DOI: 10.9732/P.0034-7191.2014v109p13

A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa[1] [2]

The change in the function of law in modern society

Franz Neumann[3]

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 Tavolari. 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 celebrizado 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 undestand 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 desapercebido, 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[4]. 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*])".[5] Outros[6] reduzem o direito objetivo a formas psicológicas de comportamento dos que estão submetidos ao direito (*Rechtsunterworfenen*). 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.[7]

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*[8] – 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[9]. 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."[10]

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.[11] 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*"[12]. 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"[13]. 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" [14]. "Apenas os pensamentos são livres" [15]. 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"[16]. 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"[17]. 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.[18] 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 emanação 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[19] 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*"[20] 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 eclesiático 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[21], 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[22]. 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"[23].

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".[24] 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 outrém 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"[25]. 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".[26]

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*)[27]. 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".[28]

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.[29] Já no século XVI, a fórmula dominante de supremacia do direito significava nada menos do que o império das leis do Parlamento.[30] É claro que tendências jusnaturalistas muito fortes emergiram durante a revolução puritana[31], 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 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.[32] A natureza humana é dominada por dois impulsos: o da sociabilidade e o da auto-preservação.[33] Como não existe uma harmonia natural entre os dois instintos, ela precisa ser provocada à força.[34] Por não prever sanção, o direito natural é incapaz dessa tarefa. Sua execução é apenas deixada a critério do "*foro divino et conscientiae*"[35]. 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*[36], e o direito de resistência, admitido por Pufendorf, não se refere a nada de decisivo.[37] 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.[38] 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[39] 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[40], 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".[41] 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[42]. 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[43] 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[44], Lorenz von Stein[45] e Klueber[46]: 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 Teutschen 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[47] 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[48] 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[49]. 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."[50] 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 reatroatividade 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 juízes são "*en quelque façon nul*"[51]. Essa teoria "fonográfica" da aplicação do direito[52] 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 juízes 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..."[53]. 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 juízes. O pensamento jurídico desse período é chamado de positivismo ou normativismo. A interpretação das leis pelos juízes 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 juízes 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"[54]. 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[55] 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"[56]. 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 doutrinarismo 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.[57] 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.[58] 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.[59] 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.[60] 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 Gény, *Méthode de l'Interpretation et Sources du Droit Privé Positif*. 2ª edição, Paris, 1919. Gény 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.[61] 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."[62] 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.[63] 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.[64] Dessa forma, desfaz-se a aparente oposição no posicionamento dos liberais perante a legislação, uma antinomia que Roscoe Pound[65] 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[66], seu postulado de igualdade para os competidores, sua luta contra os monopólios[67], 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 papeis 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[68] 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.[69] "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."[70] 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[71], Robert von Mohl[72], Otto Bähr[73] e Welcker[74]. 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[75]. 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[76]. 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[77]. 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*[78]. 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[79]: "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 (*Verkehrsbedürfnisse*)."

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[80]: "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.[81]

Se é certo que o *Rechsstaat* 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 Rektoradsrede 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