

A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa^{1 2}

The change in the function of law in modern society

Franz Neumann³

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 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 despercebido, 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

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*⁸², 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 amarelos⁸³, 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 político⁸⁴. 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 decisão⁸⁵. As mudanças econômicas estruturais, junto com a crescente incapacidade de trabalho do Parlamento, fortaleceram a burocracia, especialmente a burocracia ministerial de forma extraordinária⁸⁶.

A estrutura econômica e política modificada correspondia a uma virada radical na teoria do direito e na prática jurídica⁸⁷. 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”.⁸⁸ 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”⁸⁹. 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”⁹⁰. 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 1921⁹¹, 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.⁹² Todas tratam da questão de se uma lei não viola a garantia de propriedade do artigo 153 da Constituição de Weimar.⁹³ 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.⁹⁴ 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*”⁹⁵, 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 19th Amendment and after. In: *Virginia Law Review*, 1920, p. 1 e W. W. Willoughby. *The Constitutional Law of the United States*. 2^a 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”⁹⁶. 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 Berlim⁹⁷, 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.⁹⁸ 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”⁹⁹.

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

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 ¹⁰⁰greve, 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 enteado 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.¹⁰¹

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 autoritário¹⁰² porque todos os impedimentos criados pela democracia parlamentar – ainda que ela funcionasse mal – contra a pura implementação das exigências monopolistas tinham sido derrubados.¹⁰³ 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”.¹⁰⁴ 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”¹⁰⁵. 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 Hegel¹⁰⁶ 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 direito¹⁰⁷, 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”.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ O indivíduo tinha direitos subjetivos públicos perante o Estado.¹¹⁰

O sujeito de direito é a máscara econômica (*ökonomische Charaktermaske*)¹¹¹ 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”¹¹². 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 Estado¹¹³ e o de soberania¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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 Selbststimmung 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”.¹¹⁷ 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”.¹¹⁸ 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 Gierke¹¹⁹, 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 status¹²⁰ 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.¹²¹ 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”¹²², já que ele atrapalharia a conservação de antigos conceitos básicos liberais como “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*).¹²³ 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 desprendida 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.¹²⁴

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”.¹²⁵ 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.”¹²⁶

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”.¹²⁷ 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.¹²⁸ 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*.¹²⁹ A grande popularidade da teoria data da publicação dos ensaios de Georges Renard, *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*¹³⁰ 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”¹³¹ 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*).¹³² 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 des 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.¹³³ Gottl-Ottlilienfeld¹³⁴, um dos principais economistas alemães, elimina completamente o sujeito econômico da teoria econômica e o substitui pelas construções sociais, que são “construções elementares” (*Urgebilde*) 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.

