas de forma mais pura.

## VII

A importância das cláusulas gerais passa a ser ainda mais clara no Estado autoritário<sup>102</sup> porque todos os impedimentos criados pela democracia parlamentar – ainda que ela funcionasse mal – contra a pura implementação das exigências monopolistas tinham sido derrubados.<sup>103</sup> A função

---

102 As observações seguintes não pretendem apresentar o sistema jurídico do Estado autoritário. Elas servem apenas para concretizar os resultados obtidos anteriormente.

103 O trabalho de Claire Russell é muito elucidativo: *Die Praxis des Zwangs-*

das cláusulas gerais se estende ainda mais. Em razão de sua indeterminação, elas passam a ser, no período de transição, o meio para pôr o direito positivo pré-nacional-socialista que contraria as exigências da classe social dominante – e que, por ser a única fonte do direito, contraria também a ordem do Führer – de acordo com esses interesses. Apesar de certamente haver diferenças de opinião a esse respeito, o nacional-socialismo postula hoje a absoluta vinculação do juiz à lei. Mas as assim chamadas cláusulas gerais permitiram implementar pontos de vista políticos dominantes também onde o direito positivo lhes era contrário. Isso porque hoje o juiz não tem que usar seu “juízo subjetivo” na aplicação das cláusulas gerais, mas “os princípios do nacional-socialismo são imediatamente e exclusivamente determinantes para a aplicação e implementação das cláusulas gerais pelo juiz, advogado, oficial de justiça ou professor de direito”.<sup>104</sup> Aqui a cláusula geral é, portanto, um meio para implementar a ordem política da direção sem atritos com o direito positivo que a contesta. Além disso, há completa concordância na literatura nacional-socialista de que a lei nada mais é do que a ordem do Führer porque o direito “pré-revolucionário” tem validade apenas por força da vontade do Führer. “Toda força política do povo alemão se reúne no Führer, ela repousa em

---

kartellgesetzes. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. Volume 97, p. 499 e seguintes. A autora reúne todas as intervenções do Estado com base na lei de cartel obrigatório em um anexo (p. 543 e seguintes) e isso para 18 indústrias diferentes. Em todas essas intervenções, o anexo obrigatório de terceiros em cartéis é prescrito para 14 setores econômicos. Em 13 setores econômicos, as intervenções consistem em licenciamentos obrigatórios, proibições de construção e de expansão. Esses atos administrativos são no fundo direcionados para proteger juridicamente situações de monopólio existentes.

104 Carl Schmitt. *Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis*, Berlin, 1933, Diretriz 4. Ver também Wolfgang Siebert. *Vom Wesen des Rechtsmissbrauches*, Berlin, 1935, p. 15 e diversos outros.

sua mão. Por isso todo direito emana dele. O Führer nacionalista caracteriza o vínculo com a lei da vida nacional, uma vez que ele confere forma e caráter às leis, decretos etc., que ele está dentro da comunidade e não fora dela. Para todos aqueles cujas mentes ficaram presas ao pensamento do século XIX, essa ‘proteção jurídica’ direta aparece como uma monstruosidade bastante particular. Para eles o ‘direito’ só pode ser o que está na lei e eles chamam de lei o que o Parlamento, entendido como a assim chamada ‘representação popular’, decidiu em conformidade com a norma. Mas, acima de tudo, para eles parece inimaginável que o Führer corporifique até mesmo a mais alta jurisdição da comunidade nacional. Se eles vissem que seu estado de direito burguês foi construído justamente sob o paládio da divisão de poderes e que a ‘independência do juiz’ voltada contra o Estado é uma das garantias essenciais de sua liberdade entendida de modo individualista. Mas a história decidiu definitivamente em favor de nós alemães e contra esses princípios liberalizantes destrutivos da nação. Nós sabemos hoje que o Führer protege o direito e que, quando surge a necessidade, ele mesmo intervém diretamente de forma executiva, já que o destino de todo o povo repousa sobre seus ombros”<sup>105</sup>. Diversas leis individuais, todas com caráter de privilégio, já foram promulgadas. O princípio da não-retroatividade das leis não é mais reconhecido. Mesmo o princípio fundamental do Estado de direito, a igualdade das pessoas perante a lei, ou seja, o reconhecimento do sujeito de direito, não é mais o fundamento da teoria do direito nacional-socialista, que antes quer partir de um apelo demagógico à “personalidade concreta” de Hegel<sup>106</sup> e assim esquece que, apesar de ter

105 Hans Frank. In: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*. 4. Jahrgang, 1936, p. 290.

106 Karl Larenz. *Rechtsperson und subjektives Recht*. Berlin, 1935, p. 9.

clareza da natureza puramente negativa dessa igualdade formal, Hegel não queria ela fosse jogada fora. Mas com isso a independência do juiz também se transformou. Mesmo se desconsiderarmos completamente todas as intervenções extrajurídicas na Justiça, a negação do caráter geral da lei reduz o juiz ao status de um policial. Quando o direito e a vontade do Führer são idênticos, quando o próprio Führer pode mandar matar seus opositores políticos sem qualquer procedimento judicial e esse ato é festejado como a mais alta realização do direito<sup>107</sup>, então efetivamente não podemos mais falar de um caráter específico do direito. Agora o direito é um meio técnico para a implementação de objetivos políticos determinados, é só uma ordem do soberano. Nesse sentido, a teoria jurídica do Estado autoritário é o decisionismo e o direito é só um *arcanum dominationis*, um meio para a estabilização do poder.

Mas essa não é a ideologia jurídica do Estado autoritário. Ela é melhor representada pelo institucionalismo ou, como Carl Schmitt a denomina, o “pensamento de ordens e organizações concretas” ou também o “pensamento de ordens e comunidades concretas”.<sup>108</sup> O institucionalismo se opõe tanto ao decisionismo quanto ao positivismo normativista. Nós já descrevemos a essência do positivismo: a presunção de que o direito está apenas contido na lei, de que o sistema jurídico é um sistema de normas gerais lógico, sem contradição e sem lacunas e que o juiz deve apenas aplicar esse sistema de normas para dar expressão à vontade da lei, de forma que a norma prevalece em sua pureza apesar de sua aplicação por pessoas. Os conceitos fundamentais dessa

107 Assim faz Carl Schmitt no ensaio *Der Führer schützt das Recht*, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, p. 945 e a citação de Hans Frank citada anteriormente.

108 Carl Schmitt. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg, 1934.



teoria são o sujeito de direito, que abarca tanto a pessoa física quanto a jurídica; o direito subjetivo privado, que expressa a liberdade da pessoa constituída pelo direito objetivo e cuja máxima expressão é o direito de propriedade; e o contrato, conceito sob o qual todas as relações humanas – o Estado e a associação, o casamento e o contrato de compra, a igreja e o sindicato – devem poder ser reduzidas. Na teoria do positivismo, o Estado também era um sujeito de direito. Os portadores da soberania não eram os grupos sociais, mas a própria pessoa do Estado (*Staatsperson*) que atuava por meio de órgãos.<sup>109</sup> O indivíduo tinha direitos subjetivos públicos perante o Estado.<sup>110</sup>

O sujeito de direito é a máscara econômica (*ökonomische Charaktermaske*)<sup>111</sup> das relações de propriedade. Como máscara, ela encobre o verdadeiro rosto, oculta o fato de que a propriedade não é apenas um direito subjetivo, mas que ao mesmo tempo também fundamenta as “relações de dominação e de servidão”<sup>112</sup>. A garantia conexa da propriedade, o contrato, é um contrato entre sujeitos de direito livres e iguais. Mas essa liberdade e essa igualdade são apenas jurídicas. A igualdade abstrata das partes no contrato encobre sua desigualdade econômica. O contrato de trabalho em especial é um contrato entre o trabalhador juridicamente

109 Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*. Edição de 1922, p. 181.

110 C. F. Gerber. *Über öffentliche Rechte*, 1852. Georg Jellinek. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905.

111 Neumann utiliza a mesma expressão usada por Karl Marx no início do segundo capítulo de *O Capital*: “Wir werden überhaupt im Fortgang der Entwicklung finden, dass die ökonomischen Charaktermasken der Personen nur die Personifikationen der ökonomischen Verhältnisse sind, als deren Träger sie sich gegenüber treten”, *Marx-Engels-Werke*, volume 23, p. 100, grifo meu. (N. T.)

112 A expressão “Herrschafts- und Knechtsverhältnisse” é utilizada diversas vezes por Marx em *O Capital*. Ver *Marx-Engels-Werke*, volume 23, p. 93, p. 161 (nota 1), p. 354. (N. T.)

igual e o empresário juridicamente igual. Sua forma não deixa suspeitar que o empresário se impõe ao trabalhador. A pessoa do Estado deve ser a única portadora da soberania e é por isso que a teoria positivista do Estado se recusa a falar da soberania de um órgão. Ela esconde que grupos sociais e pessoas dominam outras pessoas.

O institucionalismo se comporta como uma teoria progressista e desmascaradora pelo fato de declarar guerra ao conceito de sujeito e de substituí-lo pelo conceito de instituição, que não encobre as diferenciações como o conceito liberal de sujeito de direito. Assim, os conceitos de pessoa do Estado<sup>113</sup> e o de soberania<sup>114</sup> são eliminados do direito do Estado. O Estado passa a ser uma instituição em que um paralelograma de forças tem eficácia, ele passa a ser uma comunidade que se forma organicamente a partir de comunidades inferiores. A força que esse Estado exerce não é mais externa, tanto que a soberania não se aplica mais. Ela é muito mais a força da própria comunidade organizada. Além disso, essa força deve estar submetida ao direito natural perpétuo ou à “perpétua lei da vida da nação”.

A mudança do pensamento jurídico também nega a separação fundamental do sistema jurídico em direito público e privado. De forma breve, o direito público é o direito de intervenção do Estado. Os juristas burgueses passam a ter consciência da socialização da vida por meio do reconhecimento da categoria de direito público. O direito privado é essencialmente o direito das transações, ou seja, direito contratual. Em seu estágio inicial, o institucionalismo inseriu uma nova categoria entre essas duas: o direito social, que não é público porque não é direito estatal e não é privado porque não deve ser direito contratual. O direito social é classificado

113 Reinh. Höhn. *Die Wandlung in staatsrechtlichen Denken*. Hamburg, 1934.

114 Léon Duguit. *Droit constitutionnel*. Paris, 1907.

como direito comunitário. Ele deve ser um direito criado independentemente do Estado, ou seja, criado por associações sociais como a Igreja, as associações de trabalhadores e de empresários e as comunidades.<sup>115</sup> Na fase posterior do institucionalismo, agora sob o Estado autoritário, a separação entre direito público e privado é definitivamente afastada e o sistema jurídico como um todo é proclamado como um sistema unitário para o direito comunitário.<sup>116</sup> Como o direito social é o próprio direito das organizações sociais, o direito que chamamos de autônomo, então a teoria das fontes do direito também é submetida a uma mudança. Enquanto que o direito estatal é a única fonte do direito para o positivismo, esse direito autônomo é acrescido às fontes do direito no institucionalismo. Mas não só o direito estatal e o direito autônomo – a jurisprudência também passa a ser fonte do direito. Isso porque o institucionalismo rejeita a teoria mecanicista do positivismo, rejeita a ideia de que o juiz é a boca da lei e se declara a favor da tese do direito livre de que o juiz desenvolve exclusivamente a atividade de criação do direito.

---

115 Ver Georges Gurvitch, *L'Idée du Droit Social*, Paris, 1932, em que se encontra a seguinte definição na p. 15: "Le droit social est un droit autonome de communion, intégrant d'une façon objective chaque totalité active réelle, qui incarne une valeur positive extra-temporelle. Ce droit se dégage du 'tout' en question pour en régler la vie intérieure, indépendamment du fait que ce 'tout' est organisé ou inorganisé. Le droit de communion fait participer le tout d'une façon immédiate à la relation juridique qui en découle sans transformer ce 'tout' en un sujet disjoint de ses membres". Formulações parecidas podem ser encontradas em Hugo Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz, die Idee der sozialen Selbstimmung im Recht*. München e Leipzig, 1916 e *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2ª edição, Jena, 1928.

116 H. Lange. *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*. Tübingen, 1933. F. Wieacker. *Wandlungen der Eigentumsverfassung*. Hamburg, 1935, p. 23. Schwankend O. Koellreutter. *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*. Tübingen, 1933, p. 80 e seguintes.

Ainda mais drásticas são as alterações da teoria da propriedade. No positivismo, a fábrica é a unidade técnica onde o proprietário produz e a empresa é a unidade econômica onde os proprietários põem sua política de negócios em prática. O institucionalismo transforma a fábrica em uma “comunidade social de trabalhadores e da fábrica”, em que o trabalhador não é apenas um instrumento do empresário, mas “um membro vivo da comunidade de trabalho integrada por empresários e trabalhadores”.<sup>117</sup> A lei para a ordem do trabalho nacional de 20 de janeiro de 1934 legalizou essa definição de fábrica dada pelo Tribunal do Trabalho do *Reich* com a consequência de que, no lugar das relações de direito contratual entre trabalhadores e empresários, entrou o dever de lealdade derivado dessa comunidade. “Não a *locatio conductio operarum* [arrendamento de serviços] materialista romana, mas a forma de um contrato de fidelidade do direito alemão é determinante para a relação de trabalho. Não a reciprocidade das obrigações de troca, mas a convivência do trabalho, o trabalho na comunidade e a tarefa e o objetivo comuns são o decisivo”.<sup>118</sup> Essa formulação que não vê mais o contrato de trabalho como contrato, mas como relação em uma organização ou como um laço jurídico pessoal, começou com Gierke<sup>119</sup>, que afirmava que o contrato de trabalho era o prosseguimento do contrato germânico de lealdade entre suserano e vassalo e foi adaptado ao direito do trabalho alemão por Hugo Sinzheimer. A empresa passa a ser um organismo social e a sociedade anônima deixa de ser uma associação de sujeitos de direito com propriedade para ser

---

117 Decisão do Tribunal do Trabalho do *Reich* de 20 de junho de 1928.

118 Assim está em R. Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, 4ª edição, München, 1936.

119 Die Wurzeln des Dienstvertrages. In: *Festschrift für Heinrich Brunner*. Berlin, 1914, p. 37 e seguintes.

uma instituição. De forma breve, a propriedade deixa de ser um direito subjetivo atribuível a um sujeito de direito e passa a ser uma “instituição”, uma relação social reificada. O contrato não é apenas restringido na prática, como nós descrevemos, ele também perde seu papel na ideologia do direito. Direitos e deveres não devem mais ser vinculados às vontades dos sujeitos de direito juridicamente iguais, mas a fatos objetivos. O determinante agora é o status que a pessoa ocupa na sociedade. A fórmula famosa de Sir Henry Maine que descreve o desenvolvimento do contrato ao status<sup>120</sup> é hoje amplamente aceita.

O principal representante da teoria institucionalista, Georges Renard, resumiu as demandas do institucionalismo e fez uma contraposição com o positivismo jurídico, chamado por ele de jacobinismo.<sup>121</sup> O núcleo da teoria é a eliminação do sujeito de direito do sistema jurídico, a separação entre sujeito de direito e instituição e a absolutização da instituição. O sujeito de direito é substituído pela “posição jurídica concreta do compatriota”<sup>122</sup>, já que ele atrapalharia a conservação de antigos conceitos básicos liberais como “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*).<sup>123</sup> Segundo Renard, a instituição é um organismo, é uma estrutura jurídica que serve ao bem comum. Ela não é uma simples relação, mas um “ser”. Ela é uma unidade, “*un tout*” em que os particulares estão integrados. “*La relation institutionnelle est une intériorisation, consortium, invicem membra*”. Assim a fábrica é despreendida de seu dono; a empresa, do empresário; a sociedade anônima, da presidência e do conselho fiscal. A pessoa de Estado

120 *Ancient Law*. Edição da Oxford Classics.

121 *L’Institution, Fondement d’une Rénovation de l’Ordre Social*. Paris, 1931.

122 K. Larenz. *Rechtsperson und subjektives Recht*. Tübingen, 1935, p. 225.

123 E. R. Hubner. Die Rechtstellung der Volksgenossen. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Volume 96, 1936, p. 448.

e a soberania estatal desaparecem com o direito subjetivo público.<sup>124</sup>

Como essa mudança pode ser explicada? É certo que os conceitos jurídicos fundamentais do positivismo tinham funções mascaradoras. O conceito de sujeito de direito é, sem dúvida, uma máscara social. Mas essa máscara apenas encobre – ela não deixa seu portador desaparecer, ainda é possível percebê-lo. O proprietário tampouco precisa desaparecer da teoria no período da concorrência, já que, como indivíduo, ele não exercia um grande poder econômico e social. Isso porque não era o indivíduo que exercia poder sobre as pessoas, mas apenas a soma dos indivíduos, o sistema. Ao contrário, um imenso poder de ordenar está concentrado em poucas pessoas no capitalismo monopolista. Se levantássemos a máscara, esse verdadeiro estado de coisas seria revelado. Na economia monopolista, o poder exercido por alguns poucos pode ser muito bem percebido. O institucionalismo – que é a teoria do direito da economia monopolista – faz a máscara desaparecer da teoria do direito, mas com isso desaparece também seu portador, o proprietário. Não falamos mais de proprietários, mas de instituição. Não falamos mais do sujeito de direito, mas do negócio, do empresário. Nós deixamos a pessoa de Estado desaparecer. Na teoria positivista do direito do Estado, o conceito de pessoa de Estado encobre o fato de que, na verdade, é um grupo social que exerce a soberania atribuída a essa pessoa de Estado. Mas quando o poder político é tão concentrado – como é o caso no Estado autoritário –, é aconselhável afastar o conceito de pessoa de Estado e de soberania e substituí-los pela comunidade liderada pelo Führer. De agora em diante, o Estado passa a

---

124 R. Höhn, Staat und Rechtsgemeinschaft. Th. Maunz, Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts. Ambos estão em *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, volumes 95 e 96, 1935, páginas 656 e 71.

ser a “configuração” (*Gestalt*), ele passa a ser caracterizado como a “configuração política do povo alemão”.<sup>125</sup> Na medida em que o entendimento contratual deixa de ser decisivo e dá lugar ao poder da ordem, na mesma medida desaparece o pensamento jurídico do positivismo e é substituído pelo institucionalismo. “Se nos últimos séculos era necessário à manutenção das transações econômicas que as promessas fossem cumpridas sem uma intervenção permanente do poder, essa necessidade diminuiu, entretanto, em razão da progressiva acumulação do capital. A camada dominante não é mais constituída por inúmeros sujeitos que celebram contratos, mas por grandes grupos de poder controlados por poucas pessoas que concorrem entre si no mercado mundial. Sob uma disciplina de ferro, eles transformaram vastas áreas da Europa em um enorme campo de trabalho. Quanto mais a concorrência no mercado mundial vira mera luta por poder, eles se tornam melhor organizados e fortemente estruturados tanto interna quanto externamente. Assim, o fundamento econômico para a importância das promessas fica dia a dia mais restrito. Isso porque agora não é mais o contrato, mas o poder de ordenar e a obediência que cada vez mais caracterizam as transações econômicas internas.”<sup>126</sup>

Teorias políticas totalmente díspares se apropriaram do institucionalismo – tanto a teoria da reforma social, principalmente a teoria da reforma social sindical, quanto a teoria do Estado autoritário. Esse fato revela a confusão que existe no pensamento jurídico atual. Mas é certo que a teoria do institucionalismo parece ser mais próxima da realidade do que o positivismo jurídico. Quando a fábrica, a empresa, a socieda-

---

125 E. R. Huber, *Die deutsche Staatswissenschaft. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, volume 95, 1934, p. 28.

126 Max Horkheimer, *Bemerkungen zur philosophischen Anthropologie. Zeitschrift für Sozialforschung*, Ano IV, 1935, p. 14.

de anônima e o monopólio são declarados como instituições sociais, então é possível expressar que a propriedade não é mais uma coisa privada, mas que se tornou uma instituição social. As instituições são evidentemente mais inteligíveis do que as normas e é por isso que essa teoria se tornou a teoria do avanço sindical, anteriormente descrita como coletivismo, na Alemanha, na França e na Inglaterra. Mas, na verdade, essa proximidade da realidade é apenas aparente, uma vez que a instituição é separada das relações sociais de poder, único contexto em que ela se torna compreensível. O institucionalismo arranca a instituição para fora dessas dependências sociais. “Essa tendência de estruturação (a saber, a do institucionalismo) é principalmente caracterizada pelo fato de que as formações de grupo dialéticas e destrutivas no organismo nacional – trabalhador e empresário, inquilino e locador, cidade e campo – são superadas por estruturas sintéticas e frequentemente hierárquicas. Sua justificativa é encontrada numa formação jurídica que se liga a esse princípio estrutural na medida em que *fronts* e profissões são estruturas da ordem nacional natural, em que uma série de legislações propostas por grupos profissionais aparece como o princípio ótimo para um crescimento informal e ordenado do direito”.<sup>127</sup> É justamente por causa desse caráter reluzente do conceito de instituição expresso em frases tão fortes, por causa do desprendimento desse conceito da realidade social, que o institucionalismo passou a ser a teoria da reforma social sindical na Alemanha. As teorias justralhistas de sindicatos de todas as orientações se estruturavam especialmente com base nos conceitos institucionalistas fundamentais. Na Inglaterra, principalmente sob a influência da teoria da cooperativa de Gierke, tanto o conservadorismo social quanto o fabianismo se apropriaram da teoria institucionalista a fim

---

127 F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, p. 21.



de alcançar uma reorganização das relações entre Estado e sociedade.<sup>128</sup> Na França, o institucionalismo é essencialmente neotomista e ganhou um impulso extraordinariamente forte por causa da encíclica papal do *Quadragesimo Anno*. Essa teoria foi justificada por Maurice Hauriou nos três volumes de seus comentários às decisões do *Conseil d'État*.<sup>129</sup> A grande popularidade da teoria data da publicação dos ensaios de Georges Renard, *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*<sup>130</sup> e *La Théorie de l'Institution*. Esse livro foi discutido por seis dos mais importantes filósofos do direito franceses no primeiro número dos *Archives de Philosophie du Droit et de la Sociologie Juridique* (1931).

A teoria jurídica do Estado evita a palavra institucionalismo. Ela adora a palavra “principalmente para se distanciar do neotomismo”<sup>131</sup> e prefere se caracterizar como pensamento jurídico da ordem e da formação ou como pensamento comunitário. Ela deve ser um “pensamento sobre a configuração das coisas” (*Sachgestaltungsdenken*).<sup>132</sup> O nacional-socialismo descobre a configuração das coisas por meio dos monopólios. Assim, Carl Schmitt admitiu

---

128 Ver principalmente os seguintes trabalhos: Harold J. Laski, *The State and the New Social Order*. In: *Studies in Law and Politics*, Londres, 1932. *The Foundations of Sovereignty* e *The Pluralistic State*, ambos em *The Foundations of Sovereignty*, Londres, 1921. Laski abandonou essa teoria a partir de 1932. G. D. H. Cole, *Self-Government in Industry*, livro em que o socialismo de guildas é representado. Cole também abandonou esse ponto de vista. Ferner J. N. Figgis, *The Church in the Modern State*, fortemente influenciado por Gierke e F. W. Maitland, que traduziu a obra de Gierke na Inglaterra e a adaptou para o contexto local. Seus ensaios mais importantes foram publicados agora em *Selected Essays*, organizado por Hazeltine, Lapsley e Winfield, Cambridge, 1936.

129 1ª edição, sob o título de *Notes d'arrêts*, 1928; 2ª edição de *Jurisprudence Administrative*, 1930.

130 *Cahiers de la nouvelle Journée*, N. 4, 1925, pp. 1-45.

131 Carl Schmitt, *Über die Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*, p. 57.

132 Hans Frank. In: *Juristische Wochenschrift*, 1933, p. 2091.

implicitamente o parentesco próximo do institucionalismo com o capitalismo monopolista quando classificou a “teoria da construção e da estrutura” de Gottl-Ottlilienfeld como a teoria econômica alemã adequada.<sup>133</sup> Gottl-Ottlilienfeld<sup>134</sup>, um dos principais economistas alemães, elimina completamente o sujeito econômico da teoria econômica e o substitui pelas construções sociais, que são “construções elementares” (*Urbgebilde*) ou “construções instrumentais” (*Zweckgebilde*).

O positivismo jurídico desaparece assim da teoria do direito do Estado autoritário – mas ele não é substituído apenas pelo institucionalismo. Os elementos decisionistas continuam a existir e passam por um fortalecimento inesperado em razão da eliminação do conceito racional de lei e do predomínio exclusivo do conceito político de lei, processo já apresentado anteriormente. Isso porque a teoria institucionalista nunca consegue responder à pergunta de qual instituição é uma “construção elementar” e qual é apenas uma “construção instrumental” em uma dada situação. Ela nunca consegue dizer quais intervenções e quais tipos de regulação da instituição são “apropriados”, ela nunca consegue decidir por si mesma se a “posição concreta do compatriota” deve ser assim ou de outra forma. Essa decisão é deixada para o aparelho do Estado autoritário, que se serve da ordem do Führer como meio técnico.

Se a lei geral é a forma fundamental do direito, se a lei não é apenas *voluntas*, mas também *ratio*, então precisamos negar o caráter jurídico do direito do Estado autoritário. Só é possível pensar o direito como um fenômeno diferente da ordem política do soberano quando o direito se manifesta

133 Carl Schmitt, *Über die Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, p. 63.

134 *Volk, Staat, Wirtschaft und Recht*, Erster grundlegender Teil, Berlin, 1936, e ainda a conferência em aprovação de E. Wiskemann. In: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. Volume 97, 1936, p. 188 e seguintes.

na lei universal. A verdadeira universalidade não é possível numa sociedade que não pode dispensar da força como princípio. Mas a universalidade negativa, formal e limitada da lei no liberalismo não apenas possibilita a calculabilidade capitalista, mas também garante um mínimo de liberdade, uma vez que a liberdade formal tem dois lados e, assim, ao menos também concede chances jurídicas aos mais fracos. É por isso que a lei e os direitos de liberdade a ela vinculados entram em conflito com as necessidades da economia monopolista. Apesar de, no capitalismo monopolista, a propriedade dos meios de produção permanecer intocada como a figura jurídica unificadora de toda a época burguesa, a lei geral e o contrato desaparecem e são substituídos por medidas individuais do soberano.

