BIANCA MARGARITA DAMIN TAVOLARI

ORIGENS DA JURIDIFICAÇÃO: DIREITO E TEORIA CRÍTICA

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

BIANCA MARGARITA DAMIN TAVOLARI

ORIGENS DA JURIDIFICAÇÃO: DIREITO E TEORIA CRÍTICA

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Professor Titular Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

Tavolari, Bianca Margarita Damin

Origens da juridificação: Direito e Teoria Crítica / Bianca Margarita Damin
Tavolari.

– São Paulo, 2019.
326 f.

Orientador: José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Nome: TAVOLARI, Bianca Margarita Damin

Título: Origens da juridificação: Direito e Teoria Crítica

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos

O trabalho que envolve uma tese de doutorado costuma ser, no mais das vezes, bastante solitário. Tive a felicidade de contar com o apoio e a interlocução de diversas pessoas e instituições que agora tenho a oportunidade de agradecer textualmente aqui.

José Eduardo Faria não foi apenas orientador desta tese, mas também orientou minha dissertação de mestrado e meu trabalho de conclusão de curso, além de ter sido meu tutor no Programa de Educação Tutorial (PET) na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São, portanto, dez anos de intercâmbio intelectual que, assim espero, não vão acabar com o depósito desta tese.

Agradeço aos professores Samuel Rodrigues Barbosa e Rúion Soares Melo, que participaram da minha banca de qualificação, pelas sugestões e críticas precisas que muito contribuíram para o meu trabalho destes últimos anos.

O Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) tem uma importância tão marcante para a minha formação e para a minha vida que não consigo imaginar que esta tese poderia existir sem este espaço mais do que privilegiado de discussão franca e aberta. Em nome de Marcos Nobre e Ricardo Terra, agradeço aos pesquisadores e pesquisadoras com quem tive a felicidade de debater e trabalhar em conjunto nestes últimos oito anos – e nos muitos que virão. O texto apresentado à qualificação foi discutido em uma de nossas plenárias aos sábados. Agradeço especialmente a Gabriel Busch de Brito por ter sido o relator. Também devo um agradecimento especial a Flavio Prol, que fez uma leitura atenta e rigorosa de versões desta tese.

Alguns capítulos desta tese também foram apresentados em versões preliminares em congressos. O capítulo sobre o conceito de juridificação nos textos de Otto Kirchheimer foi discutido no VIII Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABRASD, em novembro de 2017, no Grupo de Trabalho “Teoria Crítica, Teoria dos Sistemas e direito”, coordenado pelos professores José Rodrigo Rodriguez, Fernando Rister de Sousa Lima e Guilherme de Azevedo, a quem agradeço pelos comentários. Também agradeço a José Siqueira Neto pelas sugestões na discussão do trabalho (e por

compartilhar o interesse pelas obras de Hugo Sinzheimer). Uma versão ainda muito preliminar do capítulo específico sobre Franz Neumann também foi apresentado no Congresso da ABRASD, no ano seguinte, em 2018, no Grupo de Trabalho “Crítica do direito: teoria, sociologia, dogmática e pesquisa”, coordenado pelos professores José Rodrigo Rodriguez e Marcus Dantas, a quem também agradeço pelo espaço de discussão e diálogo. Já o capítulo sobre o diagnóstico de fundo compartilhado tanto por Kirchheimer quanto por Neumann foi debatido, em inglês, na *Philosophy and Social Science Conference* de maio de 2018, em Praga, a convite de William Scheuerman. Devo ainda um agradecimento especial a William Scheuerman e a Robin Celikates por terem me convidado a escrever um verbete sobre juridificação para a edição comemorativa da revista *Krisis*, intitulada *Marx from the Margins: from A to Z*.

A bibliografia básica e de comentário utilizada neste trabalho não é apenas inteira em alemão, mas também é de difícil acesso. Contei com a ajuda incomensurável de Gabriel Busch de Brito, que certamente tinha um mapa para encontrar todos os textos escondidos pelas bibliotecas alemãs; de Marcos Nobre e Lourenço Madeira de Medeiros, que enviaram diversos livros da França e da Alemanha para mim, respectivamente; e agradeço a Ester Gammardella Rizzi por ter me emprestado uma coletânea de alguns textos de Otto Kirchheimer em alemão. Sem vocês, estes livros e textos não teriam cruzado o Atlântico tão cedo.

A escrita desta tese também foi acompanhada por muitas traduções. Meus mais sinceros agradecimentos aos *Cadernos de Filosofia Alemã* por terem publicado três dos textos que servem de base a esta tese: *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* e *Mudança de significado do parlamentarismo*, ambos de Kirchheimer, e *O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar*, de Franz Neumann. O trabalho minucioso de cotejo com o original feito pelos revisores anônimos foi imprescindível para melhorar as traduções (os erros que podem ter permanecido são de minha responsabilidade, evidentemente). Também agradeço ao trabalho incansável de Simone Fernandes na revista. Agradeço imensamente à *Revista Dissonância de Teoria Crítica* por publicar a tradução feita por mim de *A teoria frankfurtiana recente: avessa ao direito?*, de William Scheuerman – texto que tive o prazer de ser debatedora na *II São Paulo Critical Theory Conference* de 2017. Agradeço especialmente a Bárbara Santos, Fernando Bee e Mariana Teixeira por toda sua dedicação para que o texto fosse publicado. A Carolina Vestena, que se prontificou a publicar minha tradução de *Weimar – e então?* e conseguiu

negociar os direitos com a editora alemã – muito obrigada. Devo outro agradecimento específico a Gabriel Busch de Brito por ter revisado as primeiras versões de praticamente todas as traduções que integram o anexo a esta tese. Mais uma vez, os erros de tradução que podem ter restado são apenas meus.

No primeiro ano da escrita desta tese, em 2016, tive a oportunidade de revisar a tradução do livro *Poesia e verdade*, a autobiografia de Goethe, para a Editora UNESP, que acabou recebendo o prêmio da Biblioteca Nacional de melhor tradução em 2018. Agradeço muito a Leandro Rodrigues. E, no último ano da escrita desta tese, recebi o convite irrecusável da Fundação Rosa Luxemburgo para traduzir *A revolução alemã 1918-1919*, do historiador Sebastian Haffner, publicado pela editora Expressão Popular. Meus agradecimentos a Jorge Pereira.

José Rodrigo Rodriguez é um dos principais incentivadores desta tese. Agradeço imensamente por todo o apoio e generosidade.

Estes últimos três anos também foram marcados por muito trabalho. Agradeço a Raquel Rolnik, Paula Freire Santoro e todos os pesquisadores do LabCidade da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo por todo o aprendizado. Agradeço a Celso Campilongo pelo trabalho conjunto. Ao Instituto Pólis, agradeço a todos na figura de Danielle Klintowitz. E, ao Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, nas figuras de Rodrigo Faria Iacovini e Henrique Frota. Ao projeto *Properties in Transformation*, especialmente a Diogo Coutinho e Tomaso Ferrando, pelo espaço de debate e discussão qualificada. Às alunas e alunos do PET-Sociologia Jurídica, pela oportunidade de sempre aprender com vocês. Ao Insper e ao novo projeto de graduação em direito que eu tenho a honra de poder fazer parte, agradeço em nome de Caio Farah Rodrigues e Rafael Scavone Bellem.

Aos amigos, por toda leveza e pela sorte de ser resistência ao lado de vocês: Adriano Januário, Aline Viotto, Alvaro Pereira, Antônio Freitas, Camilla Rollemberg, Claudia Pellegrini Braga, Daniel Aldana Cohen, Emerson Fabiani, Francisco de Brito Cruz, Gabriela Terra, Gustavo Bambini, João Turchi, João Rezende, Jonas Medeiros, Luanda Vannuchi, Lucas Oliveira, Maíra Machado, Maria Medeiros, Mariana Valente, Marília Ramos, Marília Rolemberg Lessa, Mario Schapiro, Mateus Soares de Souza, Rachelle Balbinot, Ricardo Teperman, Rita Mattar, Renan Quinalha, Silas Cardoso, Talita Pessoa, Veridiana Alimonti, Vinicius Marques de Carvalho e Vitor Nisida.

A meus pais, Sandra e Rodrigo, por toda a paciência e compreensão.

Para o Marcos, *porque para mí también eres un regalo.*

Y para Margarita, muchísimas gracias.

Resumo

O conceito de juridificação ganhou espaço nos debates sócio-jurídicos das décadas de 1970 e 1980, no contexto do Estado de bem-estar social europeu do pós-guerra. Com sentido eminentemente negativo, designava uma expansão indevida do direito para todos os âmbitos da vida. Este processo de ultrapassagem era associado à burocratização, à perda das qualidades intrínsecas ao direito formal e, no limite à perda de liberdade individual. O objetivo desta tese é mostrar que as origens do conceito de juridificação datam de muito antes – e que, em sua gênese, o conceito tinha sentidos muito distintos. Na Alemanha da República de Weimar das décadas de 1920 e 1930, juristas críticos como Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer e Franz Neumann mobilizaram o conceito de diferentes maneiras: em sentido positivo, para tratar do reconhecimento estatal das especificidades do direito do trabalho e do direito econômico, bem como da expansão de um direito não-estatal baseado na autonomia social dos trabalhadores organizados; em sentido negativo, para denunciar um deslocamento das decisões políticas mais fundamentais para o campo do direito, nos contornos de uma democracia formal que não havia se aprofundado. Defendo a tese de que só faz sentido falar em juridificação em democracias de matriz social, já que todos os que mobilizam o conceito não tratam da ampliação do direito sem mais, mas do espraio de um direito específico: um direito não-liberal, que institucionaliza desigualdades estruturais como ponto de partida a fim de compensá-las ou corrigi-las e que reconhece as assimetrias sociais em suas principais particularidades.

Palavras-chave: juridificação, teoria crítica, democracia social, República de Weimar

Bianca Margarita Damin Tavorali. Origens da juridificação: Direito e Teoria Crítica. 2019. 326 páginas. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Abstract

The concept of juridification has gained space in socio-legal debates of the 1970's and 1980's, against the background of the post-war European welfare State. Juridification was employed in an eminently negative sense, designating an improper expansion of law to all spheres of life. This process of overtaking was associated to bureaucratization, to the loss of formal law's intrinsic qualities and, ultimately, to the loss of individual freedom. This thesis' main objective is to demonstrate that the origins of the juridification concept go back in time to the decades of 1920's and 1930s – and that, on it's genesis, variegated meanings were attributed to the concept. In Weimar Republic Germany, critical legal scholars such as Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer and Franz Neumann have mobilized the concept in a positive way, in order to address the State recognition of the specificities of labor and economic law, but also to address the expansion of a non-statal law base on the organized workers' social autonomy; and also in a negative way, in order to report a displacement of the most fundamental political decisions to the legal field, in the framework of a formal democracy that had not been fully democratized. I defend the thesis that it only makes sense to talk about juridification in social democracies, since all those who employ the concept do not address a mere extension of law in itself, but rather the spreading of a specific type of law: a non-liberal law that institutionalizes structural inequalities as in order to compensate them or correct them and that recognizes social asymmetries in their most fundamental particularities.

Keywords: juridification, critical theory, social democracy, Weimar Republic

Bianca Margarita Damin Tavorari. *Origins of Juridification: Law and Critical Theory*. 2019. 326 pages. Doctoral thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

Zusammenfassung

Der Verrechtlichungsbegriff tritt in die sozialrechtlichen Debatten der 1970er und 1980er Jahre auf, im Kontext des europäischen Nachkriegswohlstandsstaates. Der Begriff wurde dann mit einem auffallenden negativen Sinn verwendet um eine unangemessene Erweiterung des Rechts zu allen Lebensgebieten zu bezeichnen. Dieser Überholensverfahren wurde mit der Bürokratisierung, mit dem Verlust der intrinsischen Eigenschaften des formalen Rechts und, letztendlich, mit dem Verlust der individuellen Freiheit assoziiert. Der Zweck dieser Doktorarbeit ist zu zeigen, dass die Ursprünge des Verrechtlichungsbegriffs viel früher zurück liegen – und dass, in seiner Genese, verschiedene Bedeutungen wurden zu der Begriff verbindet. In Deutschland der Weimarer Republik der 1920er und 1930er Jahre, streitbare Juristen wie Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer und Franz Neumann mobilisierten den Begriff auf unterschiedliche Weise: im positiven Sinne, wenn es um, einstens, der staatlichen Anerkennung der Besonderheiten des Arbeits- und Wirtschaftsrechts ging und, zweitens, um der Ausweitung eines nichtstaatlichen Rechts, auf die soziale Autonomie der organisierten Arbeiterschaft bezogen, zu thematisieren; im negativen Sinne, um eine politische Verlagerung der Entscheidungen in Richtung des Rechtssphäre zu berichten, im Rahmen einer formalen Demokratie. Ich verteidige die These, dass der Verrechtlichungsbegriff macht nur Sinn in den Umrissen einer Sozialdemokratie, denn alle, die der Begriff mobilisieren, beschäftigen sich nicht bloß mit der Erweiterung des Rechts überhaupt, sondern mit der Verbreitung einer bestimmten Rechtsstruktur: ein nichtliberales Recht, das strukturelle Ungleichheiten als ihren Ausgangspunkt institutionalisiert, um sie zu kompensieren oder korrigieren, und das die sozialen Asymmetrien in ihren Haupteigentümlichkeiten erkennt.

Schlüsselwörter: Verrechtlichung, kritische Theorie, Sozialdemokratie, Weimarer Republik

Bianca Margarita Damini Tavolari. Ursprünge der Verrechtlichung: Recht und kritische Theorie. 2019. 326 Seiten. Doktorarbeit – Juristische Fakultät, Universität São Paulo, São Paulo, 2019.

Sumário

Introdução. As origens da “juridificação”	17
I. Origens.....	26
II. Diagnósticos de tempo	31
III. A posição do limiar	35
IV. Nota sobre “diagnóstico de tempo”	38
Nota de tradução	43
Capítulo 1. Juridificação em sentido positivo: Hugo Sinzheimer	51
I. Um novo direito	57
II. Autonomia social.....	65
III. Democracia parlamentar e revolução.....	71
III.1. Democracia política e democracia social	73
III.2. Juridificação em dois níveis	79
Capítulo 2. Diagnóstico comum: Otto Kirchheimer e Franz Neumann	87
I. Os juristas da Teoria Crítica	87
II. Equilíbrio temporário da luta de classes.....	93
II.1. O diagnóstico de Otto Bauer.....	94
II.2. As preocupações de Max Adler	100
II.3. Estado de equilíbrio como diagnóstico de fundo.....	103
III. Otto Kirchheimer	104
III.1. A troca de função da ideia de Estado de direito	109
III.2. Mudança de significado do parlamentarismo	123
IV. Franz Neumann.....	132
IV.1. Um conjunto de mudanças estruturais: politização do judiciário	137
IV.2. Estado de equilíbrio e compromisso	155
Capítulo 3. Juridificação em sentido negativo: Otto Kirchheimer	161
I. “Caminha-se para a juridificação em todos os âmbitos...”	163
II. Uma Constituição “sem decisão”	175
Capítulo 4. Juridificação como pressuposto: Franz Neumann	187
I. Juridificação, judicialização e politização	189
II. “A exigência de que todos os confrontos tenham lugar no solo do direito...”	190
III. O “avesso” da juridificação.....	199
Adendo. Juridificação e materialização do direito.....	205

I. Materialização do direito	211
II. Questionamentos à caracterização da materialização do direito	216
Considerações finais	221
Referências bibliográficas.....	224
Anexo de traduções.....	239
1. O futuro dos conselhos operários (1919), de Hugo Sinzheimer	239
2. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo (1928), de Otto Kirchheimer	246
3. Mudança de significado do parlamentarismo (1928), de Otto Kirchheimer.....	264
4. Weimar – e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar (1930), de Otto Kirchheimer.....	269
5. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar (1930), de Franz Neumann	308

Introdução. As origens da “juridificação”

“Em toda a ciência do direito não existe um problema mais importante do que aquele da formação do direito, isto é, a pergunta sobre como surge direito novo.”

SINZHEIMER, Hugo. *Zur Kritik des bürgerlichen Rechts* [Para a crítica do direito burguês], 1930.¹

À primeira vista, “juridificação” parece uma palavra estranha. Soa mal quando dita em voz alta e, não raro, é escrita entre aspas, usadas justamente para sinalizar uma diferença entre esta e as demais palavras em um texto. É também um caso em que os dicionários não são de muita ajuda: não há qualquer entrada similar, seja para o substantivo “juridificação” ou para o verbo “juridificar”. Estamos, portanto, diante de uma palavra inventada. É certo que esse caráter de invenção tem sua origem numa tradução: “juridificação” nada mais é do que *Verrechtlichung*, seu correlato em alemão. Mas a estranheza não se limita à importação de uma palavra estrangeira. *Verrechtlichung* é “inventada” também no idioma original, tampouco consta dos dicionários alemães. Não à toa Gunther Teubner afirma se tratar de uma palavra artificial [*Kunstwort*] e, acima de tudo, de uma palavra feia.²

Difícilmente encontraremos alguma palavra que não tenha sido, ela própria, fruto de invenção. Se a linguagem é convenção social, os termos que utilizamos para designar objetos, sensações, estados e relações poderiam ser simplesmente diferentes do que são hoje, já que não há, por princípio, nenhuma correspondência essencial entre som e sentido. Se a linguagem é acordo, então não haveria nada de especial no fato de “juridificação” ser uma construção social: seria mais uma na infinita lista de palavras inventadas pelos homens como

¹ “Es gibt in der ganzen Rechtswissenschaft kaum ein wichtigeres Problem, als das der Rechtsbildung, d. h., die Frage danach, wie neues Recht entsteht.” SINZHEIMER, Hugo [1930]. *Zur Kritik des bürgerlichen Rechts*. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976, p.418.

² TEUBNER, Gunther. *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*. In: TEUBNER, Gunther, ZACHER, Hans F., SIMITIS, Spiros, KÜBLER, Friedrich, HOPT, Klaus. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985, p.290.

condição de possibilidade para a comunicação. O estranhamento não deriva, portanto, de seu caráter de fabricação, mas de uma ausência inicial de referências, de uma exigência de explicação que vem logo em seguida que o termo é evocado.

Há muitas razões para criar novas palavras a partir das que já existem, das mais às menos arbitrárias. Uma delas é a necessidade de encontrar expressão adequada para contar a respeito de coisas que não se ajustam ao conjunto de referências do passado, que se mostram tão novas aos olhos de quem conta que é necessário mudar um tanto a linguagem, fazer uma ou outra alteração para que o novo possa ser de fato entendido enquanto tal, para que soe mal, para que cause dúvida e interesse. Assim, nomear e representar estão interligados: um novo nome pode se aproximar de uma necessidade de nova representação.³

No caso de “juridificação”, a estranheza inicial pode ser mitigada com um olhar mais atento, com um exercício simples de separação e análise em partes. Se decomposermos o termo alemão, teremos *Ver-recht-lich-ung*, em que “*ver*” designa um movimento no tempo e no espaço. Acompanhado de um substantivo ou de um adjetivo, o prefixo indica que se trata de uma transformação que adquire a qualidade do nome que vem afixado – nesse caso “*recht*”, que significa “direito”, e “*lich*”, comumente usado como sufixo para designar a qualidade, para transformar um nome em adjetivo. “*Rechtlich*” é uma palavra independente: significa “jurídico” ou o que tem caráter de direito. Já o sufixo “*ung*” indica uma substantivação e geralmente descreve a ocorrência ou o resultado de uma ação. O exercício de decomposição também funciona em português, mas é menos explícito do que em alemão, já que a palavra “direito” não integra o termo “juridificação” tal qual em *Verrechtlichung*. Mas já nesse primeiro plano da morfologia, podemos entrever que essas palavras fabricadas – tanto em alemão quanto em português – tratam de um *processo de tornar algo direito* ou *de conferir caráter jurídico a alguma coisa*.

Mais do que um processo, é um “tornar-se”. Há, portanto, um *antes* e um *depois*: um momento em que algo não é direito e um momento posterior em que já passa a ser entendido como jurídico. É o caráter do objeto – desse “algo” – que passa por uma transformação qualitativa. Se há, assim, dois momentos demarcados no tempo e um objeto que é alterado nessa passagem, está pressuposto na ideia de “juridificação” que não existe uma essência do que seja direito. Em outras palavras, se algo pode vir a se tornar jurídico, então direito não é

³ FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Tradução de Salma Tannus Muchail. 9ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

um fato natural, uma qualidade intrínseca das coisas que pode ser simplesmente constatada em alguns objetos privilegiados, como se tudo que é jurídico carregasse consigo uma etiqueta explicativa afixada e impossível de ser mudada. Ou como se fosse proveniente de uma divindade. Se algo pode se tornar direito pode igualmente deixar de sê-lo. O pressuposto, portanto, é de que o que designamos por direito é algo contingente, mutável, passível de transformação no tempo e no espaço.

Mas o que permite fazer a passagem entre o antes e o depois, o que autoriza dizer que algo não era direito e agora já o é? Ou seja, qual é o elemento que permite fazer essa travessia, ou ainda, qual é o critério para que se possa afirmar, com toda certeza, que algo passou a ser direito? Como demarcar o limiar entre um lado e outro da transformação? Essas perguntas surgem porque há um conceito de direito pressuposto toda vez em que se fala em “juridificação”. Ainda que a clássica questão da teoria e da filosofia do direito não seja expressamente formulada – “o que é direito?” –, todos os autores que descrevem, analisam, criticam ou meramente designam processos de “juridificação” partem de uma noção – mais ou menos consciente, mais ou menos explicitada – do que seja direito. E há, portanto, várias respostas possíveis para como determinar a passagem entre os dois momentos, para fixar um critério do que pode ser considerado jurídico ou não. Há tantas respostas quantos forem os conceitos de direito.⁴

O exercício de decomposição do termo nos traz até aqui, mas não é suficiente para nos fazer avançar mais. Isso porque “juridificação” não é apenas uma palavra ou um nome novo, é também um conceito. Há diferentes sentidos atribuídos ao conceito que não se encerram na simples análise da morfologia do termo. Palavra e conceito não se confundem: é muito bem possível falar em juridificação sem sequer mencionar o nome. Também é possível usar a palavra e vinculá-la a sentidos diferentes daqueles já consolidados por uma literatura teórica que se vale do conceito. O conceito tampouco se confunde com a busca por uma definição: não se trata aqui de fixar significados, de atribuir sentidos rígidos e acabados e, assim, propor categorias ou classificações que dariam conta deste conjunto de atribuições de sentido e, assim, poriam fim a qualquer controvérsia, como que limpando o terreno. “Somente o que não tem história pode ser definido” e “não há nada, mas nada mesmo, sob o sol que, por ser mediado pela inteligência humana e pelo pensamento humano, não seja ao

⁴ Essa multiplicidade de sentidos é por vezes entendida pela literatura como uma ambiguidade no conteúdo descritivo do conceito de “juridificação”. Ver BLICHNER, Lars Chr., MOLANDER Anders. Mapping Juridification. *European Law Journal*, vol. 14, n.1, janeiro de 2008.

mesmo tempo também mediado socialmente”, diz Theodor Adorno em uma das aulas de seu último curso de 1968.⁵ É inegável que o conceito de juridificação tem história e que é permeado por diversas mediações sociais. Assim, a análise da palavra nos dá apenas uma primeira gama de sentido. Estamos diante de um processo de superposição de camadas de significados, de atribuições vinculadas a contextos e mediações distintos. E é exatamente isto – esta estratigrafia, essa sobreposição de dimensões geológicas de sentido – que me interessa.

Ainda que logicamente existam tantos conceitos de juridificação quantos forem os conceitos de direito, essa pluralidade de concepções que *Verrechtlichung* abarca está limitada a um contexto específico: estamos falando necessariamente do direito *moderno*. Não há qualquer sentido em afirmar que algo se torna direito se se pressupõe que as relações jurídicas emanam de uma ordem superior, se são eternas ou sagradas. Não há “tornar-se” numa tal concepção jurídica porque os objetos do direito apenas são – não há antes ou depois, não há criação ou morte. Em concepções pré-modernas, até mesmo quem dominava o direito não era visto como seu criador imediato, mas meramente como intérprete de normas e regras com existência perene:

Essa crença na imutabilidade da lei e do direito é abalada pela primeira vez no instante em que as relações sociais e toda a estrutura social começam a se transformar de maneira rápida e profunda e em que a necessidade de um novo direito se faz valer. É apenas nesse momento que surge a ideia de que são as próprias pessoas que põem o direito. A ideia de que se pudesse legislar [*Gesetze geben*] é a ideia propriamente revolucionária dos tempos modernos e ela foi, ao mesmo tempo, o pai da democracia.⁶

Nesta passagem, Karl Renner – uma das principais referências para os autores que são centrais para esta tese – vincula a possibilidade de mudança do conteúdo do direito e da

⁵ ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: UNESP, 2008, p.100 e p.72, respectivamente.

⁶ “Dieser Glaube von der Unwandelbarkeit von Gesetz und Recht wird erst erschüttert in dem Augenblick, als sich die Gesellschaftsverhältnisse und die ganze gesellschaftliche Struktur rasch und tiefgreifend zu wandeln beginnen und sich das Bedürfnis nach neuem Recht geltend macht. Jetzt erst entsteht der Gedanke, dass die Menschen selbst es sind, die das Recht setzen. Der Gedanke, dass man Gesetze geben könne, ist der eigentlich revolutionäre Gedanke der Neuzeit und er ist auch zugleich der Vater der Demokratie gewesen.” RENNEN, Karl, MICHELS, Robert, OPPENHEIMER, Franz, ADLER, Max et al. Diskussion über Demokratie. In: Deutsche Gesellschaft für Soziologie (org.). *Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien: Vorträge und Diskussionen in der Hauptversammlung und in den Sitzungen der Untergruppen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1927, p.88.

lei à própria ideia de que o direito é *posto* – *gesetzt* – por *alguém*; “são as próprias pessoas que põem o direito”, esta é considerada a ideia propriamente revolucionária da modernidade, a pedra de toque do direito moderno. O direito que pode ser criado e desfeito tem que ser necessariamente compreendido como parte das relações sociais e não como algo emanado de uma ordem superior e inatingível. A ideia de que são “as próprias pessoas que põem o direito” é também revolucionária na medida em que assume que todo e qualquer cidadão pode fazer parte dessa *posição* – *Setzung* –, qualquer pessoa pode ser autora do direito, seja por ela mesma ou por representação. Não é por outra razão que Renner associa a possibilidade de criação do direito a transformações sociais profundas que desembocaram na democracia. Eu pretendo dar ainda um passo além nesta argumentação e defender que juridificação e democracia – e uma democracia de tipo específico, de caráter social – estão intimamente vinculadas, ou seja, só faz sentido falar em juridificação em experiências democráticas de cunho não-liberal a partir do século XX. Um dos objetivos deste trabalho é explorar esta vinculação em suas múltiplas dimensões.

Além disso, análises sobre juridificação não são apenas uma lente privilegiada para tratar de diferentes concepções de direito moderno. Para além de pontos de apoio para investigar a pergunta clássica da filosofia e da teoria do direito, estas análises também são uma porta de acesso para respostas – pressupostas ou explícitas – a perguntas próprias da sociologia do direito: não apenas o que o direito *é*, mas principalmente como o direito se *forma* em contextos histórico-sociais determinados. Não é por outra razão que Renner fala de momentos em que “a necessidade de um novo direito se faz valer” – e a ênfase aqui está na qualificação deste direito: direito *novo*. No trecho que serve de epígrafe a este capítulo, Hugo Sinzheimer afirma que não há questão mais importante que a da formação do direito – *Rechtsbildung* – ou em saber, justamente, como surge direito novo. Mas ao falarem de direito novo, Renner e Sinzheimer não se referem apenas a uma nova lei, a um novo instituto ou a uma nova tematização jurídica. Eles estão indicando uma transformação profunda do direito, um direito que seja novo em sua própria estrutura. Como vou tentar mostrar ao longo dos capítulos da tese, a “novidade” se refere especialmente à ruptura em relação à igualdade formal. Este novo direito não apenas reconhece a existência de relações sociais desiguais de vários tipos, como também incorpora mecanismos para corrigir, atenuar ou compensar assimetrias estruturais de poder. É uma concepção ampla de “direito social”, que abarca diferentes campos jurídico-dogmáticos que ainda estavam em formação entre as décadas de 1910 e 1930. Por enquanto, é importante ressaltar que a pergunta pelas características

determinantes do direito se cruza com a questão de sua origem e formação sociais, o que torna “juridificação” um conceito especialmente interessante.

No entanto, o interesse não se restringe aos pressupostos teóricos que o conceito carrega. Todas as análises sobre “juridificação” estão inevitavelmente acompanhadas por um *diagnóstico de tempo presente a respeito do direito e da sociedade*. Isso porque se trata de mapear transformações constitutivas do direito, de analisar temas e objetos que não eram jurídicos e passam a ser. Não se trata de analisar processos sociais simplesmente – ainda no registro meramente das palavras, o termo “desenvolvimento do direito”, por exemplo, poderia ser suficiente para isto, não seria necessário inventar um novo –, mas de apontar *tendências*. Em outras palavras, quem fala em “juridificação” indica uma continuidade no movimento de tornar-se direito, uma *expansão* do caráter jurídico para âmbitos sociais em que ele antes não se fazia presente. E isso só pode ser feito a partir de uma leitura mais abrangente sobre o mundo, de uma análise de conjuntura sobre o tempo presente. É também por isso que nenhuma análise sobre processos de “juridificação” consegue ser apenas descritiva. A constatação de tendências contrastadas com um diagnóstico de fundo é carregada de normatividade.⁷

Outro elemento característico deste conceito é indicar uma expansão generalizada e irrestrita. Quem fala em juridificação não vê limites para o bloqueio deste processo, nenhum anteparo no caminho que possa servir de ponto de parada. Trata-se de uma tendência totalizante: o direito se expande para todas as relações, se aprofunda e se torna capilarizado. Como vamos ver ao longo desta tese, os autores que apontam para processos de *Verrechtlichung*, seja em sentido positivo ou negativo, geralmente afirmam que o direito se expande para todos os âmbitos [*Gebiete*] – e aqui podem ser âmbitos da *vida* ou também âmbitos da tomada de *decisão política*. No caso dos autores discutidos nesta tese, sua formação de tradição marxista permite sugerir uma analogia com a interpretação lukacsiana sobre a forma-mercadoria: na leitura de Lukács, esta forma se espraia para todas as demais relações sociais.⁸ Algo parecido é afirmado para o direito, ainda que, como vamos ver, nem todos os autores o reduzam a uma forma – ou que entendam *forma* da mesma maneira.

⁷ Mesmo tentativas recentes de extrair conteúdos descritivos do conceito de “juridificação” admitem que não há como neutralizar a normatividade por completo: BLICHER, Lars Chr., MOLANDER Anders. Mapping Juridification. op. cit., especialmente p.37.

⁸ Ver TAVOLARI, Bianca. Juridification. *Krisis*, n. 2, 2018, Edição especial “Marx from the Margins: A Collective Project, from A to Z”.

A volta às origens do conceito nos debates de Weimar também permite perceber que a transformação apontada pelo conceito de juridificação pode não ser uma passagem de alto contraste, preto-no-branco. Explico. Juridificação designa um processo em que algo não era entendido como direito e passa a ser compreendido enquanto tal. Mas este “não era entendido como direito” não significa ausência completa de regulação jurídica de um objeto específico. Ernst Fraenkel explica isto bem para o caso do direito do trabalho:

Desde os primeiros dias do desenvolvimento de nossa ordem jurídica, existiram relações jurídicas que nós caracterizamos hoje como instituições de direito do trabalho. *Mas apenas no momento em que a particularidade das relações de direito do trabalho foi reconhecida*, em que a relação de trabalho foi dissolvida das regras abstratas do direito das obrigações, que passou de uma criação do direito abstrata para uma criação do direito tipificadora, *que o direito do trabalho foi descoberto enquanto tal*.⁹

As relações de trabalho eram reguladas antes de o direito do trabalho ser reconhecido como um campo jurídico autônomo, as regras do direito civil e dos contratos de prestação de serviços se aplicavam às relações individuais entre trabalhador e empregador. Não se tratava, portanto, de uma completa ausência de direito estatal. No entanto, na medida em que o direito do trabalho passa a ser reconhecido em suas especificidades – diferenciação entre os pólos da relação de trabalho, incorporação dos atores coletivos como sujeitos de direito, entre tantas outras características que serão discutidas ao longo desta tese –, ele passa a ser “descoberto enquanto tal”, como diz Fraenkl. Assim, também podemos descrever *Verrechtlichung* como o processo de transformação de algo que não era reconhecido pelo direito – estatal ou social – em suas especificidades e que passa a ser. A contraposição dos momentos deixa de ser “ausência de direito”/“presença de direito” e aponta para a *qualidade* do reconhecimento do objeto em suas características sociais e jurídicas. A análise que Fraenkl faz para o direito do trabalho também vale para os demais campos do direito associados à juridificação. Havia regulação das relações econômicas antes da primeira guerra, mas não um reconhecimento do direito econômico-concorrencial em sua especificidade, ou seja, não havia o reconhecimento de uma assimetria de poder entre, por um lado, monopólios e cartéis e, por outro, atores que não detinham o mesmo poder

⁹ “Seit der Frühzeit der Entwicklung unserer Rechtsordnung hat es Rechtsbeziehungen gegeben, die wir heute als arbeitsrechtliche Institutionen bezeichnen. Aber erst in dem Augenblick, in dem die Besonderheit der arbeitsrechtlicher Beziehungen erkannt, in dem das Arbeitsverhältnis aus den abstrakten Regeln des Schuldrechts gelöst, von der abstrahierenden zur typisierenden Rechtsschöpfung übergegangen wurde, wurde das Arbeitsrecht als solches entdeckt.”, FRAENKL, Ernst [1932]. Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Ernst Fraenkel – Gesammelte Schriften*. Band 1 – Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 1999, p.470, grifos meus.

econômico. Como vamos ver, principalmente no Capítulo 1, uma regulação jurídica que não reconhece as particularidades sociais das relações que lhe são objeto pode ser praticamente equiparada ao não-reconhecimento ou à não-existência para o direito.

O conceito de juridificação tem ainda mais especificidades. Nossas referências sobre o conceito geralmente estão vinculadas aos nos diagnósticos sobre o Estado de bem-estar social do pós-guerra na Europa.¹⁰ Para além de uma carga normativa, juridificação tem uma conotação eminentemente *negativa*: foi popularizado como um elemento de crítica, como um dos fatores que levaram à crise e à queda desse modelo de Estado. A crítica se dirigia menos ao aumento quantitativo das normas jurídicas, mas, principalmente, à regulação e à burocratização excessivas decorrentes da permeabilidade de um direito que passou a deixar suas características formais de lado para materializar diferenças, compensações e programas de intervenção.¹¹ Assim, nesse contexto, “juridificação” não é um processo que descreve uma expansão sem mais, mas uma conquista de terreno que transforma a estrutura e a função do direito em direção à sua “materialização”.¹² A noção de materialização do direito vem diretamente da *Rechtssoziologie* de Max Weber. Apesar de a literatura sobre juridificação das décadas de 1970 e 1980 não ser o objeto primordial desta tese, incluí um “Adendo” sobre a relação entre juridificação e materialização do direito, sugerindo que a materialização identificada e criticada por Weber nada mais é do que a juridificação em sentido positivo defendida pelos autores discutidos nesta tese.

Como juridificação demarca uma passagem de um estado a outro o conceito foi associado a uma conotação negativa, é muito comum que essa transformação seja avaliada

¹⁰ Diversos textos poderiam ser mencionados, mas o livro *Dilemmas of Law in the Welfare State*, organizado por Gunther Teubner, certamente estrutura a discussão, com textos de François Ewald, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Ulrich Preuss e outros. Ver TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlim/Nova York: de Gruyter, 1985.

¹¹ Na análise de Voigt sobre o contexto do Estado de bem-estar alemão, aqueles que criticavam o aumento da quantidade de normas são organizados sob a rubrica do conservadorismo. O autor faz, assim, uma diferenciação analítica e política entre aqueles que entendiam a questão em termos quantitativos e os que compreendiam a juridificação como processo qualitativo de mudança. Ver VOIGT, Rüdiger. *Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft*. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Verrechtlichung – Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königstein: Athenäum, 1980, p.15.

¹² Ver, por exemplo, MAUS, Ingeborg. *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen*. In: GÖHLER, Gerhard (org.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen: Forschungsstand – Probleme – Perspektiven*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

– e já descrita – como *ultrapassagem*.¹³ O conceito de juridificação estaria já, de saída, imbricado com a crítica a esse processo, entendido como uma expansão indevida e prejudicial. Para Spiros Simitis, por exemplo, que trata da juridificação das relações de trabalho no livro organizado por Teubner, em um texto que se tornou clássico, “se olharmos mais atentamente, a discussão da juridificação foi conduzida desde o início como *crítica* da juridificação”¹⁴, que se confundiria com a crítica ao intervencionismo estatal. Uma série de desautorizações se segue deste tipo de análise: o direito estaria se espalhando para âmbitos não-jurídicos; objetos, temas e conflitos sociais passam a entrar no campo do direito – tudo isso com graves consequências. A constatação de consequências negativas está na base das mais distintas teorias sociais. Se, de uma perspectiva sistêmica, Teubner afirma que “juridificação” é uma palavra feia justamente porque corresponderia a uma *coisa feia* – a extensão do código do direito para a resolução de todos os conflitos sociais, a consequente despolitização desses conflitos por meio da linguagem e das instituições jurídicas, e, no limite, a desdiferenciação do sistema jurídico dos demais¹⁵ –, a partir de uma perspectiva crítica, Jürgen Habermas desenvolve uma teoria da juridificação para embasar empiricamente sua famosa tese de colonização do mundo da vida pelo sistema, com papel central de mediação dado ao direito.¹⁶ Em ambos os casos, independentemente da matriz teórica adotada pelos autores, há uma ultrapassagem indevida, uma colonização, uma captura, uma extensão não permitida ou problemática. Assim, indicar a existência de processos de juridificação é, ao mesmo tempo, indicar um dever-ser ideal que serve de ancoragem para a crítica.

¹³ Ver NOBRE, Marcos, RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estudos*, n.91, novembro de 2011 e NOBRE, Marcos, RODRIGUEZ, José Rodrigo. A política por todos os lados. *Valor Econômico*, Caderno “Eu & Fim de Semana”, 25.11.2011, em que é desenvolvido o pressuposto da “ultrapassagem” nas análises sobre “judicialização da política”.

¹⁴ “Verrechtlichungskritik ist, so gesehen, immer und zugleich Interventionismuskritik”, grifo meu. Ver SIMITIS, Spiros. Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen. In: TEUBNER, Gunther, ZACHER, Hans F., SIMITIS, Spiros, KÜBLER, Friedrich, HOPT, Klaus. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985, p.103.

¹⁵ TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. op. cit., p.313-314.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, especialmente a última parte, a partir da p.522.

I. Origens

Se é verdade que “juridificação” passou a estar associada com um diagnóstico da crise do Estado de bem-estar social e com uma valoração negativa, não é verdade que o termo tenha sido inventado neste contexto ou que tenha sido sempre empregado para designar uma “coisa feia”. A origem do conceito remonta aos debates jurídicos em torno da Constituição de Weimar; à década de 1920, portanto, e não às décadas de 1970 e 1980 com as quais comumente é associada. Em *Teoria da ação comunicativa*, Habermas afirma que o primeiro a introduzir o conceito teria sido Otto Kirchheimer.¹⁷ Ainda que Habermas não cite, Kirchheimer fala em *Verrechtlichung* pela primeira vez em 1928, em seu primeiro artigo publicado, intitulado *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* [*Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*].¹⁸ Teubner também vinculou a origem do conceito ao debate constitucional de Weimar, mas atribuiu uma espécie de pioneirismo tanto a Kirchheimer quanto a Ernst Fraenkel.¹⁹ Já em texto mais recente e de comentário sobre a contribuição de Kirchheimer para a sociologia do direito,²⁰ Teubner corrige a si próprio e a Habermas: a primeira menção a *Verrechtlichung* teria ocorrido muito antes, já em 1919, num pequeno texto de intervenção de Hugo Sinzheimer.²¹

O principal objetivo deste trabalho é voltar às origens dos debates sobre “juridificação”. Há diversas razões que justificam a escolha por este caminho. Em primeiro lugar, não há mapeamento ou análise detalhada sobre como o conceito se formou, sobre

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, op. cit., p.524.

¹⁸ KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. *Zeitschrift für Politik*, v.17, 1928, p.593-611. O texto também integra a coletânea com artigos de Kirchheimer organizada por Wolfgang Luthardt: LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p.32-52.

¹⁹ TEUBNER, Gunther. *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*. op. cit., p.298.

²⁰ TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. In: LUTTER, Marcus, STIEFEL, Ernst C., HOEFELICH, Michael H. (orgs.). *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland: Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991*. Tübingen: Mohr, 1993, p.507.

²¹ SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

como foi “inventado” no contexto dos embates constitucionais de Weimar. Ainda que diversos autores que tratam sobre o tema reconheçam a existência de uma espécie de primeiro período de juridificação já na década de 1920 na Alemanha, os textos escritos nessa época praticamente não são explorados, já que a ênfase costuma estar nos debates sobre a crise do Estado de bem-estar social europeu do pós-guerra.²² Há ainda um impeditivo importante no caso da literatura em português ou não-alemã de maneira geral: a vasta maioria dos textos-chave deste debate não foi traduzida e mesmo as versões originais estão em publicações de difícil acesso. É por isso que este trabalho é estruturado em *duas partes* de caráter distinto: um ensaio analítico – a tese propriamente dita – e um anexo com os principais textos traduzidos do alemão ao português. Assim, pretendo contribuir para ampliar o acesso aos textos e, conseqüentemente, ampliar o debate e o público-leitor em torno deste tema. A “Nota de tradução” discute como cada texto foi escolhido e explicita os critérios de tradução.

Em segundo lugar, remontar a origem do debate sobre “juridificação” não se justifica apenas pela ausência de trabalhos deste tipo. A reconstrução dos principais argumentos destes textos mostra que alguns sentidos iniciais atribuídos a “juridificação” se perderam na trajetória intelectual deste conceito. Apenas para mencionar um deles, no texto de Sinzheimer de 1919, *Verrechtlichung* é entendida como algo eminentemente positivo para a luta operária e não se confunde com *Vergesetzlichung* (legalização), já que o conceito de direito pressuposto aqui é mais amplo, abarcando mais que o direito estatal. Ao mesmo tempo em que significados como esses perderam centralidade no debate atual, há linhas de continuidade entre as preocupações originais e as mais recentes. Reconstruir as origens permite, assim, que possamos compreender melhor as mudanças de sentido pelas quais o conceito passou, tendo em vista os diferentes diagnósticos de tempo e conceitos de direito mobilizados.

²² Ver, por exemplo, VOIGT, Rüdiger. *Gegentendenzen zur Verrechtlichung: Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat*. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983, p.19; FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.134-135 e, especialmente, o Capítulo 3 “As mudanças do direito entre duas eras econômicas”; além dos já citados HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, op. cit., p.524, TEUBNER, Gunther. *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*. op. cit., p.298, BLICHNER, Lars Chr., MOLANDER Anders. *Mapping Juridification*. op. cit., p.43 e SIMITIS, Spiros. *Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen*. op. cit., p.103.

Em terceiro lugar, este não pretende ser um estudo sobre “juridificação” sem mais. Parece incontestável que o principal autor a elevar o conceito a uma *teoria* da “juridificação” propriamente dita foi Jürgen Habermas em sua obra mais importante e influente, *Teoria da ação comunicativa*, de 1981.²³ Há, portanto, uma relação significativa entre o conceito e um dos autores centrais da Teoria Crítica.²⁴ Se a abordagem de Habermas já seria motivo suficiente para tratar dessa relação, olhar para as origens do conceito mostra que as intersecções vão para além do autor. Os textos de juventude de Otto Kirchheimer são absolutamente centrais para entendermos o contexto de formação da noção de “juridificação”. Ainda que Kirchheimer tenha passado a integrar formalmente o Instituto de Pesquisa Social já em seu período de exílio, após 1933, os textos anteriores são decisivos para compreender sua trajetória intelectual e seus escritos posteriores.²⁵ Poderíamos, como faz Teubner, traçar uma linha que parte de Kirchheimer e vai diretamente a Habermas, saltando algumas décadas no meio do caminho entre os dois:

As tendências expansivas do direito para dentro da política admitidas por Kirchheimer são estendidas por Habermas à tese da colonização do mundo da vida e desempenham um papel considerável para os processos de juridificação. As ambivalências da juridificação de Kirchheimer se tornam, em Habermas, o dilema do direito no Estado de bem-estar social.²⁶

²³ “Mas a contribuição mais importante de Habermas consiste em generalizar o conceito de juridificação em dois aspectos e, com isso, remodelar pela primeira vez em uma teoria própria da juridificação no processo de modernização social.”, TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. op. cit., p.515.
Original: “Habermas’ bedeutendste Leistung dürfte aber darin bestehen, den Verrechtlichungsbegriff in doppelter Hinsicht zu generalisieren und dadurch erst in eine eigentliche Theorie der Verrechtlichung im gesellschaftlichen Modernisierungsprozeß umzuformen.”

²⁴ A Teoria Crítica é comumente conhecida como “Escola de Frankfurt”. Esta última expressão leva a alguns equívocos e, por isso, opto por falar em Teoria Crítica. Como os autores associados a esta tradição não formavam – e nem formam – uma linha teórica comum, mas há antes muitos embates conceituais e políticos entre eles, não faz sentido falar em “escola”. A associação a Frankfurt tampouco faz sentido. Ainda que a sede do Instituto de Pesquisa Social tenha se fixado em Frankfurt por alguns anos, nem todos os pesquisadores permaneciam na cidade. O Instituto foi também “transportado” para Paris e depois para Nova York na época do nazismo, tornando a referência a Frankfurt ainda mais problemática. Sobre isso, ver NOBRE, Marcos. *Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

²⁵ Para uma análise detalhada e sistemática dos textos de Kirchheimer de 1928 até 1933, ver RIZZI, Ester Gammardella. *Democracia e transformações sociais no Estado parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

²⁶ “Die von Kirchheimer angenommenen expansiven Tendenzen des Rechts in die Politik hinein werden bei Habermas zur These der Kolonisierung der Lebenswelt ausgebaut, für die Verrechtlichungsprozesse eine maßgebliche Rolle spielen. Kirchheimers Ambivalenzen der Verrechtlichung werden bei Habermas zum Dilemma des Rechts im Wohlfahrtsstaat.”, TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. op. cit., p.515.

No entanto, o olhar para as origens do conceito e para sua relação com a teoria crítica impede um movimento tão linear e direto. Por um lado, além de Kirchheimer, será preciso analisar textos-chave de Hugo Sinzheimer, que teve um papel decisivo para a formação do direito do trabalho alemão e para a formulação do texto da Constituição de Weimar. Por outro lado, nesta época há um intenso debate entre os jovens Kirchheimer e Franz Neumann, autores que viriam a se tornar os dois principais juristas vinculados ao Instituto de Pesquisa Social, ainda que, desde sempre, tenham sido designados a uma posição periférica.²⁷ Este debate ultrapassa o conceito de “juridificação” propriamente dito e trata mais amplamente da possibilidade emancipatória do direito a partir de interpretações conflitantes sobre o conteúdo e o alcance da Constituição de Weimar.²⁸ Defendo aqui a tese de que o conceito positivo de juridificação de Sinzheimer está pressuposto nos textos de Neumann do período de Weimar. A ideia de que o direito deveria transformar sua estrutura liberal para desempenhar a função de correção de desigualdades estruturais lhe é tão evidente que podemos encontrá-la nas entrelinhas de seus artigos de intervenção. A transformação do direito para incorporar características sociais também é acompanhada da defesa de expansão deste novo direito para todos os âmbitos das relações sociais. Dedico um capítulo para mostrar como Kirchheimer e Neumann compartilham o mesmo diagnóstico de fundo sobre a democracia parlamentar de Weimar: o diagnóstico fornecido pela tese do equilíbrio temporário da luta de classes, desenvolvido no âmbito dos debates do austromarxismo, principalmente por Otto Bauer e Max Adler. Kirchheimer e Neumann extraem consequências opostas a partir deste diagnóstico de fundo comum; Enquanto Kirchheimer critica duramente a juridificação em todos os âmbitos, vendo com maus olhos que a política teria passado a se submeter ao direito, Neumann está antes preocupado com a ampliação do papel do judiciário e com a transformação do direito exercido nos tribunais de acordo com a lógica própria da política.²⁹ De maneira bastante esquemática: direito colonizando a política,

²⁷ Para uma interpretação que coloca as análises sociais de Kirchheimer, Neumann e de Benjamin em primeiro plano, ver HONNETH, Axel. Teoria crítica. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan (orgs.). *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: UNESP, 1999.

²⁸ A análise mais completa do debate travado entre Kirchheimer e Neumann nas décadas de 1920 e 1930 é, com certeza, de SCHEUERMANN, William E. *Between the norm and the exception: The Frankfurt School and the rule of law*. Cambridge: The MIT Press, 1994. Para uma análise sobre o posicionamento de Neumann neste período e de suas influências teóricas, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009, especialmente o Capítulo 1 “A luta pela Constituição de Weimar: o direito como instrumento”.

²⁹ Este diagnóstico está mais desenvolvido em NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. Berlin: E. Laubsche Verlagsbuchhandlung GmbH, 1929, também publicado em RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Neuwied am Rhein: Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 1966, p.113-148.

por um lado, e política colonizando o direito, por outro. Desenvolverei a hipótese de que Neumann se concentra no judiciário não só em razão das disputas e estratégias de interpretação dos direitos fundamentais que podem ser lidas a partir das decisões judiciais desta época, mas também porque a “juridificação” generalizada já está pressuposta em seu diagnóstico – e pressuposta como algo positivo.³⁰

* * *

Este caminho me permite tratar um tema já tido como clássico na sociologia do direito a partir de uma nova perspectiva. Parto do pressuposto de que reconstruir as origens da juridificação não é acrescentar mais um ponto de vista a um longo debate, mas é antes uma tentativa de recharacterizar o conceito e reinterpretar a história de seus usos e recepções. É, no entanto, importante explicitar que as preocupações deste trabalho não são de cunho histórico – não se trata de um trabalho *de* história. As discussões sobre a Constituição de Weimar não interessam por elas mesmas, tampouco as mobilizações de “juridificação” nas décadas de 1910 a 1930 interessam em si mesmas. Meu olhar para estes textos é interessado, ou seja, estou olhando para estes autores movida pelo interesse em discussões do presente. Analisar os principais argumentos destes embates me permite defender a tese de que existe um vínculo entre o conceito de “juridificação” e a teoria crítica – e que essa relação é de longa data. Também me permite discutir como cada autor articula o conceito diante de diagnósticos de tempo presente distintos, apontando para tendências e pressupondo conceitos de direito diferentes. Por meio da lente da “juridificação”, consigo inquirir tanto sobre qual é o critério utilizado para compreender algo como direito quanto sobre quais as transformações sociais mais importantes identificadas por esses autores. E, como se trata de um trabalho de teoria crítica, está no horizonte discutir como, nos diagnósticos de tempo delineados, o direito figura entre bloqueios e potenciais emancipatórios.

³⁰ Vou construir minha leitura a partir de alguns textos de Neumann, mas o mais expresso sobre este assunto é NEUMANN, Franz. Der Entwurf eines Kartell- und Monopolgesetzes. *Die Arbeit – Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde*. Caderno 12, Berlim: 1930.

II. Diagnósticos de tempo

“The Weimar Republic was an idea seeking to become reality.”

GAY, Peter. *Weimar Culture*³¹

Não são poucas as interpretações que analisam a República de Weimar exclusivamente – ou principalmente – do ponto de vista de sua derrocada. Isso porque não se trata, evidentemente, de uma derrocada qualquer, de um fim sem mais. Sua morte trágica – para usar as palavras de Peter Gay, “em parte por assassinato, em parte por uma doença debilitante, em parte por suicídio”³² – não só representa um dos acontecimentos mais importantes da história recente, mas também uma marca traumática e perene da barbárie, do que pode haver de mais monstruoso na humanidade. A experiência democrática de Weimar abriu caminho ao totalitarismo – e perguntar pelas razões e pelas maneiras como isto aconteceu parece ser a única pergunta possível de formular, seja para simplesmente tentar compreender o que se passou ou para evitar que se repita. No momento em que escrevo este texto, não me parece ser preciso fazer muito esforço para justificar a centralidade da questão do fim da democracia tal qual a conhecemos hoje.³³ Tudo indica que ainda vamos nos ocupar por muito tempo em responder à pergunta sobre como as democracias morrem. É sintomático que se trate de uma pergunta pelas maneiras e não pelas razões – *como* morrem e não *por que* morrem. Isso porque perguntar pelo “como” envolve fazer um diagnóstico dos caminhos que levam à morte sem necessariamente apontar às causas últimas que colocaram esses mesmos caminhos em movimento. E, no caso da atualização da pergunta nos nossos tempos, perguntar “como” também é questionar quando é possível saber que uma democracia de fato acabou, já que o fim provavelmente não se anunciará com canhões e

³¹ GAY, Peter. *Weimar Culture*. Penguin Books, 1969.

³² Idem, p.xi.

³³ Não é por acaso que dois dos livros mais influentes publicados em 2018 estampem a questão diretamente no título: RUNCIMAN, David. *How Democracy Ends*. Nova York: Basic Books, 2018 e LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. Nova York: Crown, 2018. Ambos foram rapidamente traduzidos para o português: RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018 e LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

trombetas ou com o acender das luzes, como se estivéssemos ao final de um filme. A ruptura entre democracia e autoritarismo deixa de ser clara ou evidente. Weimar nunca pareceu tão atual, em todos os sentidos possíveis.³⁴

E, no entanto, por mais importante que esta questão tenha se tornado, não pretendo analisar a República de Weimar a partir de sua derrocada. Estou, de alguma maneira – e, num sentido específico, de uma maneira absolutamente não-intencional –, indo na contramão das perguntas que se tornaram urgentes hoje. Não pretendo responder como foi possível que um regime totalitário se instaurasse se valendo de meios garantidos e previstos pelo Estado democrático de direito. Não porque não seja relevante. Pelo contrário, trata-se de tarefa fundamental. Mas tenho algumas razões para não o fazer.³⁵

Em primeiro lugar, é importante dizer mais uma vez que este não é um trabalho sobre a história da República de Weimar. Não sou historiadora, minha lente de análise, meus recortes e preocupações não são do campo disciplinar especializado da história, nem mesmo dos da história do direito. Não vou fazer um recenseamento da bibliografia dos acontecimentos históricos da República de Weimar, sobre as múltiplas interpretações baseadas em documentos da época, não vou propor periodizações para organizar sistematicamente os mais diferentes fatos políticos e jurídicos do período.³⁶ E, no entanto, Weimar é muito mais do que um pano de fundo para este trabalho. Os autores mobilizados nesta tese não eram apenas observadores passivos de seu tempo, mas buscavam, de maneiras

³⁴ Também não parece casual que uma das mais novas publicações sobre a República de Weimar estabeleça uma conexão expressa com a questão da morte da democracia: HETT, Benjamin Carter. *The Death of Democracy: Hitler's Rise to Power and the Downfall of the Weimar Republic*. Nova York: Henry Holt and Co., 2018. A atualidade vai além do âmbito estritamente acadêmico. Apenas para dar um exemplo, em maio de 2016, o *New York Times* publicou um artigo de opinião intitulado “Is this the West's Weimar moment?”, comparando a ascensão de Trump e de outros líderes de extrema direita à perda de confiança na democracia parlamentar em Weimar. Ver BITTNER, Jochen. Is this the West's Weimar moment? *The New York Times*, 31 de maio de 2016, disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/05/31/opinion/is-this-the-west-s-weimar-moment.html>, acesso em 06.01.2018. Ver também VITA, Leticia. *Otra vez Weimar? Dossier Una, dos, muchas derechas*. CEAP, 2018.

³⁵ Acredito que o leitor que tenha esta questão em mente poderá encontrar, nesta tese, alguns elementos que podem vir a ser úteis, ainda que eu mesma não esteja tentando responder à pergunta.

³⁶ A bibliografia sobre este tema é realmente extensa. A título exemplificativo, as principais referências da literatura historiográfica são: ROSENBERG, Arthur. *Entstehung und Geschichte der Weimarer Republik*. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1983; KOLB, Eberhard. *Die Weimarer Republik*. Oldenbourg, 1984; HAFFNER, Sebastian. *Die Deutsche Revolution 1918/19*. Berlin: Kindler Verlag, 1979 (publicado em português em 2018, com tradução minha: HAFFNER, Sebastian. *A revolução alemã (1918-1919)*. São Paulo: Expressão Popular, 2018). As interpretações sobre este período são muitas e bastante disputadas. Para uma compilação das diferentes maneiras de ler a República de Weimar e a revolução que a originou, ver NIESS, Wolfgang. *Die Revolution von 1918/19 in der deutschen Geschichtsschreibung: Deutungen von der Weimarer Republik bis ins 21. Jahrhundert*. Berlin: De Gruyter, 2013.

distintas, realizar o que entendiam ser a ideia da República de Weimar – para fazer referência à epígrafe que abre este capítulo. Para eles, Weimar era um projeto a ser efetivado e, ao mesmo tempo, um conjunto de relações sociais, políticas, culturais, econômicas e jurídicas a ser bem compreendido e disputado. Defendo aqui a hipótese de que, por mais não-sistemáticos ou até mesmo não-acadêmicos – principalmente para os nossos padrões atuais – que seus textos da época sejam, Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer e Franz Neumann delinearam diagnósticos de tempo que situavam e davam contexto a suas intervenções públicas, que permitiram identificar tendências, apontar riscos e possibilidades de luta. E os diagnósticos que eles esboçam não são a respeito da derrocada da República de Weimar. É verdade que seus textos de 1931, 1932 e, eventualmente, de 1933 já tematizavam a ascensão do fascismo. Mas, no caso de Kirchheimer e de Neumann, as tentativas de pensar mais detidamente sobre a queda da República vieram em retrospectiva, já no exílio.³⁷ Infelizmente Sinzheimer não teve a mesma chance.³⁸ Assim, não coloco a pergunta no centro das minhas preocupações porque este trabalho não pretende ser uma contribuição histórica e porque os próprios autores que eu analiso não o fazem, ao menos não no período da República de Weimar.

Em segundo lugar, colocar a derrocada como fio condutor exige que se olhe para tudo que veio antes a partir deste padrão de medida, a partir deste critério de organização. Cada intervenção passa a ser entendida tendo em vista o fim, numa chave de leitura muito particular. E, como minha pergunta principal é outra, este tipo de perspectiva me levaria a justamente deixar de ver o que me é mais importante: como estes autores desenvolveram diagnósticos de época e como se valeram do direito para entender seu próprio tempo. Quando Sinzheimer escrevia em 1919, o horizonte era a consolidação das conquistas revolucionárias na Constituição de Weimar e a possibilidade real de instauração de uma democracia eminentemente social. Quando Kirchheimer e Neumann escreviam entre 1928 e 1930, o

³⁷ Os dois têm vários textos sobre esta questão, que viria a ocupar gerações por décadas. Cito apenas os mais relevantes: NEUMANN, Franz [1942]. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009; KIRCHHEIMER, Otto [1933]. *The Growth and the Decay of the Weimar Constitution*. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: *Recht und Politik in der Weimarer Republik*. Baden-Baden: Nomos, 2017.; KIRCHHEIMER, Otto [1941]. *The legal order of national socialism*. In: BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Nova York: Columbia University Press, 1969.

³⁸ Em 1933, Sinzheimer foi forçado a deixar a Alemanha, exilando-se na Holanda. Foi capturado em 1940 e levado para um campo de concentração, falecendo em 1945.

horizonte era o das possibilidades e limitações desta mesma Constituição, também da perspectiva da efetivação de uma democracia que não fosse meramente formal, mas já num estágio de maior institucionalização, se compararmos com Sinzheimer. Todos eles se movimentaram num contexto em que a sorte desta experiência democrática ainda estava em aberto, tanto do ponto de vista da interpretação quanto do ponto de vista da prática política.

Um exemplo é bastante ilustrativo do que estou tentando mostrar. Em 1929, em *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung* [O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho], texto de Neumann que considero ser o mais importante do período, é dito o seguinte: “As linhas que se seguem partem do pressuposto de que um governo de coalizão entre partidos burgueses e operários irá determinar o destino político da Alemanha nos próximos anos.”³⁹ Alguém que esteja com o olhar voltado para os sinais de dissolução da democracia veria apenas uma ingenuidade que beira o pueril, uma ilusão que viria a se esfacelar pouquíssimo tempo depois. Neumann seria simplesmente atropelado pelos acontecimentos históricos e, por consequência, suas ideias neste texto estariam fora de lugar, representariam um erro grave de avaliação ou caberiam apenas como parte constitutiva de uma cegueira histórica específica que poderia inclusive ajudar a compreender como a expansão do fascismo foi possível. O padrão de medida é de quem já sabe, por exemplo, que a crise de 1929 viria logo em seguida e que o Partido Nacional Socialista conseguiria uma votação expressiva nas eleições parlamentares de setembro de 1930, garantindo-lhe 107 cadeiras para o *Reichstag*, ficando apenas atrás do SPD.⁴⁰ Não me interessa em absoluto determinar se Neumann foi ingênuo ou não, se poderia ter evitado o erro ou não, mas antes compreender *como* ele lia seu momento histórico específico, quais tendências ele via no horizonte. Isto também vale, é claro, para como leio Sinzheimer e Kirchheimer. E, para fazer isto, não posso usar um padrão externo – nem que esse padrão venha justamente da própria história, uma vez que é externo ao momento do texto – como critério de avaliação. Minha leitura tem que ser necessariamente imanente.

³⁹ “Die folgenden Zeilen gehen davon aus, dass eine Koalitionsregierung bürgerlicher und Arbeiterparteien für die nächsten Jahre das politische Schicksal Deutschlands bestimmen wird.” NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. Berlim: Laubsche Verlagsbuchhandlung, 1929, p.38.

⁴⁰ Para um comparativo dos votos de cada partido ao longo de todas as eleições parlamentares entre janeiro de 1919 e março de 1933, ver KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Second Edition. Tradução de P. S. Falla e R. J. Park. Londres: Routledge, 1990, p.237-238.

III. A posição do limiar

“The war seemed to have left a legacy of two political imaginaries: on the one hand, a politics of compromise among state, labour and capital (...); on the other hand, a militarized politics of the will concentrated on saving the nation. Both were denials of classical nineteenth-century liberalism, and both were in their own ways attempts to face the challenge of what was often referred to as ‘the entry of the masses into politics’.”

MÜLLER, Jan-Werner. *Contesting Democracy*⁴¹

O período de 1919 a 1933 foi marcado por uma enorme instabilidade, por turbulências de todas as ordens. A Alemanha saía vencida de uma guerra que por muito tempo acreditou que venceria, o *Reich* alemão perdeu sua legitimidade como forma de Estado, uma revolução de operários, marinheiros e soldados tomou as principais cidades da Alemanha entre novembro de 1918 e o início de 1919, uma República parlamentar democrática é proclamada, uma Assembleia Constituinte é convocada, o Partido Social-democrata encabeça um governo de coalizão que passa por sucessivas formações de gabinete que se mantinham por pouco tempo no poder, sem mencionar a crise econômica de 1929, que acrescenta mais uma camada decisiva de abalo sísmico a qualquer tentativa de solidez temporária.

Sinzheimer, Kirchheimer e Neumann escreveram e publicaram muito neste período, manifestando-se a respeito de uma ampla variedade de temas. Não é de estranhar que eles falem em mudanças, já que o solo em que se movimentavam era movediço. Mas uma característica dos textos de intervenção desta época – e isto vale também para outros juristas vinculados à social-democracia, como Ernst Fraenkel e Otto Kahn-Freund – é o fato de apontarem para transformações profundas e de longo prazo, para mudanças estruturais. O termo *Wandel* não é apenas recorrente em seus textos, mas tem um peso significativo. *Wandel* designa simplesmente mudança ou alteração, mas é utilizado por estes autores com

⁴¹ MÜLLER, Jan-Werner. *Contesting Democracy*: political ideas in twentieth-century Europe. New Haven/Londres: Yale University Press, 2011, p.26.

qualificadores bastante característicos: *Strukturwandel*, mudança de estrutura; *Bedeutungswandel*, mudança de significado; *Funktionswandel*, mudança de função⁴² – são vários os textos que já contêm estes termos no próprio título. Eles apontam para mudanças estruturais, de significado ou de função na ideia de Estado de direito, no parlamentarismo, na posição do juiz em relação à lei, nos métodos de interpretação das normas jurídicas, no controle de constitucionalidade, entre tantas outras questões específicas, que serão analisadas em separado nos capítulos dedicados a eles. Ao diagnosticarem estas transformações, eles identificam um antes e um depois bem demarcados e se colocam, portanto, em um *limiar*, numa clivagem histórica que serve de posto privilegiado de observação das diferenças entre duas ordens, entre dois mundos distintos entre si. Há um antes e um depois da guerra, há um antes e um depois da tomada parcial de poder por parte dos trabalhadores, há um antes e depois da instauração da democracia parlamentar e da promulgação da Constituição de Weimar – ou, se quisermos, um antes e depois da “entrada das massas na política”. São, portanto, análises de transformações de longo alcance, entendidas como necessárias para compreender a correlação de forças e as possibilidades de avanço da democracia no momento em que se encontravam.

Diagnósticos de longo alcance sobre a democracia, o Estado, o direito e a emancipação social dos trabalhadores eram esboçados *ao mesmo tempo* em que faziam intervenções específicas e conjunturais sobre como regular contratos coletivos de trabalho, sobre direito econômico e cartéis, sobre como interpretar diferentes artigos da Constituição de Weimar, sobre competências do parlamento e do judiciário, entre tantas outras controvérsias que ocuparam a esfera pública da esquerda neste período – principalmente na social-democracia, mas também nos independentes e comunistas, apenas para ficar na designação mais geral dos partidos –, para além do âmbito estritamente jurídico. Elementos de diagnóstico e elementos de intervenção vinham, portanto, amalgamados. A instabilidade da época também parece se traduzir em *urgência*: contribuir para realizar a ideia de Weimar exigia posicionamentos públicos a respeito de controvérsias específicas ao mesmo tempo que exigia colocar as diversas transformações em perspectiva, sob pena de intervir sem qualquer orientação, sob pena de perder o norte. Os contrastes nítidos das grandes mudanças entre duas eras se juntam a comentários sobre uma política do cotidiano, feita dia a dia, que

⁴² Este último termo, *Funktionswandel*, não é apenas mais um sinônimo para designar as transformações profundas do período, mas tem uma história conceitual própria. É utilizado por Karl Renner para mostrar como os institutos vinculados à propriedade passam por mudanças de função na sociedade sem que o próprio texto da norma jurídica tenha sido alterado. Vou explorar a influência de Renner em pontos específicos ao longo dos capítulos desta tese.

analisa uma nova lei ou uma nova decisão judicial relevante. Eles não tiveram o privilégio dos momentos tranquilos de primeiro tentar compreender seu próprio tempo em suas múltiplas facetas para, em seguida, tendo formulado um diagnóstico aprofundado, identificar tendências e linhas de ação como passo posterior. É por isso que, na maioria das vezes, o diagnóstico de tempo tem que ser lido nas entrelinhas das discussões conjunturais. Há momentos em que a história se intensifica, em que há uma espécie de aceleração e adensamento históricos do próprio tempo. Os textos discutidos nesta tese mostram isto com toda nitidez.

No entanto, poderíamos esperar que a instabilidade tivesse o efeito de uma espécie de nevoeiro, cuja intransparência impediria de ver com clareza e permitiria apenas tatear caminhos às cegas. Não é o que acontece. Os textos desta época não trazem dúvidas ou incertezas. São assertivos, os argumentos não carregam consigo uma ambiguidade própria de tempos nebulosos. Se parecem navegar com segurança, é porque os autores têm a consciência de que tanto suas maneiras de ler Weimar quanto seus posicionamentos sobre questões particulares da época fazem parte de uma luta aberta, de um campo de batalha bem delimitado. A primeira democracia alemã teve origem em uma revolução que começou com um motim de marinheiros em Kiel e que espalhou levantes de trabalhadores e soldados que voltavam do *front* por um sem-número de cidades na Alemanha. Nos escritos destes juristas críticos, é possível ler, explicitamente ou nas entrelinhas, um compromisso com estes trabalhadores, marinheiros e soldados que instauraram uma nova ordem; um compromisso para efetivar as reivindicações sociais de igualdade e liberdade que culminaram com esta revolução. É por isto que eles podem até mesmo divergir sobre os melhores caminhos para realizar o que entendem ser o projeto de Weimar, mas não demonstram haver espaço para hesitação.

Há um lapso temporal de aproximadamente dez anos entre os principais escritos de Hugo Sinzheimer que discuto aqui e os textos de Franz Neumann e Otto Kirchheimer. Para o meu argumento, é o Sinzheimer anterior à promulgação da Constituição de Weimar que interessa, mais especificamente seus textos de 1919 combinados com um artigo importante de 1914⁴³ o livro *Ein Arbeitstarifgesetz* [Uma lei para os acordos coletivos de trabalho],

⁴³ SINZHEIMER, Hugo [1914]. Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

publicado em 1916.⁴⁴ Já os textos de Neumann e Kirchheimer que identifiquei como centrais datam de 1928 a aproximadamente 1930. Sinzheimer continuou a escrever e se manifestar publicamente ao longo da década de 1920 e 1930, mas não acompanho seus textos numa linha cronológica e sistemática de continuidade.⁴⁵ Tampouco acompanho Neumann e Kirchheimer para além dos escritos de juventude.⁴⁶ Seguir este caminho certamente me levaria a escrever uma tese distinta desta. Mas há também uma razão substantiva: entendo que, para discutir os sentidos e as transformações do conceito de juridificação, é importante distinguir entre os momentos da iminência da promulgação da Constituição de Weimar, representados pelos escritos de Sinzheimer, e as disputas para efetivar os direitos e procedimentos assegurados por este texto constitucional, representados pelos escritos de Neumann e Kirchheimer. Os horizontes e as correlações entre as forças sociais mudam entre estes dois momentos. No caso de Neumann e Kirchheimer, o direito estatal ganha proeminência na análise da juridificação, bem como uma análise institucional sobre o parlamento e o judiciário, já que a Constituição de Weimar passa a organizar todo o debate. No entanto, como vamos ver, para Neumann a ideia de um direito não-estatal social não se perde, por mais que a Constituição esteja no centro de suas preocupações.

Passo agora a esclarecer brevemente o que entendo por “diagnóstico de tempo”.

IV. Nota sobre “diagnóstico de tempo”

⁴⁴ SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. 2ª edição: Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

⁴⁵ A edição dos artigos e palestras de Sinzheimer ajudaria a fazer este tipo de leitura: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Hugo Sinzheimer: Arbeitsrecht und Soziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. 2 Bände. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

⁴⁶ Acredito que o contraste entre as obras de maturidade e juventude de Otto Kirchheimer e Franz Neumann podem ser analisadas como parte dos diferentes arranjos de dois momentos, chamados por Marcos Nobre de “momento fenomenológico” e “momento enciclopédico”. A referência é, evidentemente, Hegel: o primeiro momento, da *Fenomenologia*, é vinculado à expansão da revolução e a processos de subjetivação da dominação enquanto que o segundo momento, da *Enciclopédia*, tem caráter de sistematização e, de alguma maneira, de adequação ao seu próprio tempo. Estes dois momentos estariam presentes, em diferentes constelações, nos pensamentos de Marx e Lukács, por exemplo. Estou apenas sugerindo a analogia para Neumann e Kirchheimer, já que não tenho como demonstrar sua aplicabilidade em detalhes dentro dos limites desta tese. Ver NOBRE, Marcos. NOBRE, Marcos. *Como nasce o novo: experiência e diagnóstico de tempo na Fenomenologia do Espírito de Hegel*. São Paulo: Todavia, 2018, p.61 e seguintes.

“A teoria crítica não é nem ‘enraizada’ como a propaganda totalitária, nem ‘flutua livremente’ como a inteligência liberal.”

HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie*, 1937⁴⁷

Como “diagnóstico de tempo” é uma categoria central para esta tese, convém explicitar seu sentido de maneira um pouco mais precisa – ainda que breve –, ainda mais porque a noção de *Zeitdiagnose* tem especial relevância para a teoria crítica. Em toda formulação de um diagnóstico de tempo está pressuposta a ideia de que é preciso compreender o mundo em que se vive, que a nossa própria época também tem de ser tematizada como objeto de análise. Trata-se de uma autocompreensão sistemática dos aspectos mais determinantes da realidade social. Este tipo de diagnóstico não é uma exclusividade da teoria crítica, qualquer teoria social que mereça este nome parte de uma leitura dos principais eixos estruturantes de seu momento histórico.⁴⁸

Mas, no âmbito da teoria crítica, formular um diagnóstico de tempo presente não é apenas um exercício interessante de mapeamento das condições históricas de um determinado período. É antes uma exigência fundamental. Não para “explicar como as coisas funcionam” ou mesmo pretender descrever como o mundo é.⁴⁹ Mas simplesmente pelo fato de que uma teoria sem ancoragem na realidade é apenas mais um conjunto de conceitos soltos, sem qualquer base social que os sustente. Além disso, pretender transformar o mundo sem um diagnóstico do momento presente é uma combinação que leva a propostas por vezes muito bem-intencionadas, mas provavelmente de caráter utópico:

Estes princípios norteadores da Teoria Crítica não são introduzidos “de fora” pelo teórico, são princípios inscritos na realidade presente das relações sociais. É esse ponto de vista que permite identificar as tendências estruturais do desenvolvimento histórico e seus arranjos concretos da perspectiva das *potencialidades* e dos *obstáculos* à emancipação. Esses dois princípios fundamentais da Teoria Crítica [orientação para a emancipação e elaboração de

⁴⁷ “Die kritische Theorie ist weder ‚verwurzelt‘ wie die totalitäre Propaganda noch ‚freischwebend‘ wie die liberalistische Intelligenz.” HORKHEIMER, Max [1937]. *Traditionelle und kritische Theorie*. In: HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie – Fünf Aufsätze*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch, 1992, p.240.

⁴⁸ HONNETH, Axel. Die soziale Dynamik der Mißachtung: Zur Ortsbestimmung einer kritischen Gesellschaftstheorie. *Leviathan*, v.22, n.1, 1994, p.78.

⁴⁹ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. 2ª edição. Campinas: Papirus, 2009, p.17-18. Ver também NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

diagnósticos de tempo], herdados de Marx, ao mesmo tempo em que caracterizam o campo crítico, demarcam negativamente esse campo, já que excluem dele tanto os teóricos “utópicos” como também aqueles que pretendem ser possível simplesmente “descrever o funcionamento” da produção capitalista, sem considerar que essa atitude já implica um posicionamento determinado em favor da dominação existente.⁵⁰

Diagnósticos de tempo são, portanto, uma espécie de sismógrafo de uma determinada época.⁵¹ Por meio deles é possível detectar movimentos do solo, registrar frequências e identificar abalos sísmicos. Como se trata de ler momentos históricos que estão em constante transformação, diagnósticos de tempo não são simplesmente instrumentos que podem ser retirados de uma caixa de ferramentas todas as vezes em que nos vemos diante de um fato social novo, como a imagem do sismógrafo talvez pudesse sugerir. Produzir diagnósticos de tempo é uma tarefa permanente, que exige reformulações sucessivas diante de novas situações históricas. Não é apenas uma fotografia conjuntural ou um cenário para servir de pano de fundo de contextualização. Repensar constantemente o próprio tempo tem por objetivo identificar as diferentes condições de dominação e meios concretos para superá-las.

Ainda no âmbito da teoria crítica, a exigência de realizar uma empreitada interdisciplinar para formular um diagnóstico crítico é apresentada desta maneira por Max Horkheimer em *Teoria tradicional, teoria crítica*:⁵²

O ponto de partida metodológico da teoria que Horkheimer tentou dar forma no início dos anos trinta é determinado por um problema que se deve à recepção de uma herança hegeliana de esquerda. Entre os alunos de esquerda de Hegel, de Karl Marx a Georg Lukács, portanto, era uma obviedade que a teoria da sociedade só poderia submeter seu objeto à crítica na medida em que ela fosse capaz de redescobrir, nele, um elemento de seu próprio ponto de vista crítico como realidade social; por isso era necessário que este teórico desenvolvesse constantemente um diagnóstico da sociedade capaz de trazer à tona um momento da transcendência imanente no interior do mundo.⁵³

⁵⁰ Idem, p.18, grifos originais.

⁵¹ A imagem é de Habermas: HABERMAS, Jürgen. Einleitung. In: HABERMAS, Jürgen (org.). *Stichworte zur ‚Geistigen Situation der Zeit‘. 1. Band: Nation und Republik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1979, p.10.

⁵² HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie*. op. cit.

⁵³ “Der methodische Ausgangspunkt der Theorie, die Horkheimer zu Beginn der dreißiger Jahre auf den Weg zu bringen versucht hat, ist durch ein Problem bestimmt, das sich der Übernahme eines linkshegelianischen Erbstückes verdankt. Unter den linken Schülern Hegels, also von Karl Marx bis zu Georg Lukács, galt es als Selbstverständlichkeit, daß die Theorie der Gesellschaft ihren Gegenstand nur in dem Maße einer Kritik unterziehen durfte, in dem sie in ihm ein Element ihres eigenen kritischen Gesichtspunktes als soziale Wirklichkeit wiederzuentdecken vermochte; daher bedurfte es für diese Theoretiker stets einer Gesellschaftsdiagnose, die dazu in der Lage sein mußte, ein Moment der immanenten innerweltlichen Transzendenz zum Vorschein zu bringen.” HONNETH, Axel. *Die soziale Dynamik der Mißachtung*. op. cit., p.79. Para uma interpretação de Hegel como o primeiro filósofo a ter tratado de sua própria época como objeto

O teórico está implicado no próprio diagnóstico que desenvolve, já que não está fora das relações sociais. Não há, portanto, ponto de ancoragem para a crítica que esteja fora da sociedade, ainda que muitas abordagens tradicionais pretendam se separar completamente das relações que objetivam criticar. A perspectiva teórica está sob o escrutínio constante da crítica diante de um diagnóstico de tempo presente: se a teoria não consegue mais compreender as transformações da realidade, são os conceitos que devem mudar para tentar apreender o mundo – e não o contrário.

Em *What's critical about critical theory?*, Nancy Fraser afirma não ter encontrado definição melhor para a teoria crítica do que a formulada por Karl Marx, numa carta de 1843 endereçada a Ruge: “autocompreensão (filosofia crítica) do tempo no que diz respeito a suas lutas e seus desejos. Esta é uma tarefa para o mundo e para nós. Ela só pode ser uma obra de forças unidas.”⁵⁴ Uma teoria só pode receber o nome de crítica, portanto, se estiver à altura das lutas sociais e dos desejos de seu próprio tempo. Marx já reconhece que não é possível levar essa empreitada adiante sozinho – “esta é uma tarefa para o mundo e para nós”. Isto também estava claro desde o início no projeto interdisciplinar do Instituto de Pesquisa Social coordenado por Horkheimer. Só era possível entrever bloqueios e potencialidades à emancipação no capitalismo pós-liberal dos anos 1930 e 1940, na dimensão cultural da sociedade de consumo ou compreender o autoritarismo em suas diferentes formas – apenas para citar alguns dos principais temas de pesquisa do Instituto em sua primeira configuração – se diferentes campos disciplinares forem mobilizados para pensar estas questões de maneira conjunta.

Nesta tese, defendo que Hugo Sinzheimer, Otto Kirchheimer e Franz Neumann formulam diagnósticos de tempo para tentar compreender sua época. Não são leituras aprofundadas ou sistemáticas e, por vezes, têm que ser encontradas nas entrelinhas. Mas todos eles apontam para tendências e justificam suas posições tanto teóricas quanto práticas

filosófico por excelência, ver NOBRE, Marcos. *Como nasce o novo: experiência e diagnóstico de tempo na Fenomenologia do Espírito de Hegel*. op. cit.

⁵⁴ “Selbstverständigung (kritische Philosophie) der Zeit über ihre Kämpfe und Wünsche. Dies ist eine Arbeit für die Welt und für uns. Sie kann nur das Werk vereinter Kräfte sein.” MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Werke* (MEW). Band 1. Berlim: Dietz Verlag, 1976, p.346. Fraser utiliza só uma parte da formulação: “the self-clarification of the struggles and wishes of the age”, FRASER, Nancy. *What's critical about critical theory? The case of Habermas and gender*. *New German Critique*, n.35, 1985, p.97.

a partir delas. O Instituto de Pesquisa Social só viria a existir depois dos textos que são objeto deste trabalho, então não é possível falar em pesquisa interdisciplinar. Sinzheimer, Kirchheimer e Neumann estão olhando para as relações sociais à sua volta principalmente do ponto de vista do direito, não integravam consórcios interdisciplinares, ainda que fizessem parte da esfera pública ampla da social-democracia. Mas, aqui, “direito” significa algo distinto do que poderíamos pressupor hoje, diante da especialização redutora dos campos disciplinares. Para estes autores, “direito” já é, de saída, “direito em sociedade”, não há como descolar a dimensão jurídica das esferas política, econômica e social em suas abordagens. E, também para os três, “direito” era um ponto de apoio para entrever transformações sociais relevantes. Assim, defendo que é possível ler suas contribuições do período de Weimar como modelos críticos distintos entre si, que trazem diagnósticos sobre o momento da época e que estão orientados para a emancipação, ainda que emancipação também possa significar coisas distintas para cada um deles. Defendo, portanto, que só conseguimos compreender o que eles entendem por juridificação se analisarmos seus diagnósticos de tempo.

Nota de tradução

Esta tese está estruturada em duas partes e uma delas é dedicada apenas a traduções de textos-chave discutidos na primeira parte.⁵⁵ Uma estrutura como essas não é comum em trabalhos jurídicos. E, ainda que não seja de todo estranha para trabalhos de filosofia do direito, incluir traduções como elementos de uma tese de doutoramento é algo muito mais usual para os campos da filosofia e das letras.

No caso da filosofia – campo sobre o qual posso falar com um pouco mais de propriedade do que o das letras –, o texto não é apenas um elemento decisivo, mas é a *base* para o trabalho filosófico, senão o único recurso de que os comentadores de filosofia dispõem para determinar conceitos e fazer suas análises. Há uma espécie de reverência ao texto, cujo exemplo mais acabado é o famoso método de leitura estrutural, que pretende reconstruir a lógica interna do pensamento de determinado filósofo.⁵⁶ Se o texto é o recurso basilar, então ler no original se torna absolutamente imprescindível. E isso faz com que o trabalho filosófico seja, ao mesmo tempo, um constante trabalho de tradução – ler no original e comentar em português, buscar encontrar palavras com sentido semelhante e, por muitas vezes, tentar traduzir o intraduzível.

Incluir traduções neste trabalho foi menos uma escolha pessoal do que uma imposição do próprio objeto. Como já discutido na *Introdução*, o fio condutor desta tese é o conceito de “juridificação”. Reconstruir as origens do conceito e seus deslocamentos de sentido é a tarefa a que me proponho aqui. E isso significa enfrentar debates travados inteiramente em alemão. Mais ainda: debates travados inteiramente em alemão e não traduzidos para o português. Mais ainda: textos não traduzidos para o português e com

⁵⁵ Após o exame de qualificação, submeti alguns dos textos traduzidos aos *Cadernos de Filosofia Alemã*, que contam com um processo de revisão às cegas bastante rigoroso e cuidadoso, em que os revisores cotejam, linha a linha, a tradução com o original. Assim, alguns dos textos que integram esta tese foram publicados entre 2017 e 2018. Entendi que esta era uma maneira de receber um *feedback* externo sobre as traduções e de já fazer com que os textos comessem a circular em português. Agradeço mais uma vez aos *Cadernos* por terem acolhido e publicado (i) *O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar*, de Franz Neumann (v.22, n.1, 2017); (ii) *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, de Otto Kirchheimer (v. 23, n.1, 2018) e (iii) *Mudança de significado do parlamentarismo*, também de Kirchheimer (v.23, n.1, 2018).

⁵⁶ Sobre isso, ver TERRA, Ricardo Ribeiro. Não se pode aprender filosofia, pode-se apenas aprender a filosofar. *Discurso*, n.40, 2012.

traduções pouco rigorosas para outros idiomas mais acessíveis que o alemão. Além disso: textos de difícil acesso mesmo para os que têm o alemão como primeiro idioma, seja porque estão em publicações que só podem ser encontradas em algumas bibliotecas na Alemanha, seja porque a linguagem utilizada pelos autores nas décadas de 1910-1930 tampouco ressoa de maneira familiar para quem os lê hoje.

E, no entanto, era preciso traduzir. Discutir esses textos sem traduzi-los era negar a possibilidade de debate mais amplo sobre este tema, recusar a possibilidade de checagem e crítica das interpretações que faço aqui, negar a possibilidade de que novas interpretações sobre os mesmos textos sejam feitas – ou então significava esperar que alguma boa alma se empenhasse num trabalho que, a princípio, deveria ser meu. Assim, uma das primeiras imposições era de *acesso*. Ainda que o trabalho acadêmico seja eminentemente solitário, teses devem ser feitas para que suas ideias possam ser discutidas amplamente. Não traduzir seria escrever um trabalho que já nasceria morto.

Diferentemente da primeira, a segunda imposição não é externa. Traduzir faz com que se desenvolva uma relação íntima com o texto, quase obsessiva, em que se passa a conhecer o vocabulário de um autor, a maneira como procura se expressar, seus lugares-comuns, as palavras a que costuma recorrer quando quer tratar desta ou daquela questão. Traduzir um texto é também dissecá-lo de cima a baixo, perguntar não só pelo o que a autora ou o autor quiseram dizer, mas como aquele texto funciona independentemente de qualquer vontade. E é por isso que traduzir é sempre um exercício de escrever, escrever de novo e de revisar mais algumas tantas vezes. Então o segundo imperativo era de *aprendizado*. Posso dizer que conheço muito mais esses textos porque os traduzi e que, portanto, acredito que meu trabalho de análise conceitual se torna mais fecundo em razão desse exercício prévio.

É importante notar que esse exercício não começou agora, mas faz parte de uma trajetória de alguns anos como tradutora de textos escritos em alemão, função que me foi inicialmente atribuída pelo simples fato de eu ser leitora de textos em alemão. Desde então,

já são alguns artigos publicados⁵⁷, dois livros⁵⁸ e uma revisão de tradução.⁵⁹ Ter traduzido o artigo *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*, de Franz Neumann, e o livro *O ocidente dividido*, de Jürgen Habermas, foi decisivo para a escolha das questões que permeiam esta tese, já que ambos os textos trazem, de maneiras distintas, abordagens da teoria crítica sobre o direito.⁶⁰ No último ano de escrita desta tese, recebi o convite irrecusável da Fundação Rosa Luxemburgo para traduzir *A revolução alemã 1918-1919*, do historiador Sebastian Haffner.⁶¹ Traduzir este livro foi um aprendizado imenso a respeito das condições que levaram à instauração da República de Weimar e que conformam todo o horizonte desta tese.

Mas é importante destacar que só é possível propor um trabalho como este porque um *corpus* de traduções dos autores discutidos aqui já vem se formando, especialmente no que diz respeito aos textos de Otto Kirchheimer, Franz Neumann e Jürgen Habermas. Em sua dissertação de mestrado, Ester Gammardella Rizzi traduziu passagens importantes de diversos textos de Otto Kirchheimer, publicados entre 1928 e 1933, e já propôs um vocabulário para tratar destes artigos da época de Weimar.⁶² No que diz respeito a Franz Neumann, já temos *O império do direito*, traduzido por Rúrion Melo,⁶³ *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*, traduzido por mim, *O conceito de liberdade*

⁵⁷ KERNER, Ina. Tudo é interseccional? Sobre a relação entre racismo e sexismo. Tradução de Bianca Tavorari. *Novos Estudos*, n.93, julho de 2012; NEUMANN, Franz. *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*. Tradução de Bianca Tavorari. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.109, julho/dezembro de 2014; FORST, Rainer, GÜNTHER, Klaus. A formação de ordens normativas: Sobre a ideia de um programa de pesquisa interdisciplinar. *Revista Direito e Práxis*, v.7, n.16, 2016.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: UNESP, 2016; HAFFNER, Sebastian. *A revolução alemã 1918-1919*. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

⁵⁹ GOETHE, Johann Wolfgang von. *Poesia e verdade*. Tradução de Mauricio Mendonça Cardoso. Revisão de Bianca Tavorari. São Paulo: UNESP, 2017.

⁶⁰ Agradeço muitíssimo a José Rodrigo Rodriguez por ter me incentivado a traduzir este texto do Neumann, incentivo que se estende a todas as outras traduções que eu publiquei. Também agradeço enormemente a Rúrion Melo por ter me convidado a traduzir o *Ocidente dividido* no âmbito da publicação das obras completas de Habermas pela Editora UNESP e por ter revisado a tradução do livro.

⁶¹ HAFFNER, Sebastian. *A revolução alemã 1918-1919*. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

⁶² RIZZI, Ester Gammardella. *Democracia e transformações sociais no Estado parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

⁶³ NEUMANN, Franz. *O império do direito*. Tradução de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

política, traduzido por Flávio Marques Prol,⁶⁴ e *Angústia e política*, traduzido por Divino Amaral e Inara Luisa Marin.⁶⁵ O vocabulário para tratar do pensamento de Neumann foi estabelecido pela primeira vez por José Rodrigo Rodriguez, em sua tese de doutorado.⁶⁶ Já no que diz respeito a Habermas, tenho a felicidade de poder escrever esta tese no momento em que, sob a coordenação de Rúrion Melo, Luiz Repa, Denilson Luis Werle e Antonio Ianni Segato, a Editora UNESP está publicando uma coleção com as obras completas do autor, integralmente retraduzidas do original em alemão. Um vocabulário de referência está sendo elaborado e todos os conceitos-chave estão sendo traduzidos da mesma maneira entre os diferentes livros publicados. Trata-se, portanto, de um enorme esforço coletivo, feito em sua maioria por pesquisadoras e pesquisadores do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), para que textos fundamentais da teoria crítica sejam publicados em português com traduções rigorosas e acessíveis. Este trabalho pretende, assim, contribuir para este movimento mais amplo.

Passo agora a justificar brevemente cada um dos textos traduzidos para esta tese.

I. *Die Zukunft der Arbeiterräte* [*O futuro dos conselhos operários*], de Hugo Sinzheimer

Este pequeno artigo de intervenção foi publicado por Hugo Sinzheimer pela primeira vez em 1919, com o título *Die Zukunft der Arbeiterräte. Eine Frage der sozialen Demokratie. Neue Wege zum Aufbau Deutschlands* [*O futuro dos conselhos operários. Uma questão de democracia social. Novos caminhos para a construção da Alemanha*], na revista mensal *Die Tat*, de Iena. A versão que utilizo aqui é a da coletânea *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*, organizada por Otto Kahn-Freund e Thilo Ramm. Este é o primeiro texto que utiliza o termo *Verrechtlichung* expressamente no

⁶⁴ NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. Tradução de Flávio Marques Prol. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n.22, 2013.

⁶⁵ NEUMANN, Franz. Angústia e política. Tradução de Divino Amaral e Inara Luisa Marin. *Dissonância: Revista de Teoria Crítica*, v.01, 2017.

⁶⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

contexto dos debates de Weimar. O conceito de juridificação está em vários de seus outros textos e livros, cuja tradução não foi possível realizar no âmbito desta tese.

II. *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus* [Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo], de Otto Kirchheimer

Primeiro artigo publicado pelo jovem Otto Kirchheimer, o original foi publicado pela primeira vez no volume 17 da *Zeitschrift für Politik* (1928, p.593-611). Utilizo a versão republicada na coletânea de textos de Kirchheimer *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, organizada por Wolfgang Luthardt, em cotejo com a versão do primeiro volume das obras completas de Kirchheimer organizada por Hubertus Buchstein. Este primeiro volume das obras completas foi publicado em 2017, em meio à escrita da tese, por isso duas versões são utilizadas como base.

É neste ensaio que o autor começa a delinear um diagnóstico de tempo sobre a República de Weimar que perpassará grande parte de seus textos do período, a partir das noções-chave de troca de função da ideia de Estado de direito e também de *Verrechtlichung*.

Há tradução para o inglês, intitulada *The Socialist and Bolshevik Theory of the State*.⁶⁷ Ao traduzir ao português, utilizei esta tradução como base de comparação. O texto em inglês é muito distinto do original em alemão: frases são suprimidas ou reescritas sob a forma de paráfrase, especialmente nos trechos mais truncados. Os tradutores também traduzem conceitos-chave por mais de uma palavra em inglês, o que acaba comprometendo o estudo do texto. A sequência dos parágrafos tampouco é obedecida. Vários parágrafos longos do texto são divididos, priorizando o didatismo. *Verrechtlichung* não é traduzido por “juridification” – a palavra é antes “explicada” da seguinte maneira: “In all fields of endeavor things are turned into law (*Verrechtlichung*); all factual decisions involving actual power relations are avoided, whatever the issue (...)”.⁶⁸

⁶⁷ KIRCHHEIMER, Otto. *The Socialist and Bolshevik Theory of the State*. In: BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Columbia University Press: Nova York e Londres, 1969, p.3-21.

⁶⁸ Idem, p.7.

Minha tradução foi publicada em português em 2018, nos *Cadernos de Filosofia Alemã*.⁶⁹ Agradeço muitíssimo aos dois revisores anônimos da revista que corrigiram erros e sugeriram ótimas formulações.

III. *Bedeutungswandel des Parlamentarismus* [Mudança de significado do parlamentarismo], de Otto Kirchheimer

Este artigo também foi publicado em 1928 e desenvolve algumas das teses centrais de *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, em especial a da troca de função relacionada à ideia de Estado de direito, além de apresentar a ideia que dá título ao artigo: o parlamento teria deixado de ser o lugar da discussão criativa, passando por uma mudança de significado. Não conheço traduções deste texto para outros idiomas.

Minha tradução também foi publicada nos *Cadernos de Filosofia Alemã*.⁷⁰ Agradeço mais uma vez ao cuidado e ao rigor dos revisores anônimos.

IV. *Weimar – und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung* [Weimar – e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar], de Otto Kirchheimer

Um dos artigos mais famosos de Kirchheimer, foi publicado pela primeira vez na *Jungsozialistische Schriftenreihe*, de Berlim, em 1930.⁷¹ Há duas versões do texto, com algumas diferenças substantivas entre eles. A primeira versão é a da coletânea *Politik und Verfassung*, com o subtítulo *Analyse einer Verfassung* [Análise de uma Constituição].⁷² Já

⁶⁹ KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo. Tradução de Bianca Tavorari. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018.

⁷⁰ KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Mudança de significado do parlamentarismo. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018.

⁷¹ KIRCHHEIMER, Otto. Weimar – und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung. *Jungsozialistische Schriftenreihe*, 1930.

⁷² KIRCHHEIMER, Otto. Weimar – und was dann? Analyse einer Verfassung. In: KIRCHHEIMER, Otto (org.). *Politik und Verfassung*. 2ª edição. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981 [1930]. Agradeço enormemente a Ester Gammardella Rizzi por ter me emprestado seu exemplar.

as obras completas trazem uma versão com um subtítulo diferente e com um parágrafo introdutório a mais.⁷³ Utilizo a edição dos *Gesammelte Schriften* como base para a tradução. Este texto consolida ideias fundamentais dos dois artigos de 1928 analisados neste trabalho e aplica as teses especificamente para a Constituição de Weimar.

Há tradução para o inglês, na mesma coletânea organizada por Frederic Burin e Kurt Shell.⁷⁴ Infelizmente, a tradução para o inglês deste texto sofre dos mesmos problemas encontrados na tradução de *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*.

V. *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung* [O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar], de Franz Neumann

Texto publicado por Franz Neumann em 1930 na revista *Die Arbeit*, publicação mensal do movimento sindical vinculado ao Partido Social-democrata Alemão (SPD – *Sozialdemokratische Partei Deutschlands*) que durou entre 1924 e 1933. Neste artigo, Neumann elabora uma interpretação dos direitos fundamentais inscritos na segunda parte da Constituição de Weimar. Para os fins deste trabalho, o artigo é importante porque explicita o posicionamento de Neumann em relação à Constituição de Weimar e seus pontos de discordância em relação à análise de Kirchheimer.

Há tradução deste artigo para o inglês, intitulada *The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution*.⁷⁵ Infelizmente, os mesmos problemas de falta de sistematicidade e rigor também podem ser encontrados aqui.

Minha tradução foi publicada nos *Cadernos de Filosofia Alemã* em 2017.⁷⁶

⁷³ KIRCHHEIMER, Otto. Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.

⁷⁴ KIRCHHEIMER, Otto. Weimar – and What Then? An Analysis of a Constitution. In: BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Columbia University Press: Nova York e Londres, 1969, p.33-74.

⁷⁵ NEUMANN, Franz. The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution. Tradução de Leena Tanner e Keith Tribe. In: TRIBE, Keith (org.). *Social democracy and the rule of law – Otto Kirchheimer and Franz Neumann*. Londres: Allen & Unwin, 1987, p.27-43.

⁷⁶ NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos sociais na Constituição de Weimar. Tradução de Bianca Tavorali. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.22, n.1, 2017.

* * *

Além destas traduções que compõem a segunda parte esta tese, diversas passagens de outros textos, quando utilizadas para comentário, foram traduzidas por mim – seja do alemão ou do inglês. Quando não há menção expressa ao nome do tradutor, está subentendido que a tradução é minha. Procurei incluir o trecho original em nota de rodapé em todas as passagens citadas, tanto nos casos dos textos que integram a segunda parte da tese quanto dos demais artigos em outros idiomas. Como uma das propostas é debater minhas escolhas de tradução, entendi que seria útil colocar a citação original em nota, a fim de estimular a comparação entre versões.

Considerações finais

Neste ano comemoram-se os cem anos da promulgação da Constituição de Weimar. O quadro de referências da primeira democracia alemã parece ter ficado completamente para trás. Não nos movimentamos mais no terreno da oposição entre reforma e revolução; direito, política e sociedade passaram por inúmeras transformações. Por outro lado, o antagonismo agudo se instalou em sociedades cada vez mais divididas e polarizadas. O descontentamento com o funcionamento das democracias que existem hoje é crescente. Neste sentido, Weimar nunca pareceu tão atual.

No caso específico dos autores discutidos nesta tese, os debates sobre *Verrechtlichung* se encerram com o fim da própria democracia de Weimar. A ascensão do nacional-socialismo captura toda a discussão em torno do direito e da democracia. Compreender se ainda era possível falar em ordem jurídica diante da supressão do regime democrático passa a ser a questão mais premente. Neumann e Kirchheimer vão dedicar décadas de suas vidas a tentar entender a relação entre autoritarismo e direito. *Behemoth* e *Political Justice* consolidam estes esforços de maneira sistemática. Mas, também no caso específico dos autores discutidos nesta tese, a instauração do nazismo marca um ponto de interrupção em suas vidas. Além de serem juristas críticos que atuaram para formar e aprofundar a ordem democrática que Hitler pretendia destruir, Sinzheimer, Kirchheimer e Neumann eram judeus. O exílio marcou suas trajetórias de maneira profunda.³⁹⁸

O debate sobre juridificação ficaria interrompido até a volta da instauração de diferentes arranjos de democracia de massas de caráter social, depois da segunda guerra, nos países da Europa Central. Como tentei mostrar nesta tese, ainda que eu não tenha debatido esta literatura sócio-jurídica das décadas de 1970 e 1980 em detalhes, é possível afirmar que juridificação se torna um processo compreendido como eminentemente negativo, como uma

³⁹⁸ Durante o exílio na Holanda, Sinzheimer chega até mesmo a publicar, em 1937 um livro sobre a memória dos juristas alemães judeus, uma vez que sua contribuição para o direito alemão estava sendo renegada: SINZHEIMER, Hugo [1937]. *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klosterman, 1953.

denúncia de ultrapassagem do direito para além de seus limites. O sentido muda substancialmente em relação aos debates de Weimar. Como procurei mostrar, o sentido negativo que Kirchheimer confere a *Verrechtlichung* é completamente diferente da crítica à materialização do direito que se popularizou entre esta literatura sócio-jurídica do pós-guerra. Kirchheimer não é um visionário dos debates posteriores, como Teubner parece sugerir.³⁹⁹ Isso porque ele não criticava a atuação ativa do Estado para intervir nas relações sociais por meio do direito ou o fato de o direito estatal ter incorporado reivindicações de igualdade material. Pelo contrário, a crítica se dirigia ao fato de que a Constituição de Weimar, o parlamento e os governos de coalizão não haviam sido capazes de institucionalizar um projeto que rompesse definitivamente com a democracia e o direito liberais. Acredito que explicitar as origens do conceito de juridificação e mostrar os diferentes sentidos associados a ele no contexto de Weimar pode nos ajudar a não naturalizar a crítica à juridificação feita por grande parte desta literatura sócio-jurídica, o que significa, por exemplo, precisar discordar da equiparação feita por Simitis entre “juridificação” e “crítica ao intervencionismo estatal”.⁴⁰⁰

Mas, nos dias de hoje, juridificação pode parecer um conceito obsoleto. Ainda faria sentido falar em *Verrechtlichung* quando não há qualquer âmbito da vida em que o direito esteja ausente? E “direito” aqui, é, evidentemente, pensado de maneira ampla: apresentar um conflito a um tribunal, propor projetos de lei ou regulações específicas, formular políticas públicas com base em direitos, desenvolver e implementar autorregulações autônomas não-estatais ou simplesmente tematizar relações sociais na “linguagem dos direitos”. Quando todas as relações sociais podem ser entendidas a partir dos múltiplos sentidos de direito, juridificação deixa de ser uma tendência totalizante.⁴⁰¹ Não há uma nova fronteira que o direito possa ultrapassar. Diante da dissolução da tendência, alguns autores passam a desenvolver formulações parciais, no sentido de que pretendem analisar uma *parte* dos conflitos sociais e sua relação com o direito. Axel Honneth fala em juridificação como uma

³⁹⁹ TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. In: LUTTER, Marcus, STIEFEL, Ernst C., HOEFLICH, Michael H. (orgs.). *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland: Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991*. Tübingen: Mohr, 1993.

⁴⁰⁰ SIMITIS, Spiros. Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen. In: TEUBNER, Gunther, ZACHER, Hans F., SIMITIS, Spiros, KÜBLER, Friedrich, HOPT, Klaus. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

⁴⁰¹ Ver TAVOLARI, Bianca. Juridification. *Krisis*, n.2, 2018, Edição especial “Marx from the Margins: A Collective Project, from A to Z”.

das patologias da sociedade contemporânea.⁴⁰² Já Daniel Loick fala em juridificação como paradoxo, valendo-se da interpretação de Wendy Brown.⁴⁰³ Para além do âmbito acadêmico, movimentos sociais ao redor do mundo reivindicam a expansão de direitos, demandam o reconhecimento de relações sociais e políticas em suas especificidades antes encobertas – basta pensar nos debates sobre gênero e raça, por exemplo.

Já a juridificação em sentido positivo parece não ter mais lugar em um mundo em que é a própria noção ampla de direito social que é atacada e desmontada, tanto da perspectiva das instituições democráticas quanto das justificativas mobilizadas na esfera pública de maneira mais abrangente. Por muitas décadas, ninguém pareceu discordar de que a democracia era o único sistema de governo possível. Também por muitas décadas, o paradigma de direito social que Sinzheimer, Kirchheimer e Neumann viram ser formado pareceu algo evidente.

Hoje, quando nem o que entendemos por democracia e nem o que entendemos por direito social são parte do plano das evidências, a ideia de que o direito – em seus múltiplos sentidos – deve reconhecer desigualdades sociais estruturantes para atenuá-las, compensá-las e, eventualmente, corrigi-las, também deixa de ser trivial. Quando pressupomos estas noções como evidentes e auto-explicativas, não precisamos formular razões para justificá-las. Voltar às origens do debate sobre juridificação em Weimar talvez possa nos ajudar nos dias de hoje, nos embates que estão por vir. Weimar nunca foi tão obsoleta e tão atual.

⁴⁰² HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit: Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

⁴⁰³ LOICK, Daniel. Juridification and Politics: From the Dilemma of Juridification to the Paradoxes of Rights. *Philosophy and Social Criticism*, 40 (8), 2014; BROWN, Wendy. Suffering the paradoxes of rights. In: BROWN, Wendy, HALLEY, Janet (orgs.). *Left Legalism/Left Critique*. Duke University Press, 2002.

Referências bibliográficas

- ADLER, Max. *Politische oder soziale Demokratie*. Berlim: E. Laub'sche Verlagsbuchhandlung, 1926.
- ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: UNESP, 2008.
- BARTON, John H. Behind the legal explosion. *Stanford Law Review*, v.27, 1974.
- BAUER, Otto. *Die österreichische Revolution*. Viena: Wiener Volksbuchhandlung, 1923.
- BAUER, Otto. The Equilibrium of Class Strengths. In: BLUM, Mark E., SMALDONE, William (orgs.). *The Ideology of Unity: Austro-Marxist Theory and Strategy*. Leiden: Brill, 2016.
- BAVAJ, Riccardo. Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik – Ein Fall von „Linksschmittianismus“? *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, n.55, caderno 1, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social: atualidade no debate sobre direito, Estado e economia da República de Weimar*. Tese de Livre-docência apresentada à Universidade de São Paulo, 2003.
- BERNHARD, Ludwig. *Unerwünschte Folgen der deutschen Sozialpolitik*. Berlim/Heidelberg: Springer, 1913.
- BITTNER, Jochen. Is this the West's Weimar moment? *The New York Times*, 31 de maio de 2016.
- BLICHNER, Lars Chr., MOLANDER, Anders. What is juridification? *Arena – Centre for European Studies, University of Oslo*. Working Paper n.14, março de 2015.
- BLICHNER, Lars Chr., MOLANDER Anders. Mapping Juridification. *European Law Journal*, vol. 14, n.1, janeiro de 2008.
- BLUM, Mark E., SMALDONE, William (orgs.). *The Ideology of Unity: Austro-Marxist Theory and Strategy*. Leiden: Brill, 2016.
- BROWN, Wendy. Suffering the paradoxes of rights. In: BROWN, Wendy, HALLEY, Janet (orgs.). *Left Legalism/Left Critique*. Duke University Press, 2002.
- BROWN, Wendy, HALLEY, Janet (orgs.). *Left Legalism/Left Critique*. Duke University Press, 2002.
- BUCHSTEIN, Hubertus. Von der umstrittenen Verfassung zur streitbaren Verfassung: Otto Kirchheimers verfassungspolitische Grenzziehungen während der Weimarer Republik. In: HEIN, Michael, PETERSEN, Felix, STEINSBORFF, Silvia von (orgs.). *Die Grenzen der Verfassung*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

BUCHSTEIN, Hubertus. Einleitung zu diesem Band. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.

BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.

BUCKEL, Sonja. *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*. 2ª edição. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2015.

BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Nova York: Columbia University Press, 1969.

CALDWELL, Peter C., SCHEUERMAN, William (orgs.). *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*. Boston: Humanities Press, 2000.

DUBIEL, Helmut. *Kritische Theorie der Gesellschaft. Eine einführende Rekonstruktion von den Anfängen im Horkheimer-Kreis bis Habermas*. 3ª edição. Munique: Juventa Verlag, 2001.

DUKES, Ruth. Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law. *Journal of Law and Society*, v.35, n.3, 2008.

DUKES, Ruth. *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EDER, Klaus. Prozedurale Rationalität: Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v.7, n.1, 1986.

ERD, Rainer. Probleme einer Theorie der Verrechtlichung industrieller Beziehungen – Am Beispiel von Franz L. Neumann. In: Institut für Sozialforschung (org.). *Gesellschaftliche Arbeit und Rationalisierung*. Wiesbaden: Springer, 1981.

ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1985.

ERD, Rainer. Hugo Sinzheimer (1875-1945): Aufruf zur Befreiung des Menschen. In: Kritische Justiz (org.). *Streitbare Juristen: eine andere Tradition*. Baden-Baden: Nomos, 1988.

FACTOR, Regis A., TURNER, Stephen P. Weber's influence in Weimar Germany. *Journal of the History of the Behavioral Sciences*, 18(2), 1982.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FORST, Rainer, GÜNTHER, Klaus. A formação de ordens normativas: Sobre a ideia de um programa de pesquisa interdisciplinar. *Revista Direito e Práxis*, v.7, n.16, 2016.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Tradução de Salma Tannus Muchail. 9ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRAENKEL, Ernst [1927]. Zur Soziologie der Klassenjustiz. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Ernst Fraenkel – Gesammelte Schriften*. Band 1 – Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 1999.

- FRAENKEL, Ernst [1929]. Kollektive Demokratie. In: RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Berlin-Spandau: Hermann Luchterhand Verlag, 1966.
- FRAENKL, Ernst [1932]. Abschied von Weimar? In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Ernst Fraenkel – Gesammelte Schriften*. Band 1 – Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- FRAENKL, Ernst [1932]. Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Ernst Fraenkel – Gesammelte Schriften*. Band 1 – Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- FRAENKEL, Ernst. Hugo Sinzheimer. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Ernst Fraenkel, Gesammelte Schriften – Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- FRAENKEL, Ernst. The labor courts in the German judicial system. In: WUNDERLICH, Frieda. *German Labor Courts*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1946.
- FRASER, Nancy. What's critical about critical theory? The case of Habermas and gender. *New German Critique*, n.35, 1985.
- GAY, Peter. *Weimar Culture*. Penguin Books, 1969.
- GEPHART, Werner, HERMES, Siegfried. Zur Edition von 'Wirtschaft und Gesellschaft'. In: GEPHART, Werner, HERMES, Siegfried (orgs.). *Max Weber – Wirtschaft und Gesellschaft. Teilband 3: Recht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2010.
- GEPHART, Werner, HERMES, Siegfried (orgs.). *Max Weber – Wirtschaft und Gesellschaft. Teilband 3: Recht*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 2010.
- GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan (orgs.). *Teoria Social Hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: UNESP, 1996.
- GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1889.
- GOETHE, Johann Wolfgang von. *Poesia e verdade*. Tradução de Mauricio Mendonça Cardoso. Revisão de Bianca Tavorlari. São Paulo: UNESP, 2017.
- GÖHLER, Gerhard (org.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.
- GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. *Revista Direito GV*, v.3, n.1, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. Einleitung. In: HABERMAS, Jürgen (org.). *Stichworte zur ,Geistigen Situation der Zeit'. 1. Band: Nation und Republik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1979.
- HABERMAS, Jürgen (org.). *Stichworte zur ,Geistigen Situation der Zeit'. 1. Band: Nation und Republik*. Frankfurt: Suhrkamp, 1979.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1. 4ª edição. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2. 4ª edição. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995.

- HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: UNESP, 2016.
- HAFFNER, Sebastian. *Die Deutsche Revolution 1918/19*. Berlim: Kindler Verlag, 1979.
- HAFFNER, Sebastian. *A revolução alemã (1918-1919)*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklausen*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1933.
- HEIN, Michael, PETERSEN, Felix, STEINSORFF, Silvia von (orgs.). *Die Grenzen der Verfassung*. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- HELLMANN, Siegmund (org.). *Die innere Politik*, 1919.
- HETT, Benjamin Carter. *The Death of Democracy: Hitler's Rise to Power and the Downfall of the Weimar Republic*. Nova York: Henry Holt and Co., 2018.
- HILLERMEIER, Karl. Eindämmung der Gesetzesflut. *Bayerische Verwaltungsblätter*, v.24, 1978.
- HOBBSBAWM, Eric (org.). *História do marxismo – volume 5*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio N. Henriques e Amélia Rosa Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- HONNETH, Axel. Die soziale Dynamik der Mißachtung: Zur Ortsbestimmung einer kritischen Gesellschaftstheorie. *Leviathan*, v.22, n.1, 1994,
- HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan (orgs.). *Teoria Social Hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: UNESP, 1996.
- HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit: Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.
- HORKHEIMER, Max [1937]. Traditionelle und kritische Theorie. In: HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie – Fünf Aufsätze*. 7ª edição. Fischer Wissenschaft: Frankfurt am Main, 2011.
- HUG, Walther. Gesetzesflut und Rechtssetzungslehre. In: KLUG, Ulrich, RAMM, Thilo, RITTNER, Fritz, SCHMIEDEL, Burkhard (orgs.). *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*. Berlim/Heidelberg: Springer, 1978.
- JAY, Martin. *The Dialectical Imagination: A history of the Frankfurt School and the Institute of Social Research, 1923-1950*. Berkeley: University of California Press, 1973.
- JAY, Martin. Reconciling the Irreconcilable? Rejoinder to Kennedy. *Telos*, n.71, março de 1987.
- KAHN-FREUND, Otto [1932]. Der Funktionswandel des Arbeitsrecht. In: RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Berlim-Spandau: Hermann Luchterhand Verlag, 1966.
- KAHN-FREUND, Otto. Hugo Sinzheimer (1875-1945). In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

KELSEN, Hans. Otto Bauers politische Theorie. *Der Kampf*, XVII, 1924.

KENNEDY, Duncan. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. *Hastings Law Journal*, v.55, n.5, 2004.

KENNEDY, Ellen. Introduction: Carl Schmitt's Parlamentarismus in its historical context. In: SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Tradução de Ellen Kennedy. Cambridge: The MIT Press, 1985.

KENNEDY, Ellen. Carl Schmitt and the Frankfurt School. *Telos*, n.71, março de 1987.

KERNER, Ina. Tudo é interseccional? Sobre a relação entre racismo e sexismo. Tradução de Bianca Tavolari. *Novos Estudos*, n.93, julho de 2012.

KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Bedeutungswandel des Parlamentarismus. *Jungsozialistische Blätter*, n. VII, caderno 10, outubro de 1928.

KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Bedeutungswandel des Parlamentarismus. In: LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Mudança de significado do parlamentarismo. Tradução de Bianca Tavolari. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018.

KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo. Tradução de Bianca Tavolari. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018.

KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. In: LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

KIRCHHEIMER, Otto [1929]. Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.

KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.

KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Die Grenzen der Enteignung: Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art. 153 der Weimarer Verfassung. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.

KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Die Grenzen der Enteignung: Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Enteignungsinstituts und zur Auslegung des Art. 153 der Weimarer Verfassung. In: KIRCHHEIMER, Otto (org.). *Funktionen des Staats und der Verfassung – Zehn Analysen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972.

- KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Eigentums garantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung. In: KIRCHHEIMER, Otto (org.). *Funktionen des Staats und der Verfassung – Zehn Analysen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972.
- KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Eigentums garantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Reichsgericht und Enteignung. Reichsverfassungswidrigkeit des Preußischen Fluchtliniengesetzes? In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- KIRCHHEIMER, Otto [1933]. Bemerkungen zu Carl Schmitts ‘Legalität und Legitimität’. In: LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- KIRCHHEIMER, Otto [1933]. The Growth and the Decay of the Weimar Constitution. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- KIRCHHEIMER, Otto [1941]. The legal order of national socialism. In: BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Nova York: Columbia University Press, 1969.
- KIRCHHEIMER, Otto. The Socialist and Bolshevik Theory of the State. In: BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Columbia University Press: Nova York e Londres, 1969.
- KIRCHHEIMER, Otto. Weimar – and What Then? An Analysis of a Constitution. In: BURIN, Frederic S., SHELL, Kurt L. (orgs.). *Politics, law & social change: selected essays of Otto Kirchheimer*. Columbia University Press: Nova York e Londres, 1969.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Politik und Verfassung*. 2ª edição. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- KLUG, Ulrich, RAMM, Thilo, RITTNER, Fritz, SCHMIEDEL, Burkhard (orgs.). *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1978.
- KOLB, Eberhard. *Die Weimarer Republik*. Oldenbourg, 1984.
- KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Second Edition. Tradução de P. S. Falla e R. J. Park. Londres: Routledge, 1990.
- Kritische Justiz (org.). *Streitbare Juristen: Eine andere Tradition*. Baden-Baden: Nomos, 1988.
- KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Tradução de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

- LEIGLAND, Tory James. *Marxism, Law and Social Change: the political education of Franz Neumann*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Columbia, 1980.
- LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. Nova York: Crown, 2018.
- LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LOICK, Daniel. Juridification and Politics: From the Dilemma of Juridification to the Paradoxes of Rights. *Philosophy and Social Criticism*, 40 (8), 2014.
- LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- LUTHARDT, Wolfgang. *Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986.
- LUTHARDT, Wolfgang. Verfassung, Wohlfahrtsstaat und Demokratie. In: LUTHARDT, Wolfgang, SÖLLNER, Alfons (orgs.). *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus – Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1989.
- LUTHARDT, Wolfgang, SÖLLNER, Alfons (orgs.). *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus – Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1989.
- LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma social ou revolução?* São Paulo: Global, 1986.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- MARCUSE, Herbert (org.). *Franz Neumann – The Democratic and the Authoritarian State*. Nova York: The Free Press, 1957.
- MARRAMAO, Giacomo. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo. In: HOBSBAWM, Eric (org.). *História do marxismo – volume 5*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio N. Henriques e Amélia Rosa Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- MARRAMAO, Giacomo. *O político e as transformações: crítica do capitalismo e ideologias da crise entre os anos vinte e trinta*. Tradução de Antonio Roberto Bertelli. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Werke* (MEW). Band 1. Berlim: Dietz Verlag, 1976.
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Werke*, Band 4 (MEW). Berlim: Dietz Verlag, 1977.
- MARX, Karl. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.
- MAUS, Ingeborg. Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen. In: GÖHLER, Gerhard (org.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.
- MEHRAV, Perez. Social-democracia e austro-marxismo. In: HOBSBAWM, Eric (org.). *História do marxismo – volume 5*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio N. Henriques e Amélia Rosa Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: Teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÜLLER, Jan-Werner. *Contesting Democracy: Political ideas in twentieth-century Europe*. New Haven: Yale University Press, 2011.

MÜLLER, Wolfgang C. Empirisches zum Stichwort Gesetzesflut. In: KINDERMANN, Harald (org.). *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1982.

NEUMANN, Franz. *Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Frankfurt am Main. Universitätsbibliothek Johann Christian Senckenberg, 1924.

NEUMANN, Franz. Der Kampf um den Zwangstariff. *Die Arbeit*, v.2, n.11, 1925.

NEUMANN, Franz. Zur öffentlichen-rechtlichen Natur des Tarifvertrages. *Arbeitsrecht*, v.13, n.1, 1926.

NEUMANN, Franz. Gesellschaftliche und staatliche Verwaltung der monopolistischen Unternehmungen. *Die Arbeit*, caderno 7, 1928.

NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. Berlin: E. Laubsche Verlagsbuchhandlung GmbH, 1929.

NEUMANN, Franz. Gegen ein Gesetz zur Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen. *Die Gesellschaft*, v.6, 1929.

NEUMANN, Franz. Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht. *Arbeitsrecht*, v.16, n.6, 1929.

NEUMANN, Franz. Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht. *Arbeitsrecht – Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten*, caderno 6, junho de 1929.

NEUMANN, Franz. Der Entwurf eines Monopol- und Kartellgesetzes. *Die Arbeit*, v.7, n.12, 1930.

NEUMANN, Franz [1930]. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. Tradução de Bianca Tavorari *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.22, n.1, 2017.

NEUMANN, Franz. Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung. *Die Arbeit*, caderno 9, 1930.

NEUMANN, Franz. Bankenkontrolle. *Gewerkschafts-Zeitung*, v.41, n.32, 1931.

NEUMANN, Franz. *Tarifrecht: auf der Grundlage der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts*. Berlin: Verlag Deutscher Baugewerksbund, 1931.

NEUMANN, Franz. Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung. *Die Arbeit*, n.8, 1931.

NEUMANN, Franz. *The Governance of the Rule of Law: An Investigation into the Relationship Between Political Theories, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Londres, 1936.

- NEUMANN, Franz. Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich. *American Journal of Sociology*, v.43, n.2, 1937.
- NEUMANN, Franz. Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. In: HORKHEIMER, Max (ed.). *Zeitschrift für Sozialforschung*, Ano 6, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1937.
- NEUMANN, Franz [1936]. *The rule of law. Political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg, 1986.
- NEUMANN, Franz [1936]. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- NEUMANN, Franz [1937]. The Change in Function of Law in Modern Society. In: MARCUSE, Herbert (org.). *Franz Neumann – The Democratic and the Authoritarian State*. Nova York: The Free Press, 1957.
- NEUMANN, Franz [1937]. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. Tradução de Bianca Tavorari. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v.109, 2014.
- NEUMANN, Franz [1942]. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.
- NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. Tradução de Flávio Marques Prol. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n.22, 2013.
- NEUMANN, Franz. Angústia e política. Tradução de Divino Amaral e Inara Luisa Marin. *Dissonância: Revista de Teoria Crítica*, v.01, 2017.
- NIESS, Wolfgang. *Die Revolution von 1918/19 in der deutschen Geschichtsschreibung: Deutungen von der Weimarer Republik bis ins 21. Jahrhundert*. Berlim: De Gruyter, 2013.
- NOBRE, Marcos. *Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. 2ª edição. Campinas: Papirus, 2009.
- NOBRE, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. 2ª edição. Campinas: Papirus, 2009.
- NOBRE, Marcos. *Como nasce o novo: experiência e diagnóstico de tempo na Fenomenologia do Espírito de Hegel*. São Paulo: Todavia, 2018.
- NOBRE, Marcos, RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estudos*, n.91, novembro de 2011.
- NOBRE, Marcos, RODRIGUEZ, José Rodrigo. A política por todos os lados. *Valor Econômico*, Caderno “Eu & Fim de Semana”, 25.11.2011.
- OOYEN, Robert Chr. van, SCHALE, Frank (orgs.). *Kritische Verfassungspolitologie: Der Staatsverständnis von Otto Kirchheimer*. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- QUENSEL, Bernhard K. Logik und Methode in der Rechtssoziologie Max Webers. Ein Beitrag zur Klärung der grundlegenden Begriffe und Perspektiven. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. v.18, n.2, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. Goldbilanz und Reichsverfassung. *Die Gesellschaft*, n.1, caderno 1, 1924.

RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Berlin-Spandau: Hermann Luchterhand Verlag, 1966.

RENNER, Karl. *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1929.

RENNER, Karl, MICHELS, Robert, OPPENHEIMER, Franz, ADLER, Max et al. Diskussion über Demokratie. In: Deutsche Gesellschaft für Soziologie (org.). *Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien: Vorträge und Diskussionen in der Hauptversammlung und in den Sitzungen der Untergruppen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1927.

RIZZI, Ester Gammardella. *Democracia e transformações sociais no Estado parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a Teoria Crítica. *Lua Nova*, n.61, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSENBERG, Arthur. *Entstehung und Geschichte der Weimarer Republik*. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1983.

ROTTLEUTHNER, Hubert. Three Legal Sociologies: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber. In: *European Yearbook in the Sociology of Law*. Milão: Giuffrè, 1988.

RUNCIMAN, David. *How Democracy Ends*. Nova York: Basic Books, 2018.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SALZBORN, Samuel (org.). *Kritische Theorie des Staates – Staat und Recht bei Franz L. Neumann*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, 319, 1984.

SCHALE, Frank. *Zwischen Engagement und Skepsis: eine Studie zu den Schriften von Otto Kirchheimer*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

SCHALE, Frank. Parlamentarismus und Demokratie beim frühen Otto Kirchheimer. In: OUYEN, Robert Chr. van, SCHALE, Frank (orgs.). *Kritische Verfassungspolitologie: Der Staatsverständnis von Otto Kirchheimer*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

SCHALE, Frank. Franz L. Neumann zwischen Rechtspositivismus, Rechtssoziologie und Wertphilosophie. In: SCHALE, Frank, THÜMLER, Ellen, VOLLMER, Michael (orgs.). *Intellektuelle Emigration: Zur Aktualität eines historischen Phänomens*. Wiesbaden: Springer, 2012.

SCHALE, Frank, THÜMLER, Ellen, VOLLMER, Michael (orgs.). *Intellektuelle Emigration: Zur Aktualität eines historischen Phänomens*. Wiesbaden: Springer, 2012.

SCHEUERMAN, William. *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge/Londres: The MIT Press, 1994.

SCHEUERMAN, William. Social Democracy and the rule of law: the legacy of Ernst Frankel. In: CALDWELL, Peter C., SCHEUERMAN, William (orgs.). *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*. Boston: Humanities Press, 2000.

SCHEUERMAN, William. Recent Frankfurt Critical Theory: Down on law? *Constellations*, 24 (1), 2017.

SCHEUERMAN, William. A teoria crítica frankfurtiana recente: avessa ao direito? Tradução de Bianca Tavolari. *Dissonância – Revista de Teoria Crítica*, Advance Online Publication, 2018.

SCHMITT, Carl [1926]. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Tradução de Ellen Kennedy. Cambridge: The MIT Press, 1985.

SCHMITT, Carl [1926]. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8ª edição. Berlin: Dunker & Humblot, 1996.

SEIBEL, Wolfgang. Gesetzesflut, konservative Staatsrechtslehre und kritische Sozialwissenschaft: ein Plädoyer für Verrechtlichung durch Implementationsforschung. *Demokratie und Recht*, v.8, n.2, 1980.

SEIFERT, Achim. Von der Person zum Menschen im Recht – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer. *Soziales Recht*, v.1, n.2, 2011.

SIMITIS, Spiros. Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen. In: TEUBNER, Gunther, ZACHER, Hans F., SIMITIS, Spiros, KÜBLER, Friedrich, HOPT, Klaus. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

SINZHEIMER, Hugo [1909]. Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 2. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1914]. Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. 2ª edição: Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1919]. Das Räte-system. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1919]. Über die Formen und Bedeutung der Betriebsräte. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1922]. Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1928]. Der Wandel im Weltbild des Juristen. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 2. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1930]. Zur Kritik des bürgerlichen Rechts. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976.

SINZHEIMER, Hugo [1937]. *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klosterman, 1953.

SCOTT, Helen (org.). *The Essential Rosa Luxemburg – Reform or Revolution and The Mass Strike*. Chicago: Haymarket Books, 2008.

SÖLLNER, Alfons. Franz L. Neumann – Skizzen zu einer intellektuellen und politischen Biographie. In: SÖLLNER, Alfons (org.). *Franz L. Neumann. Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

SÖLLNER, Alfons (org.). *Franz L. Neumann. Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

SÖLLNER, Alfons. Ein (un)deutsches Juristenleben – Franz Neumann zum 80. Geburtstag. *Kritische Justiz*, v.13, n.4, 1980.

SÖLLNER, Alfred. Leftist Students of the Conservative Revolution: Neumann, Kirchheimer & Marcuse. *Telos*, n.61, 1984.

SÖLLNER, Alfons. Beyond Carl Schmitt: Political Theory in the Frankfurt School. *Telos*, n.71, março de 1987.

SÖLLNER, Alfred. Linke Schüler der konservativen Revolution? – Franz Neumann, Otto Kirchheimer und Herbert Marcuse am Ende der Weimarer Republik. In: SÖLLNER, Alfred. *Deutsche Politikwissenschaftler in der Emigration*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1996.

SÖLLNER, Alfred. *Deutsche Politikwissenschaftler in der Emigration*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1996.

STAMMEN, Theo (org.). 100 Jahre “Zeitschrift für Politik”. *Zeitschrift für Politik*, Sonderband 2, 2008.

STAUPE, Jürgen. Die ‚Verrechtlichung‘ der Schule – Erscheinungsformen, Ursachen und Folgen. *Leviathan*, v. 10, n. 2, 1982.

STOLLEIS, Michael. *Origins of the German Welfare State: Social policy in German to 1945*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2013.

STOLLEIS, Michael. *History of Social Law in Germany*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2014.

STRECKER, David. Staatsrecht unter Belagerung – Franz L. Neumann, Otto Kirchheimer und das Paradox des demokratischen Konstitutionalismus. In: SALZBORN, Samuel (org.). *Kritische Theorie des Staates – Staat und Recht bei Franz L. Neumann*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

TAVOLARI, Bianca. Juridification. *Krisis*, n. 2, 2018, Edição especial “Marx from the Margins: A Collective Project, from A to Z”.

TERRA, Ricardo Ribeiro. Não se pode aprender filosofia, pode-se apenas aprender a filosofar. *Discurso*, n.40, 2012.

TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: TEUBNER, Gunther, ZACHER, Hans F., SIMITIS, Spiros, KÜBLER, Friedrich, HOPT, Klaus. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

TEUBNER, Gunther. The Transformation of Law in the Welfare State. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/Nova York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/Nova York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. In: LUTTER, Marcus, STIEFEL, Ernst C., HOEFELICH, Michael H. (orgs.). *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland: Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991*. Tübingen: Mohr, 1993.

TEUBNER, Gunther, ZACHER, Hans F., SIMITIS, Spiros, KÜBLER, Friedrich, HOPT, Klaus. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

TEUBNER, Gunther. Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.74, 2014.

TRIBE, Keith. Introduction. In: TRIBE, Keith (org.). *Social Democracy and the Rule of Law: Otto Kirchheimer and Franz Neumann*. Londres: Allen & Unwin, 1987.

TRIBE, Keith (org.). *Social Democracy and the Rule of Law: Otto Kirchheimer and Franz Neumann*. Londres: Allen & Unwin, 1987.

TRUBEK, David [1972]. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. Tradução de José Rafael Zullo. *Revista Direito GV*, v.3, n.1, 2007.

TRUBEK, David. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Wisconsin Law Review*, 720, 1972.

VITA, Leticia. Otra vez Weimar? *Dossier Una, dos, muchas derechas*. CEAP, 2018.

VOGEL, Hans-Jochen. Zur diskussion um die Normenflut. *Juristenzeitung*, v. 34, n. 10, 1979.

VOIGT, Rüdiger. Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Verrechtlichung – Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königstein: Athenäum, 1980.

VOIGT, Rüdiger (org.). *Verrechtlichung – Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königstein: Athenäum, 1980.

VOIGT, Rüdiger. Gegentendenzen zur Verrechtlichung: Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat. In: VOIGT, Rüdiger (org.). *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.

VOIGT, Rüdiger (org.). *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.

WEBER, Max. Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschlands. In: HELLMANN, Siegmund (org.). *Die innere Politik*, 1919.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der Sozialökonomik – III. Abteilung. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1922.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009.

WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School: Its History, Theories, and Political Significance Studies in Contemporary German Social Thought*. Traduzido por Michael Robertson. Cambridge: The MIT Press, 1995.

WUNDERLICH, Frieda. *Labor under German Democracy – Arbitration 1918-1933*. Nova York: The Graduate Faculty of Political and Social Science New School for Social Research, 1940.

WUNDERLICH, Frieda. *German Labor Courts*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1946.

Anexo de traduções

1. O futuro dos conselhos operários (1919), de Hugo Sinzheimer

Tradução de Bianca Tavorali⁴⁰⁴

A construção temporária para o *Reich* da democracia política foi erguida em Weimar. A obra da democracia social ainda está por ser criada. Sua essência consiste em que as próprias forças sociais tenham impacto [*Auswirkung*] de maneira imediata e atuando por si mesmas em formas ordenadas. A democracia social é dependente da democracia política, que fundamenta a Constituição de Estado e o direito estatal, e é apenas em seus contornos que a vida da democracia social consegue acontecer. Após o surgimento de condições de acordo com a Constituição, deve ser excluída a ideia de que os conselhos operários poderiam ser, ao lado da forma política unitária da Constituição do Estado, órgãos independentes de um legislativo político ou de um executivo especiais. Mas o que os conselhos operários podem e devem ser é, na qualidade de *órgãos da democracia social*, nos contornos da lei estatal que fixa seu campo de ação, os condutores de uma vida ativa.

É importante representar com precisão as *funções* de esses conselhos operários:

1. O direito efetivo não é apenas o direito posto pelo Estado. As normas que de fato vinculam as pessoas são em grande parte sociais, isto é, normas determinadas por poder social. Basta pensar na fixação de condições salariais e de trabalho, nos formulários de aluguel das associações de proprietários, na fixação de preço e nas condições de fornecimento dos sindicatos etc. Os conselhos operários são chamados a contribuir com uma formação social do direito como esta. *Eles devem ser órgãos da formação social do direito e, em verdade, para todos os assuntos que, direta ou indiretamente, tocam os assuntos dos trabalhadores ou funcionários.* Isso vale principalmente para produzir um direito social do

⁴⁰⁴ SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976. O texto foi publicado pela primeira vez na revista mensal *Die Tat*, de Jena, em 1919 (p.3-8). (N. T.)

trabalho por meio do estabelecimento normativo das condições salariais e de trabalho, que nenhuma lei estatal consegue regular com antecipação e em detalhes. Mas isso também vale para outros assuntos, como por exemplo, para a regulação das relações entre senhorio [*Vermieter*] e inquilino trabalhador. Uma criação do direito como essa está, evidentemente, vinculada à existência de organizações opostas, em cuja produção os conselhos operários têm um vivo interesse. Uma vez que estes acordos jurídicos – que precisam ter uma validade normativa para todos por meio das pessoas que representam os conselhos operários – estejam fechados, então, ao mesmo tempo, é preciso colocar a implementação desse direito social na mão dos conselhos operários. *Com isso, eles passam a ser simultaneamente órgãos da administração social do direito*, que asseguram o cumprimento do direito social por meio da influência sobre seus membros.

2. Uma tarefa importante da futura reestruturação do direito do trabalho como um todo vai ser a justificação de uma *administração especial do trabalho*, separada da administração central geral, que deve se dedicar exclusivamente a cuidar e promover os interesses do trabalho dependente. O modelo da câmara operária do governo pré-revolucionário contém os sinais para uma administração especial do trabalho como essa. Seguramente suas ideias fundamentais vão precisar ser retomadas e colocadas numa nova base. *Os conselhos operários podem ser órgãos de apoio independentes de uma administração do trabalho como essa*. Com isso, a velha ideia das *câmaras operárias* vai ser incorporada ao lado das câmaras operárias. Uma das principais tarefas dos conselhos operários nesta função precisaria ser a de controlar a verdadeira implementação de todas as determinações sócio-políticas nas empresas, centralizar as representações dos trabalhadores e dos funcionários nas empresas para protegê-las e dar a elas um impulso unitário, bem como assegurar a participação de seus representantes em todos os cargos sociais. Uma posição central sintetizadora como essa para a efetividade viva da política social seria ainda mais importante já que é de se esperar que, no futuro, as competências das representações do trabalho vão se ampliar por meio da extensão também para questões empresariais. Assim, tumultos pragmáticos de cada uma das representações do trabalho seriam evitados da melhor maneira.

3. Na organização da reconstrução econômica, uma *administração industrial* comunitária vai ser especialmente importante. Distribuição de matéria-prima, regulação de vendas, alocação de encomendas públicas, métodos empresariais para o emprego racional das forças de trabalho, fechamento de empresas supérfluas passam a ser cada vez mais

assuntos comuns da indústria e não só preocupações de cada empresa. Essa administração da indústria não pode ser a obra exclusiva de uma administração burocrática do Estado, mas ela também não pode ser a obra exclusiva dos proprietários de empresa associados, uma vez que interesses importantes dos trabalhadores e dos funcionários estão, imediatamente ou de maneira mediada, entrelaçados a ela. Por isso é preciso assegurar nela a reivindicação dos interesses dos trabalhadores e dos funcionários. O caminho para isso forma a participação dos representantes dos conselhos operários, *que, assim, podem ser incorporados como órgãos independentes também da administração da indústria.*

4. Uma das principais tarefas da futura administração e do futuro legislativo precisa ser que, neles, os interesses vivos da sociedade devem poder se tornar válidos de maneira mais imediata possível. Apenas assim estaremos protegidos da burocratização e das formalidades jurídicas. A reivindicação dos interesses do trabalho dependente na administração pode ser assegurada pelo fato de que as autoridades da administração, quando não for o caso de pressa por urgência, devem ser obrigadas a ouvir os conselhos operários em audiência. *Dessa maneira, os conselhos operários se tornam conselhos consultivos da administração política.* Além disso, uma influência direta no parlamento político por meio dos conselhos operários também pode acontecer sem qualquer perturbação do caráter de unidade política da legislação estatal. Todos os conselhos operários, que nós pensamos que serão divididos territorialmente de acordo com o distrito, com separação por departamentos técnicos individuais, vão se unir em associações de província, de *Land* e de *Reich*. *As conferências dos conselhos operários nos âmbitos do Land e do Reich, provenientes de votações em conformidade com a norma, precisam ter o direito de decidir sobre projetos de lei e propô-los aos parlamentos políticos do Land ou do Reich, com o efeito de que os parlamentos estão obrigados a tratar dessas sugestões legislativas da mesma maneira que os projetos de lei trazidos de acordo com a Constituição.* Os parlamentos políticos são livres para aceitar ou rejeitar essas sugestões. Mas o caminho jurídico para isso estaria criado para que a vida social pudesse inundar imediatamente a discussão política dos órgãos legislativos. Assim, a soberania dos poderes políticos de governo é preservada e, ao mesmo tempo, reavivada internamente por meio da evasão [*Ausströmung*] de um parlamentarismo social saudável.

O programa estabelecido para o arranjo dos conselhos operários não é nada além do que uma utilização e um desenvolvimento de formas e esforços já existentes, que, de maneira exemplar, os *sindicatos alemães* criaram e seguem. Os contratos coletivos e os grupos de

trabalho são os núcleos em torno dos quais as funções previstas para os conselhos operários se agrupam. O que é novo é essencialmente apenas a exigência de que deve caber às conferências dos conselhos operários de cada *Land* e do *Reich* o direito de iniciativa perante o parlamento político. Mas também isso é só a formação de um curso de desenvolvimento já de fato existente. Basta pensar, por exemplo, nas propostas de lei para o último modelo de câmara operária que foram preparadas pelas diferentes organizações independentes. É de conhecimento geral que elas desempenharam um papel decisivo no aconselhamento político no parlamento. Disso decorre obrigatoriamente que a posição dos conselhos operários enquanto órgão, tal como temos em mente, não pode ser criada, sob qualquer circunstância, contra os sindicatos, nem tampouco em volta dos sindicatos, mas apenas *com* eles e tendo eles *em vista*. Os conselhos operários só podem ser, no futuro, uma continuação e uma ampliação, promovidas por meio do direito, das demandas sindicais – ou então eles não serão! Se este for o caso, então os sindicatos precisam, necessariamente, passar pela experiência de uma extensão de sua abrangência de ação, para poderem ser os portadores da nova orientação. Os conselhos operários devem ser órgãos de *todos* os trabalhadores e funcionários. Mas os sindicatos são apenas órgãos de uma minoria de trabalhadores e funcionários. Por isso, os sindicatos só podem ser portadores dos conselhos operários quando eles contiverem em si mesmos todos os trabalhadores e funcionários. A organização geral do operariado é o pressuposto para uma atuação unitária dos conselhos operários. Se, ao lado dos sindicatos, a massa dos trabalhadores desorganizados puder levar uma vida impulsiva, então as funções unitárias não vão poder ser executadas de maneira efetiva. *A partir dessa carência cresce a necessidade de introduzir o dever de organização para cada trabalhador e empregado*, com a indicação de deve permanecer livre a cada trabalhador e empregado qual orientação das organizações de tipo independente ele vai querer aderir. Os sindicatos não se ocuparam de maneira suficiente com essa questão do dever de organização; *Bebel* já se referiu a ela em um discurso sócio-político no *Reichstag*. O fato de que até agora ela tenha encontrado tão pouco interesse nos círculos sindicais se deve ao fato que, desde então, os sindicatos assumem o caráter de organizações de luta. Se a finalidade da luta fosse anterior, então ela exigiria um espírito unificado de luta. Mas esse espírito pressupõe uma comunidade de convicções e a comunidade de convicções pressupõe que isso seja feito de maneira voluntária. No fluxo do desenvolvimento social e de suas tarefas, o caráter dos sindicatos mudou de maneira essencial. *Eles são hoje órgãos necessários da vida social*. Eles ganharam um caráter de fato de direito público na medida em que cumprem tarefas públicas da autoadministração social. A luta, que eles conduzem, acontece cada vez mais na forma de

uma ‘juridificação’ da luta nas vias ordenadas de um curso específico do direito; basta pensar nos acordos coletivos e nos órgãos de arbitragem. Vários objetos de luta, como, por exemplo, a questão do reconhecimento dos sindicatos, deixam de ser pontos de disputa. A comunidade não consegue mais lutar contra o sindicato, uma vez que ela precisa e usa dele. O Estado pode exercer uma admissão compulsória em face dessas organizações da mesma maneira que faz diante de outras cooperativas públicas. A organização geral do trabalho dependente, que vai ser alcançada desta maneira, é tão importante para a socialização que está por vir quanto o exercício do poder [*Gewalt*] político para as finalidades da estatização de empresas industriais. Porque uma das principais resistências contra a socialização penetrante é formada pelo trabalhador desorganizado que não se encaixa em nenhum plano de conjunto. Um exercício regulado da democracia social não é possível sem essa organização de conjunto. Por isso, conselhos operários, sindicatos e dever de organização caminham juntos.

Se essa organização for reconhecida, então é produzida a relação entre operariado e sindicato: *os conselhos operários são representações de conjunto – reconhecidas pela lei e com previsão de exercerem funções jurídicas – de todas as organizações independentes de trabalhadores e funcionários que alcançam uma efetividade elevada neles e por meio deles.* As comunidades de trabalho das organizações entre si não seriam mais unidas espontaneamente e caso a caso por meio de longas negociações. Elas existiriam por força da lei e a ampliação de poder que seria criada por meio delas – a ampliação de poder do fator social do trabalho dependente – seria taticamente acrescentada na Constituição social do povo. A vantagem que existe nisso é tão extraordinária que as dificuldades e tensões que existem na organização compulsória de trabalhadores não organizados devem ser superadas e vencidas. A história dos sindicatos mostra que eles são capazes de superar essas dificuldades.

Se resolvemos o problema da democracia social por meio da criação sem preconceitos dos conselhos operários como representação de conjunto do trabalho organizado e dependente, então o novo direito – o direito criado por meio da democracia criada pela revolução – vai ser criado não apenas no espírito do ano de 1848, mas também no nosso espírito; e a ordem a que nós almejamos não vai ser apenas político-mecânica, mas também vai poder ser uma ordem social fortalecida em si mesma.

Eu sintetizo as ideias apresentadas no seguinte *esboço de lei*:

§1. Cada trabalhador e funcionário é obrigado a pertencer a um sindicato. Ele pode escolher livremente aquele sindicato a que ele queira pertencer.

§2. Os sindicatos de um distrito têm sua representação de conjunto no conselho operário. Os representantes das organizações no conselho operário serão eleitos de acordo com os princípios do voto proporcional. O conselho operário é uma entidade com personalidade jurídica.

§3. O conselho operário tem a tarefa de:

I. chegar a acordos com outros órgãos sociais profissionais a respeito de todos os assuntos que tocarem os interesses dos trabalhadores e funcionários e de implementar esses acordos.

II. implementar e monitorar as determinações acordadas para a proteção dos trabalhadores e funcionários, cuidar das representações dos trabalhadores e funcionários existentes nas empresas e participar nas orientações sociais do distrito.

III. participar de todas as decisões tomadas pelos órgãos sociais profissionais sobre a administração de assuntos industriais.

IV. defender os interesses dos trabalhadores e funcionários perante todas as autoridades e criar orientações que sirvam à promoção desses interesses.

§4. Os acordos celebrados pelo conselho operário de acordo com o §3, I contêm direito objetivo para todos os membros que estiverem representados nessas organizações profissionais. Para sua implementação, o conselho operário tem o procedimento administrativo compulsório à sua disposição. Controvérsias a respeito da aplicação deste procedimento serão decididas pelo Tribunal Superior Regional [*Oberlandesgericht*] do distrito. Em sua decisão, trabalhadores ou funcionários precisam participar na mesma medida que empregadores.

§5. Todas as autoridades sociais estão obrigadas a permitir que ao menos um representante do conselho operário participe de suas consultas com voto decisivo.

Antes de adotar regulamentos que toquem em interesses dos trabalhadores ou funcionários, a administração geral é obrigada a negociar oralmente com representantes do conselho operário na condição de conselho consultivo.

Na medida em que o conselho operário tem o direito ao controle, cada proprietário de empresa tem que dar livre acesso aos espaços da empresa aos representantes do conselho operário, bem como autorizar as relações com trabalhadores e funcionários para fornecimento de informações e para dar todas as informações relacionadas à implementação das determinações sócio-políticas.

§6. Os conselhos operários podem se reunir em associações de província, *Land* e *Reich*. As conferências das associações de *Land* e *Reich* têm o direito de submeter propostas de lei aos parlamentos dos *Länder* ou ao parlamento do *Reich*.

Os parlamentos são obrigados a aprovar essas leis segundo os mesmos princípios pelos quais um projeto precisa ser aprovado na ordem constitucional e metódica.

A votação para as conferências dos *Länder* e do *Reich* são conduzidas pelo Ministério do Trabalho do *Reich*.

2. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo (1928), de Otto Kirchheimer

Tradução de Bianca Tavorari⁴⁰⁵

Independentemente de o liberalismo ter querido se certificar de que os âmbitos culturais permanecessem fora do Estado, ele se satisfazia com o fato de, ao invés de aniquilar o Estado, conquistar, no Estado, uma posição de poder equivalente a sua posição econômica. Nessa luta, que sempre permaneceu repleta de respeito e de admiração secreta pelos poderes representantes desse Estado, a constituição [*Konstitution*] era sua arma. O fraco conteúdo político próprio do liberalismo fez com que ele sucumbisse duas vezes à vontade de poder de um Napoleão na França, enquanto que, na Alemanha da época de Bismarck e pré-Bismarck, ele renunciou repetidamente à sua independência perante o poder estatal. A constituição e a ideia de Estado de direito em geral – em cujo verdadeiro significado o liberalismo depositava excessiva confiança – deveriam ajudá-lo a fixar as camadas dominantes da nobreza em um âmbito de atividade precisamente regulado. Como, além disso, eles tinham apenas sua posição econômica como arma, esse processo foi razoavelmente longo. Esse atraso trouxe consigo o fato de que a última parte da luta foi conduzida já sob a irrupção da classe trabalhadora, que nesse meio tempo havia se tornado um fator político.⁴⁰⁶ Assim, a classe trabalhadora passou a ter uma relação mais estreita com o liberalismo por meio do posicionamento comum em um *front* contra o semiabsolutismo feudal. No abismo para o qual necessariamente eles precisariam trazer seus interesses econômicos opostos, a luta por liberdade política e de visão de mundo – à qual o liberalismo deu prosseguimento como uma herança tradicional tanto naqueles lugares onde ele havia praticamente abdicado de sua liberdade de ação política quanto na Alemanha – foi um aglutinador bem-vindo que continuou a fazer efeito até os dias de hoje na social-democracia

⁴⁰⁵ KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. *Zeitschrift für Politik*, v.17, 1928, p.593-611, republicado na coletânea organizada por Wolfgang Luthardt: KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. In: LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p.32-52. Esta tradução foi publicada nos *Cadernos de Filosofia Alemã*: KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo. Tradução de Bianca Tavorari. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018. (N. T.)

⁴⁰⁶ A descrição mais concisa desse processo pode ser encontrada em Friedrich Engels, na Introdução a Karl Marx, *Klassenkämpfe in Frankreich*, p.5; mas o adversário também julga da mesma forma: Lorenz von Stein, *Der Sozialismus und Kommunismus im heutigen Frankreich*.

da Europa ocidental. A luta por liberdade política, que os partidos estatais liberais conduziam para efetivar sua demanda por poder no âmbito político, era relativamente não perigosa na medida em que a manutenção da unidade política do Estado garantia uma mesma base nacional comum. Mas essa base comum deixa de existir assim que a irrupção enérgica da classe trabalhadora, com a conquista da assim chamada democracia – ou seja, com o tratamento político igualitário e pleno, sem estar vinculado a qualquer qualificação que ensejasse censura –, deu um fim provisório a essa luta que ultrapassava os objetivos políticos do liberalismo. Ao mesmo tempo, com isso desaparecia o pressuposto valorativo que é ainda mais essencial para uma democracia – independentemente de que ela possa servir de forma para uma ideia deste tipo.⁴⁰⁷ Isso porque no momento em que uma grande parte do povo que não foi excluída do tratamento político igualitário deixa de reconhecer o valor comum como se fosse seu, no momento em que entra em colisão com ele, para o povo a democracia perde seu significado original, o significado da participação de cada indivíduo numa síntese existente de todos, em que há o reconhecimento de um valor comum.

Mas a história do século XIX – o palco da luta e da vitória final da democracia – esqueceu, sob a impressão dessa luta feroz, de perguntar depois qual seria o conteúdo possível e sempre mutável do novo governo do povo;⁴⁰⁸ uma demora que parece suficientemente compreensível em razão da igualdade absoluta que se passou logo a pressupor entre povo e democracia, por um lado, e liberalismo e burguesia, do outro. Porque com isso a oposição foi transportada do puramente político para o social e, desde então, determinadas representações sociais de homogeneidade se escondem por detrás do termo “democracia”. Nesse sentido, a democracia também é reconhecida por autores socialistas; um reconhecimento que é certamente enfraquecido pela universalidade do valor em nome do qual o socialismo quer ser democrático; isso porque, por meio das demandas de igualdade social que o socialismo coloca para a democracia, essa já passa a ser entendida como uma passagem à condição de não-ser-mais-Estado, à condição de sociedade sem classes. No entanto, nenhuma unidade de valor determinada a priori faz parte das características constitutivas da democracia de valores [*Wertdemokratie*], mas unicamente uma unidade de valor que aponta para além do tratamento igualitário puramente político. Nesse sentido, a “democracia”, que foi conquistada na Alemanha depois do fim da guerra e, em outros países,

⁴⁰⁷ Sobre as questões estruturais da democracia, cf. W. Becker em *Schildgenossen*, setembro de 1925.

⁴⁰⁸ Já Proudhon fazia uma reclamação altamente comovente sobre a mutabilidade das ideias dominantes no âmbito da democracia em: *De la Justice dans la Révolution et dans l'Église*, tomo 1, p.10.

em parte ainda mais cedo, adentra numa oposição aguda.⁴⁰⁹ Sem levar qualquer pressuposto valorativo em consideração, ela designa apenas um estado de tratamento político igualitário universal. O traço característico de uma democracia formal⁴¹⁰ é não possuir valores que poderiam ser contrapostos a contra-valores determinados, a não ser que se entreveja, nessa liberdade em relação aos valores, um valor em si mesmo.⁴¹¹ Ela é a forma em que as classes e seus valores se cruzam e se encontram. Dito mais precisamente, ela é a forma em que, num determinado momento da luta de classes, as forças opostas se agrupam. A questão é a seguinte: como o governo é de todo possível sob essas circunstâncias e quem decide sobre quem deve tê-lo em suas mãos? Numa democracia qualificada por uma representação valorativa comum, a maioria de votos significa a decisão sobre o melhor modo de realização das representações valorativas comuns.⁴¹² Se não existe um valor comum, então não é completamente evidente por que a maioria deve decidir, já que essa decisão da maioria equivaleria à submissão sem luta da minoria ao adversário político. Isso pode ser melhor percebido a partir do fato de que este estado de longo prazo de uma submissão sem luta é designado por “ditadura” numa literatura socialista e, aqui, “ditadura” é pensada menos como um conceito caracterizador da exceção⁴¹³ e mais como não-evidência de um tal ato de submissão. Os pressupostos para a existência da democracia formal são, portanto, os seguintes: um equilíbrio aproximado entre as classes que lutam entre si e o acordo tácito que daí resulta, enquanto essa situação de equilíbrio perdurar, para deixar decidir por meio do voto e seu eventual resultado de maioria sobre quem deve assumir o governo.⁴¹⁴ Esse

⁴⁰⁹ Essa oposição entre, como vamos chamar aqui, a democracia formal e a democracia de valores também perpassa todo o livro de Max Adler, *Politische oder soziale Demokratie*; a caracterização de democracia política e social é um estreitamento da oposição entre democracia formal e democracia de valores, mas a expressão “democracia política” é infeliz, já que toda a democracia, forma fenomênica da vida estatal, é política. Aqui se mostra a necessária contradição da formação puramente socialista de conceitos: não se consegue prescindir das próprias categorias políticas mesmo quando se quer pensá-los em termos de categorias apolíticas.

⁴¹⁰ Karl Renner tem em vista apenas a democracia formal em suas considerações no caderno de dezembro de 1926 da *Gesellschaft*. [Como não há qualquer texto de Renner no caderno de dezembro de 1926 da revista *Die Gesellschaft*, Kirchheimer provavelmente se refere ao artigo *Der Streit um die Demokratie*, de Renner, publicado na mesma revista, no primeiro caderno de 1927. (N. T.)]

⁴¹¹ No mesmo sentido, Kelsen em *Sozialismus und Staat*.

⁴¹² Cf. a passagem clássica de Rousseau, *Contrat social*, livro IV, cap. 2, *Des Suffrages*. “Quand donc l’avis contraire au mien l’emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que je m’étois trompé et que j’estimois être la volonté générale, ne l’étoit pas”. Completamente conforme a esta ideia: Max Adler, *Politische oder soziale Demokratie*, p.85.

⁴¹³ Sobre isso, Carl Schmitt, *Die Diktatur e Politische Theologie*.

⁴¹⁴ O problema do estado de equilíbrio apareceu como problema de contrabalanceamento na época da monarquia. É interessante a constatação de Aulard (*Politische Geschichte der französischen Revolution*, II,

governo assim estabelecido não é livre em suas decisões, uma vez que aquele que eventualmente for vencido nesse procedimento de adição amplia o sistema de proteções constitucionais herdado do liberalismo em seus menores detalhes. Aqui, naturalmente, desempenha um certo papel a questão de qual classe ou qual grupo, com sua visão de mundo, conseguiu inscrever partes de seu programa na lei processual desse sistema constitucional de proteção – a constituição – e que, assim, consegue escapar das eventuais oscilações do estado de equilíbrio, por meio da exigência da maioria de dois terços, e de qualquer ataque pela duração de tempo do sistema. Uma observação da Constituição de Weimar a partir deste ponto de vista ofereceria exemplos instrutivos. Assim, a ideia de Estado de direito passou gradativamente por uma profunda troca de função [*Funktionswechsel*] ao sair do círculo de pensamento e das mãos dos partidos constitucionais em direção ao amplo plano de luta entre povo e classes proprietárias. Originariamente o tímido meio de luta das camadas de “posses e formação”, para quem se tratava especialmente de consolidar a exclusividade de seu domínio financeiro⁴¹⁵ e de não expor a segurança de suas ações privadas aos perigos de um sistema judicial incerto, a ideia de Estado de direito se tornou a linha divisória de dois grupos em luta, em que ambos estão muito distantes para perceber nela a lei definitiva da distribuição interna de poder. Esse acordo tácito, que é o fundamento da existência da democracia formal, só era suportável para os grupos em luta se os limites de poder do governo fossem demarcados o mais estreitamente possível, se lhe fosse concedido o mínimo possível de poder de decisão de fato, mas que, para isso, uma série de funções administrativas determinadas de maneira precisa pela lei lhe fosse transferida; funções administrativas que, em grande número, seriam inteiramente recriadas depois que a tentativa do liberalismo de retirar completamente a regulação das relações econômicas do Estado não se comprovou nem viável e nem tampouco desejável.⁴¹⁶ Mas sobre cada função administrativa se elevam as instâncias que deveriam arrancar a decisão da atual distribuição das forças sociais para

p.44) de que a burguesia almejava, por meio da pessoa do rei, um relativo contrabalanceamento entre povo e burguesia, sem com isso querer abdicar de seu poder de fato. Mas o povo não compreendeu sua posição favorável e ajudou a burguesia contra o rei (p.46). O liberal Rotteck compreendeu bem o principal significado desse processo como um ensaio para a história política do século seguinte, na medida em que ele faz a severa acusação de que a monarquia teria forçado a burguesia a, na Revolução Francesa, apelar ao povo (Geschichte vom Anfang der historischen Kenntnis bis auf unsere Zeit, vol. IX, p.83).

⁴¹⁵ No Estado formal-democrático, o direito orçamentário perdeu completamente seu antigo significado, já que, com a possibilidade de troca de governos, o controle permanente exigiu um caráter altamente subsidiário.

⁴¹⁶ A ideia do Estado-administração [Verwaltungsstaat] encontra sua representação mais pronunciada em Cunow, Marxsche Staats- und Gesellschaftstheorie, e também no livro de Renner sobre a guerra, Krieg, Marxismus und Internationale.

transportá-la para a esfera do direito. Caminha-se para a juridificação [*Verrechtlichung*] em todos os âmbitos, procura-se desviar de toda decisão que seja de fato de poder, quer se trate do poder ditatorial do presidente do Reich ou da resolução de conflitos trabalhistas; tudo é neutralizado pelo fato de que é juridicamente formalizado. Apenas nesse momento começa a verdadeira época do Estado de direito. Isso porque esse Estado está embasado apenas em seu direito. Uma decisão tomada só se torna de todo tolerável se tiver um efeito o mais incolor e o menos autoritário possível, se por meio dela seja provocada a crença de que ela teria sido tomada por juízes independentes⁴¹⁷ e segundo a livre convicção. O paradoxo se tornou fato; o valor da decisão está no fato de que ela é uma decisão jurídica, de que ela é proferida por uma instância reconhecida universalmente, mas que, mesmo assim, ela contém o mínimo possível de decisão de mérito. O Estado vive do direito, mas ele não é mais direito, é um mecanismo jurídico, e todo aquele que acredita tomar a condução dos assuntos do Estado recebe em suas mãos, ao invés disso, uma maquinaria jurídica que demanda dele tal como a um maquinista lhe demandam as seis alavancas que têm de ser por ele operadas.⁴¹⁸ O elemento do Estado de direito em sua forma agora visível depois da superação do liberalismo puro, a transposição específica das coisas do plano dos fatos para o jurídico-mecanicista, é a característica essencial do Estado na era do equilíbrio das forças de classe. Se retirarmos, com cuidado, as coisas que não suportam juridificação em razão de seu caráter incondicionado [*Unbedingtheit*] – tal como a religião e o serviço militar –, então o que sobra é um puro mecanismo jurídico.

A questão acerca da Revolução Russa, do Estado soviético, é a questão sobre se lá se tratou da destruição de uma maquinaria jurídica como essa, sobre se o Estado russo que foi exterminado também teria sido, da mesma maneira, uma forma de dirimir [*Austragung*] as oposições de classe. Isso deve ser completamente negado. O Estado oficial russo tinha uma ligação das mais estreitas com a Igreja ortodoxa russa; seu líder, o czar, era ao mesmo tempo o chefe da Igreja; uma razão a mais para os intelectuais orientados para o ocidente, a burguesia liberal, não terem conseguido ganhar influência; seu significado histórico –

⁴¹⁷ Ver, sobre isso, as observações de E. Rosenstock, *Vom Industrierecht*, p.167.

⁴¹⁸ O Estado-administração de Cunow e Renner reforça o conceito de “service” no pensamento francês e anglo-americano sobre o direito do Estado. Isso se mostra em Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, vol. 2, p.52 e seguintes) pela inclinação de ver tudo que é direito público sob o ponto de vista de uma assistência para o processo social. O pensamento jurídico americano entende que é melhor abstrair de conceitos políticos de agrupamento, e aqui o conceito de “service” se torna um conceito de atribuição social de tipo completamente liberal – “serviço público para sua majestade, o cliente”, como diz Hirsch (*Amerikanisches Wirtschaftswunder*, p.277)

significado que as camadas correspondentes da Europa ocidental não perderam até hoje – é absorvido no movimento revolucionário geral e corresponde ao curto interlúdio entre o império czarista e a república de conselhos.

A formulação concisa daquilo que o Estado russo pré-revolucionário representava pode ser encontrada na obra Rússia e Europa, de 1867, de Danilewski – a bíblia do paneslavismo. Aqui, a missão político-cultural da Europa é contraposta à missão divina da Rússia e, como consequência, toda revolução é declarada incompatível com o caráter do povo russo. O Estado russo é um não-Estado, ele é só a forma terrena de expressão de uma missão desejada por Deus, um império repleto de valores, e, quanto mais perto chegamos da periferia do século XX, mais inconciliável se torna a oposição entre a verdadeira missão da Rússia e aqueles que a negam, até que ela se intensifica, no pensamento de Berdiaev (1927), um moderno pensador contrarrevolucionário russo, chegando à maravilhosa concepção de império de Deus como o verdadeiro e sagrado império russo e o império do anti-Deus como o demônio ateu bolchevista. O que é particularmente interessante em Berdiaev não é apenas essa abertura de caminho para a oposição radical entre bem e mal, essa valoração completamente moral que ele concede a todos os processos estatais do império russo, mas muito mais a ascensão do conhecimento de que o bolchevismo rompeu completamente com qualquer meia medida e com qualquer neutralidade, que ele rompeu com o império do meio [*Reich der Mitte*], tanto que agora valeria tomar a última e verdadeira decisão. Assim, o característico do império russo era sua estrutura de oposição concisa combinada com seus conceitos morais-teológicos de bem e mal, que dominavam todo seu mundo de representações políticas. O problema de maior importância econômica era, como é sabido, a distribuição de terras. Já Karl Marx havia sido levado a falar, em uma carta a Vera Zasulich⁴¹⁹, sobre essa estrutura completamente diferente das relações russas: de que a necessidade do processo de desenvolvimento capitalista se restringia à Europa e, na edição russa do Manifesto comunista, ele notou, no prefácio, que a derrota do absolutismo russo poderia ser o sinal de uma revolução de toda a Europa. Sob a liderança de Plekhanov, a social-democracia russa certamente caminhou como os partidos operários da Europa ocidental até a divisão ocorrida no ano de 1903, no Congresso de Londres. Ela também fez uma transição gradual, um desenvolvimento “orgânico” do absolutismo, passando pela democracia parlamentarista, até chegar ao ponto em que, pela primeira vez, o partido

⁴¹⁹ Essa troca de cartas foi publicada pela primeira vez em 1924, pelo Instituto Marx-Engels de Moscou (volume I, 3º tomo, p.263-286). Devo essa informação, bem como muitas outras, ao excelente escrito de Stählin (1926).

trabalhista teria a maioria parlamentar no Estado democrático. Esse comportamento levou, necessariamente, a ver um progresso constante no processo que foi do absolutismo até a democracia socialista completa e, especialmente, a ver o conjunto de acidentes [Akzidentalía] necessários em uma democracia formal com estrutura de equilíbrio (como as liberdades de imprensa, de reunião e instituições similares) como uma conquista duradoura, à qual havia sido atribuído um caráter de fetiche – para falar com Marx. Uma teoria do duplo progresso se formou entre os epígonos de Marx, que, depois dele, tiveram influência decisiva sobre a atitude dos partidos operários.⁴²⁰ Ao progresso do desenvolvimento da economia capitalista corresponde o progresso no desenvolvimento da humanidade, o progresso em sua educação para humanidade, que encontra expressão em seus respectivos métodos de luta. A paz pela qual morreu Jean Jaurès em 1914, comumente chamada de paz da Segunda Internacional, pertence a esta lista tanto quanto a crença numa maioria pacífica na democracia formal; essa democracia, que, segundo Kautsky, apresenta a luta das massas organizadas e esclarecidas como repleta de constância e prudência. Essa teoria do duplo progresso tem origem nos epígonos de Marx, não no próprio Marx. Para o próprio Marx, o mundo político não era nada mais do que um reflexo do desenvolvimento econômico. Não é a maturidade do proletariado que leva ao dia da revolução social, mas é o processo de desenvolvimento do capitalismo o meio pelo qual o proletariado vai ser organizado e disciplinado. Segundo Georges Sorel (1921, p.199), a ideia de uma “*continuité technologique*” domina o pensamento de Marx.

Lênin, o reconhecido teórico do partido bolchevista, manteve-se afastado da teoria do duplo progresso por toda sua vida; mas a particularidade das relações russas o levou a rapidamente reconhecer que a dependência incondicional em relação à evolução econômica capitalista, à qual Marx vinculava o processo de maturação política do proletariado, não era de todo adequada para conduzir sua causa [*Sache*] à vitória. É certo que ele se prendeu à ideia da necessidade imutável do desenvolvimento econômico capitalista, bem como à ideia de que o progresso da humanidade se realizaria depois da vitória do socialismo; e, depois da conquista do poder, procurou efetivar esta última ideia num sentido completamente racionalista, materialista e orientado para o século XX; mas o conteúdo específico de sua ação e de sua teoria pertencem a uma outra área. Para efetivar o domínio do proletariado,

⁴²⁰ Schmitt observa a mesma relação quando fala da identidade imaginada entre ideias progressistas democráticas e a organização social-democrata. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2. ed., p.32. Alguns exemplos, entre tantos outros: Renner, no ensaio já citado; Kautsky (1919); e altamente instrutivo: Kautsky (1921).

Lênin substituiu a teoria do duplo progresso, a teoria da crescente humanização dos meios políticos de luta, por uma teoria da luta abrangente e sem reservas; no lugar do progresso que incluía a humanidade de todas as classes, ele incluiu a própria moral nessa luta, colocou-a a serviço de sua própria causa ao invés de ser seu servo. Para ele, essa luta é que cria o verdadeiro agrupamento [*Gruppierung*] da humanidade. “De acordo com nossa opinião”, diz ele, “a eticidade é completamente subordinada à questão da luta de classes, ético é tudo que é vantajoso para o extermínio da antiga sociedade exploradora e para o ganho de poder do proletariado. Assim, nossa eticidade consiste apenas na disciplina fechada e na luta consciente contra a classe exploradora. Não acreditamos nas diretrizes eternas da moral e nós vamos desmascarar esta fraude; a moral comunista significa o mesmo que a luta pela consolidação da ditadura proletária”. No que diz respeito a sua intensificação, essas frases são a contraparte da tese de Berdiaev sobre Cristo e Anticristo, só que certamente toda representação religiosa foi adaptada ao âmbito político: no lugar do infiel, do Anticristo, entrou o inimigo político. De acordo com seu conteúdo, elas pertencem ao círculo de pensamento de Sorel,⁴²¹ com quem Lênin compartilha mais do que o ódio comum contra a superstição de progresso dos socialistas do parlamento. Eles têm em comum o fato de reconhecerem, na crença na conquista pacífica de uma maioria na democracia parlamentar, uma representação utópica. Mas utopias são projeções do pensamento humano; projeções racionais, não completamente imiscuídas na realidade, e que tendem para o futuro. Pareto já havia diferenciado entre utopias efetivas e inefetivas quando chamou o liberalismo de uma utopia inefetiva e o socialismo, de efetiva (Pareto, 1902, p.65). Isso retrata as circunstâncias verdadeiras sob uma designação falsa. O liberalismo político e da economia política, a teoria da livre concorrência e os direitos humanos, o *homo oeconomicus* e o cidadão abstrato pertencem, na verdade, a uma mesma lista de representações utópicas. Isso porque eles são uma construção racional do pensamento que mistura o que é condicionado pelo tempo com o que é desejado, que projeta imagens de futuro; o que lhes falta é o efeito imediato no presente. Mas essa é a verdadeira linha divisória entre utopia e mito; enquanto a utopia que projeta o futuro distante permanece, em sua totalidade, impotente em relação ao presente, o mito tem efeito no presente e o forma automaticamente segundo sua imagem.⁴²² O mito vive

⁴²¹ Ver especialmente o cap. 4 do livro mencionado.

⁴²² A representação de um efeito imediato nas pessoas é típica do mito. Assim se lê em Sorel: “Il faut juger des mythes comme des moyens d’agir sur le présent” (p.180). Sem dúvida, a ideia de “agir sur le présent” só é encontrada, desenvolvida em sua pureza, entre os povos primitivos; ela corporifica uma atitude consciente da consciência pré-lógica. Ver Lévy-Bruhl, *Mentalité primitive*, em especial a p.94 sobre o caráter emocional do mundo primitivo de representações.

no passado e no presente, o futuro só lhe é acessível na medida em que se corporifica, de acordo com a vivência, num pedaço de presente ou de passado.

Para Sorel, o mito do presente, o mito do proletariado, se corporifica na greve geral. Segundo a opinião de Sorel, Karl Marx se esqueceu da organização do proletariado em luta em favor da análise do desenvolvimento do capitalismo e, com isso, ficou num esquema racionalista que o levou para muito perto da utopia. Mas o sindicalismo precisaria tomar para si e realizar o que seria propriamente o conteúdo nuclear da teoria de Marx: a teoria da luta de classes. Com isso, é justamente o elemento marxista típico – a dependência funcional do movimento proletário do processo de desenvolvimento capitalista – que é colocado em questão, e, com isso, Sorel tornou a teoria da luta de classes independente, deu a ela um fundamento e um sentido próprios. Isso porque o que Sorel designa com “*la force*” serve, no fundo, exatamente ao que Marx entendia por processo de desenvolvimento capitalista: relações de força racionalmente calculáveis. Sorel contrapõe essas coisas racionais que pressupõem apenas paciência, compreensão e conhecimento, a um conceito político de agrupamento de tipo essencialmente distinto. “*La violence*”, isso significa o ímpeto [*Wucht*] – para isso, Lênin usou o termo “*élan russo*” –, com o qual um grupo decidido se aproxima da sua vitória. É a última batalha, a “*bataille napoléonienne*”, que, como conteúdo essencial do mito, reaparece também aqui. Mas com isso é a representação de uma luta por poder – uma representação na qual haviam se imposto a irreabilidade de uma consciência e de uma luta de classes proveniente da necessidade de conhecimento, bem como seu necessário correlato de arrependimentos provenientes da ética individualista e da utopia – que é superada e substituída por uma ética de luta que encontra sua legitimação na grandeza e na capacidade de participação do próprio mito, mas que, assim, desloca a greve geral de sua esfera econômica; não são mais trabalhadores assalariados que conduzem esta luta, mas os heróis de uma nova lenda que vão conduzir o início de uma nova época histórica. Os heróis do mito, os trabalhadores grevistas, são os puros, os melhores, os escolhidos para a última vitória e é por isso que é certa a vitória do proletariado agrupado em torno da bandeira da “*violence*”, da violência [*Gewalt*] criadora, sobre “*la force*”, a violência puramente técnica-econômica da burguesia; assim como a eterna vantagem de tudo que é irracional sobre o elemento racional, do mito sobre a utopia, é que um é devoto enquanto o outro calcula. O mito político tem a capacidade de evocar um agrupamento de valores políticos de tipo mais resolutivo. Partindo da necessidade e da magnitude da luta definitiva, ele não tem nenhuma preocupação maior do que encontrar um inimigo, que na verdade não é mais inimigo; e ele

espera conseguir que o desespero em encontrar uma saída impulsione a burguesia a se encorajar e a disputar a luta com a dignidade que dita seu significado. Seguindo assim uma antiga tradição, ele quer ver na imagem do burguês o inimigo por excelência.⁴²³ A teoria da “*action directe*” significa uma tentativa de restituir a política de sua imediatez, na medida em que ela, ao rejeitar toda instância intermediadora, ao rejeitar a esfera da humanidade neutra e do progresso, retira sua força e seus símbolos da esfera imediata da vida do presente. Para ela, a ligação estreita entre política e economia não é um perigo, já que o mito, como princípio da forma política, é suficientemente forte para superar todos os elementos de inércia. Para garantir a força da vontade de formação [*Formungswillens*] política, ele passa a defender a teoria das elites e reconhece, assim, um princípio de organização de cunhagem própria. Mas, com isso, a teoria de Sorel e a teoria do sindicalismo revolucionário entram em sintonia com a concepção oficial do leninismo, segundo a qual o partido comunista é o condutor do proletariado, sua única e verdadeira representação na grande luta contra o domínio mundial da burguesia, que, segundo a concepção de Lênin em Estado e revolução, representa o que há de falso, mau e imoral.⁴²⁴

É de importância fundamental determinar, para cada princípio político, como ele se posiciona em relação ao conceito de ditadura, em que medida ele leva o princípio da exceção em conta e lhe garante admissão. Se vejo corretamente, então três conceitos de ditadura se confrontam na literatura socialista. O conceito marxista de ditadura – formado numa época em que, pela primeira vez, questões de poder econômico afetavam, por si mesmas e de maneira inequívoca e desmascarada, representações políticas – conservou pouco conteúdo político próprio. Sem valoração política, ele caracteriza o momento em que o processo do desenvolvimento da economia capitalista chegou ao ponto em que a conquista do poder pelos trabalhadores tem finalidade e sentido. Seus sucessores, os representantes da teoria do duplo progresso, tentaram dissolver a representação de ditadura em duas linhas que correm em paralelo, uma do progresso técnico-econômico e outra do progresso político-humanitário: de modo a encontrar na democracia parlamentarista, abrangendo ambas as linhas, o princípio

⁴²³ Enquanto Eduard Bernstein, o representante típico da teoria do duplo progresso, já exaltava a integridade moral da burguesia nos anos noventa, Sorel e Pareto procuram, para além das tentativas de relativização do parlamentarismo e sem ilusões, apontar para o verdadeiro front de luta. Em fidelidade intelectual a Sorel, Johannet empreendeu a tentativa de contrapor a imagem do proletariado a uma imagem de valor da burguesia em seu *Éloge du bourgeois français*. Com isso, todos eles seguem a tradição de Bakunin: “L’honnêt homme, homme moral, c’est celui qui soît acquérir, conserver et augmenter la propriété”, *Œuvres complètes*, III, 127 e seguintes. O que há de mais recente sobre a imagem do burguês: Werfel (1926).

⁴²⁴ A concepção oficial da orientação partidária hoje dominante é de Stalin, *Probleme des Leninismus*.

político formal definitivo da era capitalista. Então, para eles, a ditadura foi deslocada do mundo da realidade política para o da utopia, que, vinculado às “leis da economia” de Marx, continha a forma de uma “transição orgânica”. Essa mistura de desenvolvimento econômico e democracia, maioria e humanidade, fez com que ficasse fácil para os bolcheviques combater a crítica que foi levantada contra sua representação de ditadura, vinda das fileiras dos adeptos da teoria do duplo progresso. A partir de respostas como essas – “A revolução não discute com seus inimigos, ela os esmaga; a contrarrevolução faz o mesmo e ambos vão saber suportar a acusação de não terem observado o regimento do parlamento alemão”⁴²⁵ – percebe-se todo o absoluto desprezo dos bolcheviques por esses métodos liberais de luta de terceira categoria, percebe-se que o mito político da revolução mundial apresenta um meio de agrupamento político e um princípio formal [*Formprinzip*] mais eficaz do que a utopia de uma possível maioria na democracia parlamentarista. A ditadura bolchevista está em oposição aos outros dois conceitos socialistas de ditadura, dentre os quais um mal pertence ao âmbito da ditadura política e o outro designa, sob o conceito de ditadura, o progresso político no momento em que nenhum progresso é mais necessário – como uma utopia confortável. O conceito bolchevista de ditadura é mais genuíno porque ele serve para a caracterização de um estado de exceção. A ditadura bolchevista é uma ditadura soberana, o que se deve reter, mesmo que também tenha surgido o tipo de uma ditadura de comissários⁴²⁶, uma “ditadura de pessoas individuais para processos determinados de trabalho em funções puramente executivas”, como expressou Lênin (1918, p.39). A ditadura bolchevista não significa qualquer transição orgânica, seu caráter de exceção consiste no fato de que ela quer primeiro criar as pré-condições para realizar o Estado socialista de igualdade social. Daqui deriva uma série de medidas políticas que ela tomou e é característica de toda ditadura tomar medidas para a realização de suas representações de valor, medidas que estão, elas mesmas, em contradição com os valores a serem realizados. Para isso ela se serve da assim chamada democracia de sovietes [*Sowjetdemokratie*], que embora não constitua a “forma mais desenvolvida” da democracia, significa a tentativa intencional de conseguir entrada, na consciência das massas da população rural, de um círculo de representações pressupostas como indiscutivelmente corretas. Essa participação nas coisas estatais deveria servir à substituição, fracassada em seu conjunto, “*des gouvernement des hommes par*

⁴²⁵ Radek no prefácio a Bukharin (1918, p.23).

⁴²⁶ Sobre a distinção fundamental entre ditadura de comissários e ditadura soberana, ver Carl Schmitt, *Die Diktatur*.

l'administration des choses” e, sobretudo, serve-lhe todo o sistema de conselhos que corporifica a práxis da “democracia soviética” e significa a transposição do novo princípio formal, que já aparece no sindicalismo, para a realidade.⁴²⁷

No que diz respeito à eleição, seu significado não está, de forma alguma, em seu resultado. Não lhe é inerente nem mesmo o significado fraco usual entre nós, de que, a depender do resultado, a tripulação da maquinaria do Estado é trocada. O fato de que um valor dos próprios portadores de valor seja colocado em discussão não significa, de maneira alguma, que se deva votar sobre se ele está correto, o que é pressuposto como indiscutível. O valor das eleições russas não está em seu resultado, mas no próprio processo de votação. O critério das eleições russas é que elas são públicas. Então se pode dizer “sim”, não dizer absolutamente nada ou praticamente não dizer nada (= sem partido). Mas quem diz “sim” o diz diante de toda a esfera pública e claramente se sobressai em meio a todos que não dizem nada; isso porque aquele “sim” serve ao valor que rodeia o governo soviético: o valor da integração, a consciência de sentir-se-participante, de ter-vontade-de-estar-junto.⁴²⁸ Assim, as eleições russas, mesmo sem possuírem um valor substantivo de decisão, criaram para si um valor político específico na medida em que se tornaram um fator de integração estatal.

No que diz respeito ao direito soviético, seu significado para a vida estatal não pertence apenas à mesma linha que a eleição. Abstraindo-se da medida própria de tecnicidade de todo direito da modernidade, inclusive o soviético, encontramos, para além de tudo isso, o caráter específico de nosso direito na relação inversa entre a falta de um poder substantivo de decisão e o aumento quantitativo desse poder, no desaparecimento das atribuições de valor por parte do Estado, numa formalidade e numa precisão mais técnico-

⁴²⁷ O sistema de conselhos aparece aqui em nova forma. Originariamente a forma em que os grupos revolucionários atuavam, autônoma e politicamente, diretamente sobre a base da organização de classe e, ao mesmo tempo, sobre a base da organização profissional, ela ajudou a fundar o domínio dos bolcheviques (sobre a história de seu desenvolvimento intelectual: *Über die Rolle des Agitators in Cromwells Heer*; Bernstein, *Sozialismus und Demokratie in der englischen Revolution*; sobre o papel dos conselhos operários da primeira Revolução Russa: Trotsky, 1907, p.76). Num desenvolvimento consciente do curso das ideias sindicalistas, os conselhos que derivam diretamente das empresas na Rússia são avaliados como portadores de funções políticas (administração, eleição).

⁴²⁸ A questão do caráter público [*Öffentlichkeit*] das eleições não é decidida na própria constituição, mas foram as comissões de governo, a quem cabe essa decisão, que decidiram, sem exceção, em favor do caráter público. Sobre o procedimento de votação que prossegue na assembleia eleitoral oficial, ver mais em Timachev, p.83 (contra os soviéticos). R. Maltzew em *Komm. Internationale 1927*, caderno 19, é interessante do ponto de vista da práxis da última eleição. A diferença entre voto secreto e voto público significa, na verdade, o rompimento mais agudo e imaginável com as representações e tradições parlamentaristas-individualistas-liberais. Ele extermina qualquer ideia de que, na eleição, o destino do grupo governante poderia ser decidido de alguma maneira. A eleição pública significa confirmação, aprovação, mas, de maneira alguma, decisão.

jurídicas, em suma, no desaparecimento característico do Estado por trás de seu próprio mecanismo jurídico. A representação que Lênin (1918, p.30) fazia sobre a tarefa do direito é a seguinte: “Nota-se que a representação, herdada e influenciada pela burguesia, de que a justiça seria algo oficial e hostil ainda não foi definitivamente rompida. O fato de que precisamente a justiça é o órgão de ligação da população mais pobre com a administração do Estado não chegou suficientemente à consciência. Isso porque a justiça é o órgão de poder dos trabalhadores e dos pequenos agricultores, ela é um instrumento de educação e disciplinamento”. Rompe-se aqui com a concepção da justiça como aquela que se eleva acima dos litigantes, como terceiro independente, com aquela concepção do liberalismo que fez, nessa representação, sua necessidade se tornar virtude. Para tanto é restaurada a representação do caráter integral do direito que, desde o tempo do liberalismo, desaparece na Europa cada vez mais e que se extinguiu completamente no mecanismo jurídico da democracia formal. Onde houver Estado, seja ele democrático em seu conteúdo, seja em forma ditatorial, o direito é dito em nome de determinadas representações de valor. Por isso é inteiramente lógico que as garantias do judiciário russo não estejam em sua independência e inamovibilidade, mas em seu período limitado de eleição e no teste de sua confiança no serviço ao partido, feito anteriormente à eleição; que não estejam no seu vínculo à lei, mas que se baseiem em seu senso revolucionário de justiça. Aquele juiz de Moscou que recusou uma demanda – apesar da existência de todas as razões para aceitá-la – porque feriria os interesses de um trabalhador caracteriza, em pequena escala, o que o governo soviético quer alcançar quando autoriza, segundo sua constituição, que uma apelação contra decisões das instâncias superiores seja feita ao Comitê Executivo Principal, uma corporação política.⁴²⁹ Aquela função integral do direito, que, dos pontos de vista do Estado de direito, foi caracterizada de maneira um tanto depreciativa como “*valeur instrumentale*” (Guetzevitch, 1925, p.314), condiciona simultaneamente que seu caráter é tão dependente dos objetivos colocados pelo Estado, que se chegou até mesmo a cogitar deixar o novo Código Civil russo valer por apenas dois anos. Assim se expressa o fato de que o direito russo não é um direito eterno, mas um direito temporal na mais aguda extensão.⁴³⁰ O direito russo não precisa de uma “*clausula rebus sic stantibus*” especial porque ele é, ele próprio, o direito da “*clausula rebus sic stantibus*”.⁴³¹ Essa ideia domina completamente a concepção russa de direito

⁴²⁹ Cf. a Carta Constitucional russa de 6 de julho de 1923, Parte II, 7º capítulo.

⁴³⁰ Sobre isso ver também o comentário de Rosenstock (1926, p.122).

⁴³¹ Ver, sobre isso, os ensaios interessantes de Korovine e M. Guetzevitch na revista mencionada acima.

internacional; a irreconciliabilidade das oposições de classe deu vida ao Estado soviético, ela lhe serve e, por meio dela, os bolcheviques esperam dominar toda a Terra. É por isso que, para o Estado soviético, o direito internacional, no sentido tradicional da palavra, é a mais questionável entre todas as construções jurídicas. Como a Rússia soviética não reconhece uma comunidade de interesses de diferentes Estados que não seja mais do que de caráter técnico, ela não possui qualquer evidência para todo esforço de configurar a comunidade de direito internacional de maneira mais estreita e de apoiar a propaganda de paz. Para ela, o direito internacional não é um direito de paz, mas um direito de armistício. Como então a Rússia não vê qualquer possibilidade de entrar no conjunto das relações de direito internacional – cuja essência ela entrevê na estabilização de costumes e proposições jurídicas de um tempo que está morrendo –, ela precisa se servir, nesse período de transição (*époque transitoire*), de acordos especiais precisados com exatidão com as potências individuais. Como falta a mais silenciosa e mais fraca homogeneidade de interesses e pontos de vista que poderia formar a condição para a decisão em sentido jurídico, a Rússia precisa recusar não só o princípio da maioria nas relações de direito internacional, mas também toda a instância que reivindicar para si autoridade para decidir.⁴³² Desta maneira, a Rússia soviética precisaria se tornar necessariamente o inimigo por princípio – e não, como a Alemanha, o inimigo ocasional – da Liga das Nações de Genebra.⁴³³ Como também o preâmbulo previsto para o primeiro projeto de Wilson, segundo o qual a finalidade da Liga das Nações deveria ser um governo ordenado dos Estados, ficou de fora, então a Liga das Nações, como protetora e defensora dos princípios formal-democráticos de legitimidade, permaneceu desde o primeiro discurso de Viviani até os dias de hoje numa oposição igualmente aguda à Rússia soviética. Pode-se perceber claramente a avaliação que se faz na Rússia sobre a Liga das Nações a partir de um discurso de Rykov (1925, p.2446): “A Liga das Nações é um vendedor que lida com povos e os vende, na forma de mandatos, aos assim chamados Estados civilizados”. Esse princípio formal-democrático de legitimidade serviu às potências como pretexto para finalidades imperialistas de intervenção na Rússia. O recurso da Inglaterra ao art. II da Convenção da Liga das Nações para sua intervenção na guerra

⁴³² Sobre isso, Schmitt (1926a).

⁴³³ A partir disso se explica a constatação muito enganosa de Kunz em Z. f. Völkerrecht XIII, 4, p.584, de que o direito internacional russo seria caracterizado “por uma grave tendência reacionária”. A palavra “reacionário” pertence a outros círculos de representação e pressupõe uma unidade política dada. Ela não diz nada para a luta dos Estados e das classes e precisa ser substituída por conceitos políticos de agrupamento de tipo mais abrangente.

entre a Rússia e a Polônia passou, no entanto, do ponto de vista do governo soviético mantido até hoje, por uma forte recusa expressa, mediante uma nota diplomática extremamente interessante de Chicherin, de maio de 1921. Fala-se aqui de uma “assim chamada Liga das Nações, de cuja existência se soube por meio de notícias de jornal” e enfatiza-se veementemente a incompatibilidade do art. II da Convenção da Liga das Nações com a soberania do povo russo trabalhador (Chicherin, 1921, p.559). O recurso parece peculiar no que diz respeito à soberania. Numa época em que o desmonte das representações de soberania⁴³⁴ era levado adiante prática e teoricamente na Europa, o bolchevismo se encontra na estranha situação de, na práxis, proporcionar ao conceito de soberania uma nova marcha triunfal – conceito a que ele havia negado o reconhecimento no plano teórico. O argumento de um escritor russo⁴³⁵ de que a república soviética chegou ao uso do conceito de soberania menos pela beleza de uma tese jurídica do que pelos “*intérêts réels*” da república socialista pode ser altamente interessante para a avaliação das teses jurídicas na Rússia soviética, sem todavia penetrar no problema propriamente dito.

Na Europa, o desvanecimento das representações do Estado nacional não aparece com mais clareza em nenhum outro lugar do que no fato de que as anexações coloniais e de outros tipos feitas depois da Paz de Versalhes não encontraram, como tradicionalmente, seu apoio moral na unidade nacional do povo; pelo contrário, foi preciso se valer da construção da Liga das Nações como depositário fiel para dar fundamento ao resultado desejado. Do mesmo modo como a fraqueza prática do conceito de soberania do Estado nacional se aclara com a necessidade de construções auxiliares ao Tratado de Versalhes, a dificuldade teórica fica nítida na impossibilidade de, na era das estruturas formais-democráticas de equilíbrio, encontrar uma resposta satisfatória para a questão de quem detém a soberania, questão que significa a decisão substantiva no caso de conflito. A Rússia soviética designou um portador da soberania determinado e conhecido, de maneira praticamente inconcebível diante das

⁴³⁴ De maneira mais concisa em Laski (1919) e também Kurt Wolzendorff (1920). A questão da soberania está intimamente relacionada com a questão da força do princípio da forma política. Lá onde falta um princípio forte da forma, em que o Estado, como mecanismo jurídico, consiste apenas na forma das classes que se alternam no governo, sempre haverá pensadores que vão procurar tirar a última consequência por meio da eliminação do conceito de soberania. Então podemos, como Wolzendorff e Laski, proclamar, também juridicamente, a completa autonomia da economia, com a ajuda de um curso cooperativo de pensamentos. E, sem seguida, tal como aconteceu com Wolzendorff, falar apropriadamente em um “Estado puro”, que, na verdade, nada mais é do que uma construção jurídica liberal limitada à polícia e à função de defesa. Ou falar como Laski de uma “cooperative sovereignty”, cuja expressão última significa, no entanto, apenas um encobrimento. Em uma outra passagem, ele diz com mais clareza: “The real rulers of a society are undiscoverable, but with the real rulers must go sovereignty”.

⁴³⁵ E. Korovine no artigo já citado da *Revue...*, p.299.

tendências de encobrimento de nossos tempos. Apenas por isso, já lhe teria que ser concedido ao menos o reconhecimento de, na história da teoria do Estado, ter empreendido uma tentativa de restauração em grande estilo; mas a novidade por princípio do conceito bolchevista de soberania está em ter separado, conscientemente e pela primeira vez, Estado e soberania. O bolchevismo ajuda a dissolver a ligação – herdada historicamente e que se tornou insustentável – da soberania ao Estado na medida em que, proclama, encaixando na lacuna que surgiu, a soberania da classe no lugar da soberania estatal. Essa soberania não está vinculada a qualquer limite estatal, ela é, segundo sua tendência, universal. Com isso, a questão da intervenção também ganhou um outro aspecto. A intervenção dos Estados nacionais imperialistas encontrava seus limites no grau de saturação de suas economias. A política de intervenção da república soviética não conhece qualquer limite, ela é insaciável por princípio; isso porque o domínio da classe se estende potencialmente a cada integrante da população trabalhadora e cada membro da classe lhe dá ocasião para intervenções, seja porque ela se coloca numa posição de proteção diante dele, seja porque ela procura influenciar os destinos de outros países por meio dele. Mas com isso levanta-se a questão de se a Rússia soviética ainda é um Estado. A quem reivindica ou exerce um direito ilimitado de intervenção falta o que é específico do Estado: restringir a si mesmo em algum ponto qualquer do mundo. Mas com isso não se diz que a Rússia soviética apresenta algo menos do que um Estado; pelo contrário, ela recuperou o caráter integral do direito e das eleições, mas para colocá-los a serviço de agrupamentos mais abrangentes do que antes. Com sua ajuda e com a ajuda do mito político da revolução mundial, a Rússia alinhou as forças políticas de maneira nova, rasgou as lacunas no lugar das quais o Estado permaneceu por bastante tempo ao longo do século XIX. A forma do Estado ainda existe; mas do próprio Estado há algo a menos, ele se tornou um mecanismo jurídico em torno do qual o entusiasmo foi ainda suficientemente grande para uma teoria do duplo progresso. Esse Estado, que não é mais Estado, tampouco pode ter inimigos, já que ele não possui mais qualquer forma de expressão política. A hostilidade dos portadores do mito político da revolução mundial, que vê na Rússia apenas seu ponto de partida, orienta-se contra as potências que estão por trás dele. São os grupos de potências capitalistas com suas políticas imperialistas, de um lado, e os portadores da teoria do duplo progresso, os mantenedores do mecanismo jurídico, a socialdemocracia e a pequena burguesia, do outro lado, para quem a hostilidade absoluta e inconciliável do bolchevismo se dirige.

Referências

- Adler, M. (1926). *Politische oder soziale Demokratie: ein Beitrag zur sozialistischen Erziehung*. E. Laub.
- Aulard, A. (1924). *Politische Geschichte der französischen Revolution*, II. Duncker & Humblot.
- Bakunin, M. *Œuvres complets*, III. Edição e data não citadas.
- Becker, W. (1925). Demokratie und Massenstaat. *Die Schildgenossen*, n.5, p.459-478.
- Berdiaev, N. (1927). *Das neue Mittelalter, Betrachtungen über das Schicksal Rußlands und Europas*. Darmstadt: Otto Reichl Verlag.
- Berstein, E. *Sozialismus und Demokratie in der englischen Revolution*. Edição e data não citadas.
- Bukharin, N. (1918). *Das Programm der Kommunisten (Bolschewiki)*. Union Verlag.
- Chicherin, G. (1921). *Russische Korrespondenz*, ano I, volume 2. O título do artigo não é informado.
- Cunow, H. *Marxsche Staats- und Gesellschaftstheorie*. Edição e data não citadas.
- Duguit, L. *Traité de droit constitutionnel*, volume 2. Edição e data não citadas.
- Guetzevitch, M. (1925). *Revue nouv. de droit intern. publique*, tomo 7. O título do artigo não é informado.
- Hirsch, J. v. (1926). *Das Amerikanisches Wirtschaftswunder*. Bln., S. Fischer.
- Johannet, R. (1924). *Éloge du bourgeois français*. Paris: Les cahiers verts, Librairie Grasset.
- Kautsky, K. (1919). *Terrorismus und Kommunismus. Ein Beitrag zur Naturgeschichte der Revolution*. Berlin.
- _____. (1921). *Georgien, eine sozialdemokratische Räterepublik. Eindrücke und Beobachtungen*. Viena.
- Kelsen, H. *Sozialismus und Staat*. Edição e data não citadas.
- Korovine, E. *Revue nouv. de droit intern. publique*. O título do artigo e a data não são informados.
- Kunz. *Z. f. Völkerrecht*, XIII. O título do artigo e a data não são informados.
- Laski, H. (1919). *The problem of sovereignty. Authority in modern state*. Yale University Press.
- Lenin, V. (1918). *Die nächsten Aufgabe der Sowjetmacht*. Promachos Verlag.
- Lévy-Bruhl, L. (1922). *La mentalité primitive*. Paris: Les Presses universitaires de France.
- Maltzew, R. (1927). *Komm. Internationale*, caderno 19. O título do artigo não é informado.
- Marx, K. *Die Klassenkämpfe in Frankreich*. Edição e data não citadas.
- Pareto, W. (1902). *Les systèmes socialistes*. Paris: V. Giard & E. Brière.

Proudhon, P-J. *De la Justice dans la Révolution et dans l'Église*, tomo 1. Edição e data não citadas.

Renner, K. (1917). *Krieg, Marxismus und Internationale*. Stuttgart.

_____. (1927). Der Streit um die Demokratie. *Die Gesellschaft*, caderno 1.

Rosenstock, E. (1926). *Vom Industrierecht*. Berlim.

Rotteck, K. v. *Allgemeine Geschichte vom Anfang der historischen Kenntnis bis auf unsere Zeit*. Edição e data não citadas.

Rousseau, J-J. *Contrat social*, livro IV. Edição e data não citadas.

Rykov, A. (1925). *Internationale Pressekorrespondenz*. O título do artigo não é informado.

Schmitt, C. (1926). *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*.

_____. (1926a). *Kernfragen des Völkerbundes*. Berlim.

_____. *Die Diktatur*. Edição e data não citadas.

_____. *Politische Theologie*. Edição e data não citadas.

Sorel, G. (1921). *Réflexions sur la violence*. 6ª ed. Paris.

Stalin, J. *Probleme des Leninismus*. Edição e data não citadas.

Stählin, K. (1926). *Rußland und Europa*. Berlim.

Stein, L. v. *Der Sozialismus und Kommunismus im heutigen Frankreich*. Edição e data não citadas.

Trotsky, L. (1927). *N. Z.* O título não é informado.

Werfel, F. (1926). *Der Tod des Kleinbürgers*. S. Fischer Verlag.

Wolzenborff, K. (1920). *Der reine Staat*. Tübingen: Laupp.

3. Mudança de significado do parlamentarismo (1928), de Otto Kirchheimer

Tradução de Bianca Tavorali⁴³⁶

Diz-se com frequência, sobre a Constituição de Weimar atualmente vigente, que ela teria criado a forma democrática de Estado na Alemanha e introduzido o sistema parlamentarista. Aqui, as expressões “parlamentarista” e “democrático” são, na maioria das vezes, usadas em conjunto ou uma ao lado da outra, de maneira que involuntariamente surge a impressão de que elas sempre teriam tido o mesmo significado no curso da história, de que uma não seria pensável sem a outra. Esse é um engano teórico de grande alcance que – se fosse de outra forma, a constatação não seria importante para nós – pode levar, e já levou, a erros desastrosos na práxis política.

Em sua configuração tradicional, o parlamentarismo é a forma clássica por meio da qual a burguesia dominava o Estado e a sociedade no século XIX. Restringindo-se meramente à observação das relações internas à Alemanha, por muito tempo se acreditou que as grandes oposições políticas desse século encontravam sua expressão na antítese “Estado da autoridade [*Obrigkeitsstaat*] e Estado popular”, formulada pelo professor liberal Hugo Preuß. Com isso deixou-se de ver que aqui se tratava apenas de um último combate à retaguarda do absolutismo feudal, que – mais tarde na Alemanha, mais cedo em outros países – abriria caminho para o domínio da burguesia – primeiro na forma velada da transição da monarquia constitucional.

Três princípios políticos determinados, identificáveis e passíveis de formulação estavam na base do parlamentarismo, o sistema político de poder da burguesia no século XIX:

⁴³⁶ KIRCHHEIMER, Otto. Bedeutungswandel des Parlamentarismus. *Jungsozialistische Blätter*, n. VII, caderno 10, outubro de 1928, republicado na coletânea organizada por Wolfgang Luthardt: KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Bedeutungswandel des Parlamentarismus. In: LUTHARDT, Wolfgang (org.). *Otto Kirchheimer – Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976. Esta tradução foi publicada pelos *Cadernos de Filosofia Alemã*: KIRCHHEIMER, Otto [1928]. Mudança de significado do parlamentarismo. Tradução de Bianca Tavorali. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018. (N. T.)

1. a crença de que exclusivamente as “camadas de posses e formação” – como o par clássico de palavras, tão elucidativo em sua composição, de Rudolf von Gneist, que, nos anos setenta e oitenta do século XIX, desempenhava o mesmo papel que hoje desempenha o professor Kahl do Partido Popular Alemão (*Deutsche Volkspartei*) – seriam vocacionadas para o exercício das funções políticas e para a ocupação dos cargos públicos mais elevados;
2. a crença de que o que é útil e certo para a nação poderia ser encontrado na e por meio da discussão pública no parlamento;
3. a firme adesão ao princípio do Estado de direito.

Aquela proposição sobre a capacidade e a dignidade políticas exclusivas das camadas de posses e formação, que foi justificada por seus defensores de então por meio da referência aos impostos mais altos pagos pelas classes proprietárias, era a base teórica de todo direito de voto vinculado a uma determinada quantia de renda e propriedade (voto censitário). O voto censitário foi o meio técnico da burguesia no século XIX (que ainda não dispunha de um monopólio da imprensa tão irrestrito e efetivo, tal como seus netos no século XIX) de manter as grandes massas afastadas do exercício de influência sobre seus destinos políticos e para assegurar, assim, que o domínio do Estado permanecesse exclusivamente em suas mãos. O princípio basilar da burguesia no século XIX, o princípio do Estado de direito, é dificilmente compreensível para nós mesmo que até nos círculos do partido se fale da ideia sagrada do Estado de direito; aqui, entretanto, nunca se nota que, sob a perspectiva da história das ideias, o significado do Estado de direito era completamente outro no século XIX se comparado à sua função na vida política do século XX. Naquela época, a exigência do Estado de direito tinha um sentido duplo: em primeiro lugar, esse conceito serviria para que a burguesia alcançasse e assegurasse a vitória definitiva sobre os resíduos absolutistas do sistema monarquista, para garantir que o arbítrio de cada órgão individual de governo e da administração fosse restringido ao máximo possível na medida em que se criava uma série de normas legislativas precisas. Além disso, as necessidades do comércio e da troca exigiram uma segurança jurídica que fosse a maior possível; cada vendedor e cada industrial deveriam conseguir saber, antecipadamente, o quão bem sucedidos eles seriam quando se dirigissem aos órgãos estatais para implementar uma demanda – e eles tinham várias. O que temos em mente aqui se torna claro em uma imagem grotesca utilizada por Max Weber, o maior e mais perspicaz entre os eruditos burgueses alemães: a justiça seria uma máquina em que em cima

se coloca o caso concreto e as custas judiciais para que, então, a solução fosse despejada na parte de baixo. Já naquela época, tanto os representantes da burguesia quanto os porta-vozes literários do proletariado reconheciam o papel do sistema parlamentar, a diferença entre domínio parlamentar e democracia. O seguinte argumento perpassa todos os escritos políticos de Marx e Engels, do *Manifesto Comunista*, passando por *As lutas de classes na França* até *A guerra civil na França* e o escrito de maturidade de Engels *Internationales aus dem Volksstaat*: “O poder estatal (*Staatsgewalt*) moderno é apenas um comitê que administra os negócios comuns de toda a burguesia” (*Manifesto Comunista*). “Democracia” era entendida como o domínio do povo como um todo, do povo trabalhador, em oposição ao domínio de um parlamento que surgiu por meio do voto censitário. E mesmo a burguesia reconheceu, em seus representantes mais distintos, que seu sistema parlamentar de então estava em completa oposição a um domínio democrático do povo. Em resumo: naquela época democracia significava a pressão geralmente não muito clara, mas sempre presente, das amplas massas em relação ao domínio político; o parlamentarismo era a corporificação do domínio da burguesia.

O que aconteceu com aqueles três principais pontos de apoio do sistema parlamentar do século XIX? Pesquisar sobre isso, sem sermos influenciados pelas opiniões sobre o valor e o desvalor do parlamentarismo que já eram dominantes na época, é agora nosso dever.

Por meio da revolução de 1918, caíram os últimos restos de um direito de voto baseado na classe. No Reich, o direito ao voto universal e igualitário já havia sido alcançado por meio da Constituição de Bismarck. O tão almejado princípio do voto proporcional também se realizou. A responsabilidade parlamentar dos ministros, sua completa dependência dos representantes do povo, tornou-se princípio constitucional. Muitos viram nisso a supressão definitiva do antigo sistema. Para nós, entretanto, não parece que esta conquista deva ser altamente estimada, uma vez que, já na monarquia constitucional, as camadas da burguesia que são decisivas até hoje exerciam uma influência – que, apesar de não ser estabelecida pelo direito estatal, não era menor em razão disso – sobre a formação da vontade das mais altas autoridades de governo. Frequentemente se afirma que, depois da queda do direito ao voto baseado em três classes (*Drei-Klassen-Wahlrecht*), depois da introdução de um voto proporcional universal, aquelas oposições entre a burguesia politicamente privilegiada e o operariado com menos direitos, tal como elas caracterizavam o século XIX, estariam superadas e que, hoje, na Alemanha, teríamos apenas cidadãos com direitos iguais; em síntese, teríamos um sistema que uniria, em si mesmo, democracia e

parlamentarismo. O que apontamos como o primeiro princípio do Estado burguês-parlamentar acabou por de fato cair. O voto censitário era o meio mais ingênuo de manter grandes camadas de eleitores afastadas. Mas seria um ponto de vista demasiadamente superficial se nos contentássemos com a constatação de que desapareceu um meio de afastar as camadas proletárias da representação enérgica de seu interesse de classe, sem nos preocuparmos em perguntar se o objetivo almejado não é hoje alcançado por outros meios. No século XX, a burguesia aprendeu a se servir de um poder muito efetivo, que ela não conhecia anteriormente nessa extensão e do qual não tinha sentido necessidade de se servir de maneira organizacional antes. Com ajuda do dinheiro, ela criou um grande número de instituições por meio das quais ela falsifica a formação da vontade estatal. Seu meio mais importante é sua imprensa. Para mostrar a vantagem descomunal que a burguesia consegue em razão do capital que está à sua disposição, basta apontar para um exemplo familiar a todos nós. Existe hoje uma organização influente chamada Partido Democrático (*Demokratische Partei*) – em razão de sua ideologia, ela é muito mais perigosa para o operariado do que seus inimigos públicos; mas infelizmente ainda não ficou suficientemente claro para os círculos dirigentes do partido que, por um lado, o capital financeiro e, por outro, industriais e agrários, por mais que possam não concordar em muitos pontos, têm exatamente a mesma opinião no ponto decisivo, o da manutenção da propriedade privada e da liberdade de contrato. Essa organização política, o Partido Democrático, deve sua existência somente às três empresas jornalísticas: Ullstein, Mosse e Frankfurter Sozietätsdruckerei. Por meio de sua posição de poder financeiro, a burguesia assumiu uma posição de poder velada no lugar de uma posição aberta. Ela concedeu o direito de voto igual e universal para, ao mesmo tempo, despojá-lo de seus mais importantes efeitos por meio da sua posição de poder financeiro.

O segundo princípio da burguesia parlamentarista, a crença na discussão pública no parlamento, que produz o resultado correto e racional para o bem do povo, pressupunha uma dada unidade política, tal como a burguesia do século XIX apresentava. Quando o proletariado chegou ao parlamento, esse princípio havia perdido o sentido. Na discussão pública, o representante do proletariado só podia dizer, ao representante da burguesia, que seu interesse exigia uma regulação específica, enquanto o representante dos burgueses partia daquilo que tornava seu interesse necessário, embora até hoje os parlamentares burgueses mostrem a particularidade de proclamar que seu interesse seria idêntico ao interesse da nação como um todo. Assim, um parlamento não é mais o lugar da discussão criativa, ele se tornou

o local das declarações públicas de interesses de classe opostos, enquanto as verdadeiras decisões sobre questões políticas são tomadas em reuniões privadas e em comitês e encontros secretos. A ideia de uma decisão racional que deve ser obtida no parlamento entendido como o refúgio do progresso teve de dar lugar ao fato de que os interesses de classe são questões de poder para as quais não há outra racionalidade que não a necessidade de alcançar, para cada classe, o máximo do que lhe é possível sem ultrapassar o risco de sua correlação de poder. Nesse contexto pode ser apontado que maioria no parlamento e poder político real podem, mas não precisam coincidir. Maioria e poder são duas coisas distintas e a maioria no parlamento é apenas uma possibilidade – não absolutamente confiável – de conhecer a verdadeira correlação de poder.

A burguesia procurou se aproveitar da ideia do Estado de direito em relação ao proletariado de tal maneira a apontar que as leis seriam iguais para todos, que teriam validade igual e que, por isso, o proletariado não poderia exigir um tratamento especial. Contra este argumento basta fazer referência às palavras acertadas de Anatole France: “Em sua justiça majestática, a lei permite que pobres e ricos possam dormir debaixo de pontes”. Na verdade, a ideia de Estado de direito ganhou hoje um sentido completamente diferente. Ela não é mais uma posição que pertence exclusivamente à burguesia, nem uma posição de ataque, como em seu período inicial, nem uma posição de defesa, como em seu período tardio. Hoje, a ideia de Estado de direito está situada entre proletariado e burguesia. Ela se tornou a linha divisória de dois grupos em luta, da qual ambos estão bastante distantes para sentir que ela seria a lei definitiva para a distribuição de poder. Isso deve ser ilustrado por meio de um exemplo. Hoje, nem empregadores nem empregados querem colocar tudo em jogo por meio de uma desavença individual; isso porque, hoje, cada uma de suas desavenças ultrapassa a luta de dois indivíduos isolados; por trás de cada um deles está seu grupo social, preparado para vir em ajuda a seu partido em cada caso importante; por isso o Estado estabeleceu todo um sistema jurídico que serve para resolver essas lutas sociais por meio de um caminho jurídico, para retirá-las da esfera dos participantes diretos, para neutralizar questões sociais de poder na forma de problemas de aplicação do direito. Então o sistema jurídico estatal tem hoje a função de criar um estado de equilíbrio nas relações entre burguesia e proletariado. O Estado de direito é, talvez, uma das formas externamente mais características para o valor de transição de nosso sistema político atual, para seu caráter provisório, para uma situação em que uma das classes já não é mais forte o suficiente, a outra ainda não é forte o suficiente para manter a exclusividade de seu sistema político.

4. Weimar – e então? Formação e atualidade da Constituição de Weimar (1930), de Otto Kirchheimer

Tradução de Bianca Tavorali⁴³⁷

Nota preliminar

Mais de dez anos se passaram desde que a Constituição da República surgiu em Weimar. Os *fronts* de luta política se encontram em um estado de paralisia crescente. As oposições propriamente ditas ficam em segundo plano, atrás de palavras de ordem. O constituinte considerou como seu dever ignorar o método frequentemente praticado de reinterpretar desejos políticos em linhas de desenvolvimento político e limitar-se, no principal, à apresentação do que existe. É claro que isto requer a clareza fundamental sobre o fato de que uma abordagem constitucional *socialista* não pode recair nos erros de uma perspectiva liberal. Enquanto a abordagem constitucional liberal, que frequentemente também aparece sob a capa democrática, simula uma unidade que não existe para encobrir a organização atual da sociedade com todas as suas ambiguidades, uma abordagem constitucional socialista precisa desvelar todas aquelas contradições que aderem hoje à organização da sociedade e a sua forma política.

O surgimento da República

“E, de fato, cada Constituição legal é um mero produto da revolução [*Revolution*]. Enquanto que a revolução é o ato político de criação da história de classes, a legislação é a continuidade do estado vegetativo da sociedade. O trabalho das reformas legais não tem, em si mesmo, uma força motriz própria, independente da revolução; em cada período histórico, ele se movimenta apenas na linha e na medida que nele repercute o pontapé dado pelo último levante [*Umwälzung*], ou, falando

⁴³⁷ KIRCHHEIMER, Otto. Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung. Berlin: De Gruyter, 1930. Republicado em KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 2017, p.209-250. [N. T.]

concretamente, apenas nos contornos da forma de sociedade colocada no mundo pelo último levante. Este é exatamente o ponto central da questão.”⁴³⁸

Rosa Luxemburg, *Sozialreform oder Revolution?* [*Reforma social ou revolução?*]

No *Reich* de Bismarck, o povo era governado por príncipes aliados em conjunto com as burocracias aliadas. A Prússia, corporificada na monarquia dos Hohenzoller, assumiu a supremacia constitucional e política. Mas o governo [*Herrschaft*] da monarquia dos Hohenzoller significava o governo da nobreza e do exército estreitamente vinculado a ela, que teve a sorte de que sua posição tradicional, herdada da época pré-capitalista, ganhou um novo sentido e uma nova finalidade com as tendências de poder político da Alemanha moderna, com sua população proletária forte e politicamente impotente.

Ao lado dessa base da vida constitucional alemã, a influência de grupos industriais individuais, cada vez mais forte em torno da virada do século, se tornou perceptível sem que ela tenha conseguido alcançar o efeito de estabilidade – completamente incontrolável pela esfera pública – que tinha a influência da nobreza e da burocracia. Desde o final de agosto de 1916, não existia mais um governo de fato, a ditadura militar do general Ludendorff havia entrado em seu lugar. Seu adversário era a maioria do *Reichstag*, composta pelos partidos da Social-Democracia Majoritária, do Centro, do Partido Popular Progressista de cunhagem naumanniana e a ala de esquerda dos nacionais-liberais. Mas ela também era, ao mesmo tempo, sua prisioneira. Isso porque todos aqueles grupos estavam preparados para selar uma trégua com as forças dominantes, por meio da qual os representantes eleitos da maioria do povo alemão abandonaram a única possibilidade de fazer valer sua vontade de maneira decisiva. O Partido Social-Democrata Alemão também aderiu a esta trégua. Com isso, foi

⁴³⁸ “Und zwar ist die jeweilige gesetzliche Verfassung bloß ein Produkt der Revolution. Während die Revolution der politische Schöpfungsakt der Klassengeschichte ist, ist die Gesetzgebung das politische Fortvegetieren der Gesellschaft. Die gesetzliche Reformarbeit hat eben in sich keine eigene, von der Revolution unabhängige Triebkraft, sie bewegt sich in jeder Geschichtsperiode nur auf der Linie und solange, als in ihr der ihr durch die letzte Umwälzung gegebene Fußtritt nachwirkt, oder, konkret gesprochen, nur im Rahmen der durch die letzte Umwälzung in die Welt gesetzten Gesellschaftsform. Das ist eben der Kernpunkt der Frage.” Kirchheimer não indica qual edição de *Sozialreform oder Revolution?* foi utilizada como referência para a citação. Para traduzir esta passagem ao português, comparei as traduções contidas em LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma social ou revolução?* São Paulo: Global, 1986, p.100 e em SCOTT, Helen (org.). *The Essential Rosa Luxemburg – Reform or Revolution and The Mass Strike*. Chicago: Haymarket Books, 2008, p.89-90. Nenhuma dessas edições indica quem fez a tradução, seja para o português ou para o inglês. [N. T.]

esquecida a lição do período revolucionário francês, em especial do ano de 1793, de que justamente os tempos de necessidade externa podem ser tempos de renovação política.

Mas enquanto os trabalhadores dos países da *Entente* conseguiram, por sua prontidão para ir à guerra a serviço dos governos capitalistas, ao menos uma representação nominal nos governos ao lado de aumentos nominais de salário (Ministro das munições Thomas, hoje presidente da Organização Internacional do Trabalho em Genebra), na Alemanha, a coisa parou com os aumentos nominais de salário. O ditador Ludendorff obstruiu o caminho que ao menos Bethmann Hollweg gostaria de ter deixado aberto. Quando, em 6 de julho de 1917, o líder intelectual daquela maioria do *Reichstag*, o deputado Erzberger, leu a resolução de paz em voz alta e em seu nome, aquela trégua deixou de existir como um pacto bilateral, ela havia se tornado um ditame do ditador-general. O desejo por uma paz negociada, que a maioria do *Reichstag* havia representado de comum acordo com os eleitores do Centro e da Social-Democracia, despedaçou entre o *Reichstag* e o general – um conflito do qual o general saiu como vencedor. O governo de Ludendorff era um entreato entre a monarquia dos Hohenzoller e a democracia parlamentarista, um entreato não sancionado constitucionalmente, mas suportado pacientemente pela burguesia e pela nobreza. A monarquia – em seu antigo significado social e político – não foi deposta por um levante popular, ela foi suprimida pela tomada de poder do general Ludendorff. Mesmo se a façanha de Ludendorff tivesse tido uma saída feliz, o caminho para a restauração da monarquia, tal qual ela existiu até 1916, estava bloqueado em razão das influências da indústria pesada que dava o caráter político ao governo de Ludendorff.⁴³⁹

Assim que o antigo sistema político e militar da Europa central desmoronou e que o ditador foi vencido, ele mesmo colocou sua antiga adversária, a maioria burguesa-social-democrata do *Reichstag*, como sua herança. Com isso surgiu a necessidade de modificar a Constituição de Bismarck de tal maneira que ela correspondesse ao novo estado do governo da maioria parlamentar. O sistema parlamentarista foi criado em princípio por meio da introdução das disposições que exigiam que o chanceler do *Reich* mantivesse a confiança do *Reichstag* para a condução de sua administração. Essa emenda constitucional, que significava uma alteração do sistema constitucional como um todo, aconteceu por meio de caminhos legais, com aprovação dos monarcas que já haviam se tornado irrelevantes desde 1916. Foi formado um governo de acordo com os princípios parlamentaristas, com a

⁴³⁹ No que diz respeito a esta parte, o autor agradece os valiosos conhecimentos de Artur Rosenberg, o autor do livro *Die Entstehung der deutschen Republik*.

participação da Socialdemocracia Majoritária – o primeiro governo de coalizão.⁴⁴⁰ Quando então em novembro de 1918 a revolução se propagou na Alemanha a partir de Kiel e revogou a Constituição emendada para corresponder às vontades da maioria do *Reichstag*, essa revolução podia ter um sentido duplo. Ou ela não era nada além do que uma reação das massas que acreditavam precisarem finalmente se libertar da pressão exercida sobre elas como um fardo – e que não tinham percebido ainda que a abdicação do antigo sistema havia sido sancionada por aquela emenda constitucional e que a paz, em qualquer que fosse sua forma, estava se aproximando. Nesse caso, a reação das massas precisaria ser direcionada principalmente contra aqueles estatistas insignificantes, os príncipes federais [*Bundesfürsten*], e, além disso, do ponto de vista político, ela só conseguiria repercutir no sentido de uma investida elementar em favor do Estado unitário. Ou então a democratização da Constituição não teria sido suficiente para as massas revoltadas e elas almejavam a realização imediata do socialismo. O curso do desenvolvimento mostrou que, até mesmo nas fileiras da Socialdemocracia Independente, as massas tinham apenas a queda das dinastias como objetivo para a revolução; por mais que o resto de suas demandas tivessem um tom social forte, no conjunto elas não abandonavam os contornos da democracia burguesa. Seus objetivos eram tão pouco unitários que as influências burocrático-particularistas, que permaneceram inalteradas mesmo depois da queda das dinastias, foram capazes de trazer o movimento revolucionário para suas próprias águas navegáveis. Por essas razões, a demanda pelo Estado unitário, que estava inteiramente na linha de evolução dos esforços de racionalização burguês-capitalistas, já estava condenada a fracassar.⁴⁴¹ Assim, tendo em vista a falta de participação das amplas camadas populares, fica por decidir se a continuidade da revolução alemã, almejada por Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht, seria promissora sob essas condições existentes. Por outro lado, é certo que, por meio dos métodos de combate

⁴⁴⁰ É extremamente interessante que o atual ministro da Justiça do *Reich*, Brecht, tenha defendido a opinião num ensaio nos *Preußischen Jahrbüchern* de que, segundo o curso dos acontecimentos nos últimos dez anos, a revolução não teria tido propriamente qualquer função histórica de longo prazo. O estado constitucional praticamente dominante hoje é, segundo sua opinião, o estado constitucional de outubro de 1918, da constituição emendada por Bismarck.

⁴⁴¹ Quando, em seu livro sobre a ideia de razão de Estado, Friedrich Meinecke escreve o quão tragicômico foi o efeito da razão de Estado quando Kurt Eisner rastejou para dentro da jaula recém-esvaziada da ideia de Estado bávaro, essa afirmação não poderia ser aplicada justamente a Kurt Eisner. Isso porque ele e seu colaborador Gustav Landauer não queriam exercer os tradicionais ofícios do governo; sua política procurava fazer avançar um mundo de ideias federalistas que nada tinha que ver com a “razão de Estado” do antigo particularismo. No entanto, as observações de Meinecke podem muito bem ser aplicadas à maioria dos adversários socialistas de Eisner do sudeste e do norte da Alemanha. A frase que Remmele cita de maneira presunçosa em seu livro sobre a Revolução de Baden – “O batalhão ouve o reservista Remmele” – caracteriza aquele tipo de revolução que, tanto em seus efeitos como também em sua fundamentação intelectual, foi apenas uma “troca de elites”.

àqueles círculos revolucionários, o poder armado ganhou, sob a liderança dos oficiais imperiais, uma tal influência à época que mais tarde foi utilizada com bastante frequência para fazer toda a classe trabalhadora recuar ou ao menos para jogar sua existência contra a classe trabalhadora.

Mas, além disso, mesmo antes que o destino final da revolução estivesse decidido, vínculos foram estabelecidos pelo outro lado, que viriam a ter a maior importância para a origem da Constituição de Weimar. Em outubro de 1918, sob a liderança de Hugo Stinnes, por um lado, e de Karl Legien, por outro, as associações de empregadores e de empregados se reuniram em conferências que, então em 15 de novembro de 1918, resultaram num acordo, para cuja implementação foi criado um grupo de trabalho central [*Zentralarbeitsgemeinschaft*]. Para a relação entre força econômica e política na revolução de 1918, foi importante e característico o fato de que a regulação programática do futuro papel dos sindicatos por meio da *Proclamação ao povo alemão* [*Aufruf an das deutsche Volk*], feita pelo Conselho dos Comissários do Povo [*Rat der Volksbeauftragten*] de 12 novembro de 1918, foi unicamente resultado daquele acordo Stinnes-Legien. Assim, os sindicatos obtiveram sua posição futura no processo econômico e a garantia de seus novos direitos de maneira unicamente formal por meio de um ato das forças revolucionárias; mas, na verdade, isto foi obtido por meio de um acordo com as associações de empregadores. Por meio deste pacto, os sindicatos anunciaram que, daquele ponto em diante, eles queriam ser fatores com direitos iguais e com posição igualitária na vida econômica – e os empresários se viram obrigados a concordar com essa exigência; mas, do outro lado, esse acordo só poderia ter um impacto significativo sob uma forma de Estado que prometia tratamento igualitário ao capital e ao trabalho. Tratava-se de um acordo que não teria qualquer espaço num Estado socialista. Assim o destino da futura constituição foi antecipado, um destino sobre o qual as corporações políticas influentes – o Conselho dos Comissários do Povo e os conselhos operários e de soldados – ainda não tinham clareza. Em uma determinada avaliação das relações políticas e econômicas que correspondia às visões da maioria da população alemã – e nossa tarefa é apenas constatar-la e não examiná-la no que diz respeito a sua legitimidade [*Berechtigung*] histórica –, as associações de empregados teriam enveredado pelo caminho de cooperação com os empresários. Assim como a fundamentação propriamente dita de nosso estado constitucional atual data daquela época, essa data também introduziu uma luta amarga entre os parceiros do contrato. Porque enquanto os empresários consideravam esse acordo como o máximo de suas concessões – e, mais tarde, restringir este

acordo se tornou o objetivo de sua política –, os sindicatos viam a nova conquista como um início pacífico e livre de risco para continuar a perseguir seu objetivo socialista.

O caminho político que deveria ser seguido no futuro foi apontado pela alteração da antiga Constituição em outubro de 1918. O acordo Stinnes-Legien de novembro de 1918 anunciou a vontade dos círculos sindicais mais influentes no movimento operário de, apesar da mudança das relações políticas, permanecer no caminho iniciado pela emenda constitucional de outubro de 1918. A decisão formal – uma decisão de confiar o destino futuro da Alemanha a uma assembleia nacional [*Nationalversammlung*] resultante de eleições gerais – foi deixada ao critério da Conferência do *Reich* dos conselhos operários e de soldados que aconteceu entre os dias 16 e 19 de dezembro em Berlim. Ela foi seguida da eleição para a assembleia nacional em 19 de janeiro de 1919. Com a lei criada pela assembleia nacional a respeito de um poder provisório do *Reich*, de 10 de fevereiro de 1919, foi colocada a pedra angular constitucional para enterrar a revolução; e o caminho estava livre para a Constituição de Weimar.

Democracia e ditadura

A Alemanha, a França, a Inglaterra e os Estados Unidos da América são, como outros Estados mais ou menos importantes do mundo, Estados democráticos com direito constitucional escrito ou, como na Inglaterra, não escrito. Quanto mais Estados se convertem à forma democrática de Estado e cuidam para invocar princípios democráticos em cada uma de suas ações políticas, como fazem principalmente os Estados Unidos da América, tanto mais perigo corre a democracia de ser despida de qualquer significado verdadeiro e de degenerar para uma forma sob a qual os princípios políticos opostos se escondem. A ausência de limites e, com isso, a crescente insignificância do conceito de democracia se revela claramente no fato de que, de maneira geral, os Estados citados acima só podem ser caracterizados como democracias porque, neles, o direito de voto é garantido ao maior número possível de cidadãos (R. Thoma). Essa interpretação do conceito de democracia parece questionável, pouco apropriada e historicamente equivocada. Segundo esta interpretação, o ponto de vista de Jean Jacques Rousseau que veio ao final – de que a democracia seria uma instituição tão perfeita que ela serviria apenas aos deuses e não às pessoas – seria incompreensível. O direito ao voto livre de todos os cidadãos foi introduzido

em muitos países desde 1919 sem que com isso qualquer pessoa fosse levada a acreditar que, em razão disso, um Estado como esses já teria algo a ver com a “perfeição”. E parece que o ceticismo de Rousseau em relação às possibilidades de realização da democracia confere uma apreciação mais justa à democracia do que a boa vontade daqueles que acreditam que a realização da democracia significa a queda de todas as restrições ao direito de voto.

Desde o século XIX, a democracia social passou a ser o problema decisivo da democracia. Nas primeiras décadas deste século, a questão da unidade e da liberdade nacionais não estava apenas vinculada de maneira inseparável com a questão da democracia, mas ambas prepararam o caminho uma para a outra. Na Alemanha e na Itália, os dois que ainda não eram países unificados nacionalmente à época, a democracia decididamente fez sua entrada em nome da unidade nacional. Mas logo se verificou que a democracia – que, como conteúdo, não tinha qualquer outro princípio do que a unidade nacional de um povo politicamente livre – não pode ser o último e decisivo estágio da democracia. As camadas proletárias, com cujos sacrifícios se alcançou a unidade e liberdade nacionais, logo perceberiam que elas só haviam trocado seus senhores; elas queriam alcançar a democracia social para além da democracia nacional. Os inimigos do operariado logo compreenderam a dialética característica na essência da democracia, que leva àquilo a que o burguês mais teme: ao desaparecimento da mera possibilidade de um estado de repouso político. Porque este estado só pode voltar quando a ideia fundamental mais própria de cada democracia for cumprida, quando cada pequena parte de influência nominal também tiver se transformado em poder real.

É a partir disso que passamos a entender a queixa feita por Guizot, do típico representante da burguesia francesa da década de 40 do século passado, quando ele, cheio de medo da democracia social, fala sobre aquele eco do antigo grito de guerra social que se levantava e ressoava por todos os setores da sociedade em seus dias. Foi Karl Marx que desmascarou a verdadeira essência do Estado democrático na era do domínio da burguesia, com uma formulação que, apesar de fazer referência imediata à Constituição da França de 23 de outubro de 1848, em verdade ainda vale também para a Constituição do *Reich* de 11 de agosto de 1919:

“Porém, a contradição abrangente dessa Constituição consiste no seguinte: mediante o sufrágio universal, ela dotou de poder político as classes cuja escravidão social visa eternizar, ou seja, o proletariado, os agricultores e os pequeno-burgueses. E a classe cujo antigo poder social foi por ela sancionado – a burguesia –, ela privou das garantias políticas desse poder. Ela comprime seu domínio político dentro de condições democráticas que, a qualquer

momento, podem propiciar a vitória às classes inimigas e colocar em questão até mesmo os fundamentos da sociedade burguesa. Daquelas, ela pede que não avancem da emancipação política para a social, desta, que não retroceda da restauração social para a política.”⁴⁴²

As constituições hoje vigentes estão completamente ou em parte submetidas a essa “contradição abrangente” de que fala Karl Marx. Ou para elas não há qualquer problema da democracia social, como, por exemplo, para a Constituição dos Estados Unidos e para as constituições no século passado, ou apesar de verem a democracia social como tarefa, como as constituições alemã e austríaca do pós-guerra, não dão ajuda suficiente para que seus princípios possam avançar.

É por mérito de Max Adler, em sua obra sobre a concepção marxista de Estado, de 1922, que a diferenciação entre democracia política e democracia social – que era atual para todos os grandes pensadores políticos do último século – tenha sido redespertada e indicada em toda a sua precisão para a nossa vida política atual. “Democracia política” é uma duplicação característica. De acordo com o sentido da palavra, democracia significa o domínio político do povo (mais precisamente: o domínio do povo na pólis, na antiga cidade-estado). O acoplamento da palavra “político” com a palavra “democracia” coloca o tom no fato de que, sob “democracia política” apenas é compreendido o domínio político do povo e, com isso, nada deveria ser dito sobre as relações de poder econômico que se tornaram decisivas no século XX. A diferenciação entre democracia social e democracia política não é de maneira alguma arbitrária, como acusam seus opositores no campo socialdemocrata, com a justificativa de que nunca conseguiríamos diferenciar onde a democracia política acaba e a democracia social começa. Justamente o desenvolvimento constitucional-político da Alemanha nos últimos tempos mostra que essa diferenciação não é uma teoria inútil, mas que é apenas com sua ajuda que o tipo constitucional atual pode ser conhecido com precisão.

⁴⁴²“Der umfassende Widerspruch aber dieser Konstitution besteht darin: Die Klassen, deren gesellschaftliche Sklaverei sie verewigen soll, Proletariat, Bauern, Kleinbürger, setzte sie durch das allgemeine Stimmrecht in den Besitz der politischen Macht. Und der Klasse, deren alte gesellschaftliche Macht sie sanktionierte, der Bourgeoisie, entzieht sie die politischen Garantien dieser Macht. Sie zwingt ihre politische Herrschaft in demokratische Bedingungen, die jeden Augenblick den feindlichen Klassen zum Sieg verhelfen und die Grundlagen der bürgerlichen Gesellschaft selbst in Frage stellen. Von den einen verlangt sie, daß sie von der politischen Emanzipation nicht zur sozialen fort-, von den anderen, daß sie von der sozialen Restauration nicht zur politischen zurückgehen.”

A passagem é retirada de *Die Klassenkämpfe in Frankreich 1848-1850* [*As lutas de classes na França 1848-1850*], de Karl Marx. Kirchheimer não indica qual edição foi utilizada para fazer a referência. A tradução desta passagem para o português foi extraída, com algumas alterações, de MARX, Karl. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012, p.77. [N. T.]

O princípio da maioria só é compreensível se levarmos em consideração a homogeneidade social, que apresenta o princípio da comunidade de valores objetivos da democracia em nosso tempo.⁴⁴³ É só numa comunidade cuja estrutura social é socialista que decidir por maioria não significa violação daqueles vencidos por número de votos; aqui, *decisão por maioria* significa apenas a aplicação de um meio já testado para fazer com que desavenças a respeito da melhor realização técnica de todos os princípios comuns deixem de existir no mundo. Quanto menos unanimidade reinar a respeito dos pressupostos e dos princípios sociais da comunidade, então a aplicação do princípio da maioria – exercida de maneira implacável – se torna em cada vez maior medida uma técnica de violação, a vontade geral se torna um fantasma.

Quando o princípio da maioria é utilizado na democracia política para impedir a concretização de demandas sociais do operariado, como é hoje o caso praticamente em todos os lugares, então essas democracias contêm em si, a despeito de todos os encobrimentos, um *quantum* considerável de ditadura burguesa. Porque a essência da ditadura burguesa está em manter a supremacia econômica da burguesia com todos os meios que estejam à disposição. O ponto crucial em que a ditadura proletária se diferencia da burguesa é o fato de que a primeira não serve para a manutenção de uma ordem social existente, mas para a realização de uma nova ordem social. Todos os pensadores do proletariado tiveram essa ideia da ditadura proletária em mente, sejam aqueles que, como Karl Marx, consideravam a ditadura do proletariado mais a pelo lado técnico-econômico ou aqueles que, como Max Adler, por exemplo, que olhavam o lado político. Todos estavam e estão de acordo a respeito do caráter subversivo e revolucionário por princípio da ditadura do proletariado. Um exemplo claro para a diferença entre ditadura burguesa e ditadura proletária é oferecido pela Itália fascista. Se, em seu estágio inicial, por meio de seus elementos sindicalistas diversos, o fascismo poderia dar a aparência de que ele pertenceria às fileiras das ditaduras proletárias na medida em que ele queria provocar uma alteração fundamental de todas as condições sociais e políticas, com o passar dos anos se tornou cada vez mais claro que se tratava de uma pura ditadura burguesa, empenhada em manter a ordem social existente.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Também aqui remetemos novamente às análises de Max Adler em *Politische oder soziale Demokratie*, cap. 10.

⁴⁴⁴ O caráter burguês fundamental da ditadura italiana não está em contradição com o fato de que o fascismo tentou, com êxito, convencer a si mesmo e aos outros, que ele significaria uma inovação fundamental de todo o status político do povo italiano. É preciso separar rigorosamente a ideologia política de um sistema de sua forma fenomênica real. Todo sistema político precisa, se quiser se manter no poder, ver em si mesmo a

O artigo 48 da Constituição do *Reich* deve apresentar a exceção à regra da democracia. Em uma democracia não homogênea socialmente, as classes dominantes geralmente não estão em condições de provocar uma formação unitária da vontade por caminhos democráticos. Por isso elas são obrigadas a, de tempos em tempos, eliminar a representação democrática e alcançar, com meios da ditadura, aquilo que a vontade da maior parte do povo os impede de conseguir por caminhos legais. Dependendo da situação concreta, a democracia se transforma completamente numa ditadura permanente (ditadura soberana⁴⁴⁵ / Itália) ou a democracia pode ser restabelecida depois que a oposição é violada (Saxônia, Turíngia 1923). Só uma vez aconteceu, no mundo moderno, que as condições da democracia se mostraram ser, ao mesmo tempo, as condições da ditadura. A Comuna de Paris de 1871 é o exemplo de que uma população que sai aproximadamente das mesmas condições políticas e sociais exerceu a ditadura num caso excepcional, sem que, com isso, os fundamentos da democracia tivessem sido abandonados. Mas se desconsiderarmos este único caso, então a relação entre democracia e ditadura não se deu até agora como os políticos constitucionais burgueses gostam de apresentar. Como até hoje a democracia só foi uma democracia política, então, na maioria das vezes, a instituição constitucional do estado de exceção (ditadura temporária) cumpriu apenas o propósito de, na medida em que não se conseguia fazer o proletariado se calar com os meios procedimentais do parlamentarismo, reintegrá-lo de maneira violenta no Estado existente. Aqui é preciso mencionar que o uso frequente do artigo 48 nos anos do pós-guerra deve ser em parte colocado na conta da falta de consciência parlamentar dos partidos burgueses, que ainda adoravam entender a si mesmos como o resmungão irresponsável no ofício de uma burocracia que havia retirado sua influência. É só nesse lento processo de republicanização que a burguesia alemã percebeu que, daquele momento em diante, cabia-lhe uma participação decisiva no domínio político.

Não é possível determinar de maneira absoluta o ponto em que a democracia política da burguesia vira a democracia burguesa. Como toda democracia burguesa traz necessariamente em si mesma um elemento de ditadura, geralmente é apenas uma questão de conveniência concreta se um regime vai se mascarar externamente como democrático ou como ditatorial. E, mesmo nos países em que certos limites ao domínio da classe burguesa

realização de algo politicamente novo. O fato de que o republicanismo alemão oficial nem mesmo consegue fazer isto mostra a fraqueza de sua posição.

⁴⁴⁵ Para fundamentação teórica, ver o trabalho de Carl Schmitt *Die Diktatur*, München e Leipzig 1927. Max Adler também aderiu a esta terminologia em sua obra sobre a concepção marxista de Estado.

na democracia foram colocados em razão da existência de um movimento operário bem organizado, o domínio da classe economicamente poderosa foi exercido no que diz respeito às grandes diretrizes da política externa, da política econômica e militar. Esse predomínio econômico do capitalismo forma o pano de fundo comum de toda a política burguesa. Assim como Mussolini teve que nomear um importante banqueiro para Ministro das Finanças, da mesma forma o governo de coalizão alemão de 1929 nomeou, além do presidente do banco do *Reich*, Schacht, que já representava os interesses do setor privado, lideranças da federação do *Reich* da indústria alemã como seus especialistas para a Conferência de Paris. Foram nomeados por mais que esses especialistas de fato tivessem que decidir sobre os fardos que teriam que ser carregados em sua maior parte pelo proletariado alemão. Como as camadas burguesas de todos os lugares se juntam em torno da manutenção do sistema capitalista, então a problemática de todo domínio burguês, independentemente de sob qual forma política ele é exercido, é unitária na mesma medida. Quer se trate de democracia política, ditadura temporária (provisória) de acordo com o art. 48 da Constituição ou de ditadura permanente com suspensão da Constituição, essa diferenciação vale, na posição dos mais amplos círculos da burguesia, como questão de conveniência que só deve ser decidida sob um ponto de vista: o que serve melhor à manutenção do *status quo* econômico?

Em contrapartida, uma concepção socialista da Constituição tem que avaliar todas as instituições constitucionais, também a democracia e a ditadura, em seus casos concretos: como essas instituições transformam a situação da classe trabalhadora? Porque formas de Estado e de governo nunca são boas ou ruins em si mesmas. Cada classe tem que decidir, sob sua própria responsabilidade, se, no caso concreto, uma ou outra forma é boa ou ruim para ela.

O direito ao voto

Na Alemanha se multiplicam as vozes que não estão satisfeitas com o atual direito ao voto. Elas o acusam de ser inorgânico e incapaz de dar um reflexo verdadeiro da vontade da população. Elas acham que veem, em cada nova eleição, o rosto monótono de máquinas partidárias uniformes e não uma decisão política do povo alemão. A personalidade do deputado se tornou vítima do vício da quantidade, no lugar de uma representação da ideia entrou a representação de interesses. – Nós concedemos aos críticos do direito eleitoral

vigente todos os fatos que embasam sua crítica e mesmo assim defendemos esse direito; nós afirmamos que elas desconhecem, de todo, o sentido e o significado do direito ao voto. Nunca na história – e hoje também não – a finalidade de um direito eleitoral foi alterar estados sociais e suas formas políticas. O direito de votar não é a arma técnica que altera a constituição política ou a constituição social; são atos políticos de criação embasados em levantes sociais que alteram os estados da sociedade humana. Nenhum dos diversos sistemas eleitorais possíveis foi alguma vez implementado pelos respectivos detentores do poder para fazer uma ordem social existente cair por terra; eles foram todos introduzidos com a intenção consciente de manter uma ordem social existente.⁴⁴⁶ Quando a França introduziu o direito de voto em 1791, em que a autorização para votar estava vinculada a determinadas condições patrimoniais, a criação dessa dificuldade teve uma finalidade política. Ela deveria servir para manter o poder das camadas burguesas proprietárias que se dedicaram ao governo da França depois da queda da monarquia absoluta e para tornar impossível a participação política de grandes partes da população mais pobre, principalmente da Paris radical. No ano de 1793, os homens de má reputação que integraram o que ficou injustamente conhecido como governo do terror chegaram ao poder com ajuda justamente daquela população de Paris que pouco antes havia tido seu direito de voto negado. Eles não tinham nada mais urgente a fazer do que abolir todas as qualificações censitárias e dar o direito de voto a todos os cidadãos. Depois de sua queda, o voto censitário foi novamente introduzido para garantir o poder recuperado às camadas abastadas e, do ponto de vista da burguesia, mais prudentes. O voto censitário, que a burguesia da primeira metade do século XIX tinha guardado tanto em seu coração e que vigorou na Prússia até 1919 como direito ao voto baseado em três classes, era um meio confortável para manter o operariado longe de sua devida influência política. Desses exemplos é possível extrair que cada direito de voto só pode ser medido a partir do objetivo que se quer alcançar com ele; nenhum direito de voto é, em si mesmo, bom ou mau, certo ou errado; enquanto existirem contrastes sociais no mundo, sua aptidão só pode ser determinada de acordo com a finalidade política que se procura com ele alcançar.

É apenas a partir desta posição que o direito de voto na Rússia se torna compreensível. Se ele exclui grandes camadas da população russa do direito ao voto e se deixa que as eleições aconteçam de maneira indireta ou em etapas e, além disso, na maioria dos casos elas são realizadas publicamente e sob supervisão do aparelho estatal, então, com

⁴⁴⁶ No *Reich* de Bismarck, a “astúcia da ideia” certamente beneficiou o proletariado. O direito universal de voto, introduzido como arma do governo conservador contra o particularismo e a burguesia proprietária, tornou-se parada publicitária do proletariado que havia se tornado autônomo.

toda certeza, o sentido de averiguar exatamente qual é a opinião da população russa sobre o bolchevismo, em especial do camponês na terra plana, não é inerente a este método de eleição; esse sistema é inadequado para isto. O mesmo vale para o direito ao voto na Itália fascista. Aqui, recentemente – desde a lei eleitoral de maio de 1928 –, a lista de candidatos é compilada pelo Conselho Superior do Partido Fascista a partir de sugestões de cada organização fascista e aos votantes sobra apenas a possibilidade de votar em candidatos dessa única lista oficial, votar “não” ou abster-se de votar. Em ambos os países, a eleição não significa nada além do que uma marca de apoio para os governantes ou um sinal de aviso. Ela é apenas um dos muitos meios com os quais os dominantes recrutam os favores da massa. Sem levar em consideração o terror regular das convicções que está vinculado aqui, a publicidade das eleições significa uma chance de unir as camadas dominantes com as vastas massas populares. Assim, o sistema eleitoral da Rússia e da Itália não têm, de maneira alguma, a finalidade de ser o fundamento da decisão política; seu valor político específico está apenas na tentativa de incluir as amplas massas populares no sistema de poder em vigor, sem que seja preciso conceder-lhes influência por isso.

Em contrapartida, os sistemas eleitorais dos países parlamentaristas-democráticos têm um outro significado. Na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, o resultado da eleição determina por si mesmo quais grupos partidários devem chegar ao poder. Mas o decisivo nisso é que, até muito recentemente, as diferenças entre os partidos eram menos condicionadas por questões de natureza objetiva do que de fato pela parceria no jogo da eleição [*Ämterpatronage*]. No momento em que a era liberal-burguesa acabou na Alemanha com a Constituição de Weimar, o sistema eleitoral de Bismarck foi enterrado e foi criado um voto proporcional, vinculado a uma lista e determinado pelo arbítrio dos partidos. Esse sistema é uma expressão de que a era idílica da burguesia acabou. O proletariado marcha em igualdade de direitos para dentro da arena da democracia. O direito de voto em lista que veio ao mesmo tempo com isso provocou uma alteração clara em relação ao sentido e à finalidade que até então eram inerentes ao direito de voto nos Estados parlamentaristas-democráticos. As eleições alemãs têm uma certa semelhança com o direito de voto bolchevista e fascista, na medida em que elas também não têm influência determinante sobre o curso dos acontecimentos políticos. As experiências do período do pós-guerra ensinaram de maneira convincente ao proletariado alemão que mesmo um número muito alto de mandatos não significa poder político decisivo e que aquele antigo sonho de uma maioria de 51% se revela, enfim, como aquilo que ele sempre foi, como uma jogada mecanicista grosseira. Por outro

lado, o direito de voto alemão compartilha com os sistemas francês e anglo-saxão da liberdade e da universalidade. O sentido do voto proporcional que vigora entre nós é refletir, com precisão matemática, os *fronts* de classe, sem que seja certo que a respectiva constatação possa ser completamente avaliada politicamente. Aquele anonimato do direito de voto, que é incorporado no princípio de lista e no fundamento dos grandes círculos eleitorais e que hoje fornece o principal alvo para os ataques de muitos círculos, é apenas a consequência de que, no Estado atual, o direito de voto é dominado pelo acolhimento dos antagonismos de classe. O parlamento alemão de professores do século XIX, em que as pessoas cultas conversavam sobre coisas de Estado que eram decididas por outros, não pode ser trazido de volta. Ele tampouco voltaria por meio de uma diminuição dos círculos eleitorais e pela maior liberdade dos eleitores na escolha dos deputados. Os parlamentos não são os lugares em que as pessoas cultas da nação conversam sobre coisas da formação [*Bildung*]. Parlamentos são os lugares para a realização da luta de classes e os partidos⁴⁴⁷ que lutam entre si do lado de fora, na qualidade de representantes dos empregadores e dos empregados, também são os porta-vozes designados no parlamento.

Esses fatos poderiam ser apenas encobertos por meio de reformas, mas não alterados; é mais sincero quando cada eleitor sabe qual interesse de classe é defendido por seu deputado do que se as potências locais individuais, que talvez fossem trazidas ao parlamento com uma reforma eleitoral, fossem conquistadas por “interesses associativos” quaisquer, excluindo a esfera pública e, com isso, seus eleitores.⁴⁴⁸

Nós precisamos nos contentar com o conhecimento de que, no Estado democrático, o direito universal de voto, em si mesmo, não consegue tomar decisões políticas que não tenham sido conduzidas pela própria vontade dos grupos individuais. Mesmo o direito de voto mais livre só consegue apoiar uma vontade política existente cujo grau de intensidade seja perceptível de maneira clara nos resultados eleitorais. O direito de voto universal e

⁴⁴⁷ Uma seção especial sobre “Partido e deputados” foi infelizmente sacrificada em razão da restrição de espaço. A concepção de essência do partido, tal como defendida continuamente pelo social-liberal Radbruch, é insustentável para um socialista para quem o marxismo não é um livro de dogmas, mas que ainda assim entende que o marxismo apresenta o melhor método para análise da realidade. Não há, na realidade dos partidos de classe, cooperação secreta entre adversários. A astúcia da ideia que pode modificar as instituições só tem seu lugar no âmbito do historicamente necessário.

⁴⁴⁸ Uma alteração do direito eleitoral só se faz necessária em relação às listas do *Reich* e dos *Länder*; elas devem ser eliminadas e os excedentes que resultarem disso devem ser distribuídos em cada um dos distritos individuais. Porque a lista do *Reich* que existe hoje significa, apenas pelo mero fato de sua existência, uma garantia legal em favor da burocracia partidária e não obtém o que é necessário da burocracia partidária, mas apenas aquilo que está imediatamente disponível.

igualitário não substitui a vontade política do proletariado; ele a pressupõe, se é que ele deve ter algum sentido para o operariado.

O parlamento

Segundo a concepção tradicional dos países ocidentais, é o parlamento que assume a tarefa de realização da democracia, de sua transposição para a *praxis* estatal. De maneira geral, a Constituição de Weimar seguiu esta tradição e, por isso, recusou todas as propostas submetidas na época pelo USPD na assembleia nacional que tinham as experiências da revolução russa como modelo.

O poder que a redação da Constituição deu ao parlamento é grande, se comparado aos outros fatores estatais aos quais são atribuídos, de acordo com a Constituição, direitos políticos de influência. Com exceção do presidente do *Reich*, cuja posição terá de ser tratada de maneira especial, a Constituição assegura, em primeiro lugar, uma certa influência política constante ao Conselho do *Reich* [*Reichsrat*]. Mas seu caráter de representante dos mais diferentes interesses dos *Länder* o permite ser um oponente do *Reichstag* que possa ser levado a sério apenas quando se trata da garantia dos assuntos específicos dos *Länder* sobre finanças e administração. Até agora o Conselho do *Reich* não criou dificuldades a decisões políticas decisivas do *Reichstag* que não estão neste âmbito e o Conselho dificilmente vai fazer algo a respeito do papel defensivo a que os *Länder* tem sido cada vez mais impelidos.

Além disso, o povo deve ser considerado como grandeza constitucional que pode impedir as decisões do *Reichstag* ou que pode lhes dar um outro direcionamento. A expressão “povo” é entendida aqui no sentido concebido pelas determinações da Constituição do *Reich* sobre a legislação de iniciativa popular. Essas determinações teoricamente rompem o domínio do parlamento e, conseqüentemente, elas estavam contidas no projeto constitucional de Hugo Preuß – que nesse sentido é um projeto estritamente liberal – apenas na medida em que serviam à superação das diferenças de opinião entre as mais altas instâncias do *Reich*. As determinações que hoje se tornaram parte da Constituição dão ao povo enquanto tal a possibilidade de, por sobre a cabeça do parlamento de partidos, rejeitar leis decididas pelo *Reichstag* ou desejar e obter novas leis. No entanto, o povo, isto é, toda a população com direito a voto vivendo num Estado, só pode responder, com “sim” ou “não”

a questões colocadas e formuladas para ele. O povo é, portanto, dependente do tipo de questão que a autoridade ou um grupo de interesse lhe impõe. Além disso, verificou-se, na prática, fontes essenciais de erro relacionadas ao tratamento construtivo dessa matéria constitucional. Segundo a opinião completamente dominante, a participação de metade de todos aqueles elegíveis para votar é o pressuposto para o sucesso da decisão popular. Com isso, a decisão se torna praticamente dependente do número daqueles que ficam em casa. Enquanto que esta parte do povo permanece desconsiderada nas eleições, a experiência mostra que, aqui, a balança pende contra os requerentes (expropriação dos príncipes). A isso se soma o fato de que, com referência às determinações da Constituição do *Reich*, está reservada apenas ao presidente do *Reich* a possibilidade de convocar decisões populares sobre leis fiscais e orçamento, o que faz com que ele possa negar a admissão de praticamente todos os pedidos vindos do povo. De um instituto constitucional real, aqui ele se tornou um meio de propaganda que não obriga quem o utiliza, nem tampouco assusta aqueles contra quem ele é orientado.

A pouca resistência que o parlamento encontra em relação aos outros fatores decisivos previstos no direito constitucional escrito aparentemente deixa uma ampla margem de manobra para sua atuação. As grandes possibilidades constitucionais que o parlamento detém deram motivo para discussões sobre seu papel de líder político e sobre a relação entre o líder político e o parlamento. Do lado socialista, um exemplo especialmente típico para isto é a obra de Geyer *Führer und Masse in der Demokratie* [*Líder e massa na democracia*]. O surgimento dessas discussões se deve principalmente ao desconhecimento da mudança de significado pela qual passou o parlamento desde o início do século XIX até o nosso tempo de hoje. No início do século anterior, o domínio do parlamento era o lema da burguesia liberal, com o qual ela lutava contra a monarquia semi-feudal e sob o qual ela chegou ao poder. A burguesia alemã idealizava esse período da história, que encontrou sua expressão especialmente na França dos anos 40 do século passado e que Karl Marx retratou de maneira realista em *As lutas de classe na França*. De todo esse esplendor da burguesia, permaneceu, na Alemanha, apenas o sonho curto do tempo de 48. Na Alemanha, o sonho e a esperança da burguesia educada faziam referência, na verdade, ao estado intermediário que a França e a Inglaterra tinham entrado, quando a posição de poder da monarquia feudal tinha sido de fato afastada e o proletariado ainda se encontrava no início de sua ascensão política. O domínio das camadas de “posse e formação”, exercido por meio do parlamento da época, era a base do papel de liderança do parlamento, cuja inviolabilidade era cuidada pelo voto

censitário. Aquele domínio foi exercido em parte pelas próprias bancadas parlamentares e em parte sob a forma do sistema inglês de primeiro-ministro, que até hoje é tão admirado entre nós. – O significado do parlamento no *Reich* unificado dos períodos Bismarck e pós-Bismarck era construído a partir de um sentimento de pertencimento em sentido essencialmente negativo, e seu direito mais importante na prática também era negativo, o direito de aprovar o orçamento, que apresentava a fonte de sua importância política, protegida de maneira invejosa.⁴⁴⁹ Na melhor das hipóteses, a unidade do parlamento era a unidade do *front* daqueles que não estavam satisfeitos com o sistema dominante. A unidade foi rompida no instante em que o inimigo comum, a monarquia semi-feudal, desapareceu e o poder tão ardentemente almejado foi finalmente alcançado com ao menos meio século de atraso. Com a unidade do parlamento, também desapareceu seu poder. Seguindo Max Weber, a interpretação liberal tardia desconsidera aquela base real do sistema parlamentarista do século XIX e observa esse sistema apenas como meio para a escolha do líder. Com isso ela esquece que a escolha do líder é uma função mais técnica e que só naquela época poderia ter sido exercida pelo parlamento, pela unidade de classe existente na burguesia. Aquele parlamentarismo do século XIX perdeu a base de sua existência no Estado dualista de classes do século XX. A técnica de seleção do líder se dá agora fora do parlamento, dentro de cada organização de classe, e o parlamento é só o lugar público, em grande medida visível, em que os líderes eleitos se apresentam. Lá eles proclamam as demandas das classes que só podem ser constatadas na discussão parlamentar, mas não podem ser testadas quanto a sua correção.

É certo que a Constituição de Weimar eliminou as influências econômicas formais e diretas de grupos individuais de interesse sobre o parlamento. Ela também tomou distância da tentativa de determinar constitucionalmente as esferas de influência do capital e do trabalho, ainda que em 1919 só poderia se tratar da determinação da influência dos empregados. Ela não foi capaz de impedir as forças econômicas de ocuparem posições de poder político de acordo com suas respectivas correlações de força. Na medida em que as potências econômicas, revestidas sob a forma de partidos políticos, tomaram posse do

⁴⁴⁹ Hoje o direito orçamentário, que desempenhou um papel tão grande no parlamento da época, de 1870 até a deflagração da guerra, não tem mais uma grande importância apesar de todas as manifestações contrárias que se ouve justamente agora no presente; porque, na maior parte das vezes, a maioria dos partidos que precisam autorizar e o governo que deve ser controlado pertencem ao mesmos grupos de interesse – ou a grupos amigos –, a oposição não está em condições de exercer um verdadeiro controle na qualidade de minoria. O “parlamento confiante em si mesmo”, de que Hugo Heimann fala no seu escrito “Der Reichshaushalt”, p.27, também pertence a uma época histórica passada e a “*práxis* do cotidiano político”, com suas “considerações”, perfurou fortemente o direito orçamentário.

parlamento, elas manusearam suas técnicas como meio simplificado e relativamente pacífico da luta de classes caso ele lhes garantisse vantagem; mas de maneira alguma pensavam em se submeter a ele quando essa técnica ameaçava se voltar contra elas próprias, na forma de decisões da maioria.

Os direitos fundamentais – o âmbito objetivo de operação do Estado

Ninguém tratou da oposição entre os direitos fundamentais tradicionais do século XVIII e o princípio democrático constitucional de maneira mais acertada e mais correta do que Karl Marx. Em um de seus primeiros escritos, a *Sagrada Família*, ele mostrou, no capítulo *Golpe crítico contra a Revolução Francesa*, a ampla tensão que existia entre uma consciência estatal unitária e democrática e os direitos humanos e fundamentais liberais. Essa tensão era ainda mais importante precisamente no momento em que a Revolução Francesa burguesa queria transformar esses direitos humanos e fundamentais em princípios de configuração interna de seu novo Estado anti-monarquista. Lá, Marx dizia:

“Robespierre, Saint-Just e seu partido sucumbiram por terem confundido a antiga comunidade realista-democrática, baseada na verdadeira escravidão, com o moderno Estado representativo espiritualista-democrático, que está baseado na escravidão emancipada da sociedade burguesa. Que engano colossal ter de reconhecer e sancionar nos direitos humanos a moderna sociedade burguesa, a sociedade da indústria, da concorrência geral, dos interesses privados que perseguem com liberdade seus próprios fins, da anarquia, da individualidade natural e intelectual alienada de si mesma e, ao mesmo tempo, anular depois, em alguns indivíduos, as manifestações de vida dessa sociedade, e ao mesmo tempo formar a cabeça política dessa sociedade à maneira antiga.”⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ “Robespierre, Saint-Just und ihre Partei gingen unter, weil sie das antike realistisch-demokratische Gemeinwesen, welches auf der Grundlage des wirklichen Sklaventums ruhte, mit dem modernen spiritualistisch-demokratischen Repräsentativstaat, welcher auf dem emanzipierten Sklaventum der bürgerlichen Gesellschaft beruht, verwechselten. Welche kolossale Täuschung, die moderne bürgerliche Gesellschaft, die Gesellschaft der Industrie, der allgemeinen Konkurrenz, der frei ihre Zwecke verfolgenden Privatinteressen, der Anarchie, der sich selbst entfremdeten natürlichen und geistigen Individualität in den Menschenrechten anerkennen und sanktionieren zu müssen und zugleich die Lebensäußerungen dieser Gesellschaft hinterher an einzelnen Individuen annullieren und zugleich den politischen Kopf dieser Gesellschaft in antiker Weise nachbilden zu wollen.”

Como Kirchheimer aponta no texto, esta passagem é retirada de *Die Heilige Familie [A sagrada família]*, de Karl Marx e Friedrich Engels. Como é comum neste artigo, Kirchheimer não indica a edição do livro citado, não mantém as ênfases em itálico no original e, ainda, comete um erro no título do capítulo: o autor fala em “Kritischer Schlag gegen die französische Revolution” e as Marx-Engels Werke (MEW) trazem “Kritischer Schlacht gegen die französische Revolution”, o que levaria a traduzir o título por “Batalha crítica...” e não “Golpe crítico...” (MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Werke* – Band 2. Berlim: Dietz Verlag, 1962, p.125). Isso sugere que Kirchheimer não tinha os livros consigo no momento da citação. A tradução desta passagem para o português foi extraída, com alterações, de MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *A sagrada família: ou A*

Em todas as suas liberdades, os direitos fundamentais tradicionais foram, desde o início, por assim dizer garantias do indivíduo burguês contra seu próprio Estado. Apesar disso, a proclamação festiva da liberdade, da propriedade, da segurança e do direito de resistência não ganhou importância em razão disso porque aqui foram enunciados princípios que, em seu conteúdo fundamental, já pertenciam há muito tempo atrás ao equipamento intelectual do século XVIII que estava em declínio; os direitos humanos que, daquele momento em diante, foram tomados por todas as constituições revolucionárias da França, contribuíram para conferir, aos olhos do mundo contemporâneo, uma grandeza ética à França e para assegurar o efeito de propaganda que uma grande parte do sucesso com que contava a França revolucionária. Os direitos humanos tiveram uma participação na justificação do Estado burguês francês que não pode ser subestimada. Uma força vinculante como essa não lhe foi mais inerente ao longo do século XIX; naquela época, quando o que valia era se adaptar às conquistas do Estado burguês, mostrou-se que sua força não era suficiente para superar seu conteúdo-base que era, em princípio, não-estatal e antissocial. Esse abismo teria sido ainda maior se, no século XIX – com suas inúmeras reminiscências absolutistas –, a burguesia não tivesse precisado urgentemente dos direitos fundamentais para ampliar seu posicionamento de classe.

Quando, no ano de 1919, uma constituição deveria ser criada para a nova república alemã, a adoção dos direitos fundamentais em sua forma tradicional não foi colocada em questão; porque, para os esforços socialistas, com a força que tinham na época, *esses* direitos fundamentais não poderiam ser suficientes como princípio constitutivo para o novo Estado. O parlamentar Friedrich Naumann foi quem, entre todos os participantes das deliberações constitucionais da época, reconheceu que a nova criação de direitos fundamentais não deveria mais se movimentar nos percursos já gastos do liberalismo, caso eles não devessem ser vítimas da insignificância. Naumann viu o novo Estado que havia surgido lá na Rússia, um Estado decidido a fazer avançar os princípios socialistas e que dava expressão a essa vontade em seus direitos fundamentais, os “direitos do povo trabalhador e explorado”, de maneira propagandística e altamente eficaz. Naumann contrapôs a ideia de Estado social ao individualismo dos direitos fundamentais liberais e à vontade socialista do operariado. Naumann pressupôs que os representantes da ordem econômica capitalista teriam tanta

sensatez e prontidão para se autolimitar que ele acreditava que eles iriam se adaptar à política de um Estado nacional humano, mesmo que ele atendesse amplamente as demandas da classe trabalhadora. Os títulos curtos dados por Naumann, bem como a versão final da seção sobre os direitos humanos, surgiram da intenção de dar à atividade estatal um itinerário de marcha, um programa vinculante. Eles definem o âmbito objetivo de operação do Estado. A Constituição responde à pergunta: como são compostos os órgãos estatais? A pergunta é por sua esfera de atividade. Com isso, ela não procura responder a esta pergunta com sinais secos de proibição, como fazem as constituições estatais liberais do ocidente, mas com determinações positivas. É por este meio que o Estado absorve a cultura e a economia no âmbito de sua regulação.

No entanto, surge o problema de se os âmbitos sobre os quais o legislador constitucional queria estabelecer determinações de longo prazo estavam à sua disposição tal como seria necessário. O processo de desenvolvimento extremamente instrutivo dos direitos fundamentais de Weimar mostrou que esse não foi o caso, de maneira alguma. Verificou-se que, lá onde o legislador queria determinar em nome de todo o povo, outros já haviam se preparado para atuar em nome de uma parte do povo, como a igreja na escola ou os funcionários públicos no âmbito mais próprio do Estado, a administração. Assim, ao final das deliberações constitucionais, definitivamente não sobrou muita coisa do caráter original e abrangente dos direitos fundamentais, no qual a ideia de estado social de Naumann, que vinha amplamente ao encontro das tendências predominantes, reverberou fortemente, por mais que sua formulação externa tenha sido rejeitada. No meio tempo, os grupos de interesse individuais foram tomados pelo medo diante da insaciabilidade do socialismo. Seguindo o exemplo dos governos dos *Länder* alemães, eles demandaram a ancoragem de seus direitos adquiridos, ou seja, dos direitos de seu círculo de interesses. Todas as reivindicações de ancoragem, inclusive aquelas da classe média independente na agricultura, indústria e comércio, foram levadas em consideração. E, como todas queriam ser ancoradas, não sobrou para o socialismo, que alegadamente dominava a Constituição, nada além do que também se deixar ancorar da mesma maneira. O sistema de direitos fundamentais de Weimar foi composto por essa série de âncoras, o que se caracteriza com frequência e de maneira imprecisa como compromisso. A caracterização como compromisso pode dar origem a erros.⁴⁵¹ Por “compromisso” geralmente se entende tratar de uma solução obtida por meio

⁴⁵¹ Nós podemos caracterizar esta circunstância como “compromisso convencional dilatatório” [*“dilatatorischen Formelkompromiß”*], como faz Schmitt em sua teoria da Constituição, isto é, um acordo dos partidos rivais em

de concessões de ambas as partes e que quer regular uma situação determinada por um período de tempo, de maneira válida, clara e conclusiva. Uma concessão como essa não foi feita na determinação dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar. O que se fez repetidamente lá foi muito mais justapor, sob um preâmbulo decorativo ou um artigo introdutório retirados do estoque de palavras social-estatais de Naumann, determinações diferentes, que correspondiam às visões culturais e sociais mais contraditórias entre si. Assim, os direitos fundamentais de Weimar não são compromissos em seus pontos mais decisivos, mas uma justaposição e reconhecimento de sistemas diferentes de valor até então não conhecida e única na história das constituições; têm sobretudo maior importância as influências diversas que participaram do surgimento dos direitos fundamentais, as influências socialistas, liberal-capitalistas e religiosas, que se tornaram eficazes por meio do catolicismo político. Com isso fracassou o plano de ter um programa social e cultural, corporificado nos direitos fundamentais, claro e unificador, sintetizador de todo o povo, que, para além da mera formulação, encerrasse em si mesmo a possibilidade de sua realização. A execução ou não-execução das configurações culturais e econômicas de futuro que foram depositadas e, ao mesmo tempo, oferecidas pelos direitos fundamentais dependia de qual força os grupos individuais de interesse demonstrassem na implementação de seus pontos programáticos inseridos nos direitos fundamentais.

O primeiro grupo, intitulado “A pessoa individual”, contém a maior parte da “herança liberal antiga” da burguesia. Ele se dedicava principalmente à proteção da pessoa individual em face das intervenções da administração estatal. No Estado monarquista anterior, contra o qual essas formulações burguesas de direito constitucional se voltam, o cidadão ficava, na qualidade de indivíduo, desprotegido perante o arbítrio de um aparato administrativo absolutista. O aparato administrativo burguês, que é desigualmente mais racional se comparado ao absolutista, não permite tratamento excepcional de pessoas individuais. Além disso, a contraparte do absolutismo – o cidadão individual ameaçado e digno de proteção – praticamente não existe mais na era das associações, de tal maneira que essas determinações perderam seu significado na medida em que elas se tornaram evidentes para nós. São apenas algumas poucas dessas formulações que têm um significado para além da proteção do cidadão estatal individual, como, por exemplo, a proposição introdutória que abre a seção da Constituição: “todos os alemães são iguais perante a lei”. No entanto, seu significado é

torno de uma fórmula que desloca a verdadeira decisão. Por uma questão de clareza, eu preferiria não aproximar, de maneira alguma, uma circunstância como esta com o conceito de compromisso.

mais do que problemático. Ela surgiu, historicamente, do medo justificado do cidadão em relação à aplicação desigual da lei e ao arbítrio da administração. Mas hoje existe uma briga animada sobre se ela não desempenha um papel mais importante de servir de proteção contra a legislação desigual e de vincular a própria corporação legislativa. Esse princípio recebeu essa interpretação principalmente na jurisdição [*Rechtsprechung*] dos Estados Unidos. A Suprema Corte de lá, com a ajuda da proposição de igualdade de todas as pessoas perante a lei, por muito tempo estrangulou propostas de uma legislação social modesta, na medida em que ela declarou que leis de proteção ao trabalhador violariam a liberdade da atividade humana e seriam inconstitucionais. Tanto a antiga interpretação quanto a nova, que eleva à desmedida o âmbito de aplicação da proposição de igualdade de todos os cidadãos, são apenas estações de passagem extremamente incompletas que não fazem justiça ao verdadeiro significado da proposição. Se, segundo a mais nova concepção, os pressupostos de igualdade são passíveis de verificação em atos dos órgãos legislativos, para isso é preciso de inspetores próprios, para isso foram escolhidos os juízes supostamente independentes; hoje eles já reivindicam para si o direito de revisar leis de acordo com sua constitucionalidade. No lugar da subjetividade do parlamento, se coloca assim a subjetividade de uma corporação muito menos abrangente do ponto de vista intelectual e social, um colégio de juízes, a quem é transferida uma tarefa que, na verdade, é puramente política. Isso porque não existe uma igualdade abstrata e juridicamente mensurável; não é tarefa dos juízes avaliar, segundo seus próprios critérios, critérios de igualdade contingentes de outros. Aquela proposição de igualdade perante a lei, justificada em si mesmo na época da monarquia por servir de proteção contra o arbítrio, vai formar desde então uma ficção ou até mesmo algo pior, um instrumento da reação, na medida em que, da igualdade formal e política dos direitos e possibilidades, não resultou igualdade substancial – e hoje isso quer dizer igualdade econômica. E isso não vai acontecer enquanto não for criada uma base de igualdade econômica que transforme possibilidades legais iguais em chances iguais. Hoje, essa proposição serve apenas à garantia do existente e ela desfruta de uma popularidade crescente entre todos os grupos de interesse capitalistas, já que ela é utilizada como medida de bloqueio contra cada alteração do *status quo* econômico e, sob o pretexto da proteção à igualdade, a maior desigualdade – justamente a distribuição de bens existente – é sancionada com sua ajuda. Com a adoção desse antigo princípio constitucional de igualdade perante a lei, mostra-se o quão ambíguas são essas determinações constitucionais aparentemente tão claras. Na verdade, o princípio da igualdade perante a lei teve três conteúdos de significado distintos em épocas distintas. No início da época liberal, ele foi uma proteção contra o arbítrio da

administração; no período do capitalismo avançado, ele é garante da ordem social existente; no período socialista, ele vai servir para a fundação da base de igualdade econômica. É só apontando sua função no interior de uma ordem social dada que o verdadeiro significado da proposição de igualdade perante a lei se aclara.⁴⁵²

A tentativa de regulação da vida econômica e de seu sucesso é extraordinariamente problemática, ainda mais para o destino da obra constitucional de Weimar, em que tem significado decisivo. No que diz respeito à questão central – propriedade privada ou economia coletiva? –, a Constituição de Weimar permanece fiel a seu método caracterizado anteriormente. Ao lado dos lugares comunitários – que não obrigam ninguém e que ninguém pode invocar –, ela justapõe, com igualdade de direitos, os dois sistemas econômicos possíveis: capitalismo mantenedor da propriedade privada e socialismo que pressupõe a propriedade comum. Ainda que garanta a propriedade privada, ela prevê expressamente sua transposição em propriedade comum. Em razão do fato de que a justaposição de sistemas econômicos se expressa aqui na possibilidade técnica da transposição de um no outro, surgiu a opinião de que o artigo 153 da Constituição do *Reich* não se detinha mais de maneira rígida no conceito de propriedade. Isso partiria de sua formulação, que já prevê a possibilidade de expropriação. Uma perspectiva como essa só pode estar embasada no desconhecimento das determinações sobre propriedade privada, tais como elas se encontram em todas as constituições burguesas desde 1789; isso porque a Constituição de Weimar acompanhou de perto os exemplos tradicionais das constituições burguesas justamente no que diz respeito a este ponto. Todas elas garantem a propriedade privada de forma mais ou menos patética e, no entanto, preveem um caso excepcional de expropriação, mediante indenização adequada, de acordo com o interesse público para satisfação de uma necessidade individual concreta. Essa expropriação tradicional do artigo 153 não supera a propriedade privada. É certo que se pode objetar que, mesmo quando ele conserva a propriedade privada, o parágrafo 1º do artigo 153 dá, por meio das palavras “seu conteúdo e seus limites derivam das leis”, uma carta branca muito maior ao legislador – se comparado ao que fazem as outras constituições europeias modernas – para determinar os contornos da propriedade de maneira mais estreita e desigual do que nos séculos anteriores. Mas a ciência jurídica burguesa não compartilhou dessa visão completamente plausível e que seguramente foi favorecida por uma parte dos

⁴⁵² O artigo 134 apresenta um caso especial de aplicação desta proposição: “Todos os cidadãos, sem distinção, na proporção de seus meios, contribuem para todos os encargos públicos, de acordo com a lei”, que se encontra na seção sobre a vida comunitária, que foi pouco discutida aqui. A *praxis* pouco promotora da comunidade da legislação tributária alemã mostra o quanto justamente esta determinação permaneceu restrita à esfera de influência de um “conceito de igualdade” altamente capitalista.

legisladores constitucionais. Pelo contrário, ela se esforçou, com sucesso, para limitar, de maneira ainda mais significativa se comparada com o estado jurídico do século XIX, os contornos das intervenções estatais sem indenização. A jurisprudência do tribunal do *Reich* mostra o quanto o artigo 153 ganhou uma função exclusivamente de proteção da propriedade privada na *praxis* constitucional e administrativa. Ela expandiu o conceito de expropriação de maneira ilimitada e, assim, fez com que o Estado fosse obrigado a pagar indenização por cada intervenção necessária do ponto de vista do interesse do bem-estar público. Em combinação com a proposição já discutida aqui de igualdade perante a lei, é justamente o artigo 153 que se torna o baluarte jurídico por trás do qual a ordem econômica capitalista se entrincheira.

Os artigos 155 e 156 contêm as possibilidades de socialização e de fusão forçada de empresas. Mas cada medida de socialização é tornada de tal maneira dependente do outro sistema econômico possível na Constituição do *Reich* – o capitalismo baseado na propriedade privada dos meios de produção – que as determinações sobre expropriação também encontram aplicação na socialização; cada medida de socialização é tratada como se fosse uma expropriação e, portanto, exige indenização adequada. O peso do existente, sempre presente, é ainda mais intensificado nesse caso da propriedade privada, já que a constituição não tomou uma decisão sobre a questão de qual sistema econômico deve dominar, mas apenas prevê uma possibilidade de socialização cuja implementação é deixada para leis individuais a serem aprovadas mais tarde. Em combinação com a cláusula de indenização pensada de maneira puramente econômico-privatista, essa regulação teve o papel de ao menos favorecer o desenvolvimento que levou ao fato de que a socialização de empresas simplesmente não aconteceu. No âmbito da propriedade de terras e da propriedade fundiária, leis de ocupação e domicílio foram aprovadas para executar a determinação de socialização do artigo 155 da Constituição do *Reich*. Mesmo se essas leis tivessem tido uma implementação mais intensiva do que em verdade foi o caso, isso não alteraria em nada o fato de que, já aqui, as determinações da Constituição falham, nos pontos mais decisivos, em reconhecer o verdadeiro inimigo de toda a essência democrática do Estado. Desde os dias de Tibério Graco, passando pela lei agrária na Revolução Francesa até os dias de hoje, a questão da distribuição fundiária sempre foi, em primeiro lugar, uma questão de delimitação da propriedade de grandes terras a perímetros máximos. A Constituição de Weimar desconsidera completamente essa questão e, também aqui, no lugar da distribuição imediata de terras feita pela própria Constituição, prevê apenas a possibilidade de atos

individuais de expropriação para assentados e para lugares de habitação. Com isso não é só a solução dos importantes problemas agrários que fica economicamente dificultada, mas ela também entrega ao inimigo mais perigoso de toda constituição democrática – os latifundiários – as bases econômicas de sua posição de poder. Enquanto ele as detiver, vai utilizá-las para manter os trabalhadores do campo em regime de servidão política e econômica. O desenvolvimento dos últimos dez anos decidiu de maneira clara e inequívoca em favor da propriedade privada dos meios de produção; ela determinou qual, entre as *possíveis* formas econômicas previstas pela Constituição de Weimar, deveria ser a *verdadeira* forma econômica do tempo presente.

O papel do assim chamado “artigo dos conselhos” [*Räteartikel*] da Constituição de Weimar também é determinado pelo fato de que o sistema econômico capitalista foi completamente mantido. Ele é a manifestação constitucional do acordo Stinnes-Legien de novembro de 1918 e proclama que “os trabalhadores e funcionários são chamados a, em igualdade de direitos e em comunidade com os empresários, participar da regulação das condições salariais e de trabalho, bem como de todo o desenvolvimento econômico das forças produtivas”. Enquanto poucos artigos anteriores da Constituição colocam socialização e propriedade privada como princípios a serem escolhidos, uma síntese dos princípios mais contraditórios é tentada aqui. Com isso, o grupo de trabalho [*Arbeitsgemeinschaft*] temporário – que aqui serviu de exemplo e que foi formado, tendo o existente por base, para a superação conjunta de dificuldades externas (liquidação da guerra perdida) – é confundido com um grupo de trabalho permanente. É certo que um grupo de trabalho como esse só pode estar embasado na conformidade aos princípios sociais. Porque o curso do desenvolvimento também fez, desse artigo dos conselhos e de sua lei de implementação mais importante – a lei dos conselhos de empresa –, o que só poderia ser feito dele de acordo com o estado das coisas: um sistema de medidas de proteção para trabalhadores e funcionários que, na verdade, só oferece uma compensação frente ao poder dos empregadores, que aumentou imensamente em razão da concentração e da racionalização.⁴⁵³ Essas determinações não conquistaram um significado de maior alcance, tal como teria sido possível, de acordo com a lei dos conselhos de empresa, por meio da influência e do controle das empresas. A relação hoje dominante entre forma política e poder econômico também tirou o significado político da atividade do Conselho Econômico do

⁴⁵³ Cf. o ensaio de E. Fränkel para o jubileu de dez anos da lei dos conselhos de empresa no número de fevereiro da *Gesellschaft*, 1930.

Reich [*Reichswirtschaftsrat*]. Ao lado da representação puramente política, ele havia sido pensado como uma representação – certamente bastante limitada em sua área de influência – de todos os grupos econômicos de interesse. Mas diante do fato de que o parlamento atual é só a forma política para o acolhimento das oposições econômicas, ele tira o espaço da atividade do Conselho Econômico do *Reich*, que, idealmente, seria mais fraca e constitucionalmente desigual. O projeto de lei sobre o Conselho Econômico do *Reich* definitivo, que deve substituir o Conselho Econômico do *Reich* que até agora ficou só no estágio provisório, leva esses fatos completamente em conta. Ele transfere a atividade principal do Conselho Econômico do *Reich* do plenário para as comissões e introduz uma comissão especial de inquérito; ele substitui o número alto de membros previsto anteriormente pela possibilidade de consulta a membros especialistas e não-permanentes e, assim, dá uma nova orientação à instituição como um todo. Dos três campos de atividade que foram dados ao nosso Conselho Econômico do *Reich*, em analogia ao conselho econômico estabelecido na França em 1925 – estudar, procurar soluções e recomendar sua aceitação –, o estabelecimento de um aparato de estudo abrangente, equipado com autoridades inquisitórias, deveria ser o mais importante; porque procurar por soluções e “recomendar” sua aceitação já são tarefas ocupadas hoje por órgãos equipados com maior autoridade em razão do poder das relações.

Assim, no geral, os direitos fundamentais do povo alemão não corresponderam à função atribuída aos direitos fundamentais. Eles não são e, de acordo com seu surgimento e seu conteúdo, não poderiam ser valores em cujo nome o povo alemão poderia se unificar.⁴⁵⁴ Mas, por meio de sua ambiguidade reluzente, eles promoveram consideravelmente aquela falta preocupante de capacidade para tomar decisões políticas, que caracteriza a agonia da nossa vida política atual, e não deram apoio programático claro à essência democrática estatal de que o Estado e seus órgãos executivos mais do que nunca precisavam.

Governo

A Constituição de Weimar não contém regulamentos conclusivos e incondicionalmente vinculantes a respeito da formação e da condução do governo. Seguindo

⁴⁵⁴ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, 1928.

a apresentação de Carl Schmitt, podemos diferenciar quatro grupos de determinações que, sem se excluírem mutuamente, dão uma base de direito constitucional para a formação e a condução do governo. Em primeiro lugar está a influência da maioria parlamentar, cuja confiança é, de maneira mais ou menos acentuada, o fundamento da existência de qualquer governo; a Constituição do *Reich* também concede influência ao chanceler do *Reich* na medida em que ela o deixa determinar as linhas orientadoras da política e lhe dá a presidência do Colégio de Ministros junto com o voto de desempate. Ao lado dessa referência à possibilidade de um sistema baseado na figura do primeiro ministro, a Constituição contém alusões imediatas e mediatas a um sistema de gabinete ministerial, baseado num colégio político de ministros; a tomada de decisão em colegiado no gabinete,⁴⁵⁵ prescrita de acordo com a Constituição do *Reich*, fala em favor dessa indicação e é complementada de maneira eficaz pelos acordos de coalizão de grupos partidários que, em verdade, estipulam as linhas orientadoras da política de antemão. Por fim, é preciso mencionar a esfera de influência constitucional do presidente do *Reich* que vai ser tratada em detalhes na próxima seção. – No campo da *praxis* política, três tipos fundamentais se evidenciam diante das múltiplas possibilidades de formação de governo dos últimos três anos, em que infinitas *praxis* inventivas podem ser reduzidas aos seguintes pontos:

1. Formação de governo por meio da convocação de um não-parlamentar para o cargo de chanceler do *Reich*, chamado de “especialista”, com possibilidade de recorrer a outros assim chamados técnicos especialistas e a políticos de partido individuais, na qualidade de homens de contato desse governo “suprapartidário” com os partidos (tipo Cuno, 1923);
2. Formação de governo por meio de sólidos acordos de coalizão, limitados a círculos de operação determinados (tipo Marx-Keudell, 1927/1928);
3. Formação de governo por meio da incumbência de um líder partidário ao cargo de chanceler, com maior ou menor vinculação a grupos partidários, sem acordos utilitários (tipo Müller, 1928/1930).

⁴⁵⁵ Esta decisão colegiada foi desconsiderada em um caso específico; §21, inciso 3 do orçamento do *Reich* permite que o Ministro das Finanças do *Reich*, em conjunto com o Chanceler do *Reich*, evite a criação de uma despesa ou a emissão de uma nota no projeto de planejamento orçamentário, mesmo contra a maioria dos demais ministros.

No que diz respeito à *praxis* da formação de governos, essa divisão tem um caráter puramente de orientação.⁴⁵⁶ Do ponto de vista de princípio, todos esses casos obedecem a uma legalidade que, na maioria das vezes, já determina a própria formação do governo e sempre determina o tipo de exercício do governo: ser, em essencial, um espelhamento das relações sociais existentes. Nesse sentido, todos os governos mostram, há um muito tempo, uma grande estabilidade. Assim como o conjunto da situação política nos anos de 1918-1920 foi determinada pelo fato da derrota alemã, ela é hoje essencialmente determinada pelo fato de que o sistema econômico capitalista na Europa fez todos os seus inimigos recuarem por enquanto. Esses inimigos eram de fato numerosos entre 1917-1919, mas lhes faltava a relação mútua necessária e eles foram restringidos em sua efetividade em razão de sua situação nacional, seja de vitória ou de derrota. Nos últimos tempos, o sistema capitalista aumentou sua esfera de influência de maneira considerável por meio de sua auto-concentração e da imposição de recuos à atividade econômica das corporações públicas. Em razão da unificação de toda a produção e do fato de que sua direção está nas mãos de poucos líderes econômicos, esses líderes direcionam hoje a orientação das políticas externa, comercial e econômica de tal maneira que não é apenas nos Estados Unidos que fica obscuro se, em negociações comerciais contratuais ou em acordos tarifários, por exemplo, grupos de interesse capitalistas privados representam certos interesses especiais – interesses que, na maioria das vezes, não são idênticos aos da população de um país como um todo – ou se são parceiros contratuais do Estado. Além disso, o desenvolvimento político da Alemanha acarretou no fato de que o portador do monopólio da violência física, o exército do *Reich* [*Reichswehr*], forma um fator que não deve ser subestimado no que diz respeito à manutenção do sistema econômico capitalista. O Ministério da Defesa do *Reich* é, desde a fundação da república, um assim chamado “ministério técnico”; e com isso se retirou todo possível efeito que poderia resultar de uma alteração de política interna e o ministério foi colocado, uma vez por todas e de maneira explícita, a serviço de uma ordem burguesa cuja existência estava pressuposta, por meio da representação de especialistas que permaneceram de governo a governo.

⁴⁵⁶ Em seus ensaios espirituosos de *Wieder einmal eine Krise (Der Klassenkampf)*, n.8, 1929), Paul Levi apontou para o fato de que seria necessário uma tese de doutorado própria para examinar as diferenças entre esses dois tipos diferentes de governo.

Em contraposição a essas decisões políticas de conjunto, estipuladas por um tempo mais longo em razão das relações sociais, está a esfera que está reservada para o livre jogo das forças políticas e que permanece dentro desse quadro pré-determinado. Em oposição à “esfera de direção”, mais ou menos submetida à legalidade da ordem capitalista dada, essa esfera é chamada de “esfera de distribuição”. Ela abrange a participação da população, de alguma maneira dependente do sistema econômico capitalista, no produto social que se exprime em contratos coletivos, determinações sobre seguridade social, desemprego, habitação, apenas para citar os mais importantes. Aqui se refletem as respectivas relações políticas internas de poder entre operariado e capital, que são dependentes de diversos fatores e que geralmente apresentam apenas um parâmetro enganoso para as eleições políticas. Enquanto que, no interior da “esfera de direção”, o governo tem que se adaptar à legalidade própria da ordem econômica capitalista com maior ou menor predisposição, dentro da “esfera de distribuição” ele se tornou muito mais um *clearing-house* (que, nesse caso, é melhor traduzido por “estação de tratamento”). Sua tarefa é equilibrar os desejos contraditórios das organizações econômicas representadas por suas associações de cúpula, levando continuamente em consideração as relações de força existentes entre os grupos individuais, de tal maneira a evitar uma ameaça à linha traçada para o conjunto da política.

Nos últimos tempos, no contexto das tentativas demoradas de formações e remodelações de governos, as relações entre governo e parlamento foram discutidas criticamente e em detalhes. A crise, que levou a que a formação de governo – o que na Alemanha sempre foi, se comparado por exemplo com a situação da França, um empreendimento muito difícil – fosse entendida por muitos como pronta para uma liquidação forçada, tem uma razão muito justificada. As últimas eleições permitiram com que os representantes do operariado entrassem no parlamento com uma tal força que, por mais que lhes tenham prometido uma influência decisiva na formação do governo segundo as próprias leis da mecânica política, isso não correspondeu à distribuição de poder econômico entre operariado e capital, que tem cada vez mais se deslocado em favor do capital. Todas as tentativas de renovação da vida política da Alemanha por meio da eliminação do parlamento “nocivo” com seus princípios partidários rígidos em realidade não têm outra coisa por objetivo que não afastar a desproporção entre mecânica política e violência econômica, retirar a influência da esfera da distribuição no que diz respeito aos deslocamentos políticos de poder e também reconduzi-la aos contornos da ordem burguesa. Um amplo sucesso já foi concedido a essas tentativas do ponto de vista prático-político. Por meio da posição de poder

do presidente alemão do banco do *Reich* no âmbito da política monetária e de crédito, o campo que até então estava livre para o jogo das forças políticas internas foi amplamente estreitado. Foram sobretudo as cidades que estavam especialmente engajadas no âmbito da política social que nos últimos tempos começaram a notar a dependência funcional que a esfera de distribuição tem da esfera de direção. Soma-se a isso o fato de que cada suposta neutralização de uma área de especialidade específica (trens e banco do *Reich*) significa sua exclusão das possibilidades de acesso do operariado no interior dos contornos da esfera de distribuição.

Essa diminuição da liberdade de decisão do parlamento tem o efeito político-constitucional no esforço de tornar o governo amplamente independente do parlamento, uma vez que, afinal de contas, ele espelha as vontades opostas de partes grandes da população de maneira clara demais. A proposta de emenda constitucional do Partido do Povo Alemão, rejeitada pelo *Reichstag*, foi a mais radical e consequente na separação entre parlamento e governo, uma vez que exigia uma maioria de dois terços do *Reichstag* para o voto de desconfiança, que só poderia ser substituída por uma maioria simples no caso de uma terceira leitura do orçamento. Esses esforços de reforma constitucional foram coroados pelas propostas da Associação do *Reich* da Indústria Alemã,⁴⁵⁷ recebidas pelo Partido do Povo Alemão, referentes à posição política-financeira do parlamento. Licenças para despesa sem autorização do governo do *Reich*, por meio das quais o comissário do *Reich* deve obter uma posição decisiva, não devem mais ser possíveis no futuro. Dessa maneira deve ser afastada a desproporção que Popitz formulou certa vez com uma franqueza digna de reconhecimento: “que não é raro que o direito universal de voto componha as representações populares autorizadas de tal forma que não são justamente aqueles que estão nas mais altas faixas de pagamento de imposto de renda que precisam sentir duramente os custos adicionais que têm maior força nas representações, mas frequentemente são aqueles que representam os círculos populares menos abastados”⁴⁵⁸. Esses planos são completamente consequentes do ponto de vista daqueles que querem, em favor do poder econômico, afastar a oposição entre os lugares de poder econômico real e a forma política externa. Mas quem vê, por detrás dessa tensão, todas as forças que os inimigos da atual distribuição de poder econômico representam, vai precisar se preocupar com a ativação dessas forças. Porque é impossível prosseguir com essa

⁴⁵⁷ Exposto em *Aufstieg oder Niedergang? Deutsche Wirtschafts- und Finanzreform 1929, eine Denkschrift des Präsidiums des Reichverbandes des deutschen Industrie*.

⁴⁵⁸ No artigo sobre compensação financeira no dicionário manual das ciências do Estado, vol. III, p.1013.

relação de tensão até o infinito. Nenhum Estado consegue sustentar uma desproporcionalidade como essa a longo prazo.

Estado de direito e serviço público

A tarefa de compensar interesses em conflito dentro da esfera de distribuição não compete apenas ao governo; em primeiro lugar porque é evidente que ele só consegue se dedicar aos objetos maiores e precisa deixar o trabalho minucioso aos órgãos subordinados. Mas, em segundo lugar, porque o elemento da estabilidade e o caráter interpartidário – que muitas vezes é confundido com o caráter suprapartidário – não lhe são atribuídos na mesma medida que esse trabalho exige. Orientações tradicionais voltadas ao Estado de direito são formas bem-vindas para a realização dessa tarefa. Houve uma época em que a ideia de Estado de direito servia para o acolhimento da luta entre burguesia liberal e monarquia; na medida em que ela saiu do círculo de pensamento e do arsenal político dos partidos constitucionais, ela passou por uma profunda troca de função. Originariamente, ela era o tímido meio de luta das camadas de posse e formação, para quem se tratava especialmente de criar competências para todos os interesses que retirassem do executivo monarquista a possibilidade de ampliação de seu poder de domínio. Hoje, o Estado de direito é a forma,⁴⁵⁹ em que uma grande parte das decisões da esfera de distribuição são tomadas – são tomadas de maneira aparentemente jurídica, cercadas por uma série de regulamentos técnico-processuais. Câmara arbitral, tribunal trabalhista e conselho de acordo sobre alugueis – todos estão embasados no princípio do deslocamento da decisão da esfera política para lugares remotos, vinculados a regulamentos jurídicos, aparentemente pertencentes à esfera política. Em verdade, na maioria das vezes eles precisam proclamar um acordo compulsório como se fosse um compromisso. Assim, a forma do Estado de direito – em que as lutas sociais são acolhidas no caminho de um procedimento processual – se torna aqui a linha divisória de grupos sociais inimigos que estão longe de ver nela a lei definitiva da distribuição de poder. No entanto, um procedimento compulsório de compensação revestido por formas de Estado de direito significa, para ambos, a garantia de ao menos ser levado em consideração de qualquer maneira, por mais que seja apenas sob a consideração da vigência das respectivas

⁴⁵⁹ Para o problema do Estado de direito, remeto ao ensaio de Hermann Heller, *Rechtstaat oder Diktatur?* (Tübingen, 1930), que é tão interessante quanto problemático, já em razão do tipo de pergunta colocada.

relações de classe prevalecentes. Então acontece que o trabalhador aclama, como avanço, a introdução de formas do Estado de direito naqueles lugares onde até então lhe havia sido negada qualquer influência. É por isso que a tentativa de fazer valer sua influência na organização da economia capitalista desaguou nas exigências pela criação de um escritório independente e organizado de acordo com o Estado de direito para a fiscalização de cartéis. Ao lado dessas formas do Estado de direito, por meio das quais a compensação se esconde por detrás de regulamentos processuais, existe ainda a compensação sob a forma de um árbitro, cujo valor está justamente na independência em relação às eventualidades, que cada regulamento processual traz consigo, em oposição à aparente objetividade da lei no Estado de direito. Uma pessoa pode ser tornar árbitro por força pessoal ou por força de seu cargo, como ilustram o árbitro nomeado ou, recentemente, a forma singular tomada pelo do ministro da arbitragem no conflito do Ruhr. No entanto, o objetivo almejado com a instituição do árbitro é o mesmo para o qual a forma do Estado de direito é utilizada. Ambos funcionam – por meio do direito, cargo ou pessoa – como órgãos de compensação na esfera da distribuição.

O funcionamento dos órgãos arbitrais e do Estado de direito não precisa ser garantido por uma independência formal. O desenvolvimento nos últimos dez anos mostrou que a administração de todos esses servidores, na medida em que eles se movimentam na esfera de distribuição, só é possível se as relações sociais dadas forem levadas em consideração; os próprios servidores têm o interesse de, em seu comportamento em relação às organizações de trabalhadores e empregados, adotar uma política que seja justa com todos os posicionamentos possíveis; porque, para exercer seus cargos, eles precisam pelo menos de uma atitude benevolente por parte dessas organizações que influenciam muitas pessoas por meio da imprensa, reuniões etc. – A relação é outra com os servidores da esfera de direção, ainda que estes sejam os assim chamados servidores dependentes, como oficiais, conselheiros etc. Eles não estão expostos à influência das diferentes organizações sociais, mas eles se encontram – apesar de todos as assim chamadas “tentativas de republicanização” –, em razão das relações reais de poder econômico, exclusivamente sob o âmbito de influência da burguesia e de suas grandes organizações econômicas.

O conceito de independência da justiça mostra o quanto o mundo dos fatos político-econômicos de hoje consegue fazer com que conceitos se tornem inúteis, conceitos que, talvez em um século anterior, tivessem um sentido político-constitucional bem determinado.

Nenhuma independência⁴⁶⁰ dos juízes foi capaz de evitar que – em matéria de alta traição e de traição à pátria, um campo de fato pertencente à esfera de direção – a atividade do Suprema Corte alemã [*Reichsgericht*] se tornasse apenas um fenômeno-reflexo [*Reflexerscheinung*] das relações dominantes de poder. E, na medida em que os outros âmbitos do direito penal só são levados em consideração no que diz respeito a suas funções de garantia da ordem econômica dominante, também hoje os tribunais não desempenham outra tarefa que não seja a de manutenção da ordem de propriedade vigente, ainda que de maneira mais humana e racionalizada. Na questão politicamente irrelevante sobre a distribuição de bens interna ao capitalismo, os tribunais não são apatidários pelo fato de que são independentes, mas porque há séculos existem regras jurídicas formais e válidas para questões como essas e não existem parâmetros cambiantes de tipo político-econômico. Assim, o exemplo da justiça é o melhor para mostrar quão pouco os princípios de direito constitucional – quer se trate da independência do juiz ou do dever de defesa da república, na qualidade de forma de Estado estipulada de acordo com a Constituição – dominam a efetividade do corpo de servidores. São só as relações reais de poder político-econômico que em verdade determinam a orientação e o tipo da atividade dos servidores.

O presidente do Reich

Seguindo a Constituição americana no que diz respeito a este ponto, a Constituição de Weimar prevê que o presidente do *Reich* seja eleito pelo povo. Mas, em contraposição com os Estados Unidos, ele não é o chefe independente do executivo, mas ele está vinculado à contra-rubrica do chanceler do *Reich* ou de um ministro no que se refere a todas as suas ordens e instruções, que, com isso, assumem a responsabilidade política perante o *Reichstag*. Apesar disso, o presidente do *Reich* mantém um posicionamento mais livre em relação ao governo, aprisionado ao voto de confiança do *Reichstag*. Ele é escolhido pelo povo, não pelo parlamento; ele convoca o chanceler do *Reich* e nomeia os ministros; ele tem o direito de dissolver o *Reichstag* e, em contraposição a parlamentos e governos cambiantes, ele conta como um elemento de estabilidade, já que ele fica regularmente no cargo por sete anos. Essas

⁴⁶⁰ Acerca do problema da independência dos juízes, nós temos o texto excelente de Ernst Fraenkel intitulado *Zur Soziologie der Klassenjustiz*. O trabalho de Franz Neumann – *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, Berlim, 1929 – fornece um rico material empírico para a tese apresentada aqui.

determinações constitucionais podem ter contribuído para a concepção errônea de que o presidente do *Reich* seria o único representante verdadeiro da nação, seria aquele que, livre das desavenças partidárias e sem ser responsável pelo parlamento ou por qualquer interesse especial, representaria a nação como um todo. É nesse sentido que se movimentam os comentários de Radbruch num ensaio sobre o balanço do ouro da Constituição do *Reich* na medida em que ele acredita que não se deveria utilizar os parâmetros da política partidária para avaliar as atribuições oficiais do primeiro presidente do *Reich*, uma vez que elas só deveriam ser expressão da *volonté générale*, da vontade ideal do povo como um todo, do interesse verdadeiro da nação. Radbruch nutria essa concepção em relação à gestão do presidente Ebert. A mesma concepção também é defendida diversas vezes em relação à gestão do senhor von Hindenburg. Aqui também é defendido o ponto de vista – apoiado na posição constitucional dos presidentes do *Reich* e, eventualmente, no que é considerado como suas qualidades pessoais – de que a posição do presidente do *Reich* estaria para além das classes. Isso é uma ficção; em primeiro lugar, as condições estabelecidas pelo direito constitucional para esse cargo não têm o significado que a elas se atribui; é certo que o presidente do *Reich* é escolhido pelo povo, mas também essa escolha é dominada pelos detentores do monopólio da organização política – os partidos –, que dispõem, sozinhos, do aparato técnico necessário para isto. Ou eles estabelecem um candidato de maneira autônoma ou eles se unem a grupos vizinhos em torno do homem de sua confiança. Além disso, o direito do presidente do *Reich* para procurar por um chanceler do *Reich* que lhe seja conveniente e, com isso, influenciar os acontecimentos políticos de maneira decisiva, foi restringido significativamente até agora por meio de situações criadas pela consideração habitual a novas eleições ou a outros acontecimentos políticos (luta pelo Ruhr!). De todo modo, para que o chanceler do *Reich* escolhido pelo presidente obtenha a aprovação da maioria do *Reichstag*, é preciso que ele tenha o cuidado de nomear um homem cuja política corresponda, mais ou menos, à relação de forças das classes. É só nesses contornos restritos que a liberdade política e a vontade pessoal do presidente do *Reich* podem ter efeito: ele consegue influenciar a política, seja por meio do ato de nomeação que está em suas mãos, seja por meio da influência constante sobre as flutuantes decisões de gabinete. Um presidente do *Reich* só consegue exercer seu cargo quando ele estiver em consonância, no que diz respeito de todas as questões fundamentais da política, com o governo e, assim, com as relações concretas de poder – todo governo é um reflexo dessas relações concretas de poder. Um exemplo concreto vai esclarecer este ponto. No ano de 1923, a Turíngia e a Saxônia foram governadas por governos socialistas que perseguiram o objetivo de uma política

puramente socialista, sem levar as relações dominantes no *Reich* em consideração. Na mesma época, na Bavária, um governo de orientação de extrema direita negou sua aprovação à implementação de leis do *Reich*. Esse governo mobilizou as tropas bávaras para estimular a queda do governo do *Reich* e para, com a ajuda delas, poder implementar a política do *Reich* que lhe parecesse a certa. Os governos da Turíngia e da Saxônia foram imediatamente depostos sob a aplicação do artigo 48, esses *Länder* foram tomados com tropas do exército e comissários do *Reich* e, com sua ajuda, novas eleições foram implementadas na Turíngia, cujo resultado não poderia ser ambíguo.⁴⁶¹ Nenhum governo foi deposto na Bavária, nenhum exército estranho do *Reich* pisou no solo da Bavária e nenhuma nova eleição inquietou o governo bávaro. Chegou-se muito mais a um *gentlemen agreement* entre o governo do *Reich* e o governo da Bavária, perpetuado na história constitucional sob o nome “Acordo Homburg”. A seguinte frase pode assinalar seu caráter amigável: “Por meio do presente acordo, o tratamento de quaisquer outros desejos contidos no memorando bávaro não será prejudicado”. Assim, o artigo 48 não foi aplicado de maneira igualitária pelo presidente do *Reich*, o chefe do Executivo, em aos menos dois casos que apresentavam situações jurídicas iguais. A razão política para isto é evidente. No caso da Alemanha central, tratava-se de um desvio da máxima incontestável do Estado burguês, produzida completamente já no ano de 1923, enquanto que no caso bávaro de maneira alguma se tratava de um desvio do Estado burguês, mas de duas concepções distintas sobre a maneira de realizá-lo foram confrontadas.⁴⁶² Essas concepções certamente se deixaram afastar por meio de um acordo, o que era impossível em relação aos princípios socialistas.⁴⁶³ Justamente a partir do comportamento concreto do presidente do *Reich* nessa situação que se pode reconhecer que a atividade compensatória do presidente do *Reich*, seu *pouvoir neutre* (poder neutro), tem limites rígidos. Uma atividade de compensação como essa só consegue ter efeito no interior das relações políticas de poder dadas no Estado burguês; para além delas, é também o árbitro que se torna partidário. Assim, era consonante com a lógica das relações políticas daquela

⁴⁶¹ O caso discutido rapidamente aqui é retratado em detalhes por Walter Fabian em *Klassenkampf um Sachsen*, Löbau, 1930.

⁴⁶² Nesse sentido, o comportamento oscilante do governo burguês em relação ao ministro Frick é característico. Como se trata apenas de uma nova política burguesa, de uma técnica de jogo adequada às relações do tempo, de maneira alguma se deve cortar de antemão todas as suas possibilidades.

⁴⁶³ Apesar das contraposições que existem entre o *Reich* e os *Länder* a respeito de interesses administrativos, financeiros e dos assim chamados interesses de soberania, este exemplo mostra justamente que, no fundo, todas as possíveis diferenças entre o *Reich* e os *Länder* provaram não ter qualquer importância diante de uma questão: o *Reich* e os *Länder* são homogêneos de acordo com sua estrutura política? Estão embasados nos mesmos princípios de ordenação social?

época que o presidente do *Reich* Ebert fosse mediador entre a Bavária e o *Reich*, mas que, na briga entre a Saxônia e o *Reich*, fosse o chefe do Executivo do *Reich*.

Como a possibilidade de influência política do presidente do *Reich* – seja como conselheiro, depositário fiel ou como árbitro – sempre fica dentro dos contornos da ordem de poder dada, então certamente sua função representativa, que está embasada nesta ordem, tem de ser executada dentro dessa esfera. O presidente do *Reich* deve representar o *Reich* como um todo e anunciar sua vontade de uma maneira que dê orientação para a totalidade do povo e para seus parceiros de direito internacional. Mas só se pode representar algo presente, algo que exista verdadeiramente. Friedrich Ebert e Hindenburg queriam e querem ligar determinadas representações políticas de valor diferentes entre si a sua função representativa, mas seu caráter não contém essa representação – nem pela imagem [*Vorstellung*] daquele que representa, nem tampouco daquele a quem a representação é direcionada, o povo, mas pela forma concreta dos verdadeiramente representados: as relações de poder dadas. Nesse processo inevitável e constantemente recorrente, em que os representados ficam em segundo plano, atrás da substância representada, e que não foi interrompido nem mesmo pelas pessoas de Stalin, McDonald nem tampouco Friedrich Ebert, fica evidente que, quando uma vontade ideal total não está presente, como é o caso na sociedade de classes, ela também não pode ser criada pela pessoa ou pela imagem do representante. Quando cada presidente do *Reich*, como é comum em todas as ordens sociais baseadas na hierarquia e na subordinação de classes, proclama que representa todos o povo, incluindo aqueles que resistem as relações de poder vigentes, mesmo aqui a representação antimarxista de que a presidência estaria para além das classes é uma ficção. Com isso são eliminadas todas as representações especiais de valor que se costuma associar ao cargo de presidente do *Reich*.

A Constituição sem decisão

As grandes e famosas constituições da França dos anos 90 do século XVIII marcam o início de uma determinada ordem das coisas humanas [*menschlichen Dinge*]. Com um *pathos* compreensível em razão de sua posição histórica, que repercutiu até nas tentativas constitucionais bem-sucedidas e fracassadas dos anos 40 do século XIX, elas proclamaram a vitória da nova era burguesa. Em um dos primeiros pontos altos da era burguesa, depois

da repressão sangrenta à Comuna de Paris, surgiu o primeiro relâmpago de um novo período histórico: além da Alemanha de Bismarck, a França republicana também promulgou novas leis constitucionais. Essas leis constitucionais não se preocuparam em lembrar que, em primeiro lugar, a burguesia francesa derrubou a monarquia feudal em nome dos direitos humanos inalienáveis e posou como sua protetora. A constituição não foi mais para a França do que ela foi para Bismarck: a base organizacional daquilo que existe.

O surgimento da Constituição de Weimar faz parte de um segundo ponto alto da era burguesa. Os últimos restos de um sistema feudal ou semi-feudal caíram no mundo todo com a penetração planejada de um capitalismo que se auto-organiza. O curso das ideias do operariado, que se fortaleceu de maneira poderosa na esteira do Estado capitalista, pressionou para além do Estado burguês – há pouco na Rússia, ele parecia ter desistido do próprio Estado burguês no primeiro ataque. Todos esses fatos que, num tempo relativamente curto mudaram a face cultural e econômica de povos e países, jogaram seu reflexo no surgimento da Constituição de Weimar, em cuja origem estava o destino particular da burguesia alemã. Assim, por mais que, de acordo com sua estrutura intelectual a Alemanha já fosse um país burguês desde a década de 40 e, de acordo com sua estrutura econômica, no mais tardar da década de 70 do século passado, a burguesia só conquistou uma posição de poder correspondente a sua posição econômica em uma época em que muitos supunham, prematuramente, que o poder da burguesia já tinha chegado a seu fim. Do lado de fora, nos Estados sucessores da Áustria e da Rússia, os povos – que há pouco tempo haviam conquistado sua liberdade enquanto nação – tentavam promulgar constituições o mais democráticas possíveis. Olhando com reverência para o ocidente e com timidez para o oriente, eles assumiram as formas constitucionais herdadas do século XIX, sem pensar que o Estado nacional do século XIX, para o qual essas constituições haviam sido feitas sob medida, não pretendia resolver os problemas do Estado de classes do século XX. Foi a consciência de terem se tornado Estados há muito pouco tempo que permitiu a esses países a reformular, sem pensar, constituições burguesas da Europa – logo em seguida eles cederam a estados constitucionais anarquistas. A Alemanha de 1919, que na época ainda era vista como a fortaleza mais robusta do socialismo continental, queria dar um passo à frente com seus direitos fundamentais. O aparelho burguês de organização foi completamente tomado com os antigos grupos de funcionários; com seus direitos fundamentais, em princípio foi deixado espaço para uma nova ordem social. Estava-se preparado para colocar o aparato estatal à disposição tanto da ordem social velha quanto da nova e prover para essa nova

ordem, independentemente de como ela viesse a ser, a aparência de legalidade. Assim como Max Weber, que, nesse sentido, menosprezava por completo a essência de uma constituição, a Constituição de Weimar entendeu por bem abrir caminho livre apenas para todas as tarefas imagináveis dirigidas à administração. Mas aqui está o erro irreparável de princípio desta Constituição: ela não se decidiu por ela mesma. Ela sucumbiu ao erro de achar que os princípios da democracia já seriam, neles mesmos, os princípios de uma determinada ordem social ou ideológica. Ela esqueceu que a democracia não consegue expressar mais do que o que já existia antes. Uma democracia consegue dar expressão externa a uma ordem social existente, ela consegue representá-la de maneira evidente. Na medida em que se confunde as formas da democracia com seu conteúdo, deixa-se de dar um programa político a esta Constituição. Desde 1919, a burguesia alemã tratou de, com sorte e habilidade, remeter a forma nua e pura desse programa político próprio a componentes burgueses individuais.

O sentido de toda Constituição que deve caracterizar o ponto de virada de um desenvolvimento político é anunciar um programa de ação determinado, em cujo nome deve acontecer a organização de uma nova ordem social. Essa ação se torna mais exequível na medida em que corresponder à relações econômicas, como foi o caso do programa da Constituição da Revolução Francesa; ela se torna cada vez menos exequível quanto menos ela se adaptar às relações econômicas dadas, como é o destino da Constituição da Revolução Russa. Na medida em que a Constituição de Weimar deixou de dar a si mesma um programa de ação e com isso se contentou em colocar os mais diferentes sistemas eleitorais para serem escolhidos, os pais da Constituição acreditavam que poderiam substituir um programa de ação política por instituições constitucionais democráticas, enquanto que criar primeiro esse programa teria sido tarefa da democracia. No entanto, “seu caráter consistia no fato de que ela não representava nada, mas permitia tudo”.⁴⁶⁴ Meio século antes, uma constituição liberal-democrática poderia ter alcançado uma efetividade ainda maior, na qualidade de princípio de organização nacional em um país com um número relativamente significativo de cidadãos interessados em política – e não apenas na política comercial – e com uma imprensa relativamente independente economicamente. No final da era burguesa, quando aquelas instituições memoráveis como “Estado de direito”, “formação burguesa”, “independência dos juízes” e “liberdade de opinião” tiveram perdido seu significado próprio por meio das condições de vida específicas do sistema da economia capitalista, a democracia

⁴⁶⁴ Lorenz von Stein, sobre a Constituição francesa de 1795, em seu *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, edição de 1921, volume I, p.395, uma obra que vale muito a pena ler.

só seria capaz de viver novamente se estabelecesse um compromisso claro com um princípio substantivo de organização da sociedade, o socialismo.

Foi o trágico destino da Constituição de Weimar o fato de, na hora de seu nascimento, o proletariado alemão não ter conseguido reunir força de vontade para cumprir aquela tarefa de criação de uma democracia socialista, livre de todo o radicalismo banal, mas ainda assim com a prontidão para fazer o historicamente necessário. A burguesia alemã tomou posse do poder político com quase um século de atraso, quando as bases intelectuais e econômicas de seu domínio já haviam se tornado extremamente questionáveis. Sua imposição de um recuo político só foi possível sob a condição de que suas exigências econômicas também foram assimiladas pela monarquia semifeudal. Ninguém pode, nas condições atuais, esperar que a burguesia se ofereça em sacrifício – e essa é a diferença essencial para a posição da burguesia em relação à monarquia semifeudal no último século – para cumprir as exigências econômicas do proletariado como contrapartida para que a esfera do *government* e da burocracia continue a lhe ser reservada. A eficácia autônoma das instituições constitucionais democráticas é colocada em questão pela indivisibilidade do campo político em relação ao econômico. Como não existe possibilidade de jogar política e economia uma contra a outra em favor de um terceiro inexistente, a Constituição degenera em uma regra formal do jogo que, na falta de uma instância mais alta, o poderoso está em condições de suspender de acordo com sua vontade. Só uma política socialista, que conhece a intransponibilidade dessas posições duplas em toda a sua gravidade, pode e vai reunir coragem para querer algo por si mesma, ao invés dessa Constituição – uma Constituição da dissolução do sistema de valores burguês –, que sempre vai ser serva dos poderosos de ocasião.

5. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar (1930), de Franz Neumann

Tradução de Bianca Tavorali^{465 466}

Nos onze anos de existência da Constituição de Weimar, a avaliação dos direitos fundamentais esteve sujeita a oscilações extraordinárias. Em apresentações populares de direito constitucional, eles foram exaltados efusivamente, seu significado foi elevado à desmedida. Por outro lado, de início a jurisprudência negou quase completamente o significado jurídico dos direitos fundamentais, praticamente menosprezou-os por completo, viu neles unicamente frases não vinculantes de proposições programáticas [Programmsätze] do legislador constitucional ainda a ser realizadas. Mas na medida em que a burguesia se fortalecia, em que a burguesia combatia as conquistas sociais da época pós-revolucionária, aconteceu uma reversão completa na avaliação dos direitos fundamentais também na teoria burguesa do Estado. Pode-se dizer que, hoje, não são apenas as ações legislativas do parlamento, mas também e acima de tudo ações puramente políticas dos gabinetes (por exemplo, a manifestação do gabinete prussiano sobre a participação dos funcionários na petição de referendo popular) que são juridicamente controladas por meio da utilização dos direitos fundamentais. Esse controle do parlamento e do governo é possibilitado pela ampla expansão do direito de revisão judicial, cuja extensão e importância eu tratei na revista acadêmica do partido (Neumann, 1929, p.517 e seguintes).⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ NEUMANN, Franz. Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung. *Die Arbeit – Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde*. Caderno 9, Berlin: 1930, p.569-582. Esta tradução foi publicada nos *Cadernos de Filosofia Alemã*: NEUMANN, Franz [1930]. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. Tradução de Bianca Tavorali *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.22, n.1, 2017. [N. T.]

⁴⁶⁶ Este artigo é, ao mesmo tempo, uma conferência sobre o comentário à segunda parte da Constituição do Reich organizado por Nipperdey e intitulado “Os direitos fundamentais e os deveres fundamentais da Constituição do Reich” [Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung], em 3 volumes, Berlin, 1930. [O primeiro e o segundo volumes são de 1929 (N.T.)]

⁴⁶⁷ Também sobre isso, ver o texto de Nörpel (1929, pp.368,513).

A importância dos direitos fundamentais continua a ser menosprezada apenas por parte dos jovens socialistas, que tentam mostrar que os direitos fundamentais apresentavam uma salada de escolhas políticas de valores irreconciliáveis e afirmam que a importância jurídica dos direitos fundamentais é pequena, que deles não resulta uma clara escolha de valores da Constituição (Kirchheimer, 1930).

Se fosse mesmo assim, então não seria apenas a Constituição, mas também a teoria constitucional que estaria em maus lençóis; isso porque a tarefa mais intrínseca dos juristas consiste em criar um sistema a partir de normas jurídicas que aparentemente se contradizem e indicar que – e quais – ideias fundamentais comuns estão na base dos direitos fundamentais. Aqui, o conteúdo jurídico de validade das determinações de direito fundamental da Constituição de Weimar tem que ser separado nitidamente do conteúdo fático de validade das normas de direito fundamental; isso porque pode muito bem ser que o desenvolvimento político efetivo e a interpretação efetiva das determinações de direitos fundamentais estejam em oposição ao que o legislador constitucional expressou na segunda parte da Constituição. Diante da importância extraordinariamente crescente dos direitos fundamentais, um empreendimento tal como o comentário, organizado por Nipperdey, à segunda parte da Constituição de Weimar, intitulado “Os direitos e deveres fundamentais da Constituição do Reich”, é de extrema importância. De fato, falta até hoje uma apresentação detalhada do conteúdo jurídico, político, social e cultural dos direitos fundamentais e o grande mérito do comentário de Nipperdey é ser a primeira tentativa, em três pesados volumes, de empreender uma interpretação como essa.

É certo que essa tentativa não conseguiria ter pleno sucesso já pelo fato de que um grande número de colaboradores, que pertencem aos mais diferentes campos jurídicos e políticos, participa do trabalho de comentário. Exatamente aquilo que foi dito acima – que seria preciso empreender a tentativa de, na interpretação da segunda parte da Constituição, desenvolver uma decisão política uniforme do legislador constitucional a partir da segunda parte da Constituição –, exatamente isso não pôde ser realizado no comentário de Nipperdey. Existem sérias contradições entre os diferentes colaboradores. Além disso, a edição também é inteiramente desigual. Não obstante, essa obra explicativa deve ser afirmada, incondicionalmente e sem reservas, como grande produção jurídica, já que ela fornece a primeira tentativa de grande escala de apresentar a segunda parte da Constituição de Weimar.

I. Direitos fundamentais e democracia

A primeira questão que surge é sempre a da compatibilidade dos direitos fundamentais com a estrutura democrática do Reich, que está prevista na primeira parte da Constituição de Weimar. De acordo com seu desenvolvimento histórico, os direitos fundamentais provêm da ideia de liberalismo e não da de democracia, tal como indicado na contribuição, infelizmente muito curta, de Hans Planitz, intitulada “Sobre a história das ideias dos direitos fundamentais” (Planitz, 1930, p.597 e seguintes) – até hoje me lembro com alegria de suas aulas sobre história constitucional em Frankfurt. A democracia é, de fato, personalista de acordo com sua origem, baseia-se, de fato, na pessoa individual, mas ela não quer justificar a liberdade da pessoa individual, mas sobretudo a coerção estatal. Classicamente, isso ganha expressão na famosa proposição de Rousseau de que a pessoa que entra na sociedade renuncia a todos os seus direitos, não mantém quaisquer direitos de liberdade, e Rousseau decididamente caracteriza como tarefa de seu livro justificar não a liberdade individual, mas a coerção estatal. Em várias passagens, ele caracteriza os direitos fundamentais e de liberdade como incompatíveis com a concepção de democracia (Neumann, 1929, p.522; Jellinek, 1919; Rousseau (s/d), p.243 I 6, p.245 I 7, p.336 IV 8). Também Marx apontou para a incompatibilidade dos direitos liberais de liberdade com a concepção socialista de Estado tanto na Sagrada família quanto nas Notas à margem do programa do partido operário alemão – e não exatamente com palavras gentis (Korsch, 1922).

Isso porque a finalidade dos direitos de liberdade é garantir, à pessoa individual, uma esfera livre do Estado, é assegurar-lhes uma finalidade de vida [*Lebenszweck*] em que o Estado não pode intervir em qualquer circunstância. É por isso que aparecem como direitos de liberdade típicos do liberalismo: a propriedade privada, as liberdades de comércio e de negócio, a segurança da pessoa e outros direitos similares. Esses direitos de liberdade são, portanto, pensados como direitos pré-estatais, que não seriam concedidos pelo Estado, mas que existiriam previamente ao Estado e que, como consequência, o Estado não poderia neles intervir, nunca e sob nenhuma circunstância.

Fossem os direitos fundamentais da Constituição de Weimar também direitos pré-estatais como esses, fossem eles, portanto, por si só invioláveis, então a Constituição de Weimar seria de fato uma constituição liberal em sua essência, que então naturalmente teria

que assegurar os interesses da burguesia proprietária, a segurança da *bourgeoisie*, sua propriedade, sua liberdade de contrato, sua liberdade de negócio.

Mas, na verdade, os direitos fundamentais como um todo não são mais construídos a partir de direitos de liberdade pré-estatais. Em nenhuma determinação de direito fundamental da segunda parte é possível encontrar a proposição de que esse ou aquele direito seria inviolável ou sagrado. Mesmo a propriedade não é – tal como ainda era na antiga Constituição prussiana – garantida como direito fundamental inalienável, mas ela é “assegurada pela Constituição”. Da mesma forma, todos os outros direitos fundamentais são apenas garantidos pela Constituição, são apenas garantidos pela segunda parte. Como consequência, é incorreta a teoria extraordinariamente engenhosa de Carl Schmitt (1928, p.104 e seguintes) de que determinadas decisões políticas de conjunto [*Gesamtentscheidungen*] – decisões que teriam sido tomadas pelo povo alemão em sua Constituição, mas especialmente aquelas decisões políticas de conjunto que estariam ancoradas nas mais importantes determinações de direito fundamental – tampouco poderiam ser modificadas por uma alteração constitucional porque senão a Constituição iria revogar [*aufheben*] a si mesma. É com razão que Thoma recusa essa concepção de Carl Schmitt em sua excelente contribuição introdutória sobre “A importância jurídica geral das proposições de direitos fundamentais da Constituição alemã do *Reich*” (Thoma, 1930, p.40). Se a concepção de Carl Schmitt estivesse certa, então uma evolução para além da Constituição de Weimar – seja em direção ao socialismo, seja de volta a um Estado de Direito puramente burguês – não seria possível nas bases do Estado de Direito. A teoria de Carl Schmitt compele à revolução se se deseja um desenvolvimento da Constituição.

II. A igualdade perante a lei

É evidentemente impossível tratar da importância social de todos os direitos fundamentais neste artigo. Por um lado, o autor não é competente para muitas das questões, por outro, um trabalho como esse ultrapassaria os contornos desse artigo.

Por isso, a seguir será feita apenas a tentativa de apurar a decisão política uniforme da segunda parte da Constituição de Weimar no âmbito da constituição econômica e da constituição trabalhista. Será colocada e respondida a questão de se a Constituição de

Weimar se decidiu pelos princípios [*Prinzipien*] do Estado de Direito burguês – por liberdade e propriedade – ou contra esses princípios [*Grundsätze*] do Estado de Direito burguês e, se ela os negar, em que medida essa decisão é positiva.

Quanto a isto deve-se partir do artigo fundamental em geral, a saber do artigo 109, que contém a seguinte determinação em seu primeiro parágrafo: “Todos os alemães são iguais perante a lei”. Infelizmente, justamente este artigo 109 teve um tratamento simplesmente insatisfatório no comentário organizado por Nipperdey, feito por Stier-Somlo (1930, p.158 e seguintes). Não cometeremos um erro se afirmarmos que essa contribuição apresenta, de longe, a pior contribuição na obra de três volumes de Nipperdey, na medida em que ela se restringe a reproduzir, com maior ou menor precisão, a disputa da literatura que irrompeu em torno da interpretação do artigo 109, sem que seja possível ver uma única ideia construtiva na contribuição de Stier-Somlo.

A interpretação do artigo 109 faz parte, com razão, dos problemas mais intensamente controversos da segunda parte da Constituição de Weimar.

A *antiga opinião* vê no mandamento de igualdade [*Gleichheitsgebot*] do artigo 109 apenas e antes de tudo uma ordem destinada às autoridades executivas [*Vollziehungsbehörde*] (Justiça e administração) para tratar todos os cidadãos do Estado de maneira igual perante a lei.⁴⁶⁸ Ela rejeita entrever, no artigo 109, também uma ordem destinada ao legislador, uma ordem que o proibisse de decidir arbitrariamente, de se conduzir por motivações não pertinentes e a tratar o igual como desigual. A teoria anteriormente dominante invoca, como argumento para defender sua opinião, sobretudo a antiga Constituição prussiana, a qual também continha o direito fundamental da igualdade perante a lei e, a esse respeito, a teoria dominante não duvidava de que o mandamento de igualdade era direcionado apenas às autoridades executivas.

A teoria hoje dominante, que endereça o mandamento de igualdade também ao legislador, justifica seu ponto de vista recorrendo, em especial, à praxis do Estado suíço e americano, além de se valer de ponderações políticas e sociológicas.⁴⁶⁹

A importância política da questão em disputa é excepcionalmente grande. Se a proposição de igualdade se direciona também ao legislador, então ele está limitado de saída

⁴⁶⁸ Hoje sobretudo Anschütz (1929). *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlim.

⁴⁶⁹ Sobretudo Leibholz, 1925; Eldag, 1925; Poetzsch-Heffter (s/d); Heller, 1929 e muitos outros.

pelo direito fundamental de igualdade; então são impostos entraves à democracia não só por meio dos direitos fundamentais individuais e específicos, mas é estabelecida uma limitação geral por meio do mandamento central de direito fundamental do artigo 109.

Mas se a teoria dominante estiver certa, então desenvolver o conteúdo material do mandamento de igualdade passa a ser decisivo.

A igualdade perante a lei pode ser determinante inicialmente de maneira apenas *negativa*. Ela pode significar que as mesmas chances são concedidas a cada pessoa, que, como a *praxis* estatal americana costuma dizer, cada um tem “equal opportunity” (Stimson, 1923, p.43). Uma igualdade como essa é apenas uma igualdade formal. Ela não pode entrar em conflito com a ideologia liberal da liberdade, já que a ideologia liberal da liberdade diz exatamente o mesmo, a saber: que todas as pessoas são livres por direito, livres para celebrar contratos, adquirir propriedade, estabelecer um comércio e, nesta medida, a distinção de fato, ou seja, a diferenciação social das pessoas, permanece desconsiderada.

Se só essa igualdade negativa formasse o conteúdo do mandamento de igualdade da Constituição de Weimar, então a proposição de igualdade do artigo 109 não seria nada além de mais um componente do Estado de Direito burguês, que repousa sobre a liberdade e a propriedade.

Além disso, a igualdade pode ser uma igualdade *positiva*. Ela pode conter a exigência de não apenas criar as possibilidades jurídicas para que cada um possa participar dos bens da sociedade, mas pode também conter a exigência da possibilidade de fato. É inegável que o mandamento de igualdade tem um determinado conteúdo positivo. Ele tem esse conteúdo positivo sobretudo e de maneira indubitável no âmbito político, na igualdade do direito ao voto, na eliminação das diferenças de estamentos, na igualdade de acesso aos cargos públicos.

Discutível é apenas se a *proposição de igualdade* também exige uma *igualdade econômica e social positiva* ou se ao menos demanda que se comece com a realização da igualdade econômica e social.

A seguir, vou procurar mostrar que esse é o conteúdo do mandamento de igualdade.

A igualdade não é, definitivamente e sob hipótese alguma, uma igualdade matemática. Ela não pode ser porque a ordem jurídica precisa, necessariamente, avaliar (Heller, 1929, p.12). Isso foi muito belamente ilustrado pelo antigo ministro francês das

relações exteriores, Viviani, em uma das sessões da Liga das Nações, em que se discutia sobre igualdade de gênero. Quando um dos animados participantes em favor da igualdade de gênero negava toda diferenciação jurídica entre homem e mulher em geral, Viviani respondeu que havia, sim, uma pequena diferença e acrescentou: “*Vive cette petite différence!*” A igualdade, portanto, sempre pressupõe diferenças.

A igualdade perante a lei é o princípio formal da democracia (Schmitt, 1928, p.228). Isso porque a democracia justifica a dominação [*Herrschaft*] de forma imanente e não transcendente. No fundamento da ideia da democracia está a teoria da soberania popular, que ensina que existe uma identidade entre dominantes e dominados. Como formula Lorenz von Stein, para ser completamente livre, cada pessoa precisa tomar parte no governo do povo e, “como naturalmente o conceito da personalidade é atribuído a cada um de maneira igual, então resulta que essa parte precisa ser igual para cada um” (von Stein, 1921, III, p.131).

A democracia pode ser novamente uma democracia liberal, quero dizer: uma democracia cujo âmbito objetivo de operação [*sachliches Arbeitsgebiet*] está apenas na manutenção da segurança burguesa, na proteção da liberdade e da propriedade da burguesia proprietária. Democracia também pode ser uma democracia social, cujo âmbito objetivo de operação esteja na promoção da ascensão do operariado e que proteja a liberdade e a propriedade apenas na medida em que elas não se contraponham à ascensão do operariado. O conceito negativo de igualdade corresponde à democracia burguesa, ao ideal burguês de Estado de Direito: cada um tem chances iguais no comércio e na troca! Um conceito positivo de igualdade é absolutamente inimaginável no Estado de Direito burguês. Se a igualdade perante a lei fosse materialmente determinada, então faria parte das tarefas do Estado democrático realizar positivamente outros objetivos para além da defesa contra perturbações da liberdade e da propriedade da burguesia proprietária. Assim, surgiria um conflito insolúvel com esses direitos liberais de liberdade, que são santificados como direitos pré-estatais. Isso porque então seria necessário, para que todos – também o quarto estamento – pudessem tomar parte dos bens vitais, intervir, sob certas circunstâncias, na liberdade, na propriedade e na segurança da burguesia. A teoria e a *praxis* estatal americanas, que aceitaram quase que por completo o conceito puramente formal de igualdade, justificam o conceito quando dizem, por exemplo, que a Declaração de Independência afirma apenas que as pessoas são criadas de maneira igual, mas que ela ignoraria a desigualdade que aparece facticamente depois do nascimento das pessoas (Stimson, 1923, p.43).

Se examinamos a redação do artigo 109 especialmente por seu conteúdo jurídico, então ele não diz nada. A redação pode tanto dar razão àqueles que veem no mandamento de igualdade apenas um mandamento orientado à administração quanto àqueles que entreveem nele um endereçamento ao legislador. A proposição de igualdade pode significar a declaração de uma igualdade apenas negativa, como também de uma igualdade positiva. É por isso que a interpretação dogmática dessa determinação constitucional não dá nenhum resultado.

É por isso que a interpretação do artigo 109 precisa ser uma interpretação sociológico-histórica. Ela parte do conhecimento de que o conteúdo de cada proposição jurídica é capaz de passar por uma mudança de função, de que, sob certas circunstâncias, a proposição jurídica pode permanecer inalterada por séculos no que diz respeito à sua redação e mesmo assim o conteúdo e a importância social de um instituto jurídico podem passar por mudanças decisivas. Os exemplos são extraordinariamente numerosos. O livro *Os institutos jurídicos do direito privado e sua função social*, de Karl Renner (1929), é de grande importância e oferece um exemplo impressionante para esta tese.

Mas também a *praxis* estatal americana mostra que, apesar da aparente imutabilidade da proposição negativa de igualdade, sua mutabilidade é bastante consciente. Lá se diz que o conceito de igualdade de fato seria imutável, que ele só significaria que todos têm e devem ter as mesmas chances, mas que as condições da aplicação dessa proposição de igualdade teriam sido essencialmente modificadas pela opinião pública, tanto que a aplicação ao caso concreto poderia se dar de maneiras diferentes (Commons & Andrews, 1927, p.23).

A teoria anteriormente dominante, que via no mandamento de igualdade apenas ordens à administração, invoca o artigo 4 da antiga Constituição prussiana como justificativa. Se a interpretação desse artigo 4 estava correta é uma questão que deve ser deixada em suspenso. De todo modo, Haenel, o professor liberal de direito constitucional de Kiel, combateu com paixão a formalização do mandamento de igualdade da Constituição prussiana, tendo em vista sobretudo a legislação sobre a Polônia de Bismarck, que ele via como uma violação contra o mandamento de igualdade da Constituição prussiana. De toda forma, essa concepção do artigo 4 era dominante. Ela podia e precisava ser dominante. Isso porque o artigo 4 da Constituição prussiana derivava de uma concepção burguesa específica. A Constituição prussiana tinha apenas a tarefa de assegurar a liberdade e a propriedade da burguesia proprietária e manter a importância política dos restos feudais.

Se a proposição de igualdade do artigo 4 fosse direcionada ao legislador e se lhe fosse dado um significado positivo, então essa proposição poderia e deveria se direcionar apenas contra a burguesia. Contra isso, o mandamento de igualdade precisou ser direcionado à administração forte e excepcionalmente feudalizada. Isso porque essa administração não estava nas mãos da burguesia, ela estava nas mãos da nobreza e de grandes proprietários de terras. A burguesia tinha que invocar a igualdade na aplicação da lei contra esses poderes políticos. Assim, o mandamento de igualdade da Constituição prussiana se esgotava na proteção e na manutenção da ordem jurídica. A ideia do Estado de Direito estava formalizada, ele tinha sido esvaziado de todo seu conteúdo material. Ele servia unicamente à manutenção da liberdade e da propriedade da burguesia. Se ainda hoje não víssemos no artigo 109 nada além do que uma ordem direcionada à administração – aplicar as leis sem considerar a pessoa –, então a importância do artigo 109 seria igual a zero. Isso porque essa exigência também está em todo o Estado de Direito, especialmente num Estado burocrático. Isso é evidente, uma vez que “o funcionário ideal aplica as leis de maneira formalmente igual a favor e contra qualquer pessoa, sem ódio e pena – submetido a um conceito puro de dever” (Weber, 1922, p.128)!

Então chegamos primeiro ao momento de concordar fundamentalmente com a teoria dominante, de entrever no mandamento de igualdade também a ordem direcionada ao legislador, de observar o direito fundamental de igualdade.

Mas, com isso, a problemática não é de forma alguma esgotada; isso porque agora se trata, decisivamente, da questão do critério da igualdade. A teoria hoje dominante vê na proposição de igualdade do artigo 109 algo puramente negativo. Isso também é expressamente enfatizado na literatura (Leibholz, 1925, p.118), por exemplo, mas ganha expressão bastante clara por meio da absoluta concordância da *praxis* estatal americana, alemã e suíça. Certamente está certo que o mandamento de igualdade também tem um sentido negativo, de que uma diferenciação arbitrária está proibida – mas isso não é, de longe, o mais decisivo –, tanto mais é assim que a teoria alemã nunca diz quando uma diferenciação é arbitrária. Apesar disso, existem tentativas de estabelecer uma determinação positiva tanto na teoria alemã quanto na americana. Uma diferenciação, sobretudo uma diferenciação social feita pelo legislador, algo como um favorecimento dado aos mais fracos, à classe trabalhadora, deve ser admissível apesar do mandamento de igualdade quando essa diferenciação servir ao “*public benefit*”, à utilidade pública (Commons & Andrews, 1927, p.23). Isto é, segundo a teoria norte-americana do Estado, só é admissível uma exceção tal

como essa, que, em última análise, serve à garantia da liberdade e da propriedade. Segundo a teoria americana do Estado, determinações de proteção ao trabalhador que contêm intervenções na liberdade de contrato e de negócio só são admissíveis quando elas servirem não só aos interesses da classe trabalhadora, mas servirem na mesma medida aos interesses do capitalismo. Então se tratam daquelas determinações de proteção ao trabalhador que, como Eduard Heimann as chamou, têm por conteúdo uma “garantia sócio-política do curso da economia” (Heimann, 1929, p.135). Sempre e repetidamente a proposição de igualdade serve, portanto, à proteção do Estado de Direito burguês nas novas teorias do Estado americanas e alemãs. Sempre e repetidamente o critério para responder à pergunta sobre se o legislador poderia tratar desigualmente é basicamente a liberdade do indivíduo – a ideia de liberalismo, portanto.

Esse esvaziamento da ideia de igualdade e, com isso, do conceito de Estado de Direito, se tornou dominante pela primeira vez com a ascensão da burguesia proprietária.⁴⁷⁰ No meio do século 19, Robert von Mohl ainda podia, em sua enciclopédia, rejeitar incisivamente esse conceito formal de Estado de Direito e esse conceito formal de igualdade, que entrevia na manutenção da ordem jurídica seu único objetivo. Na época, ele caracterizava o Estado de Direito da seguinte maneira: “Sua essência consiste no fato de que ele protege e promove o desenvolvimento de todas as forças naturais reconhecidas pelo povo como finalidade da vida do indivíduo e da coletividade. Para esse fim, por um lado ele permite que todas as ações de seus participantes e do poder organizado no governo se deem apenas no quadro de uma ordem jurídica abrangente, e cuida para que o direito não seja violado na totalidade da vida no interior de suas fronteiras, bem como nas relações dos indivíduos entre si, como também nas relações do todo com suas partes; por outro lado, ele promove as diferentes forças e desenvolvimentos e os interesses de seus participantes que daí resultam, na medida em que as próprias forças não forem suficientes para esses interesses e em que o objeto justifique a aplicação da força total. *Assim, estabelecer e manter uma ordem jurídica não é sua finalidade única, nem mesmo sua finalidade mais importante, mas antes o caráter dominador, o lado negativo e inviolável de toda sua conduta*” (von Mohl, 1859, p.106).

Para ele, derivam do princípio de igualdade perante a lei a exigência de consideração das finalidades de vida de todos, de apoio nos casos adequados para tanto, de demanda de

⁴⁷⁰ Sobre isso, ver especialmente Heller, 1930.

todos os capacitados por participação nos negócios públicos e, por fim, de liberdade pessoal – todos esses seriam direitos universais do cidadão estatal (von Mohl, 1859, p.328 e seguintes). Nessas curtas frases está dado, com clareza sem precedentes, o fundamento para a estrutura da ideia material de Estado de Direito. A luta entre os dois conceitos de igualdade e entre as duas ideias de Estado de Direito é uma luta antiquíssima, cujo caráter foi dado sobretudo pela Revolução Francesa. A luta sangrenta entre os girondinos e o partido da Montanha de Robespierre não é nada além do que o confronto entre a ideia de Estado de Direito da burguesia proprietária e seu ideal negativo de igualdade e a ideia de Estado social de Direito de Robespierre e sua ideia de igualdade material (von Stein, 1921, I, p.279 e seguintes; Bourgin, 1922, p.93 e seguintes). Certamente em uma contradição praticamente insolúvel no que diz respeito à ancoragem dos direitos liberais de liberdade, o partido da Montanha ancorou na Constituição de 1793 sua exigência de limitação à propriedade, segundo o direito de todos os cidadãos ao trabalho e à assistência, segundo o direito universal e igual ao voto. Com a queda de Robespierre, também a Constituição de 1793 se despedaçou. A ideia de igualdade formal venceu. O direito universal ao voto cedeu lugar ao voto censitário, as limitações à propriedade caíram, o direito do cidadão ao trabalho e à assistência deu lugar aos direitos liberais de liberdade que, na nova Constituição, voltaram a estar em primeiro lugar.

Então qual é o mandamento de igualdade contido no artigo 109? Sem que se precise olhar para a Constituição, já se chega a reflexões bem simples de que é impossível que a ideia liberal de igualdade esteja ancorada na Constituição. Isso porque a Constituição é, em sua parte decisiva, uma obra da classe trabalhadora. É impossível que a classe trabalhadora, que na comissão constitucional foi representada por pessoas tão conhecedoras do direito constitucional como Sinzheimer e Katzenstein, não quisesse da Constituição nada além do que assegurar a liberdade e a propriedade da burguesia. Ao contrário, antes mesmo da leitura da segunda parte da Constituição de Weimar, é possível dizer que não é a propriedade privada que passa a ser o objeto dos direitos fundamentais, mas a pessoa trabalhadora e a garantia de sua ascensão.

A leitura da segunda parte da Constituição de Weimar confirma essa suposição com o máximo de clareza.

III. A ideia social de Estado de Direito na constituição trabalhista e econômica

Os artigos centrais da segunda parte, na medida em que eles regulam o direito da constituição trabalhista e econômica, são os artigos 151 e 165 da Constituição do Reich.

O artigo 151, parágrafo 1, declara que a ordem da vida econômica precisa corresponder aos princípios da justiça com o objetivo de garantia de uma existência digna para todos – é nessas fronteiras que a liberdade econômica do indivíduo deve ser assegurada.

A liberdade econômica do indivíduo é determinada em mais detalhes no artigo 151, parágrafo 2, no artigo 153 e no artigo 152. O artigo 151, parágrafo 3, garante a liberdade de comércio e negócio *em conformidade com as leis do Reich*. O artigo 152, parágrafo 1, determina que há liberdade de contrato na circulação da economia *de acordo com as leis*.

O artigo 153, parágrafo 1, garante a propriedade, mas aqui o conteúdo e os limites derivam das leis. Ele autoriza uma desapropriação, em bases legais, pelo bem da coletividade, e com uma compensação adequada como contrapartida, que pode, no entanto, ser suprimida se uma lei do Reich assim determinar.

Segundo a Constituição do *Reich*, o uso da propriedade está obrigado a servir ao bem geral.

Se observarmos essas normas de direito fundamental, então o leitor sem preconceitos prontamente vai ficar com a impressão de que não se pode falar em uma santificação dos princípios capitalistas de liberdade na Constituição. Basta comparar essas determinações de direitos fundamentais com, vamos dizer, a antiga Constituição prussiana, com a Constituição belga, com a Constituição francesa, com a Constituição americana e é possível constatar a diferença profunda entre o reconhecimento dos princípios capitalistas de liberdade na Constituição alemã e nas outras. No ápice da regulação da constituição econômica, o artigo 151, parágrafo 1, traz a ideia da justiça, que em seguida é determinada materialmente, ao estabelecer que o objetivo da ordem econômica deve ser garantir uma existência digna para todos. *Apenas nesses contornos* são garantidos os direitos capitalistas de liberdade à propriedade, de liberdade contratual e de negócio.

A garantia desses três direitos não é, de forma alguma, absoluta. É possível limitar o conteúdo desses direitos de liberdade a qualquer momento, seja por uma simples lei do *Reich* – que é o que exige a liberdade contratual –, por meio de uma norma jurídica qualquer e também por meio de disposição policial (Stoll, 1930, p.186). Apenas a instituição da

propriedade privada enquanto tal, a liberdade contratual enquanto tal, a liberdade de negócio enquanto tal não podem ser eliminadas por uma simples lei do *Reich*. Mas a Constituição não contém apenas a determinação programática geral de que a ordem da vida econômica deve ter como objetivo a satisfação de todas as necessidades legais. Ela contratualiza essas determinações nos artigos 155 (reforma fundiária), 156 (possibilidade de socialização), 159 (direito de associação), 165 (reconhecimento dos princípios da democracia econômica), 161 (reconhecimento do direito à seguridade social). Essas determinações de direitos fundamentais citadas aqui contêm as bases para a estrutura de um Estado Social de Direito, cujo objetivo é a realização da liberdade social. Liberdade social significa que o operariado quer determinar por si mesmo seu destino de trabalho, que a determinação heterônoma do trabalho por meio do poder de comando do proprietário sobre os meios de produção precisa dar lugar à autodeterminação.⁴⁷¹

Se observarmos esses direitos sociais de liberdade segundo sua redação, então resulta que, por exemplo, no artigo 159, que trata do *direito de associação*, esse direito social de liberdade é protegido numa medida proporcionalmente desigual se comparado a todos os direitos capitalistas de liberdade. Enquanto que o conteúdo da propriedade privada, da liberdade de comércio e negócio pode ser restringido pelas leis, a proteção de que goza a liberdade de associação é por si só mais absoluta. Nem uma lei dos *Länder* ou uma lei do *Reich* pode restringir, de maneira alguma, o conteúdo do direito de associação. A excelente contribuição de Nipperdey (1930, p.385) mostra claramente em que medida esse direito social de liberdade é fortemente protegido pela Constituição. Além disso, a garantia do direito de associação se diferencia da garantia dos direitos capitalistas de liberdade em ainda outro ponto. Enquanto que liberdade e propriedade são pouco protegidas e apenas contra o Estado, o operariado, em seu direito de associação, não está apenas protegido contra o Estado, mas também contra poderes sociais privados. Todos os acordos e medidas – assim está no artigo 159, parágrafo 2 – que prejudicarem essa liberdade de associação são ilegais.

Aqui mostra-se claramente o quanto o legislador constitucional divergiu da ideologia liberal. Aqui, a pessoa trabalhadora é protegida perante suas próprias obrigações (por exemplo, a obrigação de não se tornar membro de um sindicato), que ela própria assumiu, porque o legislador constitucional sabe que a igualdade jurídica e a liberdade jurídica não correspondem à igualdade material e à liberdade material.

⁴⁷¹ Fundamentalmente: Heimann, 1929.

O artigo 165, que estabelece, no parágrafo 1, a base do direito coletivo de associação, tem, como resulta das excelentes explanações de Tatarin-Tarnheyden (1930, p.519 e seguintes),⁴⁷² uma importância central para a estrutura da constituição trabalhista e econômica. Ele assegura sobretudo a existência de associações contra intervenções estatais, ele reconhece a associação, em sua existência e em seu caráter jurídico, como organização de autoajuda autônoma e de direito privado. Com isso não é concedido apenas ao indivíduo um direito fundamental à existência, mas também às associações, ou, se quisermos, também podemos caracterizar esse direito fundamental como garantia institucional, tal como o faz Carl Schmitt. Além disso, o artigo 165 obriga o legislador a dar igualdade de participação às associações dos empregados na estrutura da constituição econômica – a saber, no desenvolvimento de todas as forças produtivas.

Se avaliarmos a existência da norma [*Normbestand*] em si mesma, então temos o seguinte quadro:

O Estado de Direito liberal via na garantia da liberdade e da propriedade por meio do aparato coercitivo estatal a única tarefa do Estado. Ele se baseava na ideia de não intervenção do Estado em favor de qualquer classe social – certamente sem reconhecer que, como Carl Schmitt apresenta de maneira muito elegante, não existe uma diferença fundamental entre intervenção e não intervenção, porque, como notou Talleyrand, intervenção e não intervenção significam mais ou menos o mesmo. A não-intervenção do Estado numa sociedade capitalista significa, na verdade, a intervenção em favor da classe dominante, ela significa que o economicamente forte pode ditar as condições de existência do economicamente fraco.

O Estado de Direito liberal não pode conhecer uma constituição econômica. Ele não pode nem mesmo conhecer um direito econômico porque a ideia de constituição econômica e de direito econômico se esgota na proposição do §903 do Código Civil: o proprietário de uma coisa pode tratar da coisa de acordo com sua vontade e pode excluir os outros de terem influência sobre ela. Até hoje, a ciência do direito alemã não conhece qualquer conceito do direito econômico. Até hoje, não existe qualquer sistema de direito econômico.⁴⁷³ A razão está no fato de que a ciência do direito continua a se prender à ficção de que a economia só domina leis da natureza e não leis jurídicas. Ela ignora o fato de que a ordem jurídica

⁴⁷² Também como edição aumentada: *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie*, Berlim, 1930.

⁴⁷³ Em breve vou me expressar mais detalhadamente sobre a estrutura do direito econômico nessa revista.

intervém no curso da economia de forma considerável. Ela ignora sobretudo a segunda parte principal da Constituição, que contém os traços fundamentais para a intervenção estatal e social no assim chamado curso natural da economia. Ela parte do conhecimento de que o conceito de propriedade do direito burguês é um conceito central e indivisível, que poderia ser facilmente comparado com o conceito de soberania. Nisso ela não vê que esse conceito romanístico de propriedade, que não conhece divisão, na verdade não existe e nunca existiu. Ela deixa de ver que o conceito de propriedade apresenta um feixe de funções. Como Karl Renner e Sinzheimer mostraram, é possível reconhecer três funções no conceito de propriedade. A propriedade concede primeiro a posse da coisa, dos meios de produção – a posse [*Innehaben*] de fato, portanto. Além disso, a propriedade dá ao proprietário o *direito de administração*. Além disso, a propriedade concede ao proprietário o *direito de uso*. Por sua vez, a função de administrador do proprietário se divide em duas partes: na *administração das coisas* e na *administração sobre as pessoas*, sobre as pessoas trabalhadoras que foram separadas dos meios de produção e sobre as quais o proprietário detém tanto uma força de atração como também o poder de comando.

O objeto da constituição trabalhista é a regulação – ou antes a restrição – do poder de comando do proprietário sobre as pessoas trabalhadoras. Os traços fundamentais dessa constituição trabalhista estão previstos na segunda parte da Constituição. A pessoa trabalhadora é antes de tudo protegida do abuso do poder de comando. Isso é feito pela proteção estatal ao trabalhador, prevista no artigo 157. A excelente explicação de Radbruch (1930, p.349) reconhece a importância fundamental desse artigo 157. Além disso, o poder de comando do proprietário nas empresas é restringido pelos conselhos de empresa que estão ancorados no artigo 165, parágrafo 2. Por fim, o mais importante é que o poder dos proprietários e de suas organizações sobre o mercado de trabalho é limitado pela posição dos sindicatos, cuja existência é protegida pelo direito constitucional no artigo 165, parágrafo 1. Assim, a constituição trabalhista mostra que ela não é estruturada apenas a partir da ideia formal de igualdade, mas que, como mostram as determinações para a proteção trabalhista – em especial a do artigo 165 –, o legislador colocou o peso na proteção da pessoa trabalhadora e na possibilidade de sua ascensão. No âmbito do direito do trabalho, a ideia de igualdade é, portanto, sempre determinada positivamente pelo legislador.

O mesmo vale para o *direito da constituição econômica*. É verdade que, segundo a Constituição, a instituição da propriedade privada não pode ser violada, é verdade que, segundo a Constituição, uma desapropriação, ou melhor, uma apreensão da propriedade

privada em geral pode acontecer apenas sob as condições que estão de acordo com a Constituição e, fundamentalmente, apenas mediante uma compensação adequada. No entanto, o artigo 156 da Constituição do *Reich* dá até mesmo a possibilidade de transferir empreendimentos de economia privada para a propriedade coletiva. Por melhor que seu panorama sobre o direito vigente possa ser, o comentário de Friedländer (1930, p.322 e seguintes) sobre o artigo 156 de forma alguma faz justiça à ideia fundamental do artigo 156.

Além disso, sobretudo a função de administração do proprietário privado sobre os meios de produção pode ser decisivamente influenciada pela ordem jurídica. É o mérito do socialismo inglês ter mostrado (Leubuscher, 1921) que a socialização pode acontecer mesmo quando o proprietário ainda tem juridicamente a posse dos meios de produção. Nesse caso, o Estado e a sociedade organizada comandam a administração sobre os meios de produção.

Segundo o artigo 151, parágrafo 1, a administração desses meios de produção tem por objetivo a garantia de uma existência digna para todos. Do ponto de vista organizacional, isso tem que acontecer com a participação igualitária da associação dos empregados.

Assim, os traços fundamentais da constituição econômica previstos na segunda parte da Constituição são, da mesma forma, uma rejeição da ideia formal de igualdade do Estado de Direito burguês, uma afirmação positiva da ideia fundamental do Estado Social de Direito, que, sob o reconhecimento da propriedade privada, retira a administração da propriedade privada do proprietário privado.

IV.

Esses princípios de direito constitucional, sobretudo na medida em que dizem respeito ao direito da constituição econômica, foram torcidos, na teoria do Estado e no sistema judicial – especialmente no tribunal do *Reich* – para virarem exatamente o contrário, sobretudo a proteção à propriedade do artigo 153 ganhou um sentido inimaginável. Dissertar aqui sobre a expansão da proteção à propriedade nos levaria muito longe, mas isso já foi apontado sobretudo no trabalho bastante convincente de Kirchheimer (1930a), que curiosamente reconhece a importância dos direitos fundamentais neste trabalho.

A tarefa central da teoria socialista do Estado é desenvolver o conteúdo social positivo da segunda parte da Constituição de Weimar e apresentá-lo concretamente. Se

desconsiderarmos o pequeno trabalho de Hermann Heller, então a teoria socialista do Estado nada fez até hoje para dar concretude ao conteúdo jurídico da segunda parte da Constituição de Weimar. A tarefa central da jurisprudência socialista é contrapor a interpretação socialista dos direitos fundamentais a esse comentário dos direitos fundamentais organizado por Nipperdey, que, em sua parte decisiva, especialmente na explicação do artigo 151, significa um renascimento da ideia burguesa de Estado de Direito. A tarefa da política socialista é realizar esses princípios. Quando Kirchheimer pergunta em seu título “Weimar... e depois?”, que se aproxima fortemente das ordens de ideias comunistas, então a resposta só pode ser: em primeiro lugar Weimar!

É importante para mim esclarecer mais uma vez que, mesmo que a interpretação da segunda parte da Constituição de Weimar defendida aqui se torne dominante, mesmo então é preciso negar o direito de revisão judicial porque, segundo a primeira parte da Constituição de Weimar, o parlamento é soberano e as decisões do parlamento não toleram um controle jurídico exercido por uma alta câmara jurídica.

Referências

- Anschütz, G. (1929). Die Verfassung des Deutschen Reichs [Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis]. Berlin.
- Bourgin, G. (1922). Die französische Revolution. Stuttgart: Perthes.
- Commons, J. R. & Andrews, J. B. (1927). Principles of labor legislation. Nova York: Harper.
- Eldag (1925). Die Gleichheit vor dem Gesetz. Berlin.
- Friedländer, H. (1930). "Artikel 156 – Sozialisierung". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume III. Reimar Hobbing.
- Heimann, E. (1929). Soziale Theorie des Kapitalismus. Tübingen: Mohr.
- Heller, H. (1929). Die Gleichheit in der Verhältniswahl [Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung: ein Rechtsgutachten]. Berlin: De Gruyter.
- _____. (1930). Rechtsstaat oder Diktatur? Tübingen: Mohr.
- Jellinek, G. (1919). Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. München.
- Kirchheimer, O. (1930). Weimar – und was dann? *Jungsozialistische Schriftenreihe*, Berlin.
- _____. (1930a). Die Grenzen der Enteignung. Berlin: De Gruyter.
- Korsch, K. (1922). Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei. Berlin.

- Leubuscher, C. (1921). Sozialismus und Sozialisierung in England. Iena: Fischer.
- Leibholz, G. (1925). Die Gleichheit vor dem Gesetz. Berlin: O. Liebmann.
- Neumann, F. (1929). Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen. Die Gesellschaft, Band 1, Heft 6.
- Nipperdey, H. C. (org.). (1930). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. 3 volumes. Reimar Hobbing.
- _____. (1930). "Artikel 159, Koalitionsrecht". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume III. Reimar Hobbing.
- Nörpel, C. (1929). Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. Die Arbeit, 6.
- Planitz, H. (1930). "Zur Ideengeschichte der Grundrechte". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume III. Reimar Hobbing.
- Poetzsch-Heffter, F. (s/d). Kommentar zur RV. zu Art.109. Radbruch, G. (1930). "Artikel 157, Abs.1 'Arbeitskraft'". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume III. Reimar Hobbing.
- Renner, K. (1929). Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Tübingen: Mohr.
- Rousseau, J. J. (s/d). Contrat Social. Paris: Librairie Garnier.
- Schmitt, C. (1928). Verfassungslehre. München e Leipzig: Duncker & Humblot.
- Stier-Somlo, F. (1930). "Art. 109, Die Gleichheit vor dem Gesetz". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume I. Reimar Hobbing.
- Stimson, F. J. (1923). The American Constitution as it protects private rights. Nova York: Charles Scribner's Sons.
- Stoll, H. (1930). "Vertragsfreiheit". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume III. Reimar Hobbing.
- Tatarin-Tarnheyden, E. (1930). "Art. 165, Recht der Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume III. Reimar Hobbing.
- _____. (1930). Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie: ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung. Berlin: Hobbing.
- Thoma, R. (1930). "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen". In: Nipperdey, H. C. (org.). Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung. Volume I. Reimar Hobbing.

Von Mohl, R. (1859). Enzyklopädie von 1859 [Enzyklopädie der Staatswissenschaften]. Tübingen: Laupp.

Von Stein, L. (1921). Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich. Volume III. München: Drei Masken Verlag.

Weber, M. (1922). Wirtschaft und Gesellschaft. Volume I. Tübingen: Mohr.