

**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 Rúrion 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. Conteí 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 espraiamento 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 Tavorari. *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 dem 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 der 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 Tavorali. 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

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

---

<sup>1</sup> “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.

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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 decomusermos 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

---

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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

---

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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

---

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

<sup>6</sup> “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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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.

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.*<sup>9</sup>

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

---

<sup>9</sup> “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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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”.<sup>12</sup> 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

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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*.<sup>13</sup> 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”<sup>14</sup>, 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 demais<sup>15</sup> –, 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.<sup>16</sup> 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.

---

<sup>13</sup> 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”.

<sup>14</sup> “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.

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

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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*].<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Já em texto mais recente e de comentário sobre a contribuição de Kirchheimer para a sociologia do direito,<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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

---

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, op. cit., p.524.

<sup>18</sup> 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.

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

<sup>20</sup> 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, p.507.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.

---

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> Há, portanto, uma relação significativa entre o conceito e um dos autores centrais da Teoria Crítica.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> “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.”

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> “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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> De maneira bastante esquemática: direito colonizando a política,

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> A análise mais completa do debate travado entre Kirchheimer e Neumann nas décadas de 1920 e 1930 é, com certeza, de SCHEUERMAN, 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”.

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

\* \* \*

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.

---

<sup>30</sup> 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, Berlin: 1930.

## II. Diagnósticos de tempo

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

GAY, Peter. *Weimar Culture*<sup>31</sup>

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”<sup>32</sup> – 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.<sup>33</sup> 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

---

<sup>31</sup> GAY, Peter. *Weimar Culture*. Penguin Books, 1969.

<sup>32</sup> Idem, p.xi.

<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> 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

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> Infelizmente Sinzheimer não teve a mesma chance.<sup>38</sup> 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

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.”<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.

---

<sup>39</sup> “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*. Berlin: Laubsche Verlagsbuchhandlung, 1929, p.38.

<sup>40</sup> 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*<sup>41</sup>

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

---

<sup>41</sup> 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 função<sup>42</sup> – 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

---

<sup>42</sup> 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 1914<sup>43</sup> o livro *Ein Arbeitstarifgesetz* [*Uma lei para os acordos coletivos de trabalho*],

---

<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> Tampouco acompanho Neumann e Kirchheimer para além dos escritos de juventude.<sup>46</sup> 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”

---

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

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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*, 1937<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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

---

<sup>47</sup> “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.

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

<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

Diagnósticos de tempo são, portanto, uma espécie de sismógrafo de uma determinada época.<sup>51</sup> 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*:<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Idem, p.18, grifos originais.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie*. op. cit.

<sup>53</sup> “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.”<sup>54</sup> 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.

<sup>54</sup> “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. Berlin: 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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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

---

<sup>55</sup> 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 começassem 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).

<sup>56</sup> 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 publicados<sup>57</sup>, dois livros<sup>58</sup> e uma revisão de tradução.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> No que diz respeito a Franz Neumann, já temos *O império do direito*, traduzido por Rúrion Melo,<sup>63</sup> *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*, traduzido por mim, *O conceito de liberdade*

---

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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.

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

<sup>60</sup> 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.

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

<sup>62</sup> 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.

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

*política*, traduzido por Flávio Marques Prol,<sup>64</sup> e *Angústia e política*, traduzido por Divino Amaral e Inara Luisa Marin.<sup>65</sup> O vocabulário para tratar do pensamento de Neumann foi estabelecido pela primeira vez por José Rodrigo Rodriguez, em sua tese de doutorado.<sup>66</sup> 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

---

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

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

<sup>66</sup> 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*.<sup>67</sup> 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 (...)”.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> Idem, p.7.

Minha tradução foi publicada em português em 2018, nos *Cadernos de Filosofia Alemã*.<sup>69</sup> 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*.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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*].<sup>72</sup> Já

---

<sup>69</sup> 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.

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

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

<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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*.<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos sociais na Constituição de Weimar. Tradução de Bianca Tavolari. *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.

## Capítulo 1. Juridificação em sentido positivo: Hugo Sinzheimer

“A luta, que eles [os sindicatos] 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.”

SINZHEIMER, Hugo. *Die Zukunft der Arbeiterräte [O futuro dos conselhos operários]*, 1919.<sup>77</sup>

“Nós temos leis demais!” – À primeira vista, poderíamos facilmente pensar que esta afirmação data de algum momento entre as décadas de 1970 e 1980, quando sociólogos do direito criaram as noções de “inundação de normas e leis” [*Normenflut* ou *Gesetzesflut*], “explosão legal” [*legal explosion*] e “inflação jurídica” [*Rechtsinflation*] para expressar o crescimento exponencial na quantidade de leis em seus países.<sup>78</sup> Foi nessa época que se começou a denunciar, sistematicamente, o aumento do número de normas jurídicas e, ao mesmo tempo, buscar meios para sua contenção. Investigar os fatores que levariam à “fonte da enchente”, ou seja, às razões desta expansão, foi uma das tarefas assumidas por sociólogos do direito desta época. Os autores que fizeram este tipo de crítica estavam preocupados com

---

<sup>77</sup> “Der Kampf, den sie [die Gewerkschaften] führen, spielt sich immer mehr ab in der Form einer ‘Verrechtlichung’ des Kampfes in den geordneten Bahnen eines besonderen Rechtsgangs; man denke an Tarifabschlüsse und Schlichtungsorgane.”, SINZHEIMER, Hugo [1919]. *Die Zukunft der Arbeiterräte*. op. cit., p.352.

<sup>78</sup> Os termos têm origem nos debates sócio-jurídicos da Alemanha e dos Estados Unidos. Sobre *Normenflut* ou *Gesetzesflut* ver: VOGEL, Hans-Jochen. Zur Diskussion um die Normenflut. *Juristenzeitung*, v. 34, n. 10, 1979; HUG, Walther. Gesetzesflut und Rechtssetzungslehre. In: KLUG, Ulrich, RAMM, Thilo, RITTNER, Fritz, SCHMIEDEL, Burkhard (orgs.). *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1978; HILLERMEIER, Karl. Eindämmung der Gesetzesflut. *Bayerische Verwaltungsblätter*, v.24, 1978; SEIBEL, Wolfgang. Gesetzesflut, konservative Staatsrechtslehre und kritische Sozialwissenschaft: ein Plädoyer für Verrechtlichung durch Implementationsforschung. *Demokratie und Recht*, v.8, n.2, 1980; MÜLLER, Wolfgang C. Empirisches zum Stichwort Gesetzesflut. In: KINDERMANN, Harald (org.). *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1982. Sobre *Rechtsinflation*: STAUPE, Jürgen. Die ‘Verrechtlichung’ der Schule – Erscheinungsformen, Ursachen und Folgen. *Leviathan*, v. 10, n. 2, 1982. Sobre *legal explosion*, a principal referência é BARTON, John H. Behind the legal explosion. *Stanford Law Review*, v.27, 1974. No caso do debate norte-americano, a identificação de um aumento quantitativo de normas veio também acompanhada por uma crítica à judicialização, formulada como “litigation explosion”: SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, 319, 1984. Para uma revisão desta literatura e sua vinculação à crise do *welfare state* keynesiano, ver FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, em especial o item 3.2., “Da inflação legislativa ao trilema regulatório: os desafios do direito positivo no Estado-nação”.

o impacto negativo provocado pelo aumento da quantidade: o sistema jurídico ficava cada vez mais incompreensível e labiríntico, mesmo para os especialistas; o ensino jurídico tinha dificuldades em acompanhar a produção legislativa; o adensamento fazia com que nenhum âmbito da vida ficasse de fora de regulações cada vez mais específicas e especializadas. Intransparência, perda de sistematicidade, burocratização da vida e, no limite, perda de liberdade individual eram os principais sintomas associados a esta ampliação legislativa, vinculada ao contexto da consolidação de Estados de bem-estar social ou de políticas sociais do pós-guerra traduzidas em lei. Para toda a literatura de comentário, esta é, certamente, uma das dimensões do conceito de juridificação.<sup>79</sup>

E, no entanto, quem chama atenção a esta afirmação – “nós temos leis demais!” – é Hugo Sinzheimer, em um de seus textos sobre a necessidade de unificação do direito do trabalho, publicado em 1914, ano em que a primeira guerra iniciava. A frase não é do próprio Sinzheimer, mas do jurista Ludwig Bernhard, então professor de direito constitucional da Universidade de Berlim. Para Sinzheimer, não se tratava de um caso isolado, mas de uma nova tendência de avaliação da legislação social:

A tendência entra em cena especialmente no escrito famoso do professor Dr. Ludwig Bernhard, *Unerwünschte Folgen der Sozialpolitik* [Consequências indesejadas da política social], que, entre outras coisas, polemiza contra a multiplicidade e a diversidade da legislação de proteção social e contra a burocratização da vida do trabalho que supostamente estaria vinculada a esta legislação. ‘Nós temos leis demais!’ Sob a proteção deste *slogan*, as tentativas para colocar a opinião pública contra a continuidade da legislação protetiva atual se anunciam. Esta tendência é apoiada por um ceticismo, expresso recentemente, contra o socialismo de Estado mesmo naqueles círculos em que o pensamento social não é em si estranho. Penso nas discussões do Congresso Evangélico-Social de Essen em 1912, onde especialmente o professor Rade chegou a afirmar: “É quase trágico mencionar: na medida em que o Estado impulsiona o bem-estar das pessoas, ele ameaça o indivíduo em sua capacidade de desenvolvimento físico e moral.”<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Apenas a título ilustrativo, ver BLICHER, Lars Chr., MOLANDER, Anders. What is juridification? *Arena – Centre for European Studies, University of Oslo*. Working Paper n.14, março de 2015.

<sup>80</sup> “Die Strömung tritt besonders in der bekannten Schrift des Professor Dr. Ludwig Bernhard, *Unerwünschte Folgen der Sozialpolitik* zutage, die u. a. gegen die Vielheit und Mannigfaltigkeit der sozialen Schutzgesetzgebung und die angeblich damit verbundene Bürokratisierung des Erwerbslebens polemisiert. ‚Wir haben zuviel Gesetze!‘ Unter dem Schutze dieses Schlagwortes werben solche Versuche um Stimmung gegen die Fortsetzung der bisherigen Schutzgesetzgebung. Diese Strömung wird unterstützt durch manche neuerdings vertretene Skepsis gegen den Staatssozialismus auch in den Kreisen, denen an sich der soziale Gedanke nicht fremd ist. Wir denken an die Verhandlungen des Evangelisch-Sozialen Kongresses in Essen 1912, wo besonders Professor Rade zu dem Satz kam: ‚Es ist fast tragisch zu nennen: Indem der Staat Menschenfürsorge treibt, gefährdet er das Individuum in seiner physischen und moralischen Entwicklungsfähigkeit.‘”, 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, p.45-46.

Há alguns pontos importantes aqui. Em primeiro lugar, Sinzheimer percebe uma tendência de desvalorização da legislação social promulgada no início do século XX na Alemanha *por meio* de uma crítica à quantidade crescente de normas e ao espraiamento do direito estatal para âmbitos sociais em que antes não se fazia presente desta maneira. É uma análise de *Verrechtlichung* em sentido inteiramente negativo que, na leitura de Sinzheimer, tem a legislação de proteção social como alvo específico – e não o direito *em geral*. Em segundo lugar, a crítica viria tanto de juristas conservadores quanto daqueles vinculados a círculos antes comprometidos com o pensamento social, mas sem qualquer ligação com ideias socialistas, como indica o exemplo do congresso evangélico. A atuação estatal por meio da promulgação de leis e da criação de políticas de proteção a grupos sociais vulneráveis é entendida como excessiva, como comprometedora da esfera individual e, no último exemplo, até mesmo da moral.

A crítica à juridificação apresentada por Sinzheimer em 1914 ecoa – ainda que com algumas limitações – aquela formulada por parte dos sociólogos do direito no contexto do Estado de bem-estar social europeu do pós-guerra, formulada com pouco mais de meio século de distanciamento. Mas se a crítica desenvolvida a partir da década de 1970 mirava diversos campos dogmáticos que então se formavam e eram amparados por políticas estatais específicas – como o direito ambiental, o direito da criança e do adolescente, o direito de planejamento e o direito previdenciário, para citar alguns –, aqui a crítica é inicialmente direcionada a uma legislação esparsa, que não formava qualquer tipo de unidade ou campo dogmático autônomo e que não tinha o respaldo de um Estado de bem-estar social ativo. É importante lembrar que estamos falando de 1914. A Alemanha ainda era um império monarquista e a democracia parlamentar baseada na implementação de algumas políticas social-democratas só seria conquistada no final de 1918, com o fim da revolução de novembro. Mas era também um *Reich* que se preparava para a guerra. Ainda que as primeiras iniciativas de legislação social na Alemanha remontem ao final do XIX, resultantes de concessões feitas por Bismarck aos operários industriais,<sup>81</sup> a iminência da guerra faz com

---

<sup>81</sup> “Protection of manual and nonmanual workers began in Germany with social insurance against illness, accidents, invalidity and old age. This system, introduced with its own courts during the 1880’s was extended in scope and codified in 1911. Protective legislation for the industrial worker which had earlier existed only in the form of some regulations concerning children, young persons, and women, began in 1891 as an amendment to the Industrial Code. Protection of women and children, a restriction of hours of work for these groups, for young workers, and for all workers in unhealthful occupations; Sunday rest; provisions for the protection of life, health and morals; the obligation to draw up works rules; and the prohibition of the remuneration in kind

que este tipo de atuação estatal por meio do direito fosse cada vez maior, ainda que, no mais das vezes não fosse direcionada à proteção dos trabalhadores.<sup>82</sup>

Juristas como Bernhard criticavam o que viam como “governo demais” [“*Zuvielregieren*”]. Isto era ilustrado, por exemplo, pelo poder de polícia estatal para inspecionar o cumprimento da lei nas indústrias e, principalmente, pela política de pensões e auxílios por acidente de trabalho ou doença. Assim como o direito ao voto conferido aos trabalhadores para eleger os representantes em suas associações de classe, estas primeiras versões da legislação de seguridade social eram entendidas por ele como um instrumento político utilizado pelos partidos para fidelizar e, em certa medida, manipular as “massas”.<sup>83</sup> Assim, esta espécie de primeira crítica em bloco à juridificação se volta contra o que hoje entendemos como direitos básicos, positivados em uma legislação esparsa e não-sistemática,

---

– these were a few of the achievements.”, WUNDERLICH, Frieda. *German Labor Courts*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1946. p.189-190.

Para Otto Kahn-Freund, a legislação social anterior à guerra era formada por uma combinação de, por um lado, valores paternalistas e conservadores em seu protecionismo e, por outro, valores liberais individualistas: “O quadro geral da legislação anterior à guerra resulta de uma mistura de ideias jurídicas liberal-individualistas e conservadoras-orientadas ao bem-estar, da rejeição – ou melhor: da negação jurídica – da existência das associações orientadas à luta de classes como portadoras da continuação da formação do direito, da concepção do empregado apenas como indivíduo, como contratante ou como compatriota carente de proteção, mas não como membro de uma classe – e não se trata do reconhecimento da formação da classe proletária, mas da formação de diferenças estamentais no interior do operariado como objeto de regulação jurídica.”

No original: “Als Gesamtbild der Vorkriegsgesetzgebung ergibt sich ein Gemisch von liberal-individualistischen und konservativ-fürsorgereischen Rechtsgedanken, die Ablehnung, ja die rechtliche Leugnung der Existenz klassenkämpferisch orientierter Verbände als Träger der Rechtsfortbildung, die Erfassung des Arbeitnehmers nur als Individuum, als Vertragskontrahent oder schutzbedürftigen Volksgenossen, aber nicht als Angehörigen einer Klasse, und die Anerkennung zwar nicht der proletarischen Klassenbildung, aber der Formung ständischer Verschiedenheiten innerhalb der Arbeitnehmerschaft als Gegenstand rechtlicher Regelung.” Ver KAHN-FREUND, Otto [1932]. *Der Funktionswandel des Arbeitsrecht*. In: RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Berlim-Spandau: Hermann Luchterhand Verlag, 1966, p.216.

<sup>82</sup> Ver STOLLEIS, Michael. *History of Social Law in Germany*. Berlim/Heidelberg: Springer, 2014, p.83 e seguintes. Ver também: STOLLEIS, Michael. *Origins of the German Welfare State: Social policy in German to 1945*. Berlim/Heidelberg: Springer, 2013. Stolleis fala em um “direito especial de guerra” que “restringia proteções jurídicas de maneira massiva. (...) Em termos práticos, isto significava: enfraquecer a proteção no local de trabalho onde isto era um impedimento para a produção militar; tornar a troca livre de empregos mais difícil e – especialmente significativo – introduzir um certificado de emprego emitido pelo Estado; dispensar trabalhadores qualificados do serviço militar; deslocar trabalhadores à produção militar (...)”.

No original: “massively restricted legal protections. Since this war was for the first time less a war of militaries than of productive capacities, labor and social law were deployed equally to concentrate society’s forces and to stabilize the domestic political situation. (...) In practical terms this meant: loosening workplace protection where it was a hindrance to military production; making it more difficult to freely change jobs and—especially significant—introducing a state issued certificate of employment; exempting skilled workers from military service; shifting workers into military production (...)”.

<sup>83</sup> BERNHARD, Ludwig. *Unerwünschte Folgen der deutschen Sozialpolitik*. Berlim/Heidelberg: Springer, 1913, p.9 e seguintes.

que servia, em grande medida, como compensação pelo lado mais cruel do processo de industrialização – e, mais tarde, pelo lado mais cruel da guerra. Legislações e políticas que endereçavam vulnerabilidades específicas se intensificaram depois de 1914, com pensões maiores para os soldados que voltavam do *front*, políticas de moradia acessível direcionadas às suas famílias, políticas de controle de preços dos alugueis para famílias da classe trabalhadora, descontos nas contribuições pagas às seguradoras, auxílios em casos de invalidez para soldados e para operários que haviam ficado na Alemanha trabalhando na indústria da guerra, entre outros.<sup>84</sup>

Neste sentido inteiramente negativo, a juridificação é considerada como um excesso de intervenção do Estado e de permissões concedidas à classe trabalhadora. Deveria, portanto, ser extirpada a todo custo. Em 1914, Sinzheimer olha para esta mesma legislação social e vê justamente o contrário: o que havia sido feito até então era muito pouco. Era preciso conquistar mais direitos e políticas específicas para os trabalhadores, conquistar maior participação da classe operária organizada tanto nas decisões de governos e administrações quanto abrir espaço para uma autorregulação autônoma, vinda da base da sociedade. A expansão desta legislação social não tinha apenas que continuar – para Sinzheimer não se tratava somente de pedir por *mais* intervenção estatal –, mas os princípios que a embasavam tinham que passar a valer para todo o direito, fosse ele público ou privado, estatal ou não-estatal, promulgado pelo parlamento ou produzido no âmbito de sindicatos e associações trabalhistas. Sinzheimer opõe uma juridificação positiva a esta juridificação negativa baseada principalmente na crítica à quantidade de normas. Mas, no sentido positivo, o aumento de regras jurídicas é apenas um elemento: é antes uma nova estrutura jurídica que está em jogo, em que desigualdades materiais são levadas em consideração e tematizadas em sua especificidade. Como veremos, para Sinzheimer, juridificação se refere a um “direito novo”, cuja principal novidade está na proposta de corrigir assimetrias de poder que permeiam uma sociedade dividida em classes.

Não se trata meramente de dois conceitos de juridificação, mas antes de duas visões de mundo opostas, duas leituras antagônicas a respeito das funções que o direito deveria cumprir, sobre o papel do Estado e a atuação de movimentos sociais organizados. O embate extrapola em muito o âmbito acadêmico. Sinzheimer mostra ter completa clareza disto ao afirmar que “nós temos leis demais!” funciona como bandeira para tentar convencer a

---

<sup>84</sup> Sobre isto, ver STOLLEIS, Michael. *History of Social Law in Germany*. Berlim/Heidelberg: Springer, 2014, p.83 e seguintes.

opinião pública dos perigos da legislação social. As duas concepções estavam, portanto, em disputa e ofereciam argumentos contrários para justificar posicionamentos distintos perante a esfera pública. Sinzheimer também sabia que estas iniciativas do Estado para tentar corrigir distorções sociais eram antes fruto de uma intensa luta da classe trabalhadora – e não um ato automático de benevolência ou uma expansão anônima, sem sujeitos.

Este capítulo está dividido em dois momentos. No primeiro deles (I e II), vou me valer especialmente do texto *Sobre a ideia fundamental e a possibilidade de um direito do trabalho unificado para a Alemanha* [*Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland*], de 1914, já citado anteriormente, e do livro mais importante de Sinzheimer, *Uma lei para os acordos coletivos de trabalho – a ideia da autodeterminação social no direito* [*Ein Arbeitstarifgesetz – Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*], publicado em 1916.<sup>85</sup> No segundo momento (III), vou analisar, em detalhes, um pequeno texto de Sinzheimer de 1919: *O futuro dos conselhos operários* [*Die Zukunft der Arbeiterräte*]. Este texto é publicado entre os levantes revolucionários e a promulgação da Constituição de Weimar. Fornece, assim, um quadro muito específico, já que a Constituição ainda era um projeto a ser realizado e os conselhos operários formados durante a revolução de novembro aparecem aqui como o grande novo sujeito social. Assim, no primeiro momento vou analisar textos fundamentais do período pré-revolucionário e, no segundo, vou centrar minha atenção neste instante em que Sinzheimer está em meio a uma grande transformação social e política. A proposta é mostrar como o conceito de juridificação é formulado entre estes períodos.

Procurarei mostrar que Sinzheimer desenvolve um modelo que chamo de juridificação em “dois níveis”. O primeiro nível diz respeito ao direito estatal: é uma proposta de expansão do direito, mas também de uma reestruturação completa de sua estrutura para incorporar a noção de igualdade material e para configurar campos dogmáticos com autonomia e sistematicidade próprias, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento de relações jurídicas entre coletividades e não só entre indivíduos. O segundo nível diz respeito à juridificação entendida como expansão da autonomia social, ou seja, da autorregulação de trabalhadores organizados. Os contratos coletivos de trabalho são elementos-chave aqui – como ilustra bem a epígrafe que abre este capítulo. Como vou

---

<sup>85</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. 2ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1977. Sinzheimer conta no prefácio ao livro que, apesar de a publicação datar de 1916, os fundamentos de suas ideias já estavam prontos antes de eclodir a guerra.



mostrar, são “níveis” propriamente ditos porque, apesar de complementares, não estão no mesmo patamar. Para Sinzheimer, só é possível que a autonomia social se desenvolva plenamente no âmbito de um Estado democrático de direito e, portanto, a autoridade detentora do monopólio da violência precisa reconhecer a autorregulação como um espaço legítimo de produção de normas sociais.

Vou primeiro mostrar o que Sinzheimer entendia como “direito novo” do ponto de vista do direito do trabalho estatal antes da guerra (I). Em seguida, vou mostrar como este direito social era também entendido como autodeterminação social (III). E, por último, passo a analisar o diagnóstico de tempo de Sinzheimer em 1919 e mostro como a juridificação em dois níveis está associada à relação entre democracia política e democracia social.

## I. Um novo direito

Um dos traços que mais chamam atenção nos textos de Sinzheimer anteriores à instauração da República de Weimar é o quanto eles são marcados pelo signo do novo. Sinzheimer se mostra sempre preocupado em perguntar como nasce direito novo, quais são as novas fontes do direito, como o direito que existe pode se transformar em algo distinto de si mesmo e apontar para o que ainda estaria por vir, como as forças sociais da base da sociedade podem se configurar de novas maneiras para criar este novo direito ou levá-lo adiante. É um olhar para o presente que projeta um horizonte aberto para o futuro. Sinzheimer sempre parece conseguir enxergar um devir repleto de possibilidades ainda não determinadas por completo.

Mas há sentidos diferentes atrelados ao que ele considera novo. Em *Sobre a ideia fundamental e a possibilidade de um direito do trabalho unificado para a Alemanha*, de 1914, alguns destes significados são explicitados. Passo a explorar alguns deles.

Neste texto, Sinzheimer está – como o título evidencia – defendendo que o direito do trabalho passe a ser constituído como unidade. Isto não significa apenas reunir a legislação esparsa sob a forma de um código ou de um conjunto de normas, mas efetivamente reorganizar o direito do trabalho como um campo dogmático com autonomia e dignidade próprias. Isto certamente era novo, no sentido de que o direito do trabalho não era reconhecido como um âmbito jurídico específico, seja pelo Estado ou pela ciência do direito predominante. Neste primeiro plano mais evidente, é novo porque aponta para a criação de

algo que ainda não existia. Mas Sinzheimer vai defender que o próprio *modo* como esta ideia se forma é novo:

Há alguns anos falava-se muito sobre o estranhamento do nosso povo em relação ao direito [*Rechtsfremdheit*]. Na verdade, este estranhamento em relação ao direito não existe na medida tal como se supõe. Porque poucas vezes terá havido uma época em que o interesse do povo na própria conformação do direito [*Rechtsgestaltung*] tenha sido tão grande quanto hoje. Até nas camadas mais baixas do povo, estão vivos este interesse e a aspiração para adaptar o direito às novas necessidades. Também vemos isto quando falamos sobre a ideia de um direito do trabalho unificado. Ela não surgiu nas salas de homens de Estado e legisladores reflexivos e solícitos, até hoje ela não se tornou uma exigência geral do pensamento da ciência do direito, ela nasceu antes e imediatamente dos círculos dos âmbitos populares concernidos, que veem nesta ideia um ponto de orientação para a conformação das relações de suas vidas.<sup>86</sup>

Para Sinzheimer, a ideia de unificar a legislação trabalhista esparsa em um todo organizado e com regras próprias provem da base da sociedade, das camadas populares. Diferentemente de outros campos jurídicos, o direito do trabalho não era reivindicado por setores da administração estatal ou da academia erudita. Este é o primeiro ponto aqui: o direito do trabalho é parte de uma demanda social que vem dos setores mais marginalizados da sociedade. É uma reivindicação “de baixo”, o que mostra um interesse crescente dos trabalhadores na conformação do direito, contrariando a ideia de que haveria um alheamento da população em relação à lei. Assim, a ideia de direito do trabalho – é a *ideia* porque a legislação social que existia estava longe de configurar algo próximo de um campo jurídico em si mesmo – está atrelada a um ator social específico. O segundo ponto importante é a razão pela qual Sinzheimer entende que este direito passou a fazer parte das demandas populares: eles “veem nesta ideia um ponto de orientação para a conformação das relações de suas vidas”, há uma “aspiração para adaptar o direito às novas necessidades”. A ideia de direito do trabalho é reivindicada por que *diz respeito* aos trabalhadores e às suas vidas, eles se sentem *concernidos* no que diz respeito a normas jurídicas que regulam as relações de trabalho. Estas regras impactam suas vidas diretamente. E, apesar disto, as normas então

---

<sup>86</sup> “Vor einigen Jahren fiel das Wort von der Rechtsfremdheit unseres Volkes. In Wirklichkeit besteht diese Rechtsfremdheit nicht in dem Maße, wie es behauptet wird. Denn wenige Zeiten wird es gegeben haben, in denen das Interesse an der eigenen Rechtsgestaltung im Volke so groß war wie heute. Bis in die untersten Schichten des Volkes hinein ist dieses Interesse und das Streben lebendig, das Recht den neuen Bedürfnisse anzupassen. Das sehen wir auch, wenn wir von dem Gedanken eines einheitlichen Arbeitsrechts sprechen. Er ist nicht in den Stuben fürsorglich denkender Staatsmänner und Gesetzgeber entstanden, er ist auch bis heute nicht eine allgemeine Forderung rechtswissenschaftlichen Denkens, er ist vielmehr unmittelbar aus dem Ringen der beteiligten Volkskreise geboren, die in diesem Gedanken einen Richtpunkt für die Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse erblicken.”, SINZHEIMER, Hugo [1914]. Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. op. cit., p.35.

vigentes não haviam sido formuladas, nem direta e nem indiretamente, por quem era mais afetado por elas em sua vida cotidiana. Por isso Sinzheimer fala aqui de um interesse vivo na *conformação do direito*, em dar uma nova forma, portanto. As “novas necessidades” são aquelas destes concernidos, que pretendem que o direito do trabalho se adapte às necessidades de suas próprias vidas.

A legislação social da época era fragmentária, regida por critérios pouco claros e não havia uma justiça trabalhista especializada, o que fazia com que as demandas trabalhistas apresentadas ao judiciário passassem primeiro por um longo processo de determinação de foro e jurisdição. Isto acontecia nos casos em que as ações eram aceitas, já que maioria dos trabalhadores nem mesmo tinha permissão para ser ouvida diante de um juiz.<sup>87</sup> De forma geral, não havia regra definida para a determinação das normas aplicáveis: uma relação individual de trabalho poderia ser regida pelo direito civil, comercial ou administrativo, por regulamentos federais ou por disposições comunais dos *Länder*, a depender do ambiente e não do tipo de trabalho prestado ou do caráter da relação entre empregado e empregador.<sup>88</sup> Mas certamente o problema central era o tratamento do contrato de trabalho como se fosse

---

<sup>87</sup> “Lack of understanding of the labor contract was general in the judiciary. Justice was slow, expensive, and inaccessible. The worker could sue only under poor law or if able to pay fees in advance. Even when he could pay fees, the worker could not match the skillful lawyer whom he had to oppose. Judges, aloof from economic life, were primarily interested in jurisprudence and without understanding of the workman’s situation. The latter always had to wait a long time before the court decided and in the event of an adverse decision he had to pay ruinous costs, including the fees of the employer’s lawyer, in accordance with a general German rule. Thus, there arose and spread the idea that courts help only the well-to-do and that workers better avoid them.” WUNDERLICH, Frieda. *German Labor Courts*. op. cit., p.21.

<sup>88</sup> “Vamos tomar os ajudantes comerciais e os trabalhadores industriais como exemplo. Segundo o §59 do Código Comercial, ajudante comercial é apenas aquele que é empregado, em troca de salário, no comércio para a prestação de serviços comerciais. Quando o ajudante comercial trabalha com um comerciante fazendo os registros nos livros contábeis, ele está submetido ao direito dos ajudantes comerciais do Código Comercial. Mas se ele for empregado em um bem rural, numa empresa sem fins lucrativos, por um advogado, por uma associação profissional ou similar – em síntese: se ele não for empregado no comércio – e fizer os mesmos registros contábeis, então ele perde este direito e se torna funcionário [*Angestellter*] no sentido do Código Civil. Qual é a razão interna para essa oscilação jurídica na posição do funcionário? Ora, ele presta o mesmo trabalho em todos os lugares, ele continuou a ser o mesmo enquanto pessoa, seu salário não passa a ter nenhum outro significado econômico quando é o proprietário de terras ou um outro que lhe paga.”

Original: “Wir nehmen als Beispiel den Handlungsgehilfen und den gewerblichen Arbeiter. Nach §59 HGB ist Handlungsgehilfe nur der, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist. Wenn der Handlungsgehilfe bei einem Kauffman Bücher führt, untersteht er dem Handlungsgehilfenrecht des HGB. Wenn er aber auf einem landwirtschaftlichen Gut, in einem gemeinnützigen Unternehmen, bei einem Rechtsanwalt, Berufsverbände oder desgleichen, kurz, nicht in einem Handelsgewerbe, angestellt wird und dort dieselben Bücher führt, so verliert er dieses Recht und wird Angestellter des BGB. Was ist der innere Grund für diese Rechtsschwankung in der Stellung des Angestellten? Er leistet doch dieselbe Arbeit überall, er ist doch als Mensch derselbe geblieben, sein Gehalt enthält keine andere ökonomische Bedeutung, wenn ihn der Gutsbesitzer oder ein anderer auszahlt.”, SINZHEIMER, Hugo [1914]. Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. op. cit., p.39.

uma relação de prestação de serviços igualitária, regida pelo direito das obrigações do Código Civil:

Pelo lado dos trabalhadores e funcionários, o trabalho que forma o objeto do direito do trabalho é singular, um bem jurídico separado de todos os outros bens. Antes, este bem jurídico estava morto. Dispunha-se dele pelo tempo e na medida em que era humanamente possível. Hoje ele se tornou vivo, tal como nunca na história. As pessoas fazem valer suas reivindicações humanas e exigem um tratamento que seja próprio às pessoas. A ideia da humanidade se levanta e se coloca contra a ideia da propriedade, que até hoje determinou a conformação das ordens jurídicas no que há de essencial. Por mais claro que este movimento fale, o direito vigente ouviu muito pouco a sua voz. As regras gerais do direito das obrigações, as determinações para a impossibilidade da prestação, as relações gerais de obrigação, entre outros, foram feitas para o pagamento de prestações obrigacionais, para a troca de propriedade. E, ainda assim, elas valem da mesma forma para as relações de trabalho, cujo objeto é a própria exteriorização da personalidade.<sup>89</sup>

Esta é, para Sinzheimer, outra novidade desta reivindicação social: um direito novo tem que corresponder às necessidades sociais dos concernidos. E, no caso da nova ideia de direito do trabalho, isto significa questionar o paradigma da propriedade privada em mais de um aspecto. Em primeiro lugar, no que diz respeito ao objeto. Tratar as relações trabalhistas como se fossem uma troca de bens ou de prestações entre proprietários, de acordo com o direito das obrigações da época, é, para Sinzheimer, tratar o trabalhador como algo morto, como um objeto inerte. Isto só se torna perceptível na medida em que é o próprio trabalhador que formula a crítica, que se torna “vivo”.<sup>90</sup> Em um de seus textos da década de 1920,

---

<sup>89</sup> “Die Arbeit, die auf der Seite des Arbeiters und Angestellten den Gegenstand des Arbeitsrechts bildet, ist ein eigenartiges, von allen anderen Gütern geschiedenes Rechtsgut. Dieses Rechtsgut war früher tot. Man konnte darüber verfügen, solange und soweit es menschenmöglich war. Es ist heute lebendig geworden, wie noch nie in der Geschichte. Der Mensch macht seine menschlichen Ansprüche geltend und verlangt nach einer Behandlung, die dem Menschen ziemt. Der Gedanke des Menschentums steht auf und stellt sich gegen den Gedanken des Eigentums, der bis heute die Gestaltung der Rechtsordnungen im wesentlichen bestimmt hat. So deutlich aber auch diese Bewegung spricht, so wenig hat noch das geltende Recht ihre Stimme vernommen. Die allgemeinen Regeln des Schuldrechts, die Bestimmungen für die Unmöglichkeit der Leistung, die Gesamtschuldverhältnisse u. a., sind auf die Sachleistung, auf den Eigentumswechsel zugeschnitten. Und noch gelten sie ebenso für den Arbeitsverkehr, dessen Gegenstand die Äußerung der Persönlichkeit selbst ist.”, Idem, p.41.

<sup>90</sup> Em *Der Wandel im Weltbild des Juristen* [*Mudança na visão de mundo dos juristas*], Sinzheimer defende que o liberalismo se valia do conceito de pessoa [*Person*] para indicar uma capacidade abstrata do indivíduo isolado para ter direitos, independentemente de se as condições materiais confirmavam ou não esta capacidade. Já o direito social, posterior à revolução de novembro, entendia a pessoa [*Mensch*] como ser social, numa perspectiva mais rica e complexa, que levava em conta as relações e condições sociais de fato existentes. Ver 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. Para um comentário sobre estes dois conceitos de pessoa em Sinzheimer, ver SEIFERT, Achim. *Von der Person zum Menschen im Recht – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer*. *Soziales Recht*, v.1, n.2, 2011. Em *Grundzüge des Arbeitsrechts*, livro de 1927, Sinzheimer deixa entrever uma influência kantiana, ao afirmar que as pessoas não poderiam ser finalidade para alguma outra coisa externa a elas, tal como a propriedade. Isso porque as pessoas têm dignidade – a referência ao “reino dos

Sinzheimer afirma, no mesmo sentido: “O movimento social se insurgiu. Nele se revolta a pessoa, tal como ela é, contra a representação que o direito faz dela.”<sup>91</sup>

Em segundo lugar, o direito do trabalho também desafiava a concepção individualista do direito formal da época:

Mas, na busca por uma validade superior, o trabalho também precisa de novas formas de relação [*Verkehr*]. No contrato individual, no contrato entre empregador e trabalhador, como regra o trabalho não consegue impor suas reivindicações. É necessária a concentração de trabalhadores e funcionários, a entrada em cena de uma unidade daqueles que tem o mesmo interesse, para alcançar um verdadeiro balanceamento [*Ausgleich*] dos concernidos. É sabido que a forma para esta relação é o contrato coletivo de trabalho. Mas o que diz o direito vigente sobre o contrato coletivo de trabalho? Para ele, é um contrato como qualquer outro e, por essa razão, esse direito o empurra para dentro da camisa de força individualista do conceito de contrato vigente, o que restringe sua liberdade de movimentação.<sup>92</sup>

A necessidade de organização coletiva do polo dos trabalhadores pressupõe uma assimetria inicial de poder. No contrato individual entre empregador e empregado, o lado do trabalho não consegue fazer valer suas demandas, diz Sinzheimer. Isto porque a igualdade pressuposta entre os dois lados de um contrato de prestação de serviços é meramente formal, não encontra ancoragem na sociedade. Equiparado ao empregador, o trabalhador sempre vai ser o lado mais fraco, incapaz até mesmo de discutir os termos da relação de emprego. A relação de trabalho envolve uma parte mais vulnerável, que depende de seu trabalho para sua sobrevivência, e uma parte com maior poder e liberdade.<sup>93</sup> O direito coletivo do trabalho

---

fins” é expressa. Sobre isto, ver DUKES, Ruth. Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law. *Journal of Law and Society*, v.35, n.3, 2008, p.5-6.

<sup>91</sup> “Die soziale Bewegung erhob sich. In ihr revoltiert der Mensch, wie er leibt und lebt, gegen die Vorstellung, die das Recht von ihm macht.”, SINZHEIMER, Hugo [1928]. *Der Wandel im Weltbild des Juristen*. op. cit., p.42.

<sup>92</sup> “Im Streben nach höherer Geltung bedarf die Arbeit aber auch neuer Verkehrsformen. Im Einzelvertrag, im Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeiter, vermag die Arbeit in der Regel ihre Ansprüche nicht durchsetzen. Es ist die Konzentration der Arbeiter und Angestellten, das einheitliche Auftreten der Gleichinteressierten, erforderlich, um zu einem wirklichen Ausgleich der Interessen der Beteiligten zu gelangen. Die Form für diesen Verkehr ist bekanntlich der Arbeitstarifvertrag. Was aber sagt das geltende Recht vom Arbeitstarifvertrag? Er ist ihm ein Vertrag wie jeder andere auch, und darum spannt ihn dieses Recht in die individualistische Zwangsjacke des geltende Vertragsbegriffes ein, der ihm die Bewegungsfreiheit schmälert.”, SINZHEIMER, Hugo [1914]. *Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland*. op. cit., p.41.

<sup>93</sup> “According to Sinzheimer, an imbalance of power between capital and labour (‘property’ and labour, as he termed it) was inherent in the capitalist mode of production. An economic constitution was required to adjust this imbalance in favour of labour, to put an end to the subordination of labour to capital, so that labour might participate in managerial decision-making on a parity basis with capital. What the constitutionalization of industry meant for Sinzheimer, then, was state intervention to allow for the creation of worker collectivities – trade unions and work councils – and for the legal guarantee to these bodies of rights to participate with

é visto por Sinzheimer como uma das maneiras de promover uma compensação, ou seja, de reconhecer que esta relação é desigual e tentar reequilibrá-la ativamente:

Penso na contratação por empreitada que, por mais que tenha se tornado uma das formas contratuais mais importantes e numerosas na relação trabalhista, praticamente não tem qualquer regulação legislativa. Uma situação como esta ameaça a justiça de um direito. Porque quando a norma falta *em âmbitos da vida em que existe a necessidade de uma norma compensadora objetiva, quando as forças econômicas não são distribuídas igualmente, a dominação e a clandestinidade se instalam*. E de fato: não existe âmbito do direito em que os poderes econômicos podem se manifestar a passos largos de maneira tão desvinculada e dominante e em que, ao mesmo tempo, o direito é tão escondido e escuro (cláusulas secretas de concorrência, lista negra!), do que o âmbito do direito do trabalho.<sup>94</sup>

O fato de que o Estado não reconhecia o direito do trabalho em suas especificidades, ou seja, como um direito que não pode estar vinculado ao critério formal da livre troca entre iguais individuais, era uma das razões para questionar o critério de justiça e, de forma geral, a justificação do direito vigente. Esta também é, para Sinzheimer, uma das fontes para o desacoplamento entre direito e sociedade – ou melhor: para a “*contradição* entre direito e sociedade”.<sup>95</sup> O fato de que o Estado passou a intervir ativamente na vida social e econômica com a guerra fez com que a justificativa do *laissez-faire* caísse por terra.<sup>96</sup> O pressuposto “do livre jogo das forças de mercado” já havia sido colocado em xeque – a questão era decidir *como* a atuação estatal passaria a se dar. E Sinzheimer acreditava que era possível direcionar esta atuação para a correção de desigualdades sociais estruturais.

Assim, temos que o direito “novo” de que fala Sinzheimer reúne algumas características marcantes. É novo em sua *origem*: é uma reivindicação de luta dos trabalhadores. Está, portanto, vinculado a um sujeito social bem determinado, que se vale da

---

employers, as equals, in the autonomous regulation of the economy.” DUKES, Ruth. Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law. op. cit., p.3.

<sup>94</sup> “Wir denken an den Akkordvertrag, der, obwohl er eine der wichtigsten und zahlreichsten Vertragsformen im Arbeitsverkehr geworden ist, so gut wie keine gesetzliche Regelung hat. Ein solcher Zustand bedroht die Gerechtigkeit eines Rechts. Denn wenn auf Lebensgebieten, wo das Bedürfnis nach einer objektiv ausgleichenden Norm besteht, die Norm fehlt, stellt sich, wenn die wirtschaftlichen Kräfte nicht gleich verteilt sind, Herrschaftlichkeit und Heimlichkeit ein. Und in der Tat: Es gibt keine Rechtsgebiet, wo sich auf weiten Strecken die wirtschaftlichen Mächte so ungebunden herrschaftlich äußern können und zugleich das Recht oft so verborgen und dunkel ist (geheime Konkurrenzklause, schwarze Liste!), wie das Gebiet des Arbeitsrechts.”, Idem, p.40, grifo meu.

<sup>95</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.181.

<sup>96</sup> SEIFERT, Achim. Von der Person zum Menschen im Recht – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer. op. cit., p.64.

ideia deste direito como regra de orientação para uma sociedade menos desigual. É novo em sua *conformação*: a demanda dos trabalhadores é certamente direcionada ao Estado, mas não se limita a isto. Os trabalhadores – os principais concernidos nas relações de trabalho – querem participar da determinação de sua forma e de seu teor substantivo. Também é novo em seu *conteúdo*: precisa levar as relações sociais reais em consideração – é a partir delas que as regras devem ser extraídas. Além disso, o próprio conteúdo da lei é compreendido como uma disputa entre forças sociais: Sinzheimer afirma que a disputa pelo conteúdo de uma norma jurídica “não vai desaparecer enquanto ainda existirem proposições jurídicas de forma geral”, indicando que a indeterminação do texto da lei é inevitável.<sup>97</sup> É novo em sua *finalidade*: para que possa refletir as especificidades da relação de trabalho, este direito precisa compensar, nivelar e empoderar o lado com menor poder. Precisa ser pautado por um ideal de igualdade material – tratar os desiguais na medida de sua desigualdade – e de justiça social. Também é novo em sua *estrutura*: precisa incorporar coletividades e não apenas indivíduos. E, por fim, é novo em sua necessidade de *justificação*: na medida em que um ator social como os trabalhadores organizados entram em cena e questionam o direito vigente, é preciso apresentar razões e justificativas para uma decisão ter sido tomada em detrimento de outra, os critérios têm que ser explicitados. Numa tentativa de sintetização, poderíamos dizer – para usar os termos do próprio Sinzheimer – que é um direito que não pode ser *lebensfremd*, ou seja, alheio à vida.<sup>98</sup> E deixar de ser “alheio à vida” significa tanto reconhecer as relações sociais “tal como são” quanto procurar meios para mudar o que se mostra como desigual e injusto – o que, por sua vez, significa que não se pode aceitar as relações sociais “tais como são” e que o direito tem um papel importante a desempenhar neste processo de transformação do existente.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> “Denn auch in ihr war nicht nur streitig, was der Inhalt eines Rechtssatzes sei – *dieser Streit wird kaum verschwinden, solange es überhaupt Rechtssätze gibt (...)*”, SINZHEIMER, Hugo [1914]. Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. op. cit., p.38, grifo meu.

<sup>98</sup> Idem, p.41.

<sup>99</sup> Isto é formulado de maneira bastante clara em *Uma lei para os acordos coletivos de trabalho*: “O objeto da ciência é o ser e o dever-ser. O direito que existe também é um direito correto? Esta pergunta é sugerida à ciência do direito não apenas por meio de seu contexto geral compartilhado com as ciências humanas, que são ciências do ser e do valor da mesma maneira, mas também pelo fato das aspirações sociais. A ideia que estimula estas aspirações é a pergunta sobre se as condições jurídicas, sob as quais elas se desenvolvem, são adequadas e, eventualmente, a pergunta por quais condições deste tipo seriam adequadas a elas. Quando a ciência do direito coloca uma questão como esta, ela não se dissolve em uma ciência social geral, que tem como finalidade o conhecimento do social em todo seu conteúdo, suas causas e seus efeitos, sua necessidade causal e teleológica. Ela coloca a pergunta como questão jurídica (...)”

Era este direito que Sinzheimer defendia que fosse ampliado – não só para as relações de trabalho, mas para todos os âmbitos da vida.<sup>100</sup> E é neste sentido que o conceito de *Verrechtlichung* é positivo. Mas, na reconstrução dos argumentos que eu fiz até aqui, dei maior destaque aos aspectos que apresentam a ideia de direito do trabalho como uma luta por reconhecimento estatal, ou seja, formulada como exigência para que o direito oficial existente fosse alterado, para que executivo e parlamento promovessem um direito do trabalho como campo jurídico-dogmático autônomo. No entanto, para Sinzheimer, esta também é uma luta social que envolve a *criação ativa* de direito não-estatal. Enquanto o Estado não reconhecia estes elementos centrais, os trabalhadores criaram a importante figura do acordo coletivo de trabalho, que deixou de ser reconhecida pelo direito oficial e pelos tribunais por décadas.

Acordos coletivos e órgãos de arbitragem não eram direito do ponto de vista estatal, não eram reconhecidos pela administração pública e configuravam um problema de difícil solução quando o judiciário era com eles confrontado. Os acordos coletivos foram uma criação dos sindicatos e desafiavam o direito vigente à época, uma vez que o Código Civil Alemão não tinha previsão para contratos de massa, com coletividades figurando como sujeitos de direito ao invés de pessoas individuais. Esses acordos eram celebrados entre sindicatos e empregadores, geralmente da indústria, com regras de vinculação, extensão e

---

No original: “Gegenstand der Wissenschaft ist das Sein und das Sollen. Ist das Recht, welches besteht, auch ein richtiges Recht? Diese Frage wird der Rechtswissenschaft nicht nur durch ihren allgemeinen Zusammenhang mit den Geisteswissenschaften nahegelegt, die in gleicher Weise Seins- und Wertwissenschaften sind, sondern auch durch die Tatsache der sozialen Bestrebungen. Der Gedanke, den diese Bestrebungen anregen, ist die Frage, ob die rechtlichen Bedingungen, unter denen sie entwickeln, angemessen sind, eventuell welche Bedingungen dieser Art für sie angemessen wären. Wenn die Rechtswissenschaft eine solche Frage stellt, so geht sie nicht in einer allgemeinen Sozialwissenschaft auf, die sich die Erkenntnis des Sozialen in seinem ganzen Inhalt, seinen Ursachen und Wirkungen, seiner kausalen und teleologischen Notwendigkeit zum Ziel hat. Sie stellt die Frage als Rechtsfrage (...)”, SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.5.

<sup>100</sup> Sinzheimer não está simplesmente opondo o direito social ao direito privado, como se um fosse superior ao outro. Para ele, a distinção que vigia entre direito público e direito privado era artificial, não correspondia ao caráter das relações reguladas. Isso porque ele entendia, fazendo referência expressa a Karl Renner, que todas as relações jurídicas são dotadas de função social e que os institutos privados também dizem respeito à vida coletiva: SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.21-22. No caso do direito privado, sua principal referência é Otto von Gierke, que já estava tentando introduzir a noção de coletividade no direito civil alemão há alguns anos: GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlin/Heidelberg: Springer, 1889. Sobre a influência do pensamento de Gierke no direito do trabalho alemão, ver 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.



responsabilidade determinadas entre as partes.<sup>101</sup> Eram, portanto, norma social. O mesmo vale para a arbitragem: mais uma forma social de os sindicatos estabelecerem meios autônomos para resolução de conflitos.

Passo agora a analisar como Sinzheimer entendia a criação deste direito novo do ponto de vista eminentemente social.

## II. Autonomia social

“Os acordos coletivos têm origem nas lutas econômicas. Por toda parte, eles encontraram a resistência do empresário. Eles só puderam ser alcançados pelo fato de que a pressão econômica da luta fez com que a celebração de um entendimento fosse necessária. Por esta razão, em todas as grandes indústrias, a história do acordo coletivo de trabalho é a história de greves e bloqueios. Faz parte da natureza da coisa. Os contratos coletivos de trabalho contêm, principalmente, vantagens para a classe trabalhadora. No lugar das relações salariais e trabalhistas não reguladas, cujas condições eram, em muitos casos, definidas unilateralmente pelo empregador, entram em cena as condições salariais e trabalhistas reguladas e asseguradas, que frequentemente também introduzem uma melhoria material para o operariado. Como regra, estas vantagens não foram concedidas voluntariamente, mas apenas quando, em decorrência do desdobramento de poder econômico, as necessidades levassem a isto.”

SINZHEIMER, Hugo. *Ein Arbeitstarifgesetz*, 1916<sup>102</sup>

Os acordos coletivos são a figura central do direito do trabalho em formação na Alemanha na virada do XIX para o século XX. São também um dos principais exemplos de arranjos jurídicos criados por grupos sociais e não reconhecidos pelo Estado. “The legal

---

<sup>101</sup> Para uma síntese sobre a ampla discussão sobre os acordos coletivos, denominados *Tarifabschlüsse* ou *Tarifverträge*, ver ERD, Rainer. Hugo Sinzheimer (1875-1945): Aufruf zur Befreiung des Menschen. In: Kritische Justiz (org.). *Streitbare Juristen: eine andere Tradition*. Baden-Baden: Nomos, 1988, p.285 e seguintes.

<sup>102</sup> “Die Tarifverträge sind aus wirtschaftlichen Kämpfen hervorgegangen. Überall sind sie zunächst auf den Widerstand der Unternehmer gestoßen. Nur dadurch konnten sie erreicht werden, daß der wirtschaftliche Druck des Kampfes den Abschluß einer Verständigung notwendig machte. In allen größeren Gewerben ist daher die Geschichte des Tarifvertrags die Geschichte der Streiks und Aussperrungen. Es liegt dies in der Natur der Sache. Die Tarifverträge enthalten in erster Linie Vorteile für die Arbeiterklasse. An die Stelle unregelter Lohn- und Arbeitsverhältnisse, die in vielen Fällen einseitig durch den Unternehmer festgesetzt werden, treten geregelte und gesicherte Lohn- und Arbeitsbedingungen, die oft zugleich eine materielle Besserstellung der Arbeiterschaft herbeiführen. Solche Vorteile werden in der Regel nicht freiwillig gewährt, sondern nur, wenn infolge wirtschaftlicher Machtentfaltung die Notwendigkeit sich einstellt, sich auf sie zu lassen.”, SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.56.

system created after the founding of the German Reich neglected the labor contract”, afirma Frieda Wunderlich peremptoriamente.<sup>103</sup> No trecho que destaquei como epígrafe, Sinzheimer defende que os acordos coletivos de trabalho são um produto da luta entre trabalhadores e empregadores – uma conquista das reivindicações operárias, portanto. Não era como se os dois lados antagônicos desta disputa tivessem sentado numa mesa e chegado ao entendimento de que seria mais adequado regular as relações de trabalho, prever limites, condições e meios de resolução de conflitos. Como estes acordos “contêm vantagens para a classe trabalhadora”, é “da natureza da coisa” que eles tenham começado a ser celebrados por pressão dos trabalhadores, como elemento constitutivo da “história de greves e bloqueios”.

A estrutura deste tipo de acordo coletivo era consideravelmente complexa. Mas seu princípio é razoavelmente simples. Por um lado, os trabalhadores organizados passavam a ser vistos como parte integrante da determinação das condições de trabalho e salário – fixação de dias e horas de trabalho, estipulação de folgas e feriados, definição de atribuições, de critérios para organização do trabalho e demissão, valores recebidos por cada trabalhador individualmente, critérios para correção de inflação, entre tantos outros elementos –, passando a ser parte de uma negociação antes inexistente. Por outro lado, o empregador podia contar com um “dever de paz” [*Friedenspflicht*]: os trabalhadores deixavam de fazer greves e boicotes enquanto as regras do acordo estivessem em vigor e fossem cumpridas. Segundo Sinzheimer, em 1913, haviam 12.369 acordos coletivos trabalhistas em vigência na Alemanha, subordinando 1.845.454 pessoas, entre empregados e empregadores.<sup>104</sup> Um dos instrumentos jurídicos mais decisivos para os conflitos sociais estava simplesmente ausente do direito oficial e das preocupações do sistema judicial.

Sinzheimer é considerado o fundador do direito do trabalho alemão<sup>105</sup> justamente por ter se dedicado a operacionalizar este contrato coletivo de trabalho, criando uma dogmática

---

<sup>103</sup> WUNDERLICH, Frieda. *German Labor Courts*. op. cit., p.21.

<sup>104</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.30.

<sup>105</sup> Ver 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; ERD, Rainer. Hugo Sinzheimer (1875-1945): Aufruf zur Befreiung des Menschen. In: BLANKE, Thomas et. al. (orgs.). *Streitbare Juristen: Eine andere Tradition*. Baden-Baden: Nomos, 1988; 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 [1958]. Para algumas notas biográficas e sobre a importância de Sinzheimer para a fundação da sociologia do

específica para estas relações – e também por ter formulado grande parte dos artigos da Constituição de Weimar que tratam deste tema, mas veremos isto mais para frente. Uma dogmática nova tinha que ser pensada para este tipo de arranjo, já que, como vimos, o conceito tradicional de contrato não levava em conta a regulação desta relação em suas principais características. O acordo coletivo de trabalho era um *Mischgebilde*, uma “forma mista”.<sup>106</sup> Pegava emprestado elementos do direito privado e também do direito público, mesclando os dois. O contrato não era uma imposição – só era celebrado entre partes que voluntariamente expressassem vontade de contratar.<sup>107</sup> A autonomia da vontade era, portanto, privada, semelhante a qualquer obrigação do direito civil.<sup>108</sup> Ao mesmo tempo, os sujeitos deste negócio jurídico não eram indivíduos. Pelo lado dos trabalhadores, era a organização que figurava em um dos polos – na maioria das vezes, representada pelo sindicato. Pelo lado do empregador, poderia ser uma pessoa individual ou um conjunto de pessoas. Além disso, o acordo se tornava uma espécie de ordem jurídica vinculante a todos os participantes e com efeitos para terceiros. Este tipo de arranjo também desviava do modelo clássico de contrato por ser de longo prazo, não se esgotando numa prestação individual, assemelhando-se ao que chamamos hoje de “contratos relacionais”.<sup>109</sup>

Diversas questões jurídicas surgiam a partir desta estrutura. No que diz respeito à vontade, era preciso determinar o critério para a constituição da representação dos trabalhadores, para dirimir conflitos de interesses entre os trabalhadores individuais e a coletividade que os representava, era necessário decidir como incluir trabalhadores não-organizados em sindicatos, como lidar com sindicatos “amarelos”, entre tantos outros pontos de atrito. Como os acordos vinculavam terceiros, como se relacionavam com o direito vigente e como o descumprimento das regras acordadas era determinado também eram

---

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

<sup>106</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.21.

<sup>107</sup> Como vamos ver no capítulo específico sobre Franz Neumann (Capítulo 4), a questão da obrigatoriedade dos acordos coletivos passa a ser central já no decorrer da República de Weimar, quando são editados decretos estatais que passam a forçar este tipo de contrato independentemente da vontade das partes.

<sup>108</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.21.

<sup>109</sup> Ver GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. *Revista Direito GV*, v.3, n.1, 2007; MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

questões fundamentais. Em caso de descumprimento, os trabalhadores tinham a greve e o boicote como instrumento, mas também, a partir de 1916, poderiam recorrer a órgãos de arbitragem:

During the World War the inadequacy of the machinery for settling labor disputes was a menace to uninterrupted production. When exhaustion of man power and resources endangered the success of German arms, general conscription of male labor was introduced by the Auxiliary Service Law of December 5, 1916, which also provided conciliation bodies for settling labor conflicts. *A network of boards was created, composed of equal numbers of employers' and workers' representatives with a chairman, generally an army officer, appointed by the War Office.* Here the significant advance was the larger area of jurisdiction, e.g. conflicts in agriculture were included, and the boards were authorized to act on the request of one party only. These conciliation bodies owed their importance to the tremendous wartime power of the military administration. Decisions were not compulsory but, if employers rejected them, workers could demand the leaving certificate entitling them to find another job, which usually meant better working conditions. Workers who rejected awards got no leaving certificate. In fact, therefore, awards were compulsory. Conciliation, later a bone of contention between capital and labor, was a factor of stabilization during the revolution of 1918. Even the Socialist-Revolutionary Government, the Council of the People's Commissioners, retained the conciliation boards when they repealed the Auxiliary Service Law.<sup>110</sup>

Os comitês de arbitragem para dirimir os conflitos trabalhistas decorrentes dos acordos coletivos eram formados por trabalhadores e empregadores em paridade, o que também era algo novo e representava uma conquista de espaço institucional de poder por parte do movimento operário. Tanto os contratos coletivos quanto os procedimentos de arbitragem também vão estar no centro das disputas ao longo dos anos da República de Weimar – ao longo do tempo, passam por mudanças substantivas que determinam a obrigatoriedade da conciliação, seja sob a forma de acordo ou de arbitragem, em imposições que se mostram desastrosas principalmente para os trabalhadores.<sup>111</sup>

Mas o mais importante para Sinzheimer aqui é o fato de que o acordo coletivo de trabalho não é apenas uma criação dos trabalhadores, mas é um arranjo em que as regras que vinculam a coletividade de uma indústria têm de ser criadas, formuladas, discutidas, negociadas e justificadas. Ele afirma com todas as letras que o contrato coletivo de trabalho não é apenas uma relação jurídica, mas também é *fonte* de direito.<sup>112</sup> As partes são criadoras

---

<sup>110</sup> 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, p.4, grifo meu.

<sup>111</sup> Ver KAHN-FREUND, Otto [1932]. Der Funktionswandel des Arbeitsrecht. op. cit. e KAHN-FREUND, Otto. Collective agreements under war legislation. *Modern Law Review*, abril de 1943.

<sup>112</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.39.

e administradoras desta ordem jurídica que as vincula.<sup>113</sup> São legisladores e destinatários da norma, dão regras a si próprios coletivamente; rompem com “a separação entre a força que põe o direito [*rechtsetzenden*] e a que cria o direito [*rechtserzeugende Kraft*]”.<sup>114</sup> Não é à toa que o subtítulo do livro de 1916 seja “a ideia da autodeterminação social no direito”. Sinzheimer vê estes contratos como fonte de autonomia, como criação de direito propriamente dito, ainda que não-estatal. E de um direito que coloca todos os princípios fundamentais do direito estatal vigente em xeque.

Além de considerar estes arranjos coletivos como uma fonte autônoma de direito, Sinzheimer entende que a criação de regras sociais é uma das maneiras de diminuir a separação entre direito *estatal* e sociedade.<sup>115</sup> É uma resposta às críticas, comumente feitas na época de que, por um lado, as leis não seriam mais suficientes para regular a vida social e, por outro, uma burocratização da vida estaria em curso:

Todas as nossas relações sociais são diversas e mutáveis. Onde antes a vida se movimentava em relações fixas e que se desenvolviam lentamente sob a coerção de uma tradição firmemente estabelecida, hoje ela zomba de toda forma fixa e permanente. Para uma vida como esta, em que falta a ligação interna, a questão sobre qual é sua forma externa se torna um problema importante. *A mera lei não pode mais ser suficiente!* Como ela poderia se tornar senhora desta diversidade infinita, desta mudança que acontece dia a dia, de hora a hora, sem entrave ou algema, ao invés de ser uma técnica útil? Se em razão disto a burocracia e a casuística não devem matar a força e o colorido de nossas vidas, então nós devemos deixar que as próprias forças sociais sejam convocadas para conformar o direito e atribuir a elas efeito jurídico objetivo.<sup>116</sup>

É uma contradição intrínseca: enquanto o direito estatal é rígido e esquemático, o desenvolvimento social é diverso e mutável. Quanto mais intensivo for o desenvolvimento

---

<sup>113</sup> Idem, p.51.

<sup>114</sup> Idem, p.186.

<sup>115</sup> Idem, p.182.

<sup>116</sup> “Mannigfaltig und veränderlich sind alle unsere Lebensverhältnisse. Wo sich früher das Leben in festen und sich nur langsam entwickelten Verhältnissen unter dem Zwange einer festgefügte Tradition bewegte, spottet es heute aller festen, bleibenden Form. Für ein solches Leben, dem die innerliche Bindung fehlt, wird die Frage nach seiner äußeren Form zu einem wichtigen Problem. *Das bloße Gesetz kann nicht mehr genügen!* Wie sollte es dieser unendlichen Mannigfaltigkeit, dieses Wechsels von Tag zu Tag, von Stunde zu Stunde, Herr werden können, ohne Hemmung und Fessel, statt dienende, helfende Technik zu sein? Wenn daher Bürokratie und Kasuistik die Kraft und Buntheit unseres Lebens nicht ertönen sollen, so müssen wir die gesellschaftliche Kräfte selbst zur Rechtsgestaltung heraufrufen und ihre objektive Rechtswirkung zulassen.”, SINZHEIMER, Hugo [1914]. Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland. op. cit., p.56, grifo original.

social, mais o descompasso se evidencia.<sup>117</sup> Para Sinzheimer, a descentralização em ordens distintas de formação do direito ajuda a solucionar este problema, diminuindo o fosso entre direito e sociedade e fazendo com que as forças sociais também façam parte da criação do direito, que, por sua vez, passa a se apresentar como legítimo e inteligível a elas. O exercício da autonomia social na autorregulação é nada menos do que juridificação em sentido positivo: “Por meio da autodeterminação social no direito, o princípio moderno da formação do direito penetra em âmbitos da vida social em que ele era estranho até então. A vida no Estado e vida na sociedade se tornam, ao menos formalmente, mais equilibradas.”<sup>118</sup>

\* \* \*

No prefácio a *Uma lei para os acordos coletivos de trabalho*, Sinzheimer olha para o futuro e prevê um aprofundamento das forças conservadoras depois da guerra:

O problema [da regulação do acordo coletivo de trabalho] vai emergir de novo depois da guerra. Porque as forças que o criaram vão voltar a ser eficazes de maneira antiga. Estas forças vão inclusive ganhar um novo fortalecimento. Talvez as consequências da guerra não deixem que a ideia de uma política social de bem-estar material implementada pelo Estado – para além da assistência aos que se tornaram inválidos pela guerra – surja tão cedo. Por isto esta orientação da política social, que procura por novas formas nas relações de vontade entre o empresariado e o operariado, deve ganhar maior importância.<sup>119</sup>

Sinzheimer não tinha como prever que a Alemanha iria perder a guerra, que a democracia seria proclamada em meio a levantes revolucionários de soldados e trabalhadores e que se abriria uma janela de oportunidade para institucionalizar os valores e

---

<sup>117</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.181.

<sup>118</sup> “Durch die soziale Selbstbestimmung im Recht dringt das moderne Prinzip der Rechtsbildung in gesellschaftliche Lebensgebiete ein, denen es seither fremd war. Das Leben im Staate und das Leben in der Gesellschaft wird, wenigstens formal, ausgeglichener.”, Idem, p.196, grifo meu.

<sup>119</sup> “Das Problem wird nach dem Kriege von neuem auftauchen. Denn die Kräfte, die es schufen, werden in alter Weise wieder wirksam sein. Diese Kräfte werden sogar eine neue Stärkung erhalten. Die Folgen des Krieges lassen vielleicht den Gedanken einer Sozialpolitik der materiellen Fürsorge durch den Staat außerhalb der Kriegsbeschädigtenfürsorge nicht so bald aufkommen. Deswegen wird diejenige Richtung der Sozialpolitik an Bedeutung zunehmen, die nach neuen Formen in den Willensbeziehungen zwischen Unternehmertum und Arbeiterschaft sucht.”, SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.i.

princípios do novo direito social, rejeitados pelo Estado até então.<sup>120</sup> O processo de juridificação passa a ter a Constituição de Weimar no horizonte, uma perspectiva certamente inesperada.

### III. Democracia parlamentar e revolução

Em 1919, na iminência da *Nationalversammlung* [Assembleia Nacional Constituinte], Sinzheimer publicou um pequeno texto de intervenção intitulado *O futuro dos conselhos operários*. Neste texto, Sinzheimer esboça um diagnóstico sobre o momento que estava vivendo. Era um momento único: a democracia havia sido conquistada após o movimento de soldados e operários ter se alastrado por quase todas as cidades alemãs e, naquele instante, os caminhos estavam abertos para sua implementação. O início de *O futuro dos conselhos operários* é claro neste sentido:

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.<sup>121</sup>

Aqui, pela primeira vez, Sinzheimer fala expressamente sobre democracia. Já nesta passagem, ele se vale da diferenciação entre democracia política e democracia social, uma distinção que permeia os debates da época e que, como veremos ao longo desta tese, ganha conteúdos diversos a depender do que se entenda por “político” e “social”. Mas antes de entrar propriamente nesta diferenciação conceitual, é importante esclarecer um ponto nada

---

<sup>120</sup> “Certainly until the last days of the war no major political group contemplated the substitution of a republic for the monarchy. There was no strong republican movement in German politics. The left-wing liberals who had had republican leanings before, during and even after the 1848 Revolution had long since come to terms with the monarchical regime. Even the Social Democrats, whose programme still included the replacement of the monarchy by a republic, did not in practice regard this objective as a primary one to be pursued with their utmost strength.”, KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. 2ª edição. Tradução de P. S. Falla e R. J. Park. Londres/Nova York: Routledge, 2005, p.3.

<sup>121</sup> “Der Notbau für das Reich der politischen Demokratie ist in Weimar errichtet worden. Das Werk der sozialen Demokratie ist noch zu schaffen. Deren Wesen besteht darin, daß die gesellschaftlichen Kräfte selbst unmittelbar und selbsttätig in geordneten Formen zu Auswirkung gelangen.”, 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, p.351, grifo original.

trivial que ajuda a compreender o título – e, é claro, as ideias desenvolvidas por Sinzheimer neste artigo. Assim como os conselhos de soldados, os conselhos operários eram um dos frutos da revolução de novembro. A primeira democracia parlamentar 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. Para organizar as revoltas, trabalhadores e soldados formaram conselhos em quartéis e fábricas, que funcionavam por meio de assembleias. Na descrição de Sebastian Haffner:

Em todos os lugares por onde passavam os marinheiros, os soldados das guarnições e os trabalhadores das fábricas se uniam a eles, como se estivessem esperando por eles; praticamente em nenhum lugar houve resistência a sério; por toda parte, a ordem vigente ruía como um castelo de cartas. Em 5 de novembro, a revolução havia chegado até Lübede e Brunsbüttelkoog, em 6 de novembro, havia chegado a Hamburgo, Bremen e Wilhelmshaven, em 7 de novembro, a Hannover, Oldenburg e Colônia; no dia 8 de novembro, eles tinham todas as grandes cidades alemãs do oeste sob seu controle, além de Leipzig e Magdeburg, do outro lado do Elba. A partir do terceiro dia, a presença dos marinheiros já não era mais necessária para desencadear a revolução; tal como um incêndio florestal, ela abria caminho por si mesma. Em todos os lugares acontecia o mesmo, como se houvesse uma combinação tácita: os soldados das guarnições elegiam conselhos de soldados, os trabalhadores elegiam conselhos de trabalhadores, as autoridades militares capitulavam, rendiam-se ou fugiam, as autoridades civis reconheciam, aterrorizadas e intimidadas, a nova supremacia dos conselhos operários e de soldados. Em toda parte, a imagem externa era a mesma: por toda parte, grandes cortejos nas ruas, grandes assembleias populares nas praças dos mercados, por toda parte cenas de confraternização entre casacos azuis, uniformes cinza e civis extenuados. Por toda parte, em primeiro lugar eram libertados os presos políticos e, depois de ocuparem as cadeias, as prefeituras, estações de trem, comandos-gerais e por vezes também as redações de jornal eram todos ocupados.<sup>122</sup>

Estes conselhos se tornaram a arena por excelência de organização dos movimentos sociais em levante. Era um tipo de organização que estava para além do âmbito dos sindicatos ou das hierarquias militares. Tinha inspiração nos soviets russos, mas havia surgido muito mais da espontaneidade da luta do que de uma ação programada. Em *O futuro dos conselhos operários*, Sinzheimer está justamente preocupado com o papel destes conselhos uma vez instaurada a democracia. Como vamos ver, os conselhos operários passam a ser vistos por Sinzheimer com o signo do novo, uma vez que têm a capacidade de abarcar todos os trabalhadores. E eles serão os portadores da formação deste novo direito, os sujeitos sociais da juridificação.

---

<sup>122</sup> HAFFNER, Sebastian. *A revolução alemã*. Tradução de Bianca Tavorari. São Paulo: Expressão Popular, 2018, p.88-89.



### III.1. Democracia política e democracia social

O diagnóstico de tempo presente desenvolvido por Sinzheimer às vésperas da *Nationalversammlung* que promulgaria a Constituição de Weimar é estruturado a partir da diferença entre democracia política e democracia social. Enquanto a democracia política é associada à maior abertura das instituições vinculadas ao legislativo, executivo e judiciário e à conquista de direitos civis e políticos iguais, a “essência” da democracia social – para utilizar os termos do autor – estaria na efetividade das forças sociais em atuar por si mesmas e sem intermediação, de maneira organizada.<sup>123</sup> Democracia social nada mais é, portanto, do que um ideal forte de *autonomia coletiva* realizado na prática. Se, ao se democratizarem, as instituições políticas haviam aberto caminho para o horizonte normativo de que todo cidadão possa se ver ao mesmo tempo como destinatário e autor da lei, o elemento da autoria estava limitado aos modelos institucionais tradicionais e restritos de representação. Não é por outra razão que Sinzheimer enfatiza a todo tempo o termo “*selbst*” para tratar da democracia social: aquilo que é próprio, vinculado à auto-organização, à auto-atividade, a dar a norma a si mesmo no sentido mais radical possível.

Estes não são apenas conceitos ou categorias restritos ao plano teórico, mas lentes de leitura da situação de seu tempo. Sinzheimer faz a distinção diante de uma questão concreta, formulada da seguinte maneira em sua fala pública na *Nationalversammlung*:

O que ele [o movimento por conselhos operários] trouxe à vida e o que lhe deu uma difusão tão ampla foi, em primeiro lugar, uma certa decepção que tomou a massa depois que a democracia plena foi conquistada. As formas políticas de poder entraram em colapso. Uma nova democracia política havia sido construída. Mas as massas sentiram que, apesar dessa reversão nas relações políticas, o conteúdo social de suas vidas não havia mudado. O antigo aparato social continuou o mesmo.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> “Deren Wesen besteht darin, dass die gesellschaftlichen Kräfte selbst *unmittelbar* und *selbsttätig* in geordneten Formen zur Auswirkung gelangen”, SINZHEIMER, Hugo. Die Zukunft der Arbeiterräte, op. cit., p.351, grifos originais.

<sup>124</sup> “Was sie [die Rätebewegung] ins Leben gerufen und ihr eine so weite Verbreitung gegeben hat, war in erster Linie eine gewisse Enttäuschung, die Masse ergriff, nachdem die volle Demokratie errungen war. Die politischen Herrschaftsformen waren zusammengestürzt. Eine neue politische Demokratie war errichtet worden. Aber die Massen empfanden, dass trotz dieses Umschwungs in politischer Beziehung ihr sozialer Lebensinhalt sich nicht gewandelt hatte. Der alte soziale Apparat war derselbe geblieben.” SINZHEIMER, Hugo [1919]. Das Räte-system. In: KAHN-FREUND, Otto, RAMM, Thilo (orgs.). *Arbeitsrecht und*

Sinzheimer diagnostica algo que, como veremos mais para frente, também fará parte das análises de Max Adler e Franz Neumann. A instauração da democracia parlamentar não trouxe mudanças substantivas e imediatas aos trabalhadores, que nutriam expectativas de todas as ordens depois da revolução de novembro. O autor se coloca ao lado da “massa” no que diz respeito ao sentimento de desilusão com a democracia institucional, com uma espécie de divórcio entre sistema político e a vida cotidiana das pessoas, em que a alteração substantiva do primeiro não trouxe mudanças para o segundo. É interessante notar que Sinzheimer não propõe uma saída simples para este descolamento, ou seja, não defende meramente eliminar um dos lados da relação – voltar-se contra a democracia política ou contra as aspirações da “massa”, de maneira a acabar com a distância entre elas. Apesar de limitada, a democracia política é sempre entendida como conquista a ser mantida. Não mantida tal qual, mas antes complementada pela democracia social.<sup>125</sup> Uma relação de dependência é estabelecida entre as duas: a democracia social só pode existir se primeiro houver democracia política, já que a autonomia coletiva só pode se expressar nos contornos de um Estado de direito.<sup>126</sup> E, por outro lado, a democracia política só consegue subsistir e se legitimar se houver uma base social auto-organizada que lhe dê sustentação e que possa influenciar diretamente as escolhas decisivas da vida política.

Ainda que a relação entre ambas seja de complementação, a democracia social é vista como uma adição *necessária* à democracia política, que, em si mesma, teria se mostrado absolutamente insuficiente. E a insuficiência é sentida de maneira mais aguda pelos trabalhadores. As justificativas dadas por Sinzheimer para a necessidade de instaurar uma democracia social *ao lado* da democracia política mesclam leituras das aspirações sociais no período anterior à constituinte com uma análise quase antropológica sobre o “homem concreto”: “Não é mais suficiente para as pessoas de hoje o fato de que elas podem votar

---

*Rechtssoziologie – Gesammelte Aufsätze und Reden*. Band 1. Frankfurt-Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1976, p.325.

<sup>125</sup> Idem, p.327.

<sup>126</sup> SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte, op. cit., p.351.

para o parlamento e exercer a crítica em reuniões. Ela quer influenciar todos os círculos de sua vida que determinam seu destino pessoal.”<sup>127</sup>

Aqui, a análise feita anteriormente para os trabalhadores é expandida e projetada para todo o conjunto da sociedade, para “as pessoas”. O arranjo de uma democracia política ou meramente formal, em que há garantia aos direitos de voto, reunião e livre expressão, é contrastado com uma espécie de desejo de influenciar, de tomar parte e, em alguma medida, de ser autor de todas as normas que obrigam e vinculam. E não apenas de tomar parte nas decisões tradicionalmente entendidas como político-institucionais, mas em todas as esferas da vida que, de alguma maneira, “determinam seu destino pessoal”. Estamos falando, assim, da “pessoa” em geral – de todos –, o que abrange tanto a vida pública quanto a privada. Se votar e participar de reuniões fazem parte da vida pública do cidadão, “destino pessoal” aponta para projetos de vida, para realizações afetivas que podem até mesmo integrar um plano estritamente individual. Autonomia coletiva e autonomia individual andam, portanto, de mãos dadas.

Em outro de seus artigos sobre os conselhos operários, também publicado em 1919, Sinzheimer associa esse anseio a uma espécie de modernização da sociedade:

Nós precisamos nos familiarizar com o fato de que, no desenvolvimento moderno da vida social como um todo, cada vez mais se desprendem círculos próprios que pressionam por uma conformação independente da vida. Quer-se, em todos os âmbitos, auto-administração social, desestatização da vida social, auto-conformação dos destinos sociais que pendem sobre as pessoas.<sup>128</sup>

A identificação de uma demanda que perpassaria a sociedade como um todo tem uma dupla função: ao mesmo tempo em que dá ao ideal de autonomia coletiva uma ancoragem social e permite que este não seja mais um valor entre tantos outros descolados da realidade, indica também a criação de um “nós” unificado, elemento de uma estratégia política de não-

---

<sup>127</sup> “Es genügt den Menschen von heute nicht mehr, dass er zum Parlament wählen und in Versammlungen Kritik üben darf. Er will alle Kreise seines Lebens, die sein persönliches Geschick bestimmen, unmittelbar beeinflussen.” SINZHEIMER, Hugo [1919]. *Das Rätensystem*. op. cit., p.327.

<sup>128</sup> “Wir müssen uns damit vertraut machen, dass sich in der modernen Entwicklung des gesamten Gesellschaftslebens immer mehr eigene Ringe loslösen, die nach einer selbstständigen Lebensgestaltung drängen. Man will auf allen Gebieten soziale Selbstverwaltung, Entstaatlichung des sozialen Lebens, Selbstgestaltung der soziale Schicksale, die über den Menschen hängen.” 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, p.323.

fragmentação das forças sociais diante da elaboração de uma nova Constituição. Tem o efeito de ressaltar que não seria apenas ele próprio, Sinzheimer, que defenderia a autonomia coletiva em sentido forte, mas que “a sociedade” demandaria por autorregulação coletiva, que o “homem” desejaria intervir em seu destino pessoal e em todos os âmbitos de sua vida, que o próprio “desenvolvimento moderno” apontaria neste sentido e que um “nós” político defenderia a possibilidade de dar a norma a si mesmo na elaboração do texto da Constituição de Weimar.

Para Sinzheimer, política e vida cotidiana estão, portanto, intrinsecamente relacionadas. E é exatamente por isso que ele enfatiza, em *Das Räte-system* [*O sistema de conselhos*], também publicado em 1919, que a economia não é algo privado, mas comunitário; e que, assim, as regras da vida econômica têm de provir diretamente dos concernidos, ou seja, da base da sociedade.<sup>129</sup> “Vida econômica” tem sentido amplo. Abarca tanto as relações de produção quanto as forças produtivas, para utilizar termos emprestados de Marx, que certamente não seriam rejeitados por Sinzheimer. Entre os diversos temas que dizem respeito à vida econômica, dois deles ganham especial destaque para o autor: a regulação das relações de trabalho, por óbvio, mas também a regulação dos abusos de poder econômico, em especial da formação de cartéis, o que tampouco era objeto de reconhecimento e preocupação do direito estatal à época – assim: trabalho por um lado, capital do outro.<sup>130</sup> Não é por outra razão que democracia *social* corresponderia a uma “constituição econômica” e democracia política a uma constituição política.<sup>131</sup>

Em toda a construção da ideia de democracia social está pressuposto que sua realização só pode acontecer por meio de um direito que também parta da sociedade. Uma

---

<sup>129</sup> SINZHEIMER, Hugo [1919]. *Das Räte-system*. op. cit., p.329.

<sup>130</sup> Já em 1909, Sinzheimer expressava preocupação com o fato de que cartéis e contratos de trabalho eram “desconhecidos do direito” estatal, ainda que fossem determinantes para a vida social e econômica. Ver 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, p.9.

<sup>131</sup> Para a ideia de “constituição econômica” no pensamento de Sinzheimer, ver DUKES, Ruth. *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, especialmente o Capítulo 2, “Hugo Sinzheimer and the Economic Constitution”. Para um comentário e uma proposta de atualização da “constituição econômica” de Sinzheimer para além do âmbito nacional, ver TEUBNER, Gunther. *Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates*. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n.74, 2014. Para uma análise sobre a constituição econômica nos debates de Weimar, ver BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de licenciatura apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

democracia não-estatal é necessariamente acompanhada de um direito não-estatal. Não só um direito para além do Estado, como também uma constituição para além do Estado. Um ideal de autonomia coletiva tão forte que também exige um direito autônomo. Isso é afirmado expressamente em *O futuro dos conselhos operários*:

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. (...) Os conselhos operários são chamados a contribuir com uma formação social do direito como esta.<sup>132</sup>

Não é exagero dizer que este posicionamento é uma constante no pensamento de Sinzheimer. Já em 1909, o autor defendia que “nem todo direito válido é efetivo e nem todo direito efetivo é declarado [*ausgesprochen*]”.<sup>133</sup> A referência a Eugen Ehrlich, considerado por muitos o fundador da sociologia do direito, é expressa – Sinzheimer o cita para mostrar que a ordem jurídica pode conter regras que não são utilizadas na vida das pessoas.<sup>134</sup> E, assim, como Ehrlich, Sinzheimer defende que o ponto de partida da ciência do direito não pode ser as proposições e normas jurídicas, mas antes as relações sociais concretas.<sup>135</sup> Essa aproximação entre ambos os autores também é identificada por alguns comentadores. Para Kahn-Freund, ambos adotam posições semelhantes no que diz respeito às fontes do direito, já que defendem a força de criação do direito pela sociedade e, portanto, admitem e ressaltam que as relações sociais também devem ser entendidas como fonte.<sup>136</sup> Já Rottleuthner afirma que os acordos trabalhistas coletivos tratados por Sinzheimer seriam exemplos perfeitos de “direito vivo”, termo cunhado por Ehrlich para designar práticas jurídicas concretas, não necessariamente previstas na lei.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> “Das wirksame Recht ist nicht nur vom Staat gesetztes Recht. Die Normen, die tatsächlich die Menschen binden, sind zu einem grossen Teil soziale, d. h. durch gesellschaftliche Macht bestimmte Normen. (...) Die Arbeiterräte sind dazu berufen, an einer solchen sozialen Rechtsbildung mitzuwirken.” SINZHEIMER, Hugo [1919]. *Die Zukunft der Arbeiterräte*, op. cit., p.351.

<sup>133</sup> SINZHEIMER, Hugo [1909]. *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*. op. cit., p.5.

<sup>134</sup> O principal livro de Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [*Fundamentos da sociologia do direito*], ainda não havia sido publicado em 1909. Sinzheimer se refere aqui ao texto *Soziologie und Jurisprudenz*, publicado por Ehrlich em 1906 na revista *Die Zukunft*.

<sup>135</sup> EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Duncker & Humblot, 1913, p. 405; SINZHEIMER, Hugo [1909]. *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*. op. cit., p.11.

<sup>136</sup> KAHN-FREUND, Otto. Hugo Sinzheimer (1875-1945). op. cit., p.7-8.

<sup>137</sup> ROTTLEUTHNER, Hubert. *Three Legal Sociologies: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber*. op. cit., p.233. Para Rottleuthner a principal diferença entre os pensamentos de Sinzheimer e Ehrlich seria a

Os exemplos de juridificação dados por Sinzheimer neste texto são criações sociais do movimento operário – acordos coletivos de trabalho e órgãos de arbitragem. Mas, além de emanarem das forças sociais e representarem o “direito novo” que Sinzheimer busca, estes arranjos também têm uma característica de negociação e conciliação da luta de classes, de pactuação entre forças sociais antagônicas. Dessa maneira, ainda que o autor afirme a existência de uma clara oposição entre capital e trabalho, ele parte do pressuposto nada trivial de que é possível formar um interesse comum entre trabalhadores e empregadores. Do contrário, não valeria a pena insistir em acordos autorregulados entre partes com posições opostas. Este é um ponto importante sobre como Sinzheimer lê a estrutura dos conflitos de sua época – por mais agudos e urgentes que eles sejam, não se trataria de uma polarização impossível de ser contornada, de um antagonismo impeditivo da construção de um fundamento comum entre projetos opostos.<sup>138</sup>

Todos estes textos de 1919 tratam, de maneira direta, dos conselhos operários ou do “sistema de conselhos” (*Rätesystem*). Esses conselhos são elementos-chave para a democracia social e, portanto, para o diagnóstico de tempo elaborado por Sinzheimer. Isso porque o conselho de trabalhadores é, na formulação do autor, a instância de *organização* da democracia social. Se voltarmos à maneira como o conteúdo deste conceito é determinado, veremos que há tanta ênfase na noção de autonomia quanto há na de organização. Sinzheimer não defendia uma autonomia irruptiva e libertária, à la Maio de 1968. Afirmava antes um imperativo de organização: para ele, todos os trabalhadores deveriam estar, de alguma maneira, vinculados a instituições de representação de classe, o que é visto menos como direito e mais como *dever*.<sup>139</sup> E, ao mesmo tempo em que a organização é colocada como *imposição*, o autor faz questão de afirmar que este modelo pretende reforçar a democracia política e o Estado de direito e, portanto, em nada se assemelharia ao modelo soviético de conselhos ou a uma câmara do trabalho que assumiria

---

seguinte: “But what really distinguishes Sinzheimer is that he perceives the emergence of labor law as a fundamental challenge for the existing legal order: not merely a divergence between law and life, norm and reality, which could be resolved compensatorily, by eliminating the information deficits of those who apply the law, but much more as a fundamental contradiction which affected the structure of formal law itself.” (p.235)

<sup>138</sup> Sobre este ponto, ver LUTHARDT, Wolfgang. *Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986, p.54.

<sup>139</sup> Na redação de lei proposta em *O futuro dos conselhos*, o primeiro artigo afirma exatamente isto: todo trabalhador ou funcionário é obrigado a pertencer a um sindicato, podendo apenas escolher a qual deles se filiar. SINZHEIMER, Hugo [1919]. *Die Zukunft der Arbeiterräte*, op. cit., p.354.

as funções do parlamento.<sup>140</sup> Na defesa dos conselhos há uma problematização em relação aos sindicatos: estes últimos não são vistos como portadores do direito social ou como instâncias privilegiadas da democracia social. São antes criticados por representarem aqueles trabalhadores já engajados, sem se preocuparem com aqueles que ainda não integravam nenhum tipo de movimento.<sup>141</sup> São descritos como órgãos de uma minoria.<sup>142</sup> E, para Sinzheimer, para que a democracia social possa se realizar, é preciso uma unidade de *todos* os trabalhadores, o que pressupõe a existência de órgãos que possam aglutinar todas as forças sociais na mesma moldura institucional de atuação. Para o autor, este seria o principal papel dos conselhos operários: organizar uma totalidade social sem se valer dos métodos tradicionais de representação política.

### III.2. Juridificação em dois níveis

Ainda que Sinzheimer aponte para os conselhos operários como os novos portadores da juridificação, ele indica que a atuação dos sindicatos no período anterior à guerra deve servir como referência:

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. (...) 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.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> SINZHEIMER, Hugo [1919]. Über die Formen und Bedeutung der Betriebsräte. op. cit., p.321.

<sup>141</sup> SINZHEIMER, Hugo [1919]. Das Räte-system. op. cit., p.330.

<sup>142</sup> SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte, op. cit., p.353.

<sup>143</sup> “Das aufgestellte Programm für die Ausgestaltung der Arbeiterräte ist nichts weiter, als eine Verwendung und Ausprägung bereits vorhandener Formen und Bestrebungen, die in vorbildlicher Weise die *deutschen Gewerkschaften* geschaffen haben und verfolgen. Die Tarifverträge und Arbeitsgemeinschaften sind die Kerne, um die sich ins Auge gefassten Funktionen der Arbeiterräte gruppieren. (...) Daraus ergibt sich zwingend, dass die Organstellung der Arbeiterräte, wie sie uns vorschwebt, unter keinen Umständen gegen die Gewerkschaften, auch nicht um sie herum, sondern nur *mit* und *auf ihnen* geschaffen werden kann. Die Arbeiterräte können in Zukunft nur eine durch das Recht begünstigte Fortsetzung und Ausweitung der

Neste trecho, temos que os sindicatos servem de modelo para os conselhos operários. Não são modelos de representação, mas exemplos por terem constituído formas específicas de organização, com produção e implementação de normas sociais vinculantes. No que diz respeito à representação, são os conselhos operários que servem de exemplo aos sindicatos, já que, na perspectiva de Sinzheimer, estes últimos precisariam “passar pela experiência de uma extensão de sua abrangência de ação” se quiserem “ser os portadores da nova orientação”, ou seja, da orientação para a realização da autonomia coletiva colocada pela democracia social.

Os acordos coletivos voltam a ser o caso de destaque aqui. O meio para continuar e ampliar esta atuação já existente é o direito. Temos, assim, um dos principais sentidos atribuídos a “juridificação”: a expansão do direito para âmbitos em que ele antes não se fazia presente – “uma continuação e uma ampliação, promovidas por meio do direito, das demandas sindicais”. Como já ressaltado anteriormente, aqui o critério para determinar o que passa a ser direito é não-estatal. Sinzheimer está pensando no desenvolvimento de soluções de auto-organização, de espaços de criação de normas jurídicas sociais. Trata, portanto, de um direito autônomo.

Como já vimos, o “direito novo” é tanto estatal quanto social. Há, portanto, dois níveis de juridificação.<sup>144</sup> A expansão da força criadora de normas sociais entendidas como jurídicas é apenas um desses níveis. Isso porque, além da abrangência da representação, os conselhos se diferenciam dos sindicatos pelo fato de que Sinzheimer atribui aos primeiros a possibilidade institucional de serem formalmente ouvidos e de formular iniciativas de lei ao Estado:

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

---

gewerkschaftliche Ansprüche sein – oder sie werden nicht sein! Ist dies aber der Fall, so müssen die Gewerkschaften notwendig eine Erweiterung ihres Aktionsumfangs erfahren, um die Träger der neuen Einrichtung sein zu können. Die Arbeiterräte sollen Organe *alle* Arbeiter und Angestellten sein.” SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte, op. cit., p.353, grifos originais.

<sup>144</sup> Achim Seifert interpreta de maneira semelhante, afirmando que, no pensamento de Sinzheimer, haveria um “pluralismo jurídico centrado no Estado”. Acredito que esta seja outra maneira de dizer “juridificação em dois níveis”, já que a noção de pluralismo pressupõe ao menos mais de uma fonte do direito – direito estatal e direito social – e “centrado no Estado” traduziria a noção de “nível”, indicando a hierarquia entre elas. Ver SEIFERT, Achim. Von der Person zum Menschen im Recht – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer. op. cit., p.69.



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.*<sup>145</sup>

Além de produzirem normas jurídicas vinculantes e autônomas, no modelo pensado e proposto por Sinzheimer, os conselhos operários são interlocutores diretos do executivo. Aqui, Sinzheimer traduz suas ideias anteriores à guerra para um plano institucional, criando um caminho para que os conselhos de fato se tornassem consultores da administração, que de fato servissem como representantes dos “interesses vivos da sociedade”.

A formulação deste modelo tem seus olhos voltados para a Constituinte e para a possibilidade de refundar as bases da democracia por meio da Constituição de Weimar. Assim, temos um dos sentidos de juridificação: a proposta de que a nova Constituição reconhecesse formalmente a (i) existência dos conselhos operários e (ii) seu papel de consultores da administração. Estamos falando, portanto, de constitucionalização e de positivação de atividades, funções e direitos que antes não existiam.

Uma interlocução institucional parecida é pensada em relação ao legislativo:

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.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> “Eine Hauptaufgabe der künftigen Verwaltung und Gesetzgebung muss sein, dass in ihnen möglichst unmittelbar die lebendigen Gesellschaftsinteressen zur Geltung kommen können. Nur so sind wir vor Bürokratisierung und juristischer Formelhaftigkeit behütet. Die Geltendmachung der Interessen der abhängigen Arbeit in der Verwaltung kann dadurch sichergestellt werden, dass die politischen Verwaltungsbehörden, wenn nicht dringende Eile geboten ist, verpflichtet sein müssen, in mündlicher Verhandlung die Arbeiterräte zu hören. *Die Arbeiterräte werden auf diese Weise Beiräte der politischen Verwaltung.*” SINZHEIMER, Hugo. *Die Zukunft der Arbeiterräte*, op. cit., p.352, grifos originais.

<sup>146</sup> “Darüber hinaus kann eine unmittelbare Beeinflussung auch des politischen Parlaments durch Arbeiterräte ohne jede Störung des politischen Einheitscharakters der staatlichen Gesetzgebung erfolgen. Alle Arbeiterräte,

Aquí, mais uma vez, a preocupação com a criação de um “caminho jurídico” – leia-se, especificamente neste caso: jurídico *estatal* – é preponderante. Para Sinzheimer, seria preciso que a nova Constituição reconhecesse a possibilidade de (i) os conselhos operários sugerirem projetos de lei e que (ii) esses projetos fossem tratados da mesma maneira que aqueles provenientes dos representantes oficiais das câmaras legislativas. Este arranjo institucional seria tão favorável aos conselhos que o autor precisa afirmar mais de uma vez que a soberania dos parlamentos está resguardada, que os conselhos não os substituem, que o princípio da divisão de poderes não seria afetado, que o procedimento legislativo estatal não seria perturbado. Precisa, portanto, acalmar seu leitor. Ao mesmo tempo em que esses cuidados são externados, o vocabulário utilizado por Sinzheimer para tratar desta nova configuração institucional é significativo: a vida social passa a *inundar* o sistema político, o parlamentarismo social *evade, derrama* na democracia política. Em outras palavras, a democracia eminentemente social deixaria de conhecer qualquer fronteira ao mesmo tempo em que está encerrada nos contornos do Estado de direito.

Nesta proposta específica de abertura de um canal constitucional para os conselhos operários, a “juridificação” em dois níveis pode ser sintetizada da seguinte maneira: no nível de base, órgãos coletivos – os conselhos operários – criam e implementam normas pactuadas socialmente por meio de instrumentos como os acordos coletivos e arbitragem; no nível superior, os conselhos são reconhecidos pelo direito estatal como instâncias “reavivadoras” da democracia política, ou seja, como órgãos que devem ser consultados pelo executivo em audiências e como propositores legítimos de projetos de lei que venham da base da sociedade. Em ambos os níveis, há expansão do direito para âmbitos antes não regulados. No entanto, o *critério* do que é jurídico é diferente em cada nível. No primeiro, o da democracia social, a fonte do direito são as relações pactuadas de maneira ordenada entre

---

die wir uns nach Bezirken territorial unter Sonderung einzelnen Fachabteilungen gegliedert denken, werden sich in Provinz-, Landes- und Reichsverbänden zusammenschließen. *Die aus ordnungsmäßigen Wahlen hervorgegangenen Landes- und Reichskonferenzen der Arbeiterräte müssen das Recht haben, Gesetzesentwürfe zu beschließen und den politischen Parlamenten des Landes oder des Reiches mit der Wirkung vorzuschlagen, dass die Parlamente verpflichtet sind, solche Gesetzesvorschläge in derselben Weise zu behandeln, wie verfassungsmäßig eingebrachte Gesetzesentwürfe.* Die politische Parlamente sind solchen Vorschläge gegenüber frei in ihrer Zustimmung oder Ablehnung. Aber der rechtliche Weg dazu wäre geschaffen, dass das soziale Leben unmittelbar in die politische Diskussion der Gesetzgebungsorgane einfluten könnte. Damit wird die Souveränität der politischen Herrschgewalten gewahrt und doch innerlich belebt durch Ausströmung eines gesunden, sozialen Parlamentarismus.” SINZHEIMER, Hugo [1919]. Die Zukunft der Arbeiterräte, op. cit., p.352-353, grifos originais.

forças sociais em conflito. No segundo, o da democracia política, a fonte do direito é a lei promulgada pelo parlamento. O fato de, neste modelo, um dos objetivos mirar o reconhecimento estatal dos conselhos não desfaz o primeiro nível, ou seja, não torna tudo direito estatal. É um arranjo complexo: o direito estatal teria de reconhecer a existência de órgãos que tanto influenciam o processo legislativo quanto criam regras sociais próprias não endereçadas ao Estado. O modelo proposto pelo autor não foi apenas um exercício interessante de imaginação institucional. Com algumas diferenças, este arranjo se materializou no artigo 165 da Constituição de Weimar, artigo que Kahn-Freund afirma ter sido “obra” de Sinzheimer.<sup>147</sup>

#### Artigo 165

(1) Os trabalhadores e funcionários são convocados a participar [*mitwirken*], com direitos iguais, em comunidade com os empresários, na regulação das condições salariais e de trabalho, bem como em todo o desenvolvimento econômico das forças produtivas. As organizações de ambos os lados e seus acordos serão reconhecidos.

(2) Para defender seus interesses sociais e econômicos, os trabalhadores e funcionários têm direito a representação legal em conselhos de trabalhadores da empresa, bem como nos conselhos operários distritais, divididos de acordo com o âmbito da economia, e em um conselho de trabalhadores do *Reich*.

(3) Para cumprir todas as tarefas econômicas e para participar da execução das leis de socialização, os conselhos operários distritais e o conselho de trabalhadores do *Reich* se juntam com as representações dos empresários e outros círculos populares concernidos em conselhos econômicos distritais e em um conselho econômico do *Reich*. Os conselhos econômicos distritais e o conselho econômico do *Reich* são conformados de tal maneira que todos os grupos profissionais relevantes são neles representados, de acordo com sua importância econômica e social.

(4) Projetos de lei de grande relevância, a respeito de políticas sociais e políticas econômicas, devem ser submetidos ao conselho econômico do *Reich*, que emitirá parecer, antes de sua apresentação ao legislativo. O conselho econômico do *Reich* tem o direito de apresentar, ele mesmo, projetos de lei como estes. Se o governo do *Reich* não concordar, ele tem que apresentar o projeto ao *Reichstag* mesmo assim, acompanhado de uma explicação de seu posicionamento divergente. O conselho econômico do *Reich* pode ser representado perante o *Reichstag* por um de seus membros, a fim de defender o projeto.

(5) A autoridade para controlar e para administrar pode ser transferida aos conselhos operários e econômicos em suas respectivas áreas.

(6) Regular a estrutura e as tarefas dos conselhos operários e econômicos, bem como sua relação com outros corpos sociais de auto-administração, é matéria exclusiva do *Reich*.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> KAHN-FREUND, Otto. Hugo Sinzheimer (1875-1945). op. cit., p.14.

<sup>148</sup> “Artikel 165

(1) Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden

Em geral, a juridificação em dois níveis tem o aprofundamento do direito estatal no sentido do direito social, no nível superior, e a autorregulação autônoma dos grupos sociais, no nível de base. Para Sinzheimer, o direito estatal tem que estar no nível superior porque ele não resguarda apenas os interesses das forças organizadas na base da sociedade, mas também as necessidades sociais gerais.<sup>149</sup> Assim, o Estado é entendido como a condição para uma vida social unitária.<sup>150</sup> Há um duplo direcionamento na juridificação em dois níveis. O nível da autonomia social protege a sociedade um Estado superpoderoso, ao exercer a função de controle de leis, políticas e decisões estatais de forma geral, além de produzir as próprias normas. Já o nível superior do Estado evita que haja uma dissolução dos interesses particulares sem qualquer tipo de centralização.<sup>151</sup> Democracia política e democracia social são complementares, mas a democracia política é condição de existência da democracia social.

---

anerkannt.

(2) Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeiterrat.

(3) Die Bezirksarbeiterräte und der Reichsarbeiterrat treten zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze mit den Vertretungen der Unternehmer und sonst beteiligter Volkskreise zu Bezirkswirtschaftsräten und zu einem Reichswirtschaftsrat zusammen. Die Bezirkswirtschaftsräte und der Reichswirtschaftsrat sind so zu gestalten, daß alle wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung darin vertreten sind.

(4) Sozialpolitische und wirtschaftspolitische Gesetzentwürfe von grundlegender Bedeutung sollen von der Reichsregierung vor ihrer Einbringung dem Reichswirtschaftsrat zur Begutachtung vorgelegt werden. Der Reichswirtschaftsrat hat das Recht, selbst solche Gesetzesvorlagen zu beantragen. Stimmt ihnen die Reichsregierung nicht zu, so hat sie trotzdem die Vorlage unter Darlegung ihres Standpunkts beim Reichstag einzubringen. Der Reichswirtschaftsrat kann die Vorlage durch eines seiner Mitglieder vor dem Reichstag vertreten lassen.

(5) Den Arbeiter- und Wirtschaftsräten können auf den ihnen überwiesenen Gebieten Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse übertragen werden.

(6) Aufbau und Aufgabe der Arbeiter- und Wirtschaftsräte sowie ihr Verhältnis zu anderen sozialen Selbstverwaltungskörpern zu regeln, ist ausschließlich Sache des Reichs.”

<sup>149</sup> SINZHEIMER, Hugo [1916]. *Ein Arbeitstarifgesetz: Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. op. cit., p.192.

<sup>150</sup> Idem, p.194.

<sup>151</sup> Para esta dupla orientação, ver SEIFERT, Achim. Von der Person zum Menschen im Recht – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer. op. cit., p.70.

Para Sinzheimer, criar, expandir e transformar o direito era uma tarefa central da luta de movimentos sociais organizados e algo absolutamente decisivo para assegurar e aprofundar a democracia política por meio da democracia social. Esta expansão está longe de ser caracterizada como ultrapassagem indevida, mas antes como passagem legítima e democrática para um estado jurídico entendido de maneira ampla. Ao mesmo tempo em que o direito liberal é duramente criticado, nunca encontraremos nos textos de Sinzheimer a ideia de que ele deveria ser descartado ou suprimido, mas transformado de maneira ordenada, legítima e representativa. É este o sentido dos dois níveis de “juridificação”: poder transformar a democracia tanto de cima quanto de baixo, transformar tanto a base da sociedade quanto o sistema político. A formulação da questão nesses termos é do próprio Sinzheimer: “Nós só conseguiremos enfrentar este perigo, *se nós contrapusermos um controle de baixo a ao controle de cima*”.<sup>152</sup> O perigo de que fala o autor neste trecho específico é o risco de perder a maioria no parlamento. Está pressuposto aqui que deter a maioria no legislativo não é garantia da manutenção e do aprofundamento da democracia, tampouco é garantia do controle do executivo pelo parlamento. A insuficiência da conquista da maioria tanto para a democracia política quanto para a democracia social é um ponto do diagnóstico de época de Sinzheimer que também irá aparecer nas análises de Kirchheimer e Neumann.

Não é por outra razão que são vários os comentadores que afirmam que Sinzheimer teria sido responsável por uma “revolução copernicana”.<sup>153</sup> Ao mesmo tempo em que pensava na possibilidade de um direito que realizasse a autonomia coletiva de maneira mais profunda, mirava nas mudanças do direito estatal, expressas tanto no texto da Constituição de Weimar quanto em sua contribuição para fundamentar um campo próprio do direito para as relações de trabalho, ou seja, um direito do trabalho cujos princípios e regras não se confundissem com os do direito civil. Apostava no método sociológico do “direito vivo” sem nunca descuidar da dogmática. “Dar a norma a si mesmo”, fundamento da noção de autonomia, significava, assim, tanto participar ativamente de um processo constituinte que levou a uma das primeiras constituições sociais da história como também criar regras

---

<sup>152</sup> “Dieser Gefahr können wir nur begegnen, *wenn wir der Kontrolle von oben eine Kontrolle von unten entgegensetzen*”, SINZHEIMER, Hugo. *Das Räte-system*. op. cit., p.338, grifos originais.

<sup>153</sup> KAHN-FREUND, Otto. Hugo Sinzheimer (1875-1945). op. cit., p.10; ERD, Rainer. Hugo Sinzheimer (1875-1945): Aufruf zur Befreiung des Menschen. op. cit., p.284; FRAENKEL, Ernst. Hugo Sinzheimer. op. cit., p.628.

coletivas no âmbito de sindicatos e conselhos operários. Sinzheimer admitia, portanto, uma pluralidade de fontes do direito para expandir o significado da democracia, razão que faz Teubner classificá-lo como um dos protagonistas do pluralismo jurídico.<sup>154</sup>

Pensar a “juridificação” atrelada a um direito eminentemente social é algo que vai se perder na literatura – especialmente entre os sociólogos do direito nas décadas de 1970 e 1980 –, mas é um dos sentidos que está nas origens do conceito. Passa agora a analisar como Otto Kirchheimer e Franz Neumann entendiam a juridificação em um estágio um pouco mais avançado da República de Weimar. Mas, antes de passar para os conceitos de *Verrechtlichung* propriamente ditos, vou mostrar que tanto Kirchheimer quanto Neumann partiam de um mesmo diagnóstico de fundo sobre a democracia parlamentar na Alemanha.

---

<sup>154</sup> TEUBNER, Gunther. Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates. op. cit., p.743.

## Capítulo 2. Diagnóstico comum: Otto Kirchheimer e Franz Neumann

### I. Os juristas da Teoria Crítica

Em todos os estudos de referência sobre a história da Teoria Crítica, Franz Neumann e Otto Kirchheimer são caracterizados corretamente como *outsiders*. Essa posição periférica se deve a uma série de razões.<sup>155</sup> Mas a principal delas é o fato de que não tinham formação predominantemente filosófica como a grande maioria dos demais pesquisadores vinculados ao Instituto de Pesquisa Social, mas antes uma trajetória de estudos no direito. A posição marginal ocupada por Neumann e Kirchheimer se deve muito ao fato de ambos estarem atrelados a um campo do conhecimento também tido como marginal no arranjo disciplinar de interesse da primeira geração da Teoria Crítica. Na análise de Martin Jay, não apenas o direito, mas todo o campo da política era negligenciado nas principais contribuições teóricas do Instituto, cabendo a pesquisadores com menor protagonismo batalharem pela aceitação de seus objetos de pesquisa:

Refletindo suas raízes no marxismo, a Teoria Crítica tendia a ver a política como mais epifenômenica do que a subestrutura sócio-econômica. Por mais que a Escola de Frankfurt já tivesse começado a questionar a natureza derivada pressuposta por marxistas mecanicistas, ela foi mais lenta em fazer o mesmo para a política. Mesmo com a introdução de cientistas políticos como Franz Neumann e Otto Kirchheimer no Instituto, havia pouco ímpeto para desenvolver uma teoria autônoma da política.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Ver 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, especialmente o capítulo dedicado à inclusão de Neumann e Kirchheimer ao Instituto de Pesquisa Social já em Nova York, p.223 e seguintes.

<sup>156</sup> “Reflecting its roots in Marxism, Critical Theory tended to see politics as more epiphenomenal than the socio-economic substructure. Although the Frankfurt School had already begun to question the derivative nature assumed by mechanistic Marxists, it was slower to do the same for politics. Even with the introduction of political scientists such as Franz Neumann and Otto Kirchheimer into the Institute, there was little impetus for the development of an autonomous theory of politics.” 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, p.118.

Além da formação jurídica, os dois também atuaram como advogados, contrastando fortemente com o perfil inteiramente acadêmico de Theodor Adorno e Max Horkheimer. Como não tinham desenvolvido teorias sistemáticas ou aportes conceituais aprofundados no período de Weimar, eram tidos como menos relevantes do ponto de vista teórico. Em sua leitura da história da Teoria Crítica, Wiggershaus defende que Neumann e Kirchheimer representaram oportunidades desperdiçadas para a realização de um projeto interdisciplinar mais intenso, que contemplasse discussões sobre o Estado e as configurações políticas institucionais.<sup>157</sup> Axel Honneth também reconhece que as contribuições dos dois foram injustamente negligenciadas – junto com as de Walter Benjamin e Erich Fromm – e propõe uma reconstrução sistemática da teoria crítica a partir dos *insights* sociológicos destas figuras periféricas, a fim de mostrar como os elementos para efetivar o projeto empírico de compreensão da sociedade a partir de sua base – o projeto de *Teoria tradicional e teoria crítica* formulado por Horkheimer em 1937, portanto<sup>158</sup> – já estavam dados numa das primeiras configurações do Instituto.<sup>159</sup>

Honneth defende que não haveria pontos substantivos de unificação entre esses autores marginais do assim chamado “círculo externo”. O que lhes daria alguma unidade é o fato de “irem além do sistema de referência funcionalista do programa original do Instituto”<sup>160</sup> e não propriamente suas orientações teóricas, suas metodologias de análise ou os temas que estavam no centro de suas preocupações. E, por mais que diga que as diferenças entre eles são tão proeminentes que não haveria terreno comum para sequer compará-los, Neumann e Kirchheimer são tratados por Honneth como se fossem uma só pessoa, um conjunto com ideias e posicionamentos idênticos.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School: Its History, Theories, and Political Significance Studies in Contemporary German Social Thought*. op. cit., p.223.

<sup>158</sup> HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie*. In: HORKHEIMER, Max. *Traditionelle und kritische Theorie – Fünf Aufsätze*. 7ª edição. Fischer Wissenschaft: Frankfurt am Main, 2011.

<sup>159</sup> HONNETH, Axel. *Teoria Crítica*. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan (orgs.). *Teoria Social Hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: UNESP, 1996, p.504-505.

<sup>160</sup> Idem, p.525.

<sup>161</sup> Honneth trata Neumann e Kirchheimer como se fossem um bloco. Isto fica claro nas formulações adotadas ao longo de todo o texto, como, por exemplo: “*O conhecimento de jurisprudência e de ciência política de Neumann e Kirchheimer revelaram-se bastante proveitosos em diversas investigações (...)*” (p.525), “*Sua formação jurídica e científica significava que ambos estavam plenamente familiarizados com a visão segundo a qual o direito constitui um importante mecanismo orientador da sociedade burguesa; consideravam o direito constitucional como um produto socialmente generalizado de um compromisso político que as classes, com diferentes graus de poder, haviam aceitado dentro das condições do capitalismo privado*” (p.526), “*Neumann e Kirchheimer não podiam, pois, aceitar a tese de Pollock segundo a qual, no nacional-socialismo, a gestão*



Não é incomum que Kirchheimer e Neumann sejam analisados de maneira agrupada. Do ponto de vista da história da Teoria Crítica, suas semelhanças talvez sejam mais evidentes do que suas diferentes concepções sobre o direito, o Estado de direito e a democracia. Formam um bloco por contraste. Também são comuns análises que, ainda que os tratem igualmente sob a rubrica comum de os “dois juristas do Instituto”, procuram explorar algumas diferenciações entre os autores. Essas diferenças geralmente são de cunho biográfico, com especial ênfase a seus posicionamentos político-partidários. A apresentação de Keith Tribe a um dos primeiros volumes dedicados a traduções de textos de Kirchheimer e Neumann para o inglês é um exemplo ilustrativo deste tipo de abordagem:

Ao longo dos anos finais da República de Weimar, Otto Kirchheimer e Franz Neumann contribuíram, por meio de seus escritos e de seu trabalho profissional como advogados, para a defesa da ordem democrática e do socialismo parlamentarista. Ambos eram membros do Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD), ainda que Neumann fosse melhor descrito hoje como um ‘moderado’ e Kirchheimer, como um ‘esquerdista’; além disso, as atividades de Neumann como advogado trabalhista o levaram a um confronto mais técnico e detalhado com os princípios do constitucionalismo de Weimar do que as investigações mais gerais de Kirchheimer. Apesar destas diferenças, suas análises sobre os problemas da democracia de Weimar e, por consequência, sobre as perspectivas para o socialismo democrático em geral, compartilham de um quadro analítico comum cuja força não foi esgotada nos dias de hoje.<sup>162</sup>

Diante do *background* comum, a diferença estaria no fato de que Neumann era “moderado” e Kirchheimer, “esquerdista”, ou, numa formulação mais clássica, apesar de integrarem o mesmo partido, Neumann era “reformista”<sup>163</sup> e Kirchheimer, “revolucionário”. Ou ainda, como também sugere Tribe, Neumann era mais “técnico” – ou, nas palavras de

---

estatal do mercado competia apenas a uma burocracia administrativa centralizada (...)” (p.526). Os exemplos são inúmeros. Todos os grifos são meus.

<sup>162</sup> “During the closing years of the Weimar Republic Otto Kirchheimer and Franz Neumann contributed through their writings and professional work as lawyers to the defence of democratic order and parliamentary socialism. Both were members of the Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD), although Neumann would today be described as a ‘moderate’ and Kirchheimer as a ‘leftist’; furthermore, Neumann’s activities as a labour lawyer led him into a more technical and detailed confrontation with the principles of Weimar constitutionalism than the more general investigations of Kirchheimer. Despite such differences, however, their analyses of the problems of Weimar democracy, and, by implication, the prospects for democratic socialism in general, share a common analytical framework whose force is by no means spent today.” TRIBE, Keith. Introduction. In: TRIBE, Keith (org.). *Social Democracy and the Rule of Law: Otto Kirchheimer and Franz Neumann*. Londres: Allen & Unwin, 1987, p.1.

<sup>163</sup> Ver, por exemplo, 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, p.204. Erd defende que os textos de 1928 a 1933 representam uma fase reformista de Neumann, caracterizada como “uma época pouco frutífera do ponto de vista teórico”.

Wolfgang Luthardt e Alfred Söllner, mais “legalista”<sup>164</sup> – enquanto Kirchheimer era mais “político”. É interessante que uma relação de oposição praticamente contrária a esta – a depender do que se entenda por “política” – também se tornou razoavelmente influente: em comparação com Neumann, Kirchheimer seria “um jovem intelectual desinteressado da política prática”.<sup>165</sup>

Parece no mínimo curioso que estes dois autores possam ser praticamente intercambiáveis em algumas análises e, em outras interpretações, figuras pertencentes a polos políticos diametralmente opostos. Ambos os caminhos, seja o da equiparação sem maiores nuances ou o da contraposição partidária, são atalhos que ajudam pouco quando se trata de fazer uma leitura imanente dos textos de Kirchheimer e Neumann no período de Weimar. São reduções que criam oposições artificiais. Não se trata, evidentemente, de negar que Kirchheimer era mais próximo da ala socialista do SPD enquanto Neumann estava mais vinculado a figuras do partido que haviam participado ativamente na elaboração da Constituição de Weimar e que atuavam em sua defesa, como Hugo Sinzheimer. Os paradigmas revolucionário e reformista certamente marcaram o imaginário da social-democracia e da esquerda de forma geral nas décadas de 1920 e 1930, tanto no plano teórico quanto prático,<sup>166</sup> o que também faz com que Kirchheimer e Neumann sejam empurrados respectivamente para uma das duas alternativas postas no horizonte, mesmo em

---

<sup>164</sup> LUTHARDT, Wolfgang. *Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1986, p.9 e as respostas de Söllner a Rainer Erd em ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1985, p.40.

<sup>165</sup> Em resposta a Rainer Erd numa entrevista, Alfred Söllner cita uma frase atribuída a Susanne Suhr, esposa de Otto Suhr, político vinculado ao SPD: “A senhora Suhr me contou que Neumann, Fraenkel e Kirchheimer entravam e saíam da casa deles, portanto se conheciam bem, mas ela descreve Kirchheimer em contraposição a Neumann da seguinte maneira: ‘Ele era um jovem intelectual muito brilhante, mas, em última análise, desinteressado da política prática. O exato oposto era Franz Neumann.’” [“Frau Suhr hat mir erzählt, dass Neumann, Fraenkel und Kirchheimer bei ihnen aus- und eingegangen sind, sich also gut kannten, aber sie beschreibt Kirchheimer im Gegensatz zu Neumann so: ‘Das war ein ganz brillanter, aber letztlich an praktischer Politik desinteressierter junger Intellektueller. Das genaue Gegenteil war Franz Neumann.’”] ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. op. cit., p.41-42. Essa passagem é reproduzida por Wiggershaus para enfatizar a oposição: WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School: Its History, Theories, and Political Significance Studies in Contemporary German Social Thought*. op. cit., p.230. Para uma interpretação em que tanto Neumann quanto Kirchheimer são juristas não limitados a análises legalistas, mas com uma ampla formação teórica e política, ver DUBIEL, Helmut. *Kritische Theorie der Gesellschaft. Eine einführende Rekonstruktion von den Anfängen im Horkheimer-Kreis bis Habermas*. 3ª edição. Munique: Juventa Verlag, 2001, p.76 e seguintes. Como o subtítulo do livro explicita, o ponto de partida de Dubiel é o histórico do Instituto de Pesquisa Social sob a direção de Horkheimer, o que significa que o período de Weimar não está imediatamente incluído em sua análise.

<sup>166</sup> MELO, Rúion. *Marx e Habermas: Teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.25.

interpretações mais recentes. O problema não é o rótulo em si mesmo, mas extrair consequências totalizantes sobre seus textos do período de Weimar única e exclusivamente com base na posição que ocupavam dentro do partido que liderou a coalizão parlamentar e de governo pela maior parte do tempo de existência desta experiência democrática. É claro que estes posicionamentos não são filiações sem mais, que expressam maneiras de ver o mundo, que são acompanhados por justificações públicas e por escolhas sobre como se colocar tanto na esfera pública mais ampla da social-democracia quanto no círculo dos juristas combativos.<sup>167</sup> Mas o que eu estou tentando dizer aqui é que as coisas não são tão simples assim. Caracterizar a contribuição individual de cada um e a relação entre eles exige um esforço consideravelmente maior – e, se quisermos, muito mais atento.<sup>168</sup>

Esta é a tarefa deste capítulo. A proposta é reconstruir como cada um lia sua própria época, a partir de alguns de seus escritos centrais. Não só defendo a tese de que é possível encontrar diagnósticos de tempo nos textos não-sistemáticos de Neumann e Kirchheimer do período de Weimar, como também pretendo mostrar que eles compartilhavam o mesmo “diagnóstico de fundo”. Como mostrarei em detalhes, tanto Kirchheimer quanto Neumann partiam da ideia de que o momento que viviam representava um estado de equilíbrio

---

<sup>167</sup> “Juristas combativos” é uma tradução literal de “*Streitbare Juristen*”, expressão que dá título a uma compilação de perfis de juristas alemães e austríacos que lutaram contra diversos tipos de injustiças sociais. Os perfis de Neumann e Kirchheimer estão incluídos na parte do livro dedicada à República de Weimar: *Kritische Justiz* (org.). *Streitbare Juristen: Eine andere Tradition*. Baden-Baden: Nomos, 1988.

<sup>168</sup> Se há uma parcela de verdade nos epítetos de “moderado” e “esquerdista” ou mesmo de “reformista” e “revolucionário”, não se pode dizer o mesmo sobre a oposição entre um perfil técnico e outro político, como indica Tribe. Logo após terminar seu doutorado em direito em 1928, Kirchheimer prestou as duas provas jurídicas estatais (*Erste und Zweite Juristische Staatsexamen*). Após passar no segundo exame, deu início ao período de experiência prática exigido para se tornar juiz. Em março de 1928, Kirchheimer se tornou assessor no Tribunal Recursal da Prússia. No mesmo ano, ele ainda passaria pelo Tribunal Trabalhista e pela Corte Distrital de Erfurt. Em setembro de 1929, ele se muda para Berlim e trabalha no Tribunal Trabalhista de Spandau. Em 1930, ainda em Berlim, Kirchheimer trabalha por um curto período no Tribunal Trabalhista de Berlim, presidido na época por Otto Kahn-Freund. Em maio de 1930, Kirchheimer continua sua experiência jurídica com o advogado e notário Heinrich Riegner e, a partir de outubro do mesmo ano, passa a trabalhar no escritório de advocacia de Wilhelm Liebknecht. Antes de passar na *Grosse Staatsprüfung* em junho de 1931, que o qualificou para a magistratura, Kirchheimer também trabalhou por um período no Tribunal Recursal de Berlim, tanto no âmbito cível quanto no penal. Em 1931, diante de dificuldades financeiras, abriu seu próprio escritório de advocacia na sala de sua casa. Franz Neumann e Ernst Fraenkel também haviam montado um escritório de advocacia em 1931 em Berlim e repassavam alguns de seus casos para Kirchheimer. Assim, é simplesmente errado dizer que Neumann era mais “técnico” por ter atuado como advogado trabalhista. Tribe certamente não é o único a cometer este erro. Para estes aspectos biográficos, ver 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, p.34-36 e 82. Neumann, por sua vez, participou dos levantes da revolução alemã de 1918. Como vou analisar adiante, acredito que essa falsa impressão se deve a ao menos duas razões principais. Em primeiro lugar, os textos sobre dogmática jurídica de Kirchheimer são menos lidos e conhecidos. Em segundo lugar, o diagnóstico de tempo de Neumann leva a uma centralidade do judiciário enquanto Kirchheimer se volta predominantemente ao parlamento. Isto não se deve ao conhecimento técnico-jurídico de cada um, mas a diferentes leituras sobre conjuntura.

temporário da luta de classes, em que nenhuma das classes existentes era poderosa o suficiente para subjugar as demais. Tratava-se de um arranjo bastante particular que exigia colocar algumas das concepções tidas clássicas do marxismo em xeque e revisar teses pouco exploradas dos escritos políticos de Marx e Engels. Digo que se trata de um “diagnóstico *de fundo*” porque tanto Neumann quanto Kirchheimer trazem essa discussão a partir do quadro de referências do debate do austro-marxismo, muitas vezes pressupondo este estado de equilíbrio em suas análises.<sup>169</sup> Otto Bauer defendeu esta tese polêmica pela primeira vez em *A revolução austríaca* [*Die österreichische Revolution*], de 1923. Em *Democracia política ou social* [*Politische oder soziale Demokratie*], de 1926, Max Adler critica alguns dos pontos trazidos por Bauer, ainda que concorde com o quadro geral do diagnóstico.

Neumann cita expressamente a tese de Bauer. Uma combinação da tese de Bauer com as críticas de Max Adler é a referência mais imediata para Kirchheimer. Ambos concordam que a democracia de Weimar alterou a correlação de forças de maneira estrutural, dando origem a um balanceamento de classes com interesses opostos. No entanto, se o diagnóstico de fundo é o mesmo, as consequências tiradas por cada um deles a partir desta situação de equilíbrio são bastante distintas entre si, especialmente no que diz respeito ao papel desempenhado pelo direito e pelo sistema judicial – e, como veremos nos capítulos específicos dedicados a cada um deles (Capítulos 3 e 4), esta diferença de diagnóstico é decisiva para compreender suas diferentes concepções de juridificação.

Em primeiro lugar, vou apresentar a tese do equilíbrio temporário da luta de classes nas formulações de Otto Bauer (II.1) e de Max Adler (II.2). Em seguida, discuto o diagnóstico de tempo de Kirchheimer sobre a República de Weimar e mostro como a tese do equilíbrio é recepcionada por ele (III). Por último, analiso o diagnóstico de tempo de Neumann, também procurando mostrar como a tese de Bauer é incorporada para pensar a democracia parlamentar alemã (IV).

---

<sup>169</sup> Sobre esta influência nos textos de Neumann, ver LEIGLAND, Tory James. *Marxism, Law and Social Change: the political education of Franz Neumann*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Columbia, 1980, p.17-21 e ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1985, p.35. Sobre esta influência nos textos de Kirchheimer, ver BUCHSTEIN, Hubertus. Einleitung zu diesem Band. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. op. cit., p.26-27 e SCHALE, Frank. *Zwischen Engagement und Skepsis: eine Studie zu den Schriften von Otto Kirchheimer*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p.51.

## II. Equilíbrio temporário da luta de classes

“After the war, with the Habsburg monarchy and the empire destroyed, the socialists were called to praxis. (...) Equally problematic was the question of how to implement socialism. On the one hand, the Austro-Marxists seemed to occupy a unique position of strength: they had at their disposal what was widely seen as a model left-wing party in the interwar years, a party with a huge membership and – unlike the German Social Democrats – not threatened by a Communist Party on its left. As their theories evolved, these intellectuals constantly had to make decisions about whether mainly to defend the socialist gains they had achieved under parliamentary democracy or to take the revolutionary offensive (to which their theoretical positions still committed them). So they were really looking for something like revolution through reforms.”

MÜLLER, Jan-Werner. *Contesting Democracy*<sup>170</sup>

As transformações do pós-guerra foram muito parecidas na Alemanha e na Áustria. Os dois países saíram perdedores e foram forçados a aceitar inúmeras imposições políticas e econômicas inscritas nos tratados de paz. Seus impérios desmoronaram, suas monarquias perderam legitimidade e razão de ser. Repúblicas democráticas foram proclamadas em ambos os países em 1918, após levantes revolucionários, que levaram a processos de formulação de novas constituições. Tanto na Áustria quanto na Alemanha, a conquista da democracia parlamentar foi acompanhada pela chegada da social-democracia ao poder em governos de coalizão, caracterizados por políticas de compromisso entre Estado, trabalho e capital. Mas, no caso da Áustria, para além do partido social-democrata ser o líder incontestado do campo progressista<sup>171</sup>, como indica Jan-Werner Müller na epígrafe a esta seção, seus teóricos assumiram papéis de absoluta liderança política. Basta lembrar que Karl Renner foi o presidente da primeira República da Áustria e que Otto Bauer foi o líder do partido social-democrata austríaco e ministro das relações exteriores, ainda que por um curto período de tempo. Com um partido que servia de modelo para os demais, com intelectuais de peso ocupando cargos políticos de grande relevância e com a semelhança entre os cenários político, econômico e social, não é uma surpresa que o austro-marxismo tenha se tornado

---

<sup>170</sup> MÜLLER, Jan-Werner. *Contesting Democracy: Political ideas in twentieth-century Europe*. New Haven: Yale University Press, 2011, p.58.

<sup>171</sup> Apesar da força do partido social-democrata, após o impedimento da anexação da Áustria alemã à República de Weimar por parte das potências vencedoras da guerra, o isolamento austríaco fez com que se pudesse falar de “um grande partido num pequeno país”. Para uma análise da correlação de forças interna ao austro-marxismo, ver MEHRAV, Perez. Social-democracia e austro-marxismo. In: HOBBSAWM, 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, p.251-276.

uma referência importante para os debates em meio à social-democracia alemã e que servisse como um verdadeiro contraponto às teorias revolucionárias soviéticas.

A referência se torna ainda mais compreensível pelo fato de que Karl Renner, Otto Bauer e Max Adler estavam tentando dar respostas a novos problemas por meio de interpretações marxistas não ortodoxas. Karl Renner é, sem dúvida, o grande modelo de jurista para Hugo Sinzheimer, Franz Neumann e Otto Kirchheimer.<sup>172</sup> Já Otto Bauer se torna especialmente relevante pela tese sobre o equilíbrio temporário da luta de classes na democracia parlamentar, gerando controvérsias no interior das interpretações marxistas consolidadas. Passo agora a reconstruir o argumento de Bauer e a crítica feita por Adler a seu diagnóstico.

## II.1. O diagnóstico de Otto Bauer

“Mas a análise teórica mais refinada do marxismo já conhecia, naquela época, outras formas de ser do Estado [*Staatswesen*]. Ela sabia que, a partir das lutas de classes surgem situações temporárias em que, como Engels expressou em seu *Origem da família, da propriedade privada e do Estado*, ‘as classes em luta mantêm o equilíbrio entre si’. Se nenhuma classe está mais em condições de derrotar a outra e não a deixar levantar, então o poder estatal [*Staatsgewalt*] deixa de ser um instrumento de dominação de uma classe para controlar a outra. Então o poder estatal se torna independente em relação às classes, ele se defronta com todas as classes como um poder independente, ele se submete a todas as classes. Esta era, segundo a apresentação de

---

<sup>172</sup> Em 1937, Neumann escreve: “It is characteristic that none of the important contributions to the German sociology of law was made by German lawyers with the exception of Max Weber’s *Rechtssoziologie*. All important contributions derive from Austrian lawyers. The answer to why it has been so at once leads into the core of the problem of legal sociology. Legal history and dogmatic jurisprudence had but one function: to justify the existing order of society and to legitimize the coercive power of the state. (...) The first edition of Renner’s book was published under the pseudonym of Joseph Karner as early as 1910 and is even today the most decisive contribution ever made to the science of sociology of law.” NEUMANN, Franz. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* by Eugen Ehrlich. *American Journal of Sociology*, v.43, n.2, 1937, p.351-352. Sinzheimer, Neumann e Kirchheimer veem em Renner a abertura de um caminho marxista para olhar para o direito sem resumi-lo a superestrutura, a reflexo ou epifenômeno das relações econômicas. Os três fazem referências diretas a Renner em muitos de seus textos do período de Weimar. Inspiram-se em Renner tanto em sua principal tese de *Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* – há mudança no direito mesmo que o texto da norma permaneça o mesmo, ou seja, é possível haver mudança de função (*Funktionswandel*) de um determinado instituto jurídico sem que haja alteração legislativa – quanto no que diz respeito ao método – se a mudança ocorre independentemente do texto da lei, é preciso olhar para o direito na prática, para o que hoje chamaríamos de *law in action* ou para o que Eugen Ehrlich denominava de “direito vivo”. Enquanto Sinzheimer e Neumann procuram analisar o direito do trabalho e o direito econômico transpondo o quadro analítico de Renner, Kirchheimer procura fazer uma espécie de atualização, tendo, assim como Renner, a propriedade – e o instrumento de desapropriação introduzido pela Constituição de Weimar – como objeto de estudo. Ver, por exemplo, NEUMANN, Franz. *Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht. Arbeitsrecht – Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten*, caderno 6, junho de 1929 e KIRCHHEIMER, Otto. *Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung*. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: *Recht und Politik in der Weimarer Republik*. op. cit., p.333 e seguintes.

Marx e Engels, a origem da monarquia absoluta nos séculos 17 e 18 e a origem do bonapartismo no século 19.”

BAUER, Otto. *Die österreichische Revolution*, 1923<sup>173</sup>

No *Manifesto do Partido Comunista* de 1848, Marx e Engels afirmam que “o Estado moderno é apenas um comitê que gere os negócios comuns de toda a burguesia”,<sup>174</sup> ideia que viria a se tornar célebre sob a expressão mais sintética de “comitê executivo da burguesia”. Nesta concepção, o Estado estava muito longe de ser um terceiro neutro ou independente, mas era antes entendido como um instrumento de uma classe específica para conduzir seus projetos políticos e suas negociações comerciais. Tampouco representaria os interesses da nação de forma geral, mas unicamente da burguesia. Isto significa que, apesar de se apresentar como porta-voz do interesse comum, o Estado estava, na verdade, marcado de cima a baixo pelas demandas e aspirações de uma classe. Isto também significa que, apesar de ser um instrumento, seu acesso estava bloqueado aos demais interesses: a burguesia se valia do Estado para realizar seus projetos ao mesmo tempo em que reprimia tudo o que fosse diferente de si mesma. Ainda de acordo com o *Manifesto*, para acabar com este tipo de dominação, o proletariado tinha que tomar o Estado para si como instrumento, por meio da democracia.<sup>175</sup> Conquistar o Estado seria apenas um dos passos em direção a uma sociedade sem classes. Mas era preciso conquistá-lo por inteiro, despojando a burguesia de seu caráter de classe dominante. Nesta configuração, o Estado é sempre inteiramente de uma só classe. Não há partilha, conquista parcial ou negociação no horizonte.

---

<sup>173</sup> “Aber die feinere theoretische Analyse des Marxismus kannte auch damals schon andere Staatswesen. Sie wusste, dass aus den Klassenkämpfen zeitweilig Situationen hervorgehen, in denen, wie Engels es in seinem *Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates* ausdrückte, ‘die kämpfenden Klassen einander das Gleichgewicht halten’. Ist keine Klasse mehr imstande, die andere niederzuwerfen und niederzuhalten, dann hört die Staatsgewalt auf, ein Herrschaftsinstrument einer Klasse zur Beherrschung der anderen Klassen zu sein. Die Staatsgewalt verselbständigt sich dann gegenüber den Klassen, sie tritt allen Klassen als selbständige Macht gegenüber, sie unterwirft sich alle Klassen. Das war, nach Marxens und Engels’ Darstellung, der Ursprung der absoluten Monarchie im 17. und 18., des Bonapartismus im 19. Jahrhundert.” BAUER, Otto. *Die österreichische Revolution*. Viena: Wiener Volksbuchhandlung, 1923, p.242-243.

<sup>174</sup> “Die moderne Staatsgewalt ist nur ein Ausschuß, der die gemeinschaftlichen Geschäfte der ganzen Bourgeoisiklasse verwaltet.” MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Werke*, Band 4 (MEW). Berlin: Dietz Verlag, 1977, p.464.

<sup>175</sup> “Wir sahen schon oben, daß der erste Schritt in der Arbeiterrevolution die Erhebung des Proletariats zur herrschenden Klasse, die Erkämpfung der Demokratie ist. Das Proletariat wird seine politische Herrschaft dazu benutzen, der Bourgeoisie nach und nach alles Kapital zu entreißen, alle Produktionsinstrumente in den Händen des Staats, d. h. des als herrschende Klasse organisierten Proletariats, zu zentralisieren und die Masse der Produktionskräfte möglichst rasch zu vermehren.” Idem, p.481, grifo meu.

É muito provável que Marx e Engels tenham feito uma análise adequada do Estado europeu no século XIX. A base da sociedade estava muito longe de ter qualquer tipo de interferência na política por meio das vias institucionais e o voto censitário era a regra, o que fazia com que os representantes do Estado formassem um clube bastante seletivo de privilegiados. A democracia, entendida como legítima representação do povo, estava ancorada nas reivindicações de levantes e revoltas sociais, contrastando com a relativa homogeneidade que marcava o Estado.

Esta é a grande novidade das primeiras experiências democráticas do pós-guerra. A conquista da democracia parlamentar não desembocou na tomada completa do aparato estatal por parte dos trabalhadores. Ainda que liderados pelos partidos social-democratas, os governos de coalizão estavam fundamentados em alianças com partidos de outras vertentes políticas – que incluíam parcelas da própria burguesia – e tanto a formação do governo quanto as deliberações do parlamento estavam pautadas na negociação de interesses antagônicos. E é a própria descrição do *Manifesto do Partido Comunista* que deixa de encontrar ancoragem imediata nas novas condições sociais e políticas.

É exatamente esta questão que está no horizonte de Bauer. Em sua perspectiva, se o Estado deixa de ser um instrumento de apenas uma classe, se nenhuma classe está em condições de tomar o Estado por inteiro e derrotar as outras, há um equilíbrio entre elas no interior das instituições estatais. Como deixa de ser instrumento, o Estado passa a ter certa autonomia em relação à luta de classes, perde a parcialidade que a dominação de um só grupo social lhe conferia. O Estado passa a ser uma arena dentro da qual o conflito se instaura:

Então se seguiu uma guerra de trincheira [*Stellungskrieg*] entre os dois partidos que faziam parte da coalizão.<sup>176</sup> Cada um dos dois partidos era forte o suficiente para impedir que o outro atuasse, nenhum deles era forte o suficiente para impor sua vontade ao outro. A força de ação do governo e do legislativo estava paralisada. Depois que o tratado de paz delimitou o território do nosso Estado e negou nossa anexação à Alemanha, a Assembleia Nacional Constituinte tinha que dar uma constituição à sua República. A desvalorização da moeda exigia medidas que deveriam ser capazes de colocar em ordem o orçamento que estava arruinado; era preciso tomar uma decisão a respeito do imposto sobre capitais reivindicado pela social-democracia. Mas os partidos da coalizão não conseguiam chegar a um acordo sobre nenhum desses problemas. A máquina do legislativo estava parada.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Bauer se refere à coligação do partido social-democrata com a burguesia cristã na Áustria.

<sup>177</sup> “Nun folgte ein unfruchtbarer Stellungskrieg zwischen den beiden koalitierten Parteien. Jede der beiden Parteien war stark genug, die andere am Handeln zu hindern, keine stark genug, der anderen ihren Willen aufzuzwingen. Die Aktionskraft der Regierung und der Gesetzgebung war gelähmt. Die Konstituierende Nationalversammlung mußte, nachdem der Friedensvertrag unser Staatsgebiet umgrenzt und uns den Anschluß



À primeira vista, a tese do equilíbrio temporário entre as classes pode dar a impressão de que se trataria de um estado de harmonia, que equilíbrio significaria ausência de conflito diante de acordos bem-sucedidos. Mas o equilíbrio leva à paralisia tanto do executivo quanto do legislativo. Ainda mais quando a correlação de forças permite que apenas os vetos sejam eficazes: “cada um dos dois partidos era forte o suficiente para *impedir que o outro atuasse*, nenhum deles era forte o suficiente para impor sua vontade ao outro”. A impossibilidade de acordos no interior da própria coalizão de governo instaura o imobilismo como dinâmica de funcionamento institucional:

A cada dia elas [as classes] precisavam fechar novos acordos entre si. Desta maneira, aqui o equilíbrio não levou à submissão de todas as classes ao poder estatal tornado independente, mas ao fato de que todas as classes precisaram dividir o poder estatal entre elas.<sup>178</sup>

O critério não é a subjugação das classes a um órgão independente, uma das hipóteses aventada por Bauer na passagem que serve de epígrafe a esta seção, sustentada com base nos escritos políticos de Marx e Engels.<sup>179</sup> Todas as classes precisavam dividir poder e não havia submissão a um critério que estivesse acima delas, o que faz com que os compromissos tivessem que ser firmados e renovados a cada dia, num esforço de negociação sem

---

an Deutschland verwehrt hatte, der Republik ihre Verfassung geben. Die Geldentwertung erforderte Maßregeln, die den zerrütteten Staatshaushalt in Ordnung bringen sollten; über die von der Sozialdemokratie geforderte Vermögensabgabe mußte die Entscheidung fallen. Aber über alle diese Probleme konnten sich die koalitierten Parteien nicht einigen. Die Maschine der Gesetzgebung stand still.” BAUER, Otto. *Die österreichische Revolution*. op. cit., p.214.

<sup>178</sup> “Sie mußten von Tag zu Tag immer neue Kompromisse miteinander schließen. So führte hier das Gleichgewicht der Klassenkräfte nicht dazu, daß alle Klassen von der verselbständigten Staatsmacht unterworfen wurden, sondern dazu, daß alle Klassen hier die Staatsmacht untereinander teilen mußten.” Idem, p.243.

<sup>179</sup> “Na acepção engelsiana da *Origem da família*, a situação de equilíbrio é referida ao período histórico de nascimento da monarquia absoluta, ou seja, a uma fase caracterizada pela coexistência de relações de produção feudais e relações de produção burguesas: ela se configura, portanto, como equilíbrio entre burguesia e camadas dominantes tradicionais. O conceito reaparece também nas obras histórico-políticas de Marx, onde indica igualmente uma situação explosiva da luta de classe, da qual se origina o fenômeno do bonapartismo. Mas, enquanto em ambos esses casos históricos, o Estado se autonomizara como ‘poder independente’ (*selbständige Macht*) que subordinava a si todas as classes, na situação específica da democracia austríaca as classes encontravam-se de fato na situação de ‘ter de partilhar o poder estatal’. A inovação fundamental introduzida por Bauer no uso dessa noção, em comparação com o contexto marx-engelsiano originário, consiste assim em sua estreita correlação com o processo de crescimento político que – favorecido e acelerado pela guerra – quebrou a tradicional homogeneidade de classe do Estado, levando os partidos operários a participarem de governos de coalizão.” MARRAMAO, Giacomo. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo. In: 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, p.317.

precedentes. Essa distribuição de poder não parecia resultar em maior democratização dos âmbitos decisórios, mas em seu engessamento.

Bauer entende que, nos primeiros anos da República, a correlação de forças pendia para o proletariado em razão da proximidade com os levantes revolucionários, ainda que os trabalhadores estivessem longe de ter qualquer tipo de domínio. Com o tempo, diante da dissolução da tensão revolucionária e da reincorporação de grande parte dos trabalhadores à economia, o proletariado perde sua vantagem de saída e é então que o equilíbrio de fato se instaura. Até 1920, a divisão dos poderes entre as classes se expressou no governo de coalizão com interesses antagônicos. A partir de outubro daquele ano, a burguesia passa a comandar o governo e também a ter maioria no parlamento. Mesmo diante deste cenário, Bauer continuou a defender que a tese do equilíbrio se mantinha.<sup>180</sup> Isso porque a social-democracia continuava a disputar o poder de fora destas instituições, a partir de suas posições no exército e nos conselhos operários e de soldados:

Desde outubro de 1920, a República foi governada por um governo burguês e por uma maioria parlamentar burguesa. Apesar disto, ela não era um Estado de classe da burguesia, não era uma república burguesa. (...) Ela [a burguesia] não podia arriscar desafiar a classe trabalhadora para um embate decisivo. Ela não conseguia governar de outra maneira se não por meio de acordos diários com a representação da classe trabalhadora no parlamento e com as organizações proletárias fora do parlamento. (...) A República não era, portanto, nem burguesa e nem proletária. Ela não era nem um instrumento da dominação de classe da burguesia sobre o proletariado nem um instrumento da dominação de classe do proletariado sobre a burguesia. Nesta fase, a República não era um Estado de classes, isto é, não era um instrumento de domínio de uma classe sobre a outra, mas o resultado do acordo entre as classes, um resultado do equilíbrio das forças de classe.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Hans Kelsen critica Otto Bauer por isso e por supostamente contradizer a concepção marxista de Estado: “Yet the idea of a balance of class forces had only been plausible at the very beginning of the republic, as the jurist Hans Kelsen pointed out at the time and as Bauer himself was to recognize later on. After 1922 or so, the conservatives were hardly interested in power sharing. The socialists, on the other hand, began to concentrate their energies almost exclusively on making Vienna into a showcase of proletarian culture – through welfare and education, which were to serve the development of the individual worker, or what Bauer at one point called a ‘revolution of souls’.” MÜLLER, Jan-Werner. *Contesting Democracy*. op. cit., p.58 e KELSEN, Hans. Otto Bauers politische Theorie. *Der Kampf*, XVII, 1924. Para a resposta de Bauer a Kelsen, principalmente no que diz respeito à concepção marxista de Estado, ver 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, p.323 e seguintes. Texto originariamente publicado na revista *Der Kampf* em 1924. Para um comentário mais detido sobre o posicionamento de Kelsen a respeito do conceito marxiano de Estado, ver MARRAMAO, Giacomo. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo. op.cit., p. 318 e seguintes. Para a discussão Bauer-Kelsen, ver 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, p.191 e seguintes.

<sup>181</sup> “Die Republik wurde seit dem Oktober 1920 von einer bürgerlichen Regierung, von einer bürgerlichen Parlamentsmehrheit regiert. Trotzdem war sie kein Klassenstaat der Bourgeoisie, keine Bourgeoisrepublik. (...) Sie konnte es nicht wagen, die Arbeiterklasse zum Entscheidungskampf herauszufordern. Sie konnte nicht anders regieren als durch tägliche Kompromisse mit der Vertretung der Arbeiterklasse im Parlament und mit den proletarischen Organisationen außerhalb des Parlaments. (...) Die Republik war also weder eine

Para Bauer, não se tratava de contradizer a concepção de Estado de Marx, tal como o acusava Hans Kelsen, mas antes de fazer uma interpretação mais sofisticada do conjunto dos textos de Marx. É por isso que ele afirma, no trecho que escolhi como epígrafe a esta sessão, que “a análise teórica *mais refinada* do marxismo” conhecia outras configurações para o Estado que não estavam reduzidas ao comitê executivo da burguesia – e este será um dos pontos de atritos com Adler. Principalmente em seu artigo de 1924 na revista *Der Kampf*, Bauer vai analisar passagens de *As lutas de classes na França* e de *O 18 Brumário de Luís Bonaparte* para mostrar que o próprio Marx identificava estados temporários de equilíbrio entre classes na história, momentos em que uma classe específica fazia as vezes de mediadora da luta e instaurava, assim, algum tipo de negociação em equilíbrio.

Além de identificar este estado de equilíbrio como marca fundamental da conjuntura da democracia parlamentar do pós-guerra, Bauer termina *A revolução austríaca* afirmando que esta divisão de poder entre classes era o único objetivo de luta possível de ser atingido naquele momento.<sup>182</sup> Ele caracteriza sua época como uma fase de transição e defende algo como “uma revolução por meio de reformas”, na medida em que entende que o objetivo maior da sociedade sem classes será conquistado de maneira gradual, por meio de diversas revoluções sociais que desestabilizariam o estado de equilíbrio. Bauer se vale da imagem de um paralelogramo, cujas linhas são compostas por vetores representando as forças sociais em luta. Seria possível mudar o ângulo e o direcionamento do paralelogramo, aumentando a extensão do vetor da classe trabalhadora e diminuindo o da burguesia, mas a existência da própria figura geométrica não era posta em questão.

Esta teoria foi objeto de diferentes controvérsias. Passo agora a analisar como Max Adler recebeu estas ideias.

---

Bourgeoisrepublik noch eine proletarische Republik. Sie war weder ein Instrument der Klassenherrschaft der Bourgeoisie über das Proletariat noch ein Instrument der Klassenherrschaft des Proletariats über die Bourgeoisie. Die Republik war in dieser Phase kein Klassenstaat, das heißt kein Instrument der Herrschaft einer Klasse über die andere Klasse, sondern ein Ergebnis des Kompromisses zwischen den Klassen, ein Resultat des Gleichgewichts der Klassenkräfte.” BAUER, Otto. *Die österreichische Revolution*. op. cit., p.244.

<sup>182</sup> Idem, p.290.

## II.2. As preocupações de Max Adler

Em *Democracia política ou social* [*Politische oder soziale Demokratie*], publicado em 1926, Max Adler identifica uma mudança de atitude dos trabalhadores em relação à democracia:

Porque é isto que é estranho na nossa época geralmente entendida como democrática: é a própria democracia que se tornou, em grande medida, problemática. Ela se tornou um problema não apenas meramente para alguns pensadores em particular – já que ela sempre havia sido um problema para estes pensadores –, mas para grandes massas maduras politicamente, que hoje começam a se colocar diante dela com ceticismo, até mesmo com desconfiança. O velho preconceito contra a democracia se foi. Houve uma época – uma época em que era uma obviedade que a democracia era, ao mesmo tempo, o ideal político e social, que ela significava a sorte dos Estados e a liberdade dos povos. Democracia e progresso eram *uma* coisa só. As grandes tradições da Revolução Francesa e das lutas alemãs por liberdade envolviam a democracia com seu brilho histórico, de tal maneira que todos os corações se aqueciam com o sentimento de também ser democrata e de deixar que esta convicção gloriosa continuasse a se fazer sentir por meio de cada um. E sobretudo as massas proletárias no interior da social-democracia se sentiam como os portadores propriamente ditos, como os únicos verdadeiros amigos da democracia em contraposição à indecisão e à apostasia das camadas influentes da burguesia.<sup>183</sup>

Se antes democracia e progresso eram uma coisa só do ponto de vista do proletariado – o que equivale a dizer: a democracia estava no horizonte como uma conquista dos trabalhadores, como liberdade e independência dos povos –, este sentido deixa de ser óbvio quando as democracias parlamentares passam a ser uma realidade. Grande parte dos trabalhadores organizados passou a ver a democracia com ceticismo ou mesmo como uma ilusão perigosa, como um caminho enganoso que não levaria à libertação do proletariado, como Sinzheimer também havia notado em 1919 para o contexto da Alemanha. Adler levanta algumas hipóteses para esta mudança tão diametral – e não é à toa que o termo usado

---

<sup>183</sup> “Denn dies ist das Merkwürdige unseres allgemein als demokratisch ausgegebenen Zeitalters: die Demokratie selbst ist im höchsten Masse problematisch geworden. Sie ist zum Problem geworden nicht etwa bloss für einzelne Denker – das war sie immer –, sondern für grosse politisch reife Massen, die ihr heute skeptisch, ja mit Misstrauen gegenüber zu stehen beginnen. Das alte Vorurteil für die Demokratie ist dahin. Einstmals – da war es eine Selbstverständlichkeit, dass die Demokratie das politische und soziale Ideal zugleich sei, dass sie das Glück der Staaten und die Freiheit der Völker bedeute. Demokratie und Fortschritt war *eine* Sache. Die grossen Traditionen der Französischen Revolution und der deutschen Freiheitskämpfe umgaben die Demokratie mit ihrem historischen Glanze, so dass sich jedem das Herz erwärmte in dem Gefühle, auch Demokrat zu sein und diese ruhmreiche Gesinnung durch sich fortwirken zu lassen. Und vor allem die proletarischen Massen innerhalb der Sozialdemokratie fühlten sich als die eigentlichen Träger, ja als die einzigen echten Freunde der Demokratie gegenüber der Lauheit und Abtrünnigkeit einflussreicher Schichten des Bürgertums.” ADLER, Max. *Politische oder soziale Demokratie*. Berlin: E. Laub'sche Verlagsbuchhandlung, 1926, p.18.

aqui é *Wandlung* –, de um polo do espectro a outro: a vida cotidiana dos trabalhadores tinha mudado muito pouco com a democracia, eles foram enviados à guerra tanto pelas monarquias quanto pelos governos democráticos, em nome de um “interesse nacional” pouco palpável e sem qualquer consulta prévia. O sofrimento social não havia diminuído, dos *fronts* às fábricas. E o imaginário da Revolução Russa se colocava cada vez mais como uma alternativa concreta. A ditadura do proletariado parecia mais interessante do que as promessas não cumpridas da democracia parlamentar. Isso porque, para Adler, as democracias de fato existentes na época eram democracias *políticas*, isto é, formas de governo que mantinham a divisão desigual da sociedade em classes e a exploração de uma classe pela outra, por apenas instaurarem uma igualdade no plano formal – como veremos este será um ponto importante na análise de Kirchheimer. Para Adler, a democracia que equivalia ao progresso e à libertação dos povos tinha que ser qualificada como *social* e ela ainda não havia sido implementada em nenhum dos regimes parlamentares. E este deveria ser o ideal democrático no horizonte dos trabalhadores organizados – não a democracia política e nem a ditadura, em quaisquer de suas formas. Como veremos, este também será um ponto importante para Neumann.

E aqui está a principal discordância entre Adler e Bauer. Adler mostrava preocupação com os mal-entendidos relativos à teoria do equilíbrio temporário entre as classes – tanto com os enganos causados por uma espécie de recepção desatenta de *A revolução austríaca* quanto pelos problemas supostamente causados pelo próprio Bauer. E suas críticas se voltam à percepção de que a tese do equilíbrio poderia ajudar a minar a confiança na democracia, especialmente por Bauer afirmar que o balanceamento seria o único horizonte possível no momento em que eles se encontravam.

Em primeiro lugar, Adler diferencia equilíbrio (*Gleichgewicht*) de nivelamento (*Ausgleichung*) entre as classes.<sup>184</sup> Esta confusão viria de alguns sentidos comumente atribuídos ao estado de equilíbrio – as forças em equilíbrio se igualam e se compensam, numa estabilidade harmônica e duradoura. A consequência seria entender que, no diagnóstico de Bauer, as classes antagônicas passariam a figurar numa harmonia sem luta, em equivalência decorrente de uma suspensão ou de uma atenuação da luta de classes. É certo que Bauer refuta a ideia de que o equilíbrio significaria harmonia, mas faz esta diferenciação com os olhos voltados para o funcionamento do governo, enfatizando a

---

<sup>184</sup> Idem, p.114.

paralisa nas decisões. Adler procura ressaltar a ausência de harmonia na dinâmica da luta de classes de maneira mais ampla:

O equilíbrio entre as forças de classe só passa a existir na medida em que cada classe faz valer, tanto quanto for possível, seus interesses e vontades de classe. Este equilíbrio não significa, portanto, uma paralisação da luta de classes, nem mesmo um enfraquecimento, mas, pelo contrário, sua continuidade mais forte (...). Por isso não se pode nem mesmo dizer que a luta de classes fica latente na fase do equilíbrio. Ela não desapareceu nem por um instante (...).<sup>185</sup>

A ênfase deste ponto tem consequências importantes. O equilíbrio só se mantém se a classe trabalhadora continuar a lutar ao máximo por seus objetivos – e, na visão de Adler, o contentamento com uma democracia formal não está entre eles. O destaque à manutenção aprofundada da luta de classes também ajuda a entender a principal divergência entre os dois: Adler não aceita a tese de Bauer de que o Estado deixa de representar os interesses de uma classe. Ele critica Bauer por opor a interpretação do *Manifesto do Partido Comunista* a análises supostamente “mais refinadas”, como se o equilíbrio entre as classes simplesmente anulasse a tese de que o Estado seria o comitê executivo da burguesia. Em sua interpretação, ainda que na democracia parlamentar o Estado não representasse exclusivamente a classe dominante, ainda assim não deixava de ser um Estado que mantinha a divisão de classes, pendendo sempre contra os trabalhadores, por mais que eles tivessem se tornado uma força política impossível de contornar.<sup>186</sup>

Assim, ainda que Adler concorde com a mudança na correlação de forças e com as linhas gerais da tese do equilíbrio temporário entre classes, a consequência não é apostar no caminho da “revolução por meio de reformas”, mas antes na superação da democracia política – ou formal – por meio da superação do próprio estado de balanceamento. Para isto, o proletariado teria que ser o mais radical possível para levar o vetor de forças para a direção da democracia social, valendo-se tanto de meios institucionais quanto não-institucionais.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> “Das Gleichgewicht der Klassenkräfte kommt ja nur gerade zustande, dass jede Klasse ihre Klasseninteressen und ihren Klassenwillen, soweit es eben geht, geltend macht. Dieses Gleichgewicht bedeutet also nicht ein Aufhören des Klassenkampfes, ja nicht einmal eine Abschwächung derselben, sondern im Gegenteil, die stärkste Fortführung des Klassenkampfes. (...) Man kann daher nicht einmal sagen, dass in der Phase des Gleichgewichtes der Klassenkampf latent ist. Er ist nicht einen Augenblick verschwunden (...)” Idem, p.115.

<sup>186</sup> Idem, p.119-123.

<sup>187</sup> Idem, p.131.

### II.3. Estado de equilíbrio como diagnóstico de fundo

“Não é casual que, precisamente nesta fase, os politólogos mais sensíveis e iluminados da esquerda social-democrata (Franz Neumann, Ernst Fraenkel e Otto Kirchheimer, colaboradores de *Die Gesellschaft*, a revista teórica do partido, dirigida por Hilferding), reflipam sobre a fragilidade do ‘compromisso político’ que dava origem à democracia weimariana e sobre os limites da eficácia da forma do Estado ‘neutralizador’ – diante de um ‘pluralismo corporativo’ cada vez menos governável, por ser menos redutível a um ‘interesse geral’ –, chegando assim a identificar a crise de ‘legitimidade’ da forma democrático-parlamentar.”

MARRAMAO, Giacomo. *O político e as transformações*.<sup>188</sup>

A tese do estado de equilíbrio entre classes é fundamental para as análises de Kirchheimer e Neumann no período de Weimar, tanto na vertente de Bauer quanto nas ponderações colocadas por Max Adler. Em ambas as versões do diagnóstico, o equilíbrio se dá no interior da coalizão de governo, na dinâmica dos debates parlamentares e nas relações sociais de maneira mais abrangente. No entanto, o quadro de análise de Bauer e Adler é formado pelos governos de coalizão, pelo parlamento e pelos conflitos sociais organizados. O judiciário é um ponto cego, simplesmente não faz parte de suas leituras a respeito da democracia parlamentar. Não é apenas o sistema judicial que fica de fora, mas a própria Constituição também é ignorada, ainda que se tratasse das primeiras experiências constitucionais sociais:

A ausência, tanto em Bauer quanto em Adler, de uma análise das complexas transformações que envolviam a Constituição – uma análise que, naqueles anos, era proposta por politólogos social-democratas weimarianos como Ernst Fraenkel, Franz Neumann e Otto Kirchheimer – leva-os a adotar como única solução estratégica adequada a da ‘violência defensiva’, à qual o movimento operário deveria recorrer (...) em caso de violação da legalidade constitucional por parte da classe burguesa.<sup>189</sup>

O direito e o sistema judicial corroboraram com o equilíbrio temporário de classes ou o desestabilizaram? Uma constituição como a de Weimar é simplesmente expressão de uma negociação intensa entre classes com projetos antagônicos ou fez com que a balança

---

<sup>188</sup> MARRAMAO, Giacomo. *O político e as transformações*. op. cit., p.51-52.

<sup>189</sup> MARRAMAO, Giacomo. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo. op.cit., p.338-339.

tenha pendido para um dos lados? Se o direito desestabiliza o equilíbrio de alguma maneira, é possível deliberadamente direcionar a resultante das forças sociais por meio de argumentos e teses jurídicas? São estas questões que estão no pano de fundo das análises de Kirchheimer e Neumann. Mais do que respostas de sim ou não, o mais importante é entender a maneira como direito e sistema judicial atuam para manter ou para romper com o equilíbrio temporário entre classes. Como afirma Giacomo Marramao, ao excluïrem a Constituição e o direito de suas análises, os principais teóricos do austro-marxismo defendem a tomada institucional de poder ou simplesmente uma reação não-institucional por parte do proletariado organizado caso haja violações de direitos. Como vamos ver, Neumann e Kirchheimer estão pensando em arranjos em que a lógica interna do direito é levada a sério, ainda que seja para criticá-la.

Para responder a estas questões, passo agora a analisar alguns dos textos fundamentais de Kirchheimer e Neumann neste período.

### III. Otto Kirchheimer

Em 1928, o jovem Otto Kirchheimer publicou dois artigos um pouco mais elaborados do que suas intervenções de caráter conjuntural para o *Die Tribüne*, um dos jornais do partido social-democrata com o qual contribuía.<sup>190</sup> O primeiro deles sintetizava os principais argumentos apresentados em sua tese de doutorado, defendida no mesmo ano.<sup>191</sup> Intitulado *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* [*Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*], o texto foi publicado na *Zeitschrift für Politik*, uma das referências para o debate acadêmico sobre política e direito da época.<sup>192</sup> Já o segundo texto, *Mudança de*

---

<sup>190</sup> O *Die Tribüne* era uma das publicações diárias do SPD na cidade de Erfurt, na Turíngia. Em 1928, Kirchheimer contribuiu com comentários sobre controvérsias político-jurídicas para o jornal, organizados e sistematizados pela primeira vez em BUCHSTEIN, Hubertus (org.) *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik. op. cit.

<sup>191</sup> Todos os exemplares da tese se perderam e nem mesmo a organização das obras completas conseguiu ter acesso ao texto. Assim, *Sobre a teoria...* é o único meio de acesso aos argumentos desenvolvidos no doutorado de Kirchheimer.

<sup>192</sup> A revista foi fundada em 1907 por dois juristas, Adolf Grabowsky e Richard Schmidt, antes de a ciência política surgir como disciplina universitária. O texto de Kirchheimer foi incluído e republicado na edição comemorativa de 100 anos da revista, que existe até hoje: STAMMEN, Theo (org.). 100 Jahre “Zeitschrift für Politik”. *Zeitschrift für Politik*, Sonderband 2, 2008.



*significado do parlamentarismo* [*Bedeutungswandel des Parlamentarismus*], bem mais curto e com um estilo de escrita pouco preocupado com as convenções da academia, saiu no *Jungsozialistische Blätter*, publicação da juventude socialista vinculada ao SPD, corrente da qual Kirchheimer era próximo.

*Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* certamente é um dos textos mais criticados de Kirchheimer e é um de seus artigos mais conhecidos do período de Weimar, ficando atrás apenas de *Weimar – e então?* [*Weimar – und was dann?*]. Apesar de *Mudança de significado do parlamentarismo* ser muito menos conhecido, acaba também se tornando, por extensão, um dos alvos da crítica feroz direcionada principalmente a *Sobre a teoria...*, uma vez que a já escassa literatura de recepção faz uma espécie de desaprovação em bloco dos escritos de Kirchheimer deste período. O que permite tratar as diferentes manifestações do autor como se pertencessem a uma única estrutura de pensamento, com poucos graus de nuance e distinções, é a comparação de suas ideias com as de Carl Schmitt, tendo as obras de Schmitt como fio condutor e padrão de medida.

Quem inaugura este tipo de comparação é Alfred Söllner, sugerindo que Kirchheimer – mas também Franz Neumann e Herbert Marcuse – teriam sido “alunos de esquerda da revolução conservadora”, indicando que, por mais que seus posicionamentos políticos fossem opostos no espectro partidário, estes autores da Teoria Crítica teriam, em sua juventude, pegado emprestado diversos conceitos centrais de Schmitt – e de Martin Heidegger, no caso de Marcuse – para fundamentar suas ideias ainda em formação, flertando, assim, com o autoritarismo pressuposto nas análises schmittianas.<sup>193</sup> Como o doutorado de Kirchheimer foi orientado por ninguém menos do que pelo próprio Carl Schmitt, Söllner defende que os textos de Kirchheimer podem ser lidos sob a rubrica do “schmittianismo de esquerda”, por mais provocativa e problemática que esta alcunha seja.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> SÖLLNER, Alfred. *Leftist Students of the Conservative Revolution: Neumann, Kirchheimer & Marcuse. Telos*, n.61, 1984. O texto também foi publicado posteriormente em alemão, com algumas poucas diferenças de organização do argumento e com um ponto de interrogação no título, sugerindo que a provocação poderia ser colocada em dúvida: 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, p.55 e seguintes.

<sup>194</sup> “The notion of a Left Schmittism appears problematic, for it evokes associations with the right-left equation of the totalitarianism theory. Yet, it is intriguing to examine the Weimar writings of Otto Kirchheimer under this label, for their high level of analysis of the crisis is indebted to a combination of methods borrowed from such diverse theoretical sources as Marxism and the theories of Carl Schmitt.” SÖLLNER, Alfred. *Leftist Students of the Conservative Revolution*. op. cit., p.62. Ainda que Söllner identifique uma combinação entre Marx e Schmitt no jogo de referências de Kirchheimer, é apenas Schmitt que serve de fio condutor teórico para

Esta chave interpretativa é retomada por Ellen Kennedy alguns anos depois da publicação do artigo de Söllner, abrindo uma discussão sobre o peso da influência de Schmitt nos jovens autores da Teoria Crítica, com especial destaque para Kirchheimer.<sup>195</sup>

Mas não há qualquer dúvida de que abordagem mais detalhada e sistemática dos textos de Kirchheimer desta época é aquela feita por William Scheuerman em *Between the Norm and the Exception*. Além de ser a mais pormenorizada, também é certamente a crítica mais dura, levando a influência de Schmitt às últimas consequências.<sup>196</sup> Para Scheuerman, “se não fosse pelo *revival* repentino do interesse por Carl Schmitt, provavelmente nós poderíamos simplesmente dispensar este momento inicial na história da Escola de Frankfurt como um ‘pecado de juventude’, como Jürgen Habermas apelidou recentemente.”<sup>197</sup> A análise de Scheuerman consiste em demonstrar, tendo *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* como referência geral para o conjunto de textos de Weimar, que, mais do que uma relação de orientação, haveria uma filiação teórica e política direta de

---

o argumento. Nesta leitura, os aportes marxistas parecem estar restritos ao posicionamento político de Kirchheimer, sem grande influência para suas análises de cunho mais analítico.

<sup>195</sup> Uma edição especial da revista *Telos* foi dedicada ao texto de Kennedy e a respostas de diferentes autores a ele: KENNEDY, Ellen. Carl Schmitt and the Frankfurt School. *Telos*, n.71, março de 1987. Para Martin Jay, não seria o caso de discutir a influência que Schmitt teve sobre Kirchheimer, já que, neste período de Weimar, Kirchheimer ainda não tinha se filiado ao Instituto de Pesquisa Social e, portanto, não poderia ser entendido como um autor da Teoria Crítica – que ele chama de “Escola de Frankfurt” –, mas como um pesquisador marginal. O fato de Kirchheimer romper com Schmitt em 1932 isentaria a “Escola de Frankfurt” desse legado, já que ele teria sido oficialmente admitido como teórico crítico apenas em 1937, quando o Instituto já havia migrado para os Estados Unidos. Ver JAY, Martin. Reconciling the Irreconcilable? Rejoinder to Kennedy. *Telos*, n.71, março de 1987. Em sua resposta a Kennedy, Söllner parece rever parte de sua posição inicial do texto de 1984 e traça mais diferenças de ordem conceitual do que semelhanças entre Schmitt e Kirchheimer: SÖLLNER, Alfons. Beyond Carl Schmitt: Political Theory in the Frankfurt School. *Telos*, n.71, março de 1987.

<sup>196</sup> Para uma leitura contrária a esta, 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, p.16. Para Rizzi, Scheuerman apresenta a análise mais nuançada enquanto Kennedy plasmaria Kirchheimer e Schmitt de maneira mais monodimensional. A meu ver, a razão para lermos estas interpretações de maneiras distintas está no fato de que Rizzi enfatiza os comentários de Scheuerman feitos no terceiro capítulo (“Parliamentary Legality or Plebiscitary Dictatorship?”) de *Between the Norm and the Exception*, em que o foco está direcionado à ruptura entre Kirchheimer e Schmitt e em que, portanto, os textos de 1932 ganham centralidade, especialmente o *Legalität und Legitimität* (1932), *Verfassungsreaktion 1932* (1932) e *Bemerkungen zu Carl Schmitts ‘Legalität und Legitimität’* (1933). Enquanto o capítulo 3 vê o rompimento com bons olhos, o capítulo 1 (“A Totalitarian Concept of the Political”), dedicado aos textos anteriores, faz *tabula rasa* de tudo que veio antes. De todas as maneiras, em ambos os capítulos de Scheuerman, o padrão de avaliação é a proximidade ou o afastamento de Kirchheimer em relação a Schmitt.

<sup>197</sup> “Were it not for the sudden revival of interest in Carl Schmitt, we probably could simply dismiss this early moment in the history of the Frankfurt school as little more than the ‘sin of youth’ that Jürgen Habermas has recently dubbed it.” SCHEUERMAN, William. *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge/Londres: The MIT Press, 1994, p.15.

Kirchheimer a Schmitt, uma vinculação que teria se mostrado intelectualmente fatal para toda a produção do jovem Kirchheimer. Fatal porque, em sua leitura, Kirchheimer teria desenvolvido e defendido elementos de um sistema jurídico explicitamente fascista e incompatíveis com os valores do universo político moderno. E teria seguido esse caminho sem grande autonomia intelectual – não é por outra razão que Scheuerman usa o termo “pupilo” para caracterizar Kirchheimer. Seus textos conteriam, assim, repetições das próprias ideias fascistas e pré-modernas de seu orientador.<sup>198</sup> Dessa forma, estes dois artigos de 1928 – e todos os textos de Kirchheimer até 1932, quando rompe expressamente com Schmitt<sup>199</sup> – teriam de ser lidos a partir dos conceitos tomados das obras de Schmitt e criticados em bloco. Nada poderia restar desta grande fatalidade que mostraria as “consequências desastrosas de uma teoria que toma as facetas mais feias do *status quo* político como um ponto de partida normativo”.<sup>200</sup>

Seja nas análises de Söllner e Kennedy ou na perspectiva mais extrema de Scheuerman, colocar a obra de Schmitt como chave primordial de análise dos escritos do jovem Kirchheimer traz consequências importantes. A primeira delas é um tipo de análise que se estrutura a partir do cotejamento entre passagens ou conceitos de Schmitt e aqueles de Kirchheimer, a fim de mostrar, na comparação, as muitas semelhanças e aproximações, até mesmo no uso da linguagem e no emprego de imagens textuais. A relação é de “origem” e “desdobramento”: Schmitt é a fonte das ideias, enquanto Kirchheimer expressaria apenas um desenvolvimento de concepções originárias de outro lugar. A diferença entre as análises está no grau de autonomia atribuído a Kirchheimer. Enquanto Scheuerman vê uma espécie de relação espelhada entre aluno e orientador, em que o jovem Kirchheimer reproduziria praticamente tudo que vinha de Schmitt, ainda que se valendo de suas próprias palavras, Söllner e Kennedy veem mais variações no “desdobramento”, sugerindo que Kirchheimer

---

<sup>198</sup> “I argue that the young Kirchheimer’s Schmitt-inspired model of an alternative socialist legal order unfortunately points to key components of Schmitt’s own vision of an explicitly fascist system of law. Whatever Schmitt’s explicitly political preferences during the 1920’s, central elements of his theory early on anticipated some of the most onerous facets of totalitarian law”, SCHEUERMAN, William E. *Between the Norm and the Exception*. op. cit., p.15.

<sup>199</sup> Ver 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, p.113 e seguintes.

<sup>200</sup> Idem, p.28.

combinaria alguns elementos marxistas com as principais ideias de Schmitt<sup>201</sup> – e é também por essa variação, por esse *twist*, que se poderia falar em “schmittianismo *de esquerda*”. A segunda consequência, relacionada com a estrutura dessas análises, é colocar os escritos de juventude de Kirchheimer em segundo plano, sugerindo ou mesmo afirmando que não mereceriam ser lidos ou discutidos em si mesmos. Seriam sinais de uma época inicial da formação intelectual, que teriam servido apenas para abrir caminho para o que realmente importa: os trabalhos mais substantivos posteriores a 1933 – ou ainda: posteriores a 1937, quando Kirchheimer é formalmente admitido no Instituto de Pesquisa Social, já no exílio. Não configurariam nem mesmo um momento de passagem relevante para entender os textos posteriores. A tese do “erro de juventude” marca exatamente este aspecto: a importância estaria no fato de Kirchheimer ter corrigido o “erro” e mudado de posicionamento, indicando uma ruptura completa entre fases. Não haveria muitas razões para revisitar esse período de Weimar e dar-lhe dignidade própria – a não ser para comprovar a própria influência de Schmitt.

Por mais interessante que a comparação entre os dois autores possa ser e por mais que a influência de Schmitt seja inegável – não se trata em absoluto de refutar este ponto aqui –, vou adotar um caminho contrário ao proposto por esta literatura de comentário.<sup>202</sup> Isto significa que não vou analisar os textos de juventude de Kirchheimer tendo a obra de Carl Schmitt como padrão de medida. Entendo que este tipo de leitura obscurece elementos centrais para o desenvolvimento do pensamento do próprio Kirchheimer, que ficam à sombra da comparação. Especialmente no caso destes dois artigos de 1928 – *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo e Mudança de significado do parlamentarismo* –,

---

<sup>201</sup> Scheuerman certamente não ignora a formação marxista de Kirchheimer, mas não ressalta, ponto a ponto, a influência do pensamento de Marx em seus escritos de juventude da mesma maneira com que faz com Schmitt.

<sup>202</sup> Não estou sozinha na tarefa de tomar os textos de juventude de Kirchheimer por eles mesmos, ainda que este tipo de leitura seja bastante recente. Frank Schale tenta mostrar que, por mais que as concepções de Schmitt e Kirchheimer pareçam coincidir, a coincidência é apenas aparente se olharmos para os textos de 1928 a 1933 em conjunto: SCHALE, Frank. *Parlamentarismus und Demokratie beim frühen Otto Kirchheimer*. In: OYEN, Robert Chr. van, SCHALE, Frank (orgs.). *Kritische Verfassungspolitologie: Der Staatsverständnis von Otto Kirchheimer*. Baden-Baden: Nomos, 2011. O texto de apresentação de Hubertus Buchstein ao primeiro volume das obras completas de Kirchheimer, dedicado aos textos da República de Weimar, também procura destacar a importância desses escritos de juventude: BUCHSTEIN, Hubertus. *Einleitung zu diesem Band*. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik*. op. cit. No Brasil, a dissertação de mestrado de Ester Gammardella Rizzi é a primeira a analisar os textos deste período um a um, com suas devidas especificidades: RIZZI, Ester Gammardella. *Democracia e transformações sociais no Estado parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar*. op. cit. Como as obras completas começaram a ser publicadas de forma sistemática apenas em 2017, Rizzi se vale das coletâneas organizadas por Wolfgang Luthardt, as mais completas disponíveis à época.

não são apenas aspectos importantes internos à teoria do autor que se tornam laterais ou esquecidos. Defendo a hipótese de que, lidos de maneira combinada, esses dois textos fornecem o que poderíamos chamar de um diagnóstico de tempo de Kirchheimer sobre Weimar, que situa todos os seus posicionamentos posteriores, inclusive o de *Weimar – e então?*. E também é justamente nesses textos que o conceito de *Verrechtlichung* começa a se delinear. Em outras palavras, seguir a tese do “pecado de juventude”, em maior ou em menor grau, faz com que o que há de mais fundamental para o meu argumento simplesmente se perca.

Passo agora a mostrar como estes textos apresentam a leitura de mundo de Kirchheimer para o período. Esta leitura está organizada em duas grandes teses. Em *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, ele apresenta a tese de que a ideia de Estado de direito teria passado por uma profunda troca de função (*Funktionswechsel*) (1). Esta tese é mantida e explorada com formulações um tanto mais didáticas em *Mudança de significado do parlamentarismo*. Uma das consequências desta transformação profunda é uma mudança estrutural de significado do parlamento, como o título do segundo artigo já indica, apontando para a outra tese (2). Não são, portanto, teses isoladas, mas um diagnóstico abrangente sobre a democracia do período e seus limites.

### **III.1. A troca de função da ideia de Estado de direito**

A tese da troca de função da ideia de Estado de direito vem anunciada no segundo parágrafo de *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*:

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.<sup>203</sup>

Apenas a partir deste trecho já é possível entrever algumas características dessa mudança: a ideia de Estado de direito teria deixado de ser mobilizada apenas por uma elite política profissional – “sair do círculo de pensamento e das mãos dos partidos constitucionais” – para ser apropriada por outros atores, numa ampliação de seu sentido –

---

<sup>203</sup> KIRCHHEIMER, Otto. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo. Tradução de Bianca Tavorari. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018, p.164, grifo meu.

“em direção ao amplo plano de luta entre povo e classes proprietárias”. Mas antes de explorarmos todas as consequências desta tese, é preciso entender um pouco da linha de argumento desenvolvida por Kirchheimer antes de chegar a esta formulação.

O título deste artigo de 1928 sugere que duas correntes de pensamento sobre a teoria do Estado estariam no centro da análise do autor. No entanto, a expectativa gerada pelo título contrasta com o que o ensaio de fato apresenta: ao invés de uma discussão pormenorizada sobre as semelhanças e diferenças entre as concepções socialista e bolchevista de Estado, o texto analisa antes de tudo a democracia liberal e as condições para sua existência em Weimar. É certo que o título não é de todo inadequado. Kirchheimer trata sobre o pensamento político e jurídico soviético, mas o faz *em comparação* com o sistema democrático alemão. A pergunta que estrutura este ensaio de juventude é expressamente formulada logo no começo do terceiro parágrafo:

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.<sup>204</sup>

Os termos da comparação estão dados: Kirchheimer procura responder se o arranjo estatal anterior à Revolução Russa *também* poderia ser descrito como uma “maquinaria jurídica” e se teria tido a função de “dirimir as oposições de classe”, ou seja, pretende responder se o Estado russo exterminado tinha os mesmos traços estruturais apresentados pela democracia de Weimar da época – e a resposta é um sonoro “não”. A comparação pode parecer estranha à primeira vista. Mas uma questão política está sugerida nas entrelinhas desta pergunta: se o Estado czarista foi aniquilado pela Revolução Russa, restaria saber se uma nova revolução na Alemanha também seria capaz de acabar com o regime existente – daí o sentido de analisar se os mesmos componentes fundamentais estariam presentes em ambos. A República de Weimar é vista justamente como uma forma de dirimir as oposições de classe, como um mecanismo de atenuação ou de composição entre classe dirigente e proletariado, trazendo à tona um dos aspectos da tese sobre o equilíbrio temporário de classes discutida anteriormente. Mesmo que a república tenha tido origem na revolução de novembro de 1918, ela é comparada por Kirchheimer com o estado pré-revolucionário na Rússia. Kirchheimer sabe que há diferenças substanciais entre ambos. Só conseguimos

---

<sup>204</sup> Idem, p.165.

entender o que são essas características atribuídas pelo autor – e por que elas não estariam presentes no Estado soviético – se nos voltarmos, em primeiro lugar, à sua leitura sobre Weimar, concentrada nos dois primeiros parágrafos do artigo.

O fio condutor destes parágrafos iniciais, que apresentam um diagnóstico sobre a democracia formal existente na Alemanha da década de 1920, é a correlação entre diferentes forças políticas e sociais. O autor desenvolve um panorama histórico sobre como classes sociais com interesses distintos se agruparam ou se contrapuseram. E o ponto de partida para isto é um sobrevoo histórico sobre os diferentes posicionamentos adotados pelo liberalismo. Kirchheimer destaca a posição ambígua ocupada pela burguesia liberal tanto na Alemanha quanto na França: ao mesmo tempo em que queria restringir o poder do Estado e da nobreza, a burguesia pretendia conquistar o poder *dentro* desse mesmo Estado que tinha a intenção de combater. As principais “armas” – o termo é do próprio Kirchheimer e é uma imagem importante para o argumento como um todo – da burguesia contra a nobreza eram a constituição e a ideia de Estado de direito:

A constituição e a ideia de Estado de direito – 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.<sup>205</sup>

Temos aqui um primeiro e importante ponto para compreender a tese de mudança profunda da ideia de Estado de direito. Na origem, constituição e Estado de direito estão identificados com o liberalismo, foram utilizados pela burguesia como instrumento para conquistar poder político em oposição ao sistema feudal. Regular o poder instituído era limitá-lo, rompendo assim com os resquícios da ideia de que ele pudesse ser absoluto. Burguesia e nobreza eram polos antagônicos, mas o confronto não era deflagrado. A mesma ideia é apresentada em *Mudança de significado do parlamentarismo*:

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*

---

<sup>205</sup> Idem, p.161. “Die Konstitution und der Rechtsstaatsgedanke überhaupt, in die der Liberalismus ein ihre wahre Bedeutung weit übersteigendes Vertrauen setzte, sollten ihm dazu verhelfen, die herrschenden Adelsschichten auf einen genau geregelten Tätigkeitsbezirk festzulegen.” KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. op. cit., p.32.

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 o 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.<sup>206</sup>

Assim, o significado da ideia de Estado de direito no século XIX não tinha nada que ver com a democracia, mas antes com, por um lado, a limitação de poderes da nobreza, com a demarcação bem delimitada de atribuições institucionais e, por outro, com a segurança jurídica das relações comerciais. O campo de sentidos associados à ideia era composto por demandas políticas – delimitação do arbítrio para despojar a monarquia de seu poder – e econômicas – previsibilidade e calculabilidade das negociações com o Estado. E ambas as demandas eram reivindicações de uma classe específica, a burguesia liberal. O direito é o meio pelo qual as limitações dos poderes administrativos são implementadas e asseguradas, pelo qual a antecipação das expectativas comerciais é garantida. Para funcionar como garante, o direito precisa, ele próprio, ser o mais previsível, calculável e bem delimitado possível. A imagem do sistema de justiça como uma máquina sem qualquer tipo de margem para a argumentação ou para a discricionariedade por parte do juiz revela um formalismo passível de ser inteiramente controlado.<sup>207</sup> Para que o Estado de direito pudesse funcionar

---

<sup>206</sup> KIRCHHEIMER, Otto. Mudança de significado do parlamentarismo. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018, p.156, grifos meus.

<sup>207</sup> Kirchheimer atribui a imagem a Weber. É bem provável que ele tenha em mente uma passagem do §5 da *Rechtssoziologie*, em que Weber afirma: “Denn indem der spezifische Rechtsformalismus den Rechtsapparat wie eine technisch rationale Maschine funktionieren lässt, gewährt er den einzelnen Rechtsinteressenten das relative Maximum an Spielraum für seine Bewegungsfreiheit und insbesondere für die rationale Berechnung der rechtlichen Folgen und Chancen seines Zweckhandelns. Er behandelt den Rechtsgang als eine spezifische Form befriedeten Interessenkampfes, den er an feste, unverbrüchliche ‘Spielregeln’ bindet.” WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der Sozialökonomik – III. Abteilung. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1922, p.468, grifo meu. Na tradução em português: “(...) pois o formalismo jurídico específico, ao fazer funcionar o aparato jurídico como uma máquina tecnicamente racional, concede ao interessado individual no direito o máximo relativo de margem para sua liberdade de ação e, particularmente, para o cálculo racional das consequências e possibilidades jurídicas de suas ações referentes a fins. Trata o procedimento jurídico como forma específica de uma luta de interesses pacífica, ligando esta a determinadas ‘regras do jogo’ fixas e invioláveis.”, WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009, p.101, grifo meu. Como veremos, esta imagem também será importante para Neumann.



como arma da burguesia tanto no plano político quanto no econômico, ele precisava ser seguro e confiável.

Essa correlação de forças muda de figura com a chegada de um novo ator social, o que Kirchheimer chama de “irrupção da classe trabalhadora”:

Assim, a classe trabalhadora passou a ter uma relação mais estreita com o liberalismo por meio do posicionamento comum em um *front* contra o semi-absolutismo 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 da Europa ocidental.<sup>208</sup>

A classe trabalhadora se reúne com a burguesia contra a nobreza e os privilégios feudais, numa coalizão em que o inimigo comum era quem dava unidade ao “abismo” existente entre os interesses econômicos dessas duas classes. Além disso, a luta por liberdade política era um denominador no que dizia respeito aos projetos de ambos os grupos e é classificada por Kirchheimer como “relativamente não perigosa na medida em que a manutenção da unidade política do Estado garantia uma mesma base nacional comum”.<sup>209</sup> Podemos supor que a falta de perigo apresentada por essa associação incomum era percebida tanto pela burguesia, que pôde continuar lutando pela ampliação de seu poder político sob essa rubrica, quanto pelo Estado, já que sua unidade política estaria resguardada. Kirchheimer introduz aqui um elemento central em todo o seu argumento – “mesma base nacional comum”. “Base comum”, “valor comum” e “homogeneidade” são expressões que apontam para o mesmo problema, colocado originariamente por Schmitt<sup>210</sup>: é possível haver democracia em sociedades em que valores não são compartilhados, em que não há uma base social que aglutine preferências e interesses, em que não há homogeneidade mínima para

---

<sup>208</sup> Idem, p.161. “So kam die Arbeiterklasse durch die gemeinsame Frontstellung gegen den feudalen Halbabsolutismus in näheren Beziehung zum Liberalismus. Bei der Kluft, in die sie notwendigerweise ihre gegensätzlichen ökonomischen Interessen bringen musste, war der Kampf um politische und weltanschauliche Freiheit, den der Liberalismus auch dort, wo er sich sonst seiner politischen Handlungsfreiheit fast gänzlich begeben hatte, wie in Deutschland, als traditionelles Erbstück weiterführte, ein willkommenes Bindemittel, das bis auf den heutigen Tag in der westeuropäische Sozialdemokratie nachhaltig fortgewirkt hat.” KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. op. cit., p.33.

<sup>209</sup> Idem, p.33.

<sup>210</sup> Para uma análise detalhada de como Kirchheimer muda de posição em relação à necessidade de homogeneidade social na democracia até 1933, ver RIZZI, Ester Gammardella. *Democracia e transformações sociais no Estado parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar*. op. cit., p.240 e seguintes.

que se possa estabelecer acordos políticos totalizantes? Se sim, que tipo de democracia seria possível sob essas condições? Aqui, esta coalizão contra a nobreza garante a existência de um valor comum, ainda que temporário. E é este valor que deixa de existir, paradoxalmente, com a conquista da democracia:

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. 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.<sup>211</sup>

Em primeiro lugar, Kirchheimer faz referência a “assim chamada democracia”, ou seja, indica que se tratou de uma conquista que levou este nome, mas que, em sua perspectiva, não necessariamente poderia ser denominada enquanto tal. A “assim chamada democracia” faz referência a um mandamento de igualdade: “tratamento político igualitário e pleno, sem estar vinculado a qualquer qualificação que ensejasse censura”. Para Kirchheimer esta é uma das principais características de uma democracia *formal*; não à toa se fala aqui de democracia como “forma” para uma “ideia”.<sup>212</sup> Assim, a conquista da

---

<sup>211</sup> Idem, p.162. “Als aber das tatkräftige Nachdrängen der Arbeiterklasse diesen über die politischen Ziele des Liberalismus hinauschießenden Kampf mit der Erringung der sogenannten Demokratie, d. h. der vollkommenen, an keine Zensurqualifikation gebundenen, politischen Gleichberechtigung zu einem vorläufigen Ende gebracht hatte, da war diese gemeinsame Basis nicht mehr vorhanden. Damit war zugleich die für eine Demokratie – möge sie einer wie auch immer gearteten Idee als Form dienen – noch viel wesentlichere Wertvoraussetzung verschwunden. Denn in dem Augenblick, wo ein großer von der politischen Gleichberechtigung nicht ausgeschlossener Volksteil den gemeinsamen Wert nicht mehr als den seinigen anerkennt, mit ihm in Kollision gerät, hat die Demokratie ihre ursprüngliche Bedeutung als in der Teilnahme jedes Einzelnen bestehende Zusammenfassung aller einen gemeinsamen Wert Anerkennenden zum Volk seine Bedeutung verloren.” KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. op. cit., p.33.

<sup>212</sup> Max Adler defende uma posição semelhante em *Politische oder soziale Demokratie*: “Assim, conteúdos muito diferentes se seguem hoje ao mesmo nome da democracia e não é de admirar que esse conceito precise se tornar contraditório. Se torna ainda mais contraditório quando pensamos que, em qualquer momento, tão logo se comece a discutir sobre a democracia, geralmente se fala sobre a democracia de fato existente, mas ao mesmo tempo se tem em mente a ideia de democracia. E com isso nós agora já ganhamos um ponto de vista extraordinariamente esclarecedor: a democracia, da qual extraímos os exemplos de sua essência contraditória, mesmo a democracia, que comumente se tem em mente quando se fala em geral sobre democracia, é a democracia burguesa, a democracia no Estado de classes, isto significa, na verdade, que é uma democracia que não é e não pode ser democracia porque, no Estado de classes, nunca é o povo que governa, mas justamente uma classe ou uma maioria de classes.”

democracia formal teria tido como consequência desfazer a coalizão temporária e, portanto, a associação que unia liberalismo e trabalhadores. O pressuposto de um valor comum é tido como “essencial”, como parte de um “significado original” – e, portanto, verdadeiro – de democracia: a fundação de um “nós” totalizante – “a *participação de cada indivíduo numa síntese existente de todos*, em que há o reconhecimento de um valor comum”. Quando o *front* se desfaz porque o inimigo comum foi derrotado – a nobreza – e as liberdades políticas asseguradas, a maior perda é o aglutinador antes considerado “bem-vindo”. O ponto de virada é a conquista da democracia, ainda que em sua vertente formal.

Esta reconstrução panorâmica dos sentidos atribuídos ao conceito de Estado de direito é necessária para limpar o terreno em relação a conceitos-chave que embasam posicionamentos políticos também fundamentais para o diagnóstico de Kirchheimer. Em *Sobre a teoria...*, ele afirma:

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; uma demora que parece suficientemente compreensível em razão da igualdade absoluta que se passou a logo pressupor entre povo e democracia, por um lado, e liberalismo e burguesia, do outro.<sup>213</sup>

Aqui, a “igualdade absoluta” entre povo e democracia leva a um erro de avaliação política: equiparar a democracia à *forma* democrática, pressupondo que o conteúdo popular se seguiria à forma. Por isso o “esquecimento”. Se “democracia” e “povo” são uma coisa só, o conteúdo desta nova forma de governo não precisaria ser disputado.<sup>214</sup> Já em *Mudança de significado...*, Kirchheimer aponta para outro “engano teórico de grande alcance”, a saber, equiparar democracia ao parlamentarismo:

---

[“So verschiedene Inhalte gehen also heute unter dem gleichen Namen der Demokratie, und da ist es wohl kein Wunder, dass dieser Begriff widerspruchsvoll werden muss. Um so mehr, wenn man bedenkt, dass man allezeit, sobald über die Demokratie diskutiert wurde, gewöhnlich von der tatsächlichen Demokratie spricht, aber zugleich die Idee der Demokratie meint. Und so haben wir schon jetzt einen ausserordentlich klärenden Gesichtspunkt gewonnen: die Demokratie, von der man die Beispiele ihres widerspruchsvollen Wesens nimmt, ja die Demokratie, die gewöhnlich gemeint ist, wenn von Demokratie überhaupt gesprochen wird, ist die bürgerliche Demokratie, die Demokratie im Klassenstaate, das heisst also eigentlich die Demokratie, die keine ist und keine sein kann, weil im Klassenstaate ja niemals das Volk, sondern eben eine Klasse oder eine Mehrzahl von Klassen herrscht.”], p.34.

<sup>213</sup> KIRCHHEIMER, Otto. *Sobre a teoria...*, P.162.

<sup>214</sup> Ou, na formulação de Adler já discutida anteriormente, democracia e progresso seriam uma coisa só do ponto de vista da classe trabalhadora, o que equivale à equiparação entre democracia e povo.

Em resumo: naquela época [no século XIX], 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.<sup>215</sup>

Para evitar esses enganos teóricos que levaram a erros desastrosos na práxis política, Kirchheimer passa a qualificar o que entende por democracia formal:

O traço característico de uma democracia formal 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. 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.<sup>216</sup>

Há aqui uma contraposição entre democracia formal e democracia de valores ou substantiva. Não eram poucos os autores que, nesta época, procuravam fazer diferenciações entre tipos de democracia, de maneira a distinguir a democracia institucional existente de ideais ou de projetos não-institucionais de democracia. Diferenciações deste tipo faziam parte da cultura política deste período, para além do âmbito estritamente acadêmico. Como vimos no capítulo anterior, para Sinzheimer, a diferença fundamental é entre democracia *política* e democracia *social*. Os mesmos termos são utilizados por Max Adler – citado por Kirchheimer expressamente neste trecho e, como vimos, uma referência importante para sua análise mais geral –, mas com sentido ligeiramente distinto daquele empregado por Sinzheimer: democracia política designaria um governo com pretensões igualitárias numa sociedade de classes, enquanto que a democracia social só existiria numa sociedade sem classes.<sup>217</sup> Já para Kirchheimer, a democracia formal não representaria a ausência completa de valores, mas antes a adoção de apenas uma única unidade de valor, fundada no tratamento político igualitário. Como a passagem acima explicita, há uma permissão generalizada de

---

<sup>215</sup> *Mudança de significado...*, p.157.

<sup>216</sup> “Das Kennzeichen jener formalen Demokratie ist der Nichtbesitz von Werten, gegen die bestimmte Gegenwerte gesetzt werden können, es sei denn dass man in dieser Freiheit von Werten selbst einen Wert erblickt. Sie ist die Form, in der sich die Klassen und ihre Werte kreuzen und begegnen, genauer gesagt, sie ist die Form, in der zu einem bestimmten Zeitpunkt des Klassenkampfes die gegensätzliche Kräfte sich gruppieren.” KIRCHHEIMER, Otto. *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*. op. cit., p.34.

<sup>217</sup> ADLER, Max. *Politische oder soziale Demokratie*. op. cit. e também MICHELS, Robert, OPPENHEIMER, Franz, KOIGEN, David, NELSON, Leonard, RENNER, Karl, ADLER, Max, JAHN, Georg, PRIBRAM, Karl, SALOMON, Gottfried, HEYDE, Ludwig, TÖNNIES, Ferdinand. *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.93 e seguintes.

acesso. É por isso que a democracia formal é descrita como uma *arena* que permite a entrada de classes em conflito, cada uma portadora de seus próprios valores. Assim, a democracia formal configura, para Kirchheimer, um campo institucional que não adota qualquer valor substantivo e que, por isso, é uma *forma* para a luta de classes e para a luta entre valores e visões de sociedade distintos.

“Oposição aguda” é a expressão utilizada pelo autor para caracterizar este tipo de sistema político. Sem uma base valorativa comum, não haveria justificativa plausível para a minoria aceitar as decisões da maioria, já que se trataria da adoção de valores distintos e não compartilhados, em que a minoria geralmente deixa de reconhecer qualquer pertencimento na decisão tomada. A regra da maioria em democracias formais poderia ser equiparada a uma submissão sem luta da minoria a seu adversário político. Nesses termos, não haveria qualquer possibilidade de negociação entre valores completamente distintos ou opostos, mas apenas uma relação simples de ganha-perde. Esta relação vai se manifestar no interior do parlamento, mas também nos conflitos sociais entre classes. Duas passagens de *Mudança de significado do parlamentarismo* retratam bem este ponto:

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 que 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.<sup>218</sup>

Nesta passagem, Kirchheimer mostra como a conquista da democracia e a inclusão formal dos trabalhadores no parlamento mudaram a dinâmica da discussão legislativa. Não havia mais um campo valorativo comum compartilhado pelos parlamentares. Os representantes de cada classe só podiam afirmar as diferenças de seus interesses uns aos

---

<sup>218</sup> “Als das Proletariat in das Parlament einzog, war dieser Grundsatz sinnlos geworden. In der öffentlichen Diskussion konnte der Vertreter des Proletariats dem Vertreter der Bourgeoisie nur sagen, dass sein Interesse eine bestimmte Regelung erheische, während der Vertreter des Bürgerlichen von dem ausging, was sein Interesse notwendig machte, wobei allerdings die bürgerlichen Parlamentarier bis heute die Eigenart gezeigt haben, zu verkünden, dass ihr Interesse mit dem Interesse der gesamten Nation identisch sei.” KIRCHHEIMER, Otto. Bedeutungswandel des Parlamentarismus. *Jungsozialistische Blätter*, n. VII, caderno 10, outubro de 1928, republicado em KIRCHHEIMER, Otto. 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, p.62, grifos meus.

outros. O mesmo tipo de dinâmica também estaria na base das relações sociais, principalmente na relação formal de trabalho:

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 (...).<sup>219</sup>

Assim como no interior do parlamento, também seria possível identificar essa “oposição aguda” na base da sociedade. Uma arena entre os dois polos se forma e ambos são suficientemente organizados e poderosos para não entrarem em confronto aberto. Trata-se de um equilíbrio instável, mantido a todo tempo sob tensão. Como o confronto não é deflagrado e não há terreno comum para negociação, este tipo de arranjo tende à paralisia. Ecoam aqui elementos centrais do diagnóstico de Otto Bauer.

Diante deste arranjo instável, Kirchheimer precisa indicar quais seriam as condições de existência e funcionamento deste tipo particular de democracia formal. E os pressupostos são basicamente dois: (i) equilíbrio aproximado entre as classes em luta, uma vez que uma situação de assimetria flagrante levaria à inevitável subjugação imediata de um dos polos pelo outro; (ii) um acordo tácito – a única “negociação” possível – no plano das instituições para que o governo seja decidido pelo voto, ou seja, um acordo para conferir legitimidade e eficácia à regra da maioria e ao tratamento político igualitário conquistado. Assim, Kirchheimer vincula o equilíbrio aproximado entre as classes à democracia formal parlamentar, uma democracia sem base valorativa comum ou compartilhada. É antes sua condição de existência: a arena só se forma se houver uma espécie de balanceamento relativo entre os grupos e se houver o acordo tácito de que o voto deve ser respeitado. O acordo só se dá em torno de uma regra básica de procedimento e fica aberto à tensão das negociações instáveis em todo o resto. Assim como Adler, Kirchheimer também faz questão de enfatizar que o equilíbrio não pressupõe a união ou um ajuste programático entre as classes, ao criticar posições que afirmam que as

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.<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> *Mudança de significado...*, p.159.

<sup>220</sup> *Mudança de significado...*, p.157.

Mas o ponto mais importante aqui é o modo de funcionamento de uma democracia formal em equilíbrio aproximado tal como pensada por Kirchheimer: tanto vencedores quanto vencidos vão lutar para inscrever seus valores distintos na Constituição. Em outras palavras, vão usar o direito como meio de assegurar que seus valores próprios e conflitantes entre si estejam de alguma maneira institucionalizados e que passem a fazer parte das regras do jogo. Assim, o direito é parte fundamental da disputa em um estado de equilíbrio aproximado entre classes. Cada uma delas vai disputar as leis – e o texto constitucional na Assembleia Nacional Constituinte – para cristalizar suas próprias posições e valores, buscando romper o equilíbrio por meio do direito. O direito é visto como um meio para consolidar conquistas no tempo, para “escapar das eventuais oscilações do estado de equilíbrio”.<sup>221</sup> Enquanto no parlamento e na coalizão de governo as tentativas de acordo são batalhas travadas dia a dia, inscrever valores e regras próprias no texto legal é uma garantia de poder contar com um prazo mais longo, já que havia proteções institucionais e legais à mudança legislativa do texto constitucional. No entanto, como as classes em luta atuam exatamente da mesma maneira, a Constituição passa a ser um reflexo desta disputa ferrenha. Kirchheimer afirma que “uma observação da Constituição de Weimar a partir deste ponto de vista ofereceria exemplos instrutivos”.<sup>222</sup> A meu ver, este comentário anuncia a análise que viria a ser desenvolvida alguns anos depois em *Weimar – e então?*.

E agora podemos voltar novamente à passagem sobre a troca de função da ideia de Estado de direito:

Assim, a ideia de Estado de direito passou por uma profunda e gradativa *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 “posse e formação”, para quem se tratava especialmente de consolidar a exclusividade de seu domínio financeiro 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 de perceberem nela a lei definitiva da distribuição interna de poder.*<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> *Sobre a teoria...*, p.164.

<sup>222</sup> *Idem*, p.164.

<sup>223</sup> “So hat der Rechtsstaatsgedanke, aus dem Gedankenkreis und den Händen der konstitutionellen Parteien heraustretend in die breite Kampfebene zwischen Volk und besitzenden Klassen, allmählich einen tiefgreifenden Funktionswechsel durchgemacht. Ursprünglich das zaghafte Kampfmittel der Schichten von ‚Besitz und Bildung‘, denen es insbesondere darum zu tun war, die Ausschließlichkeit ihrer finanziellen Herrschaft zu befestigen und die Sicherheit ihrer privaten Aktionen nicht den Gefahren einer unzuverlässigen

Estamos diante de deslocamentos em ao menos dois níveis. No plano de mobilização das ideias – é importante reforçar que foi a *ideia* que passou por uma transformação –, a noção de Estado de direito deixa de ser reivindicada apenas por setores da elite política, deixa de ser um instrumento exclusivo do liberalismo, tal como caracterizava o primeiro sentido identificado por Kirchheimer. A ideia rompe um círculo restrito de pensamento e passa a ser mobilizada no “amplo plano de luta entre povo e classes proprietárias”, ou seja, passa a ser apropriada por novos sujeitos sociais. Mas não se trata apenas da descrição de uma expansão sem mais. “Estado de direito” também passa a designar uma luta nada tímida em dois polos. No plano da estruturação dos conflitos sociais, “Estado de direito” deixa de ser um meio de luta exclusivo da burguesia, antes utilizado para *consolidar* um domínio, para passar a *organizar* a disputa por poder entre duas classes. Kirchheimer recorre à imagem de uma linha divisória para ilustrar o problema para o qual quer chamar atenção: o Estado de direito é apenas uma demarcação de territórios que não se comunicam, não é o critério reconhecido como legítimo pelos lados da contenda para travarem suas batalhas políticas.

É por isso que o autor fala em “troca de função”.<sup>224</sup> Num primeiro momento, caracterizado pelo liberalismo, a ideia de Estado de direito é arma de uma classe para fazer avançar seu projeto de poder e seus interesses econômicos.<sup>225</sup> Com a conquista da

---

Rechtsprechung auszusetzen, ist er zu Grenzscheide zweier kämpfender Gruppen geworden, die beide weit entfernt sind, in ihm das endgültige Gesetz der inneren Machtverteilung zu empfinden.” KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. op. cit., p.36, grifos meus.

<sup>224</sup> Aqui, “troca de função” e “mudança de função” não são intercambiáveis, como sugerem Sonja Buckel e Frank Schale ao comentarem este texto de Kirchheimer (BUCKEL, Sonja. *Subjektivierung und Kohäsion*. op. cit., p.85; SCHALE, Frank. *Parlamentarismus und Demokratie beim frühen Otto Kirchheimer*. op. cit., p.150). Nos textos desta época, mudança de função (*Funktionswandel*) tem um sentido específico, que remete ao uso feito por Karl Renner: a expressão é empregada para mostrar como um instituto jurídico pode passar por uma mudança de função ao longo do tempo sem que o texto da lei tenha sido alterado. Kirchheimer parece ter essa diferenciação em vista quando opta por tratar de uma *troca* de função da ideia de Estado de direito. Não se trata de analisar a diferença entre o instituto e a letra da lei ou de tematizar a indeterminação do direito, mas antes de uma alteração política estrutural. Kirchheimer usa *Funktionswandel* no sentido empregado por Renner – e com citação expressa ao autor – quando discute, por exemplo, as alterações da categoria dogmática de desapropriação. Ver RENNER, Karl. *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1929 e KIRCHHEIMER, Otto [1930]. *Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung*. In: KIRCHHEIMER, Otto (org.). *Funktionen des Staats und der Verfassung – Zehn Analysen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972 e KIRCHHEIMER, Otto. *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 [1930].

<sup>225</sup> Kirchheimer parece dever muito dessa formulação a Max Adler: “Dois conceitos completamente diferentes e contraditórios entre si se cruzam justamente sob a palavra ‘democracia’: um conceito de paz, que parte da solidariedade de um todo, baseada na livre participação de todos os seus membros, e um conceito de luta, que surge da oposição dos interesses na sociedade e o tratamento político igualitário se torna necessário para



democracia e a irrupção da classe trabalhadora, a ideia de Estado de direito não troca simplesmente de mãos, passando a ser uma arma exclusiva do proletariado. A ideia troca de função: deixa de ser *instrumento* para se tornar *critério de organização* de um conflito marcado pela tensão paralisante e pelo equilíbrio instável. A ideia de troca de função tem, assim, um “antes” e um “depois” bem demarcados – o limiar que determina esses dois momentos é a conquista da democracia formal. No “antes”, a função é instrumental – arma para limitar poderes. No “depois”, a função é servir de linha divisória e não mais como instrumento para uma classe específica.

A mesma tese é apresentada com outra formulação em *Mudança de significado do parlamentarismo*:

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 *entre* proletariado e burguesia. Ela é a linha divisória de dois grupos em luta, em que ambos estão bastante distantes entre si para sentir que ela seria a lei definitiva para a distribuição de poder.<sup>226</sup>

Em ambas as formulações da imagem da linha divisória, Kirchheimer afirma que as duas classes estariam longe de reconhecer na ideia de Estado de direito o critério legítimo – ou definitivo, último – para a distribuição de poder. Em outras palavras, por mais que, após a troca de função, a ideia de Estado de direito passe a organizar uma disputa, delimite uma arena, esteja entre duas classes, ela não funciona como um critério comum entre elas, como solo de resolução dos conflitos por poder. Ao procurarem inscrever no direito seus projetos

---

*dirimir esta oposição. Esta última forma da democracia é aquela que apenas é possível na sociedade burguesa, ou seja, no Estado de classes.*”

[“Es kreuzen sich eben unter dem Worte der Demokratie zwei ganz verschiedene und einander widersprechende Begriffe: ein Friedensbegriff, der von der Solidarität eines Ganzen ausgeht, das auf der freien Mitbestimmung aller seiner Glieder beruht, und ein Kampfbegriff, der aus den Gegensätzlichkeit der Interessen in der Gesellschaft entspringt, zu deren Austragung die politische Gleichberechtigung verlangt wird. Diese letztere Form der Demokratie ist diejenige, die allein in der bürgerlichen Gesellschaft, dass heisst im Klassenstaate möglich ist.”] *Politische oder soziale Demokratie*, p.51, grifo meu.

<sup>226</sup> “In Wirklichkeit hat der Rechtsstaatsgedanke heute einen ganz anderen Sinn bekommen. Er ist nicht mehr eine Position, die dem Bürgertum ausschließlich gehört, weder eine Angriffsposition wie in seiner Frühzeit, noch eine Verteidigungsposition wie in seiner Spätzeit. Der Rechtsstaatsgedanke steht heute zwischen Proletariat und Bürgertum. Er ist die Grenzscheide zweier kämpfenden Gruppen geworden, die beide weit davon entfernt sind, in ihm das endgültige Gesetz der Machtverteilung zu empfinden.” KIRCHHEIMER, Otto. *Bedeutungswandel des Parlamentarismus*. op. cit., p.63, grifo meu.

e interesses na Constituição e nas leis, as classes em luta pretendem mudar a própria configuração da arena:

(...) 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.<sup>227</sup>

Seja no parlamento, no governo de coalizão ou nas relações sociais, o sistema jurídico entra em cena, retirando a decisão dos participantes diretos ou da esfera da política para transformar a questão de fundo em problema eminentemente jurídico. Diante da paralisia tensa da arena política, é justamente o sistema jurídico que garante que o equilíbrio se mantenha, que a tensão não se desenvolva em uma disputa violenta ou desemboque em soluções não-institucionais para contornar ou superar o imobilismo. É essa a mudança de função da ideia de Estado de direito: deixa de ser arma para se tornar linha divisória entre as classes.

Podemos ler a análise de Kirchheimer como uma adaptação da tese de Bauer: o Estado moderno deixa de ser um instrumento da classe dominante para ser tomado parcialmente pelas classes em disputa, tornando-se relativamente independente a cada uma delas. Mas Bauer não inclui o direito como elemento decisivo de perpetuação do equilíbrio temporário, não inclui o sistema jurídico na análise. E, para Kirchheimer, o direito é fundamental para compreender a correlação de forças da democracia parlamentar. Para superar este estado temporário de equilíbrio, é necessário superar este tipo de direito, ou melhor, superar a transposição das decisões do âmbito da política para o âmbito do direito. E, como veremos no capítulo seguinte, dedicado a Kirchheimer, é essa transposição que está no centro do conceito de juridificação.

Passo agora à segunda tese que compõe seu diagnóstico de tempo: a mudança de significado do parlamentarismo.

---

<sup>227</sup> Mudança de significado..., p.159, grifo meu.

### III.2. Mudança de significado do parlamentarismo

“There was some reason to think the political life of the Republic as a spectacle, remote and slightly ludicrous. Parliamentary debates, with their legalism and their occasional vehemence, had a curious air of unreality about them: party hacks quibbled orated, and insulted one another while millions were hungry. Politics seemed a game to which all must contribute but which only politicians could win. Cabinet crisis followed cabinet crisis; in the less than fifteen years of Weimar, there were 17 governments.”

GAY, Peter. *Weimar Culture*<sup>228</sup>

Em *Mudança de significado do parlamentarismo*, o principal objetivo de Kirchheimer é mostrar que parlamentarismo e democracia não são a mesma coisa, não possuem o mesmo sentido e origem no curso da história, por mais que sejam comumente pensados como se um se seguisse necessariamente do outro. Para mostrar as diferenças, Kirchheimer identifica três princípios basilares que fundamentavam o parlamentarismo no século XIX para, em seguida, mostrar como a revolução de 1918 e a democracia que teve origem nesta revolta social desestabilizaram todos os seus alicerces. Assim, a democracia desequilibra os fundamentos do parlamentarismo do século XIX, o que mostra que governo democrático e exercício do poder tendo o parlamento no centro podem muito bem se chocar e se contradizer ao invés de apresentarem uma relação de complementariedade. O parlamento é o fio condutor para olhar a essa mudança de significado. E essa mudança de significado integra o quadro mais geral da mudança de função da ideia de Estado de direito.

Para Kirchheimer, três princípios mantinham o parlamentarismo burguês do século XIX de pé: (i) a ideia de que só as camadas de “posses e formação” (*Besitz und Bildung*) eram capazes de desempenhar papéis políticos relevantes e ocupar cargos públicos de destaque, como se fossem vocacionadas para estas funções; (ii) a crença de que todos os assuntos nacionais importantes eram tematizados e deliberados nas discussões públicas do parlamento e (iii) uma firme adesão ao princípio do Estado de direito – como já vimos, em *Sobre a teoria...*, Kirchheimer mostra que, em seu primeiro conjunto de significados, a burguesia confia excessivamente no Estado de direito e na Constituição como instrumentos de consolidação e ampliação de seu poder político e econômico.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> GAY, Peter. *Weimar Culture*. Penguin Books, 1969, p.78.

<sup>229</sup> *Mudança de significado*, p.155-156.

Ele vai mostrar como cada um desses princípios passa a ruir, tendo 1918 como o marco da transformação estrutural. O primeiro princípio é derrubado com a abolição do voto censitário. O direito ao voto universal igualitário permite que grande parte da população que antes era excluída do sistema político passasse a votar – e, um ponto ainda mais decisivo, passasse a poder ser votada e a poder ocupar cargos públicos. Com isso, Kirchheimer não defende que o acesso à política institucional tenha se tornado livre e efetivamente democrático para qualquer um que quisesse dele fazer parte ou se candidatar. Ele mostra que, no lugar do voto censitário, a burguesia passa a lançar mão de mecanismos para direcionar a formação da vontade e manter sua influência no Estado – a imprensa é o principal meio encontrado para assumir “uma posição de poder velada no lugar de uma posição aberta”.<sup>230</sup>

Para o argumento que estou desenvolvendo aqui, o abalo do segundo princípio é o mais importante. Por isso volto agora a uma passagem que já tinha enfatizado antes, mas, desta vez, o contexto é a segunda tese do diagnóstico de Kirchheimer:

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, tal como a burguesia do século XIX apresentava, uma dada unidade política. 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 que 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 opostos de classe, enquanto que 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, tem de afastar-se 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.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Idem, p.158.

<sup>231</sup> “Der zweite Grundsatz des parlamentarischen Bürgertums, der Glaube an die öffentliche Diskussion im Parlament, die das richtige und vernünftige Ergebnis für das Volkswohl hervorbringt, setzte eine gegebene politische Einheit, wie sie das Bürgertum des 19. Jahrhunderts darstellte, voraus. Als das Proletariat in das Parlament einzog, war dieser Grundsatz sinnlos geworden. In der öffentlichen Diskussion konnte der Vertreter des Proletariats dem Vertreter der Bourgeoisie nur sagen, dass sein Interesse eine bestimmte Regelung erheische, während der Vertreter des Bürgerlichen von dem ausging, was sein Interesse notwendig machte, wobei allerdings die bürgerlichen Parlamentarier bis heute die Eigenart gezeigt haben, zu verkünden, dass ihr Interesse mit dem Interesse der gesamten Nation identisch sei. Ein Parlament ist also keine Stätte der schöpferischen Diskussion mehr, es ist der Ort der öffentlichen Deklarationen entgegengesetzter Klasseninteressen geworden, während die wahren Entscheidungen über politische Fragen in

Como já vimos anteriormente, Kirchheimer enfatiza que a chegada da classe trabalhadora ao poder – e, especificamente, ao parlamento – acaba com a unidade política e de valores que antes marcava o legislativo. O parlamento passa a ser uma arena em que interesses opostos de classe são declarados, sem que haja um terreno comum para a negociação. Mas aqui Kirchheimer dá um passo além: a perda da unidade política também implica uma mudança de significado da instituição do parlamento. Ele é esvaziado da “discussão criativa” e, em última instância, da própria função da tomada de decisão. Passa a ser um espaço em que as classes antagônicas apenas fincam suas bandeiras em declarações públicas. As “verdadeiras decisões” migram do espaço público do parlamento para reuniões fechadas e secretas.

A tese parece contra-intuitiva: havia discussão propriamente dita e compartilhamento de valores *antes* da instauração do regime democrático e passam a existir apenas declarações de interesses já consolidados, sem maiores discussões, *já* no regime democrático. O argumento parece levar à consequência de que a conquista de espaços institucionais de poder pela classe trabalhadora não resulta em mais democracia de fato. No entanto, Kirchheimer está longe de fazer um elogio do parlamentarismo burguês do século XIX. O valor comum que permitia a discussão criativa entre os parlamentares foi forjado por meio da exclusão de grupos sociais marginalizados, que simplesmente não tinham o direito de fazer parte desta arena de decisão. Aqui, o compartilhamento não é uma virtude do diálogo e da pactuação de diferenças, mas praticamente um dado factual: todos os homens que ocupavam as posições de poder vinham da mesma classe, tinham tido a mesma formação, acreditavam nos mesmos valores e tinham interesses econômicos muito semelhantes. A homogeneidade estava dada. “Para Kirchheimer, este sistema funciona apenas enquanto a discriminação política do operariado do domínio político puder ser mantida”, comenta Frank Schale.<sup>232</sup> Não se trata,

---

Privatbesprechungen und geheimen Ausschüssen und Zusammenkünften fallen. Der Gedanke einer im Parlament als dem Hort des Fortschritts zu gewinnenden vernünftigen Entscheidung hat der Tatsache weichen müssen, dass Klasseninteressen Fragen der Macht sind, für die es keine andere Vernunft als die Notwendigkeit gibt, für jede Klasse das Maximum des für sie Möglichen ohne ein ihre Machtverhältnisse überschreitendes Risiko zu erreichen.” KIRCHHEIMER, Otto. Bedeutungswandel des Parlamentarismus. *Jungsozialistische Blätter*, n. VII, caderno 10, outubro de 1928, republicado em KIRCHHEIMER, Otto. 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 [1928], p.62, grifos meus. *Mudança de significado...*, p.158.

<sup>232</sup> SCHALE, Frank. Parlamentarismus und Demokratie beim frühen Otto Kirchheimer. op. cit., p.149.

portanto, de uma nostalgia em relação ao passado ou de uma tentativa de restaurar o modelo liberal para alcançar um “valor comum” a qualquer custo.

Trata-se antes de delinear um diagnóstico realista a respeito do parlamento. E, para Kirchheimer, o fato de que trabalhadores, em sua maioria vinculados à social-democracia, passaram a ocupar cadeiras no parlamento fez com que o próprio modo de funcionamento das discussões parlamentares mudasse de maneira estrutural. Estas deliberações no parlamento passam a ser vistas como farsa – não é nesta arena em que as decisões *de fato* são tomadas. E mais: não é nesta arena em que decisões racionais *podem* ser tomadas ou que argumentos *podem* ser desenvolvidos com a finalidade de convencimento. Não há racionalidade, mas uma contenda cega por poder. Para Kirchheimer, não há solo comum entre as posições em disputa, o que o leva a entender a democracia formal como mera encenação. A possibilidade de que empregadores e empregados chegassem a acordos coletivos inovadores do ponto de vista do direito social, por exemplo, prevista no diagnóstico de Sinzheimer, simplesmente não existe para Kirchheimer. Uma democracia como essa leva, necessariamente, a uma oposição aguda paralisante.

O diagnóstico de que o parlamento havia passado por uma mudança estrutural com a conquista da democracia não é exclusivo de Kirchheimer. A passagem de *Weimar Culture* que abre esta seção é uma ilustração desta ideia: a política parlamentar é equiparada a um espetáculo desvinculado das necessidades mais urgentes da população, os debates ganham uma aura de irrealidade marcada pelas sucessivas crises institucionais. Em diferentes versões, a tese também era compartilhada por contemporâneos de Kirchheimer. Na verdade, mais do que por contemporâneos, grandes figuras de referência da época, com diferentes concepções políticas, defendiam este mesmo ponto.<sup>233</sup> A conquista da democracia parlamentar foi acompanhada por um constante diagnóstico da crise do parlamentarismo.

Já em 1918, Max Weber defende que, ao invés de complementariedade, parlamentarismo e democracia estão numa relação de oposição necessária.<sup>234</sup> Isso porque o “verdadeiro parlamentarismo” – ou seja, o sistema parlamentar do século XIX – funcionava

---

<sup>233</sup> Para uma organização das principais versões desta tese entre os intelectuais alemães, ver 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.

<sup>234</sup> WEBER, Max. Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschlands. In: HELLMANN, Siegmund (org.). *Die innere Politik*, 1919. Disponível em: <http://www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Schriften+zur+Politik/Parlament+und+Regierung+im+neugordnet+Deutschland>, acesso em 02.12.2018.

apenas sob as condições da existência de somente dois partidos, com um domínio exclusivo de aristocratas notáveis. Weber se pergunta que tipo de impacto a democratização do voto na Alemanha poderia ter no parlamento e no sistema partidário. Levanta uma série de riscos apresentados pela democracia de massas, identificando tendências demagógicas e cesaristas no horizonte. Vê, portanto, problemas na combinação entre democracia e parlamentarismo, alguns deles especificamente vinculados à forma de comunicação entre deputados e o povo.

Carl Schmitt dedica um pequeno livro a este tema, cuja primeira edição foi publicada em 1923.<sup>235</sup> Schmitt diagnostica uma enorme crise do parlamentarismo do século XIX. Seus princípios característicos, que lhe conferiam seu caráter de diferenciação das demais instituições bem como seu critério de *verdade*, haviam sido destruídos pela democracia de massa. E, para Schmitt, o princípio que fundamenta a essência do parlamento é a discussão pública:

Em todo caso, o parlamento só é ‘verdadeiro’ na medida em que a discussão pública é levada e conduzida a sério. Mas “discussão” tem um sentido específico aqui e não significa simplesmente negociação (...). Negocia-se em cada congresso de conselheiros, em cada dia de comemoração dos delegados, em todas as reuniões de diretores; assim como se negociava entre os gabinetes dos monarcas absolutos, entre organizações estamentais e entre cristãos e turcos. Ainda assim, a instituição do parlamento moderno não resulta disso. Nós não devemos dissolver os conceitos e deixar de considerar o que há de específico na discussão. Discussão significa uma troca de opiniões dominada pela finalidade de fazer com que o adversário seja convencido de uma verdade e de algo correto por meio de argumentos racionais. Gentz – neste momento ainda ensinado pelo liberal Burke – formula de maneira acertada: o que há de característico em todas as constituições representativas (ele tem o parlamento moderno em mente, em diferenciação às representações estamentais) é o fato de que as leis emergem de uma luta entre opiniões (não de uma luta entre interesses).<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 8ª edição. Berlin: Dunker & Humblot, 1996. Esta publicação tem por base a segunda edição do livro, publicado em 1926 e acrescido de um prefácio de Schmitt discutindo as críticas feitas por Richard Thoma, um dos mais proeminentes constitucionalistas da época. A primeira edição de *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* é de 1923.

<sup>236</sup> “Das Parlament ist jedenfalls nur solange ‘wahr’, als die öffentliche Diskussion ernst genommen und durchgeführt wird. ‘Diskussion’ hat hier aber einen besonderen Sinn und bedeutet nicht einfach Verhandeln. (...) Auf jedem Gesandtenkongress, jedem Delegiertentag, in jeder Direktorensitzung wird verhandelt; ebenso wie zwischen Kabinetten der absoluten Monarchen, zwischen ständischen Organisationen, zwischen Christen und Türken verhandelt wurde. Daraus ergibt sich noch nicht die Institution des modernen Parlaments. Man darf die Begriffe nicht auflösen und das Spezifische der Diskussion nicht ausser acht lassen. Diskussion bedeutet einen Meinungsaustrausch, der von dem Zweck beherrscht ist, den Gegner mit rationalen Argumenten von einer Wahrheit und Richtigkeit überzeugen zu lassen. Gentz – hierin noch von dem Liberalen Burke belehrt – formuliert es treffend: das Charakteristische alle Repräsentativverfassungen (er meint das moderne Parlament zum Unterschied von ständischen Vertretungen) ist, dass die Gesetze aus einem Kampf der Meinungen (nicht aus einem Kampf der Interessen) hervorgehen.” SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. op. cit., p.9.

A democracia de massas teria justamente abalado a discussão racional baseada na troca de opiniões e no convencimento genuíno para dar lugar ao cálculo dos interesses egoístas. Para Schmitt, o fato de que a maioria das pessoas havia deixado de acreditar que esta ausência completa de interesses pessoais fosse sequer possível já seria um indício da própria crise do parlamentarismo. Não se trataria, como na análise de Kirchheimer, de uma mudança de significado do parlamentarismo, mas antes do *fim* do parlamento. Para Schmitt, não se trata apenas do fim do parlamento tal como se conhecia, ou seja, do modelo do século XIX, mas do fim do parlamento *em si*. Isto fica ainda mais claro no prefácio que Schmitt acrescenta ao livro em 1926:

Não é como se pudéssemos imputar, retrospectivamente, quaisquer outros princípios a uma instituição e, se sua base anterior cair, inserir quaisquer outros argumentos em substituição. É certo que a mesma instituição pode servir a diferentes finalidades práticas e, por essa razão, pode passar pela experiência de diferentes justificações. Existe uma ‘heterogonia das finalidades’, uma mudança de significado (*Bedeutungswandel*) das perspectivas práticas e uma mudança de função (*Funktionswandel*) dos meios práticos, mas não existe uma heterogonia dos princípios.<sup>237</sup>

Para Schmitt, os princípios caracterizadores de uma determinada instituição têm uma espécie de essência perene. É por isso que não se pode simplesmente alterá-los *a posteriori*, imputar outros princípios para substituir os originais. Não se trataria nem mesmo de *atribuir* princípios, mas de simplesmente identificá-los na “verdade” da instituição. Schmitt se refere aos conceitos utilizados por Kirchheimer – mudança de significado e mudança de função<sup>238</sup> – para dizer que as finalidades, funções, justificações e meios práticos de uma instituição podem ser alteradas com a história, mas não seus princípios.<sup>239</sup> Em sua leitura, é a

---

<sup>237</sup> “Es ist nicht so, als könnte man einer Institution nachträglich beliebige andere Prinzipien unterschieben und wenn ihre bisherige Grundlage entfällt, irgendwelche Ersatzargumente einfügen. Wohl kann dieselbe Institution verschiedenen praktischen Zwecken dienen und deshalb verschiedene Rechtfertigungen erfahren. Es gibt eine ‚Heterogonie der Zwecke‘, einen Bedeutungswandel der praktischen Gesichtspunkte und einen Funktionswandel der praktischen Mittel, aber es gibt keine Heterogonie der Prinzipien.” Idem, p.7.

<sup>238</sup> Kirchheimer passou a frequentar o seminário organizado por Schmitt em Bonn em 1926. O fato de Schmitt utilizar estes conceitos apenas no prefácio à segunda edição e não no texto original de 1923 pode ser um indício que já havia discussão entre eles sobre estes temas, com posições contrárias entre aluno e orientador. Sobre o período do seminário, ver BUCHSTEIN, Hubertus. Einleitung zu diesem Band. In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.22 e seguintes.

<sup>239</sup> Para uma discussão pormenorizada a respeito das diferenças no posicionamento de Schmitt neste livro e o de Kirchheimer em *Mudança de significado do parlamentarismo*, ver SCHALE, Frank. Parlamentarismus und Demokratie beim frühen Otto Kirchheimer. op. cit., p.148-155 e BAVAJ, Riccardo. Otto Kirchheimers Parlamentarismuskritik in der Weimarer Republik – Ein Fall von „Linksschmittianismus“? *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, n.55, caderno 1, 2007.



democracia moderna de massas a responsável por acabar com o princípio da discussão pública no parlamento, na medida em que instaura a igualdade formal sem resolver as questões da igualdade substantiva e da homogeneidade de valores.<sup>240</sup> Os argumentos da discussão pública se transformam em uma formalidade vazia e, para o autor, é a própria existência do parlamento que deixa de fazer sentido. Não foi à toa que este livro foi recepcionado como um libelo contra o parlamento.<sup>241</sup>

Um ano depois, em 1924, Gustav Radbruch – que na época já era um grande jurista de renome, vinculado à social-democracia e que também ocupava o cargo de ministro da Justiça na Alemanha, depois de ter atuado como deputado em 1920 – afirmava o seguinte:

O primeiro *Reichstag* da República alemã não morre por sua beleza. É preciso ser dito mais enfaticamente: o que nós vivemos agora não é a crise do parlamentarismo e da democracia, é apenas a crise da concepção que se formou entre nós a respeito do parlamentarismo e da democracia. O fato de que, na Alemanha, a maquinaria parlamentar de governo trabalhe com tanta resistência de atrito, com perdas tão grandes de força, com um ruído tão dissonante, tem suas causas, por um lado, na essência dos nossos partidos, tomada do Estado autoritário e, por outro, em sua relação com o governo.

O teatro grotesco que nós oferecemos aos países estrangeiros de parlamentarismo mais desenvolvido a cada nova crise do governo, esse processo prolongado e agonizante de luta de morte e nascimento, não é tanto uma consequência da multiplicidade, mas da rigidez de nossos partidos.<sup>242</sup>

Para Radbruch, um dos problemas da concepção que se formou a respeito do parlamentarismo e da democracia é a crença de que é o parlamento a instituição que governa numa democracia parlamentar. Em sua visão, são antes as forças políticas e sociais externas ao legislativo que de fato têm algum poder para influenciar nos temas da pauta e na tomada de decisão.<sup>243</sup> Os mandatos obtidos pelo voto não servem de muita coisa sem apoio de forças

---

<sup>240</sup> SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. op. cit., p.21.

<sup>241</sup> Para a recepção deste livro, ver KENNEDY, Ellen. Introduction: Carl Schmitt's Parlamentarismus in its historical context. op. cit.

<sup>242</sup> “Der erste Reichstag der deutschen Republik stirbt nicht in Schönheit. Um so nachdrücklicher muss gesagt werden: was wir jetzt erleben, ist nicht die Krise des Parlamentarismus und der Demokratie, es ist nur die Krise des missverstandenen Gebildes, das man bei uns aus dem Parlamentarismus und der Demokratie gemacht hat. Dass in Deutschland die parlamentarische Regierungsmaschinerie mit so starkem Reibungswiderstand, mit so grossem Kräfteverlust, mit so misstönigem Geräusch arbeitet, hat seine Ursachen einerseits in dem aus dem Obrigkeitsstaat übernommenen Wesen unseren Parteien, andererseits in ihrem Verhältnis zur Regierung.

Das groteske Schauspiel, das wir mit jeder neuen Regierungskrise dem parlamentarisch geschulteren Ausland bieten, dieser langwierige und qualvolle Todeskampf und Geburtsvorgang, ist eine Folge nicht sowohl der Vielheit, als der Starrheit unsere Parteien.” RADBRUCH, Gustav. Goldbilanz und Reichsverfassung. *Die Gesellschaft*, n.1, caderno 1, 1924, p.64.

<sup>243</sup> Idem, p.64-65.

políticas e económicas. Para Radbruch, o que está em xeque é a crença cega na representação e, de maneira que se assemelha à formulação de Kirchheimer, a crença de que os interesses da nação estão sendo discutidos da melhor maneira no interior desta arena institucional também é posta em questão. A dinâmica de funcionamento do parlamento é aquela da oposição aguda – e não a da discussão e negociação dos temas considerados prementes para o país.

O diagnóstico permaneceria nos círculos da social-democracia mesmo já mais para o final da República. Ecoando alguns dos argumentos desenvolvidos por Kirchheimer em 1928, Ernst Fraenkl defende, em 1932<sup>244</sup>, que o argumento que contrasta o parlamentarismo clássico e sua suposta degradação na democracia de massas – o argumento desenvolvido por Carl Schmitt, portanto<sup>245</sup> – ignora que o desenvolvimento da democracia é mais complexo:

Não se deve desconsiderar que esta teoria clássica do parlamentarismo surgiu durante a era do voto censitário e que não pode ser mais aplicada num período em que não é possível alcançar uma vontade unitária no parlamento em razão da concessão do direito de voto também às camadas proletárias. Porque o envolvimento das diferentes classes com a representação do povo levou à colisão de representações políticas que, por mais que tenham sido niveladas [*zu einem Ausgleich gebracht*] por meio de um acordo [*Kompromiss*], não conseguiam, pelos meios da discussão, servir à tarefa de convencimento. É incorreto ver, no parlamento com unidade de classe do século 19, o parlamento enquanto tal. É de se imaginar que as decisões sejam tomadas sob a forma de um ato coletivo num parlamento com unidade de classe e que, num parlamento marcado pela divisão de classes, só consigam ser alcançadas por meio do contrato, isto é, por meio de acordos.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> Em *Kollektive Demokratie*, de 1929, Fraenkel já diagnosticava uma mudança de função (*Funktionswandel*) do parlamento: uma via de mão dupla em que o parlamento deixa de ser a tribuna das diferentes vozes e da agitação na mesma medida em que a população deixa de se sentir representada por este tipo de arena institucional. FRAENKEL, Ernst. *Kollektive Demokratie*. In: RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Berlin-Spandau: Hermann Luchterhand Verlag, 1966, p.81-83.

<sup>245</sup> Para uma análise sistemática das críticas de Ernst Fraenkel a Carl Schmitt: 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.

<sup>246</sup> “Es darf aber nicht übersehen werden, dass diese klassische Theorie des Parlamentarismus während des Zeitalters des Zensuswahlrechts entstanden ist und in einer Periode keine Anwendung mehr finden kann, in der durch Gewährung des Wahlrechts auch an die proletarischen Schichten ein einheitlicher Wille im Parlament nicht zu erzielen ist, weil die Heranziehung der verschiedenen Klassen zu der Volksvertretung den Zusammenprall politischer Vorstellungen nach sich ziehen musste, die zwar durch eine Kompromiss zu einem Ausgleich gebracht, nicht aber mit den Mitteln der Diskussion zur Aufgabe ihrer Überzeugung geführt werden konnten. Es ist unrichtig, in dem klasseneinheitlichen Parlament des 19. Jahrhunderts das Parlament schlechthin zu sehen. Parlamentsbeschlüsse werden in dem klasseneinheitlichen Parlament denkbarweise in der Form des Gesamtaktes, in dem klassengespaltenen Parlament nur durch Vertrag, d. h, durch Kompromiss, zu erzielen sein.” FRAENKL, Ernst. *Abschied von Weimar?* In: BUCHSTEIN, Hubertus (org.). *Ernst Fraenkel – Gesammelte Schriften*. Band 1 – Recht und Politik in der Weimarer Republik. Baden-Baden: Nomos, 1999, p.488-489.

Assim, o diagnóstico de que o parlamento havia passado por uma transformação estrutural encontrava várias versões em Weimar. Todas elas convergiam para a principal causa da mudança: a conquista da democracia na Alemanha após uma revolução, com o fim do voto censitário e a admissão dos trabalhadores em cargos de poder. Todos também parecem concordar que parlamento e democracia têm origens distintas e contraditórias. Mas as consequências de cada uma das posições são distintas. As divergências se organizam em torno de como avaliar a nova configuração do parlamento. Se, num extremo, Schmitt defende que a democracia de massas teria posto fim à verdadeira essência do parlamento, que deixaria de fazer sentido por não mais efetivar o princípio da discussão pública, Fraenkl lembra que este tipo de comparação esquece de mencionar que a discussão criativa e a troca racional de opiniões só poderia acontecer num parlamento marcado pela homogeneidade de classe, forjada por meio da exclusão deliberada da maioria da população deste espaço de poder. Mas se nem todos concordam com o fim absoluto do parlamentarismo, todos concordam que a transformação profunda frustrou as expectativas dos trabalhadores e da social-democracia. A conquista do poder legislativo por parte do proletariado fez com que a dinâmica das discussões dentro desta arena fosse alterada – de ato coletivo para contrato, na descrição de Fraenkl, com a paralisia e a dificuldade de celebração desses acordos, na descrição de Radbruch – e com que a tomada de decisões fosse deslocada para outras instâncias de poder. Daí a sensação generalizada de que as deliberações entre os parlamentares eram mera farsa e um descontentamento também generalizado com a democracia parlamentar e seu modelo de representação. Os social-democratas tentam mostrar que é possível criticar o funcionamento do parlamento sem com isso colocar a culpa pela paralisia na própria democracia ou mesmo defender um posicionamento que beirava o antidemocrático, ao declarar a falência do parlamento. Os social-democratas tinham a ingrata tarefa de defender a existência do parlamento de ataques monarquistas e antidemocráticos *ao mesmo tempo* em que criticavam a mudança estrutural na dinâmica da instituição: posicionar-se a favor da existência do parlamento e, simultaneamente, mostrar que a democracia formal era absolutamente limitada e insuficiente, principalmente diante das reivindicações e aspirações da revolução de 1918.

Kirchheimer organiza a maior parte desses argumentos dispersos em *Mudança de significado do parlamentarismo*. Contra Schmitt, identifica três princípios de sustentação do parlamentarismo do século XIX e mostra como a democratização desestabilizou estas

estruturas uma a uma, conferindo um novo significado ao parlamento – um significado que não representa seu fim último enquanto instituição, que não romantiza a qualidade das discussões de um parlamento homogêneo e não culpabiliza os trabalhadores ou o fim do voto censitário pela alteração da dinâmica de deliberação. Para Kirchheimer, são os limites da democracia formal que estão em jogo, não da democracia em geral.

Assim, em *Mudança de significado...*, não é simplesmente a contradição entre parlamento e democracia que está no centro do argumento, mas “a constatação de que, numa sociedade capitalista, os centros de poder político se deslocam no momento em que um legislador socialista se torna possível”.<sup>247</sup> Ou, dito de outra maneira, quando as classes sociais marginalizadas passam a ocupar o poder, as classes dominantes começam a abandonar seu próprio legado político – o parlamentarismo, a ideia de Estado de direito –, deslocando o poder para outras instâncias.

Agora que as teses que compõem o diagnóstico de tempo de Kirchheimer foram apresentadas, passo ao diagnóstico de Neumann para o mesmo período.

#### IV. Franz Neumann

Assim como Otto Kirchheimer, Franz Neumann escreveu uma quantidade impressionante de textos durante o período de Weimar. A maioria deles apresenta suas posições jurídicas e políticas a respeito de questões muito concretas que eram debatidas e disputadas na época. Seus artigos de Weimar são parte de uma esfera pública permeada por raciocínios jurídicos bastante técnicos e por abordagens políticas conflitantes subjacentes a estas discussões dogmáticas, em debates travados entre juristas de esquerda em revistas como a *Die Gesellschaft* [A sociedade], vinculada ao SPD e fundada por Rudolf Hilferding, e *Die Arbeit* [O trabalho], vinculada à Confederação Geral dos Sindicatos Alemães. A própria natureza destes textos – que integrariam o que hoje poderíamos chamar de um ativismo político e jurídico de Neumann – e a rapidez com que as questões debatidas

---

<sup>247</sup> “(...) sondern der Befund, dass sich in einer kapitalistischen Gesellschaft die politischen Machtzentren in dem Moment verschieben, in dem ein sozialistischer Gesetzgeber möglich wird.” SCHALE, Frank. *Parlamentarismus und Demokratie beim frühen Otto Kirchheimer*. op. cit., p.154.

mudavam de figura podem nos levar a concluir que Neumann teria contribuído com *insights* bastante interessantes sobre uma grande variedade de temas, como direito do trabalho,<sup>248</sup> a dinâmica jurídica dos acordos coletivos,<sup>249</sup> o papel político e jurídico dos sindicatos, passando por questões de direito econômico,<sup>250</sup> como as definições de monopólio e cartel e propostas para sua regulação,<sup>251</sup> chegando a discussões sobre controle de constitucionalidade<sup>252</sup> e como interpretar artigos específicos da Constituição de Weimar<sup>253</sup> e, de maneira mais abrangente, sobre interpretação jurídica em geral.<sup>254</sup> Mas o que os seus escritos do período de Weimar teriam a oferecer seria apenas e tão somente isto: algumas ideias interessantes, ainda em estado de esboço, antes lançadas nos textos do que propriamente exploradas e concatenadas, que deixam entrever certa perspicácia para entender sua própria época.

A temática jurídico-política e a urgência das questões debatidas são enfatizadas em várias das interpretações da literatura de comentário. Em uma das conversas entre Rainer Erd e Alfred Söllner, por exemplo, Neumann é caracterizado como alguém que reagia a problemas práticos concretos e que subordinava aportes teóricos à sua atuação política:

*Pergunta:* Na verdade eu queria olhar para a seguinte tese: no período de Weimar, até 1933, Neumann estava tão fortemente engajado no movimento sindical que ele subordinava seus interesses teóricos à atividade política. (...) Eu entendi que, para Neumann, as questões teóricas só ganhavam espaço no contexto da justificação de sua concepção política.

*Söllner:* Acho que é possível afirmar isto desta maneira. Mas Neumann também enfrentava um problema puramente de tempo. Quando olhamos para a intensidade com que ele atuou

---

<sup>248</sup> NEUMANN, Franz. *Tarifrecht: auf der Grundlage der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts*. Berlin: Verlag Deutscher Baugewerksbund, 1931.

<sup>249</sup> NEUMANN, Franz. Der Kampf um den Zwangstarif. *Die Arbeit*, v.2, n.11, 1925; NEUMANN, Franz. Zur öffentlichen-rechtlichen Natur des Tarifvertrages. *Arbeitsrecht*, v.13, n.1, 1926.

<sup>250</sup> NEUMANN, Franz. Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung. *Die Arbeit*, n.8, 1931.

<sup>251</sup> NEUMANN, Franz. Gesellschaftliche und staatliche Verwaltung der monopolistischen Unternehmungen. *Die Arbeit*, caderno 7, 1928; NEUMANN, Franz. Der Entwurf eines Monopol- und Kartellgesetzes. *Die Arbeit*, v.7, n.12, 1930; NEUMANN, Franz. Bankenkontrolle. *Gewerkschafts-Zeitung*, v.41, n.32, 1931.

<sup>252</sup> NEUMANN, Franz. Gegen ein Gesetz zur Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen. *Die Gesellschaft*, v.6, 1929.

<sup>253</sup> NEUMANN, Franz. Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung. *Die Arbeit*, caderno 9, 1930.

<sup>254</sup> NEUMANN, Franz. Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht. *Arbeitsrecht*, v.16, n.6, 1929.

como advogado em favor dos sindicatos e o quanto ele ainda escreveu além disso (quase 40 títulos até 1933), então conseguimos entender que questões mais abrangentes da teoria social e da teoria do direito não podiam lhe vir à mente.<sup>255</sup>

Aqui, subentende-se que Neumann já reunia os elementos necessários para desenvolver questões teóricas mais abrangentes, mas a escolha pela intervenção na realidade que o cercava o impedia de avançar nesta direção. Além de caracterizar Neumann como uma pessoa eminentemente voltada aos fatos e tão enredada na política que não lhe sobrava tempo para se aprofundar em questões teóricas, Söllner também associa este posicionamento a um suposto “legalismo”<sup>256</sup>: “sua forma de argumentação é primordialmente constitucional e dogmático-jurídica, com orientação ideológica para o sistema de valores do socialismo reformista.”<sup>257</sup> Ou ainda: “Se interpretarmos os escritos de Neumann do período de Weimar diante do pano de fundo da crise do Estado weimariano, então o que resta como núcleo destes textos é uma concepção legalista reduzida da realidade social.”<sup>258</sup>

É difícil haver um contexto em que a designação de “legalista” não seja uma acusação ou uma reprimenda.<sup>259</sup> O adjetivo é simplesmente pejorativo. Uma perspectiva legalista desconecta o direito da sociedade, exacerbando a lei como única ou principal fonte de análise, reflete uma especialização disciplinar ou profissional encerrada em limites tão

---

<sup>255</sup> “Frage: Ich wollte eigentlich auf folgende These hinaus: Neumann war in der Weimarer Zeit bis 1933 so stark politisch in der Gewerkschaftsbewegung engagiert, dass er seine theoretischen Interessen der politischen Tätigkeit unterordnete. (...) Ich habe das so verstanden, dass für Neumann theoretische Fragestellung allein im Zusammenhang der Rechtfertigung seiner politischen Konzeptionen einen Stellenwert erhielten.

Söllner: Ich glaube, das kann man so sagen. Es gab für Neumann wohl auch ein reines Zeitproblem. Wenn man sich ansieht, mit welcher Intensität er als Rechtsanwalt für die Gewerkschaften tätig war und wieviel er daneben noch geschrieben hat (bis 1933 fast 40 Titel), dann kann man verstehen, dass ihm umfassendere gesellschafts- und rechtstheoretische Fragen nicht in den Sinn kommen konnte.” ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. op. cit., p.40.

<sup>256</sup> Idem, p.40.

<sup>257</sup> “ihre Argumentationsform ist primär verfassungsrechtlich und rechtsdogmatisch mit ideologischer Orientierung am Wertsystem des reformistischen Sozialismus.” 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, p.12.

<sup>258</sup> “Interpretiert man Neumanns Weimarer Schriften vor dem Hintergrund der Weimarer Staatskrise, so bleibt als ihr Kern eine legalistisch verkürzte Auffassung von der sozialen Realität.” SÖLLNER, Alfred. Linke Schüler der konservativen Revolution? – Franz Neumann, Otto Kirchheimer und Herbert Marcuse am Ende der Weimarer Republik. op. cit., p.62.

<sup>259</sup> Para uma discussão da atualização da crítica de “legalismo” na Teoria Crítica recente, ver 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 Tavorari. *Dissonância – Revista de Teoria Crítica*, Advance Online Publication, 2018.

estreitos que não seria possível enxergar outros aspectos da realidade social, está vinculada a reflexões reducionistas e, no limite, simplesmente erradas por enfatizarem um único aspecto de maneira desproporcional, em razão do viés de saída que carregam consigo. É ainda mais difícil compreender o que se pode entender pelo epíteto de “legalista” no contexto específico da República de Weimar, em que a teoria do direito e as discussões dogmáticas constitucionais estavam amalgamadas com a política – como interpretar e efetivar a Constituição de Weimar era uma questão em aberto.<sup>260</sup>

Além da comparação com Kirchheimer já discutida no início deste capítulo, esta literatura compara antes dois períodos da própria trajetória intelectual de Neumann: o período de Weimar é visto como menos sistemático ou conceitualmente desenvolvido em comparação com seus próprios escritos posteriores a 1933, como *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*, de 1937<sup>261</sup>, sua segunda tese de doutorado, de 1936, *The Governance of the Rule of Law: An Investigation into the Relationship Between Political Theories, the Legal System and the Social Background*,<sup>262</sup> comumente conhecida por *The Rule of Law*<sup>263</sup>, e *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism*, de 1942<sup>264</sup>, livro que continua sendo referência para o estudo da Alemanha sob o nazismo.<sup>265</sup> Parece

---

<sup>260</sup> 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, p.134.

<sup>261</sup> NEUMANN, Franz. Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. In: HORKHEIMER, Max (ed.). *Zeitschrift für Sozialforschung*, Ano 6, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1937, pp. 542-596; NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. Tradução de Bianca Tavorari. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v.109, 2014.

<sup>262</sup> 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. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Sua primeira tese de doutorado, defendida na Universidade de Frankfurt, intitulada *Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe [Introdução jurídico-filosófica a um tratado sobre a relação entre Estado e pena]*, foi publicada em 1924: 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.

<sup>263</sup> NEUMANN, Franz. *The rule of law. Political theory and the legal system in modern society*. Leamington: Berg, 1986.

<sup>264</sup> NEUMANN, Franz. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.

<sup>265</sup> Uma interpretação semelhante pode ser encontrada em duas passagens de *Fuga do direito*, de José Rodrigo Rodriguez. O centro da análise de Rodriguez também está em *The Rule of Law*, fazendo com que os textos do período de Weimar tenham menor relevância em sua análise: “São textos eminentemente militantes. Neumann não está preocupado em investigar a maneira pela qual a magistratura alemã era formada e recrutada, tampouco

claro que estes dois livros e o artigo mais longo são reflexões mais depuradas e aportes de maior alcance se comparados com os textos de Weimar. Também é verdade que estas contribuições posteriores são mais conhecidas, principalmente o *The Rule of Law* e o *Behemoth*, por terem sido publicados originariamente em inglês. Já a tradução para o inglês de *A mudança de função...* foi publicada numa das primeiras coletâneas com seus textos, editada por Herbert Marcuse em 1957, alguns anos após a morte de Neumann em 1954.<sup>266</sup> Assim, a recepção destes escritos posteriores foi facilitada – seja pelo idioma, seja pelas publicações em formatos de maior circulação. Soma-se a isto o fato de que não há, ainda hoje, publicação das obras completas de Neumann ou mesmo uma coletânea que organize seus principais textos de Weimar.<sup>267</sup>

Assim, a comparação costuma ser bastante desigual. Os textos do período de Weimar são muito pouco conhecidos. E, dentre todos eles, um deles talvez seja o mais esquecido – e, da minha perspectiva, justamente o mais importante. Em 1929, Neumann publicou um artigo em formato de um livro pequeno de pouco mais de trinta páginas, intitulado *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, que eu traduzo para o português como *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho*.<sup>268</sup> Até onde eu sei, não foi traduzido ou publicado em outra versão que não a

---

com as forças sociais que sustentavam tal estado de coisas. Também não encontraremos neles uma análise da dinâmica das forças sociais com o objetivo de identificar seu interesse em efetivar a Constituição, nomeadamente uma análise do proletariado, classe favorecida pelas normas da segunda parte da Constituição. Como veremos, nesse momento histórico, Neumann vê a si mesmo como jurista, agente na luta pela Constituição de Weimar em defesa dos interesses do proletariado e produz textos conforme esta posição intelectual. O direito é tomado por ele como instrumento para realização dos interesses desta classe.”

Além disso: “No campo do direito do trabalho, ao qual Neumann dedicou a maior parte de seus escritos desta época, a questão é abordada também por Fraenkel e Otto Kahn-Freund, em textos publicados quase sucessivamente. Todos apontavam para decisões judiciais ou extremamente conservadoras ou claramente contrárias ao texto da Constituição, perguntando-se sobre o sentido político desta conduta do poder judiciário. De todos, Neumann era o mais preocupado com as consequências institucionais do processo, como veremos adiante. No entanto, esta preocupação não gerou maiores consequências teóricas.” RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.15 e p.33. Para uma discussão sobre o modelo crítico e teórico de Neumann, em divergência direta com os pesquisadores do “círculo interno” do Instituto de Pesquisas Sociais e mesmo com a própria social-democracia, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a Teoria Crítica. *Lua Nova*, n.61, 2004.

<sup>266</sup> NEUMANN, Franz. 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.

<sup>267</sup> Além da coletânea de textos organizada por Marcuse, Alfons Söllner organizou uma edição com os principais textos de Neumann, de 1930 a 1954: SÖLLNER, Alfons (org.). *Franz L. Neumann – Wirtschaft, Staat, Demokratie*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1978.

<sup>268</sup> NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. Berlin: E. Laubsche Verlagsbuchhandlung GmbH, 1929.



original de 1929. Entendo que este texto fornece os elementos do que pode ser considerado como o diagnóstico de tempo de Neumann sobre Weimar. É certo que não se trata de uma abordagem teórica articulada como os livros do exílio, mas pode ser entendido como um ponto de conexão a partir do qual todas as controvérsias discutidas nos demais artigos desta época encontram lugar e organização. É também neste texto que Neumann faz o que parte da literatura de comentário aponta como ausência: traça tendências mais abrangentes, delinea prognósticos para o futuro, faz considerações sobre teoria do direito, analisa a relação da classe trabalhadora com a democracia e o direito. Como admite Alfred Söllner em certo ponto de sua entrevista com Rainer Erd:

Por outro lado, no mais tardar a partir de 1929 – é possível ver no ensaio sobre *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho* e com ainda mais força nos trabalhos depois de 1930 –, Neumann introduziu argumentos explicitamente sociológicos, ou seja, reflexões de sociologia econômica, de sociologia jurídica e político-institucionais em suas exposições de teoria do direito.<sup>269</sup>

E é também neste livrinho que Neumann explicita que seu diagnóstico de fundo é o do equilíbrio temporário da luta de classes.

Passo agora a analisar estas tendências de forma mais detida. Começo por uma série de mudanças de longo alcance identificadas por Neumann para o campo do direito, que preparam o terreno para entender a posição do sistema de justiça na correlação de forças mais ampla da República de Weimar (1). Em seguida, passo para a leitura que Neumann faz da abordagem de Otto Bauer e da classe trabalhadora alemã (2).

#### **IV.1. Um conjunto de mudanças estruturais: politização do judiciário**

“A importância da Justiça cresceu extraordinariamente no período do pós-guerra. O funcionário ‘independente e submetido apenas à lei’ reivindica cada vez mais para si o cumprimento de tarefas estatais e sociais. Em todos os âmbitos de nossa vida social, faz-se notar um avanço extraordinário da Justiça; mesmo os mais importantes professores de direito constitucional exigem que quaisquer desavenças político-constitucionais devam ser decididas no interior do *Reich* alemão, por um tribunal, um tribunal administrativo ou por um tribunal constitucional.”

---

<sup>269</sup> “Zum anderen baute Neumann spätestens ab 1929 – man sieht es an den Aufsatz über Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung und noch stärker in den Arbeiten nach 1930 – explizit soziologische Argumente, also wirtschaftssoziologische, rechtssoziologische und politisch-institutionelle Überlegungen in seine rechtstheoretischen Ausführungen ein.” ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. op. cit., p.39.

Em *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho*, Neumann organiza uma série de mudanças estruturais relacionadas ao direito e ao sistema judicial. Assim como na análise de Kirchheimer, a comparação se dá entre o período anterior à guerra, por um lado, e a república no pós-guerra, por outro. Neumann pretende mostrar como a conquista da democracia alterou substancialmente o quadro de referências no direito, levando alterações diametrais de posicionamentos, em polos com sentido trocado.

Se, antes da guerra, o posicionamento dominante do juiz em relação à lei era de uma interpretação restritiva, bem rente e reverencial ao texto legal, baseada na jurisprudência dogmática formalista, depois da guerra, a interpretação das cláusulas gerais abriu uma ampla avenida para a livre apreciação judicial, menos vinculada ao direito positivo. Se, antes da guerra, os juízes e as principais figuras no meio jurídico do *Reich* eram absolutamente contra o controle de constitucionalidade das leis, depois da guerra, o judiciário passou a aceitar amplamente este tipo de veto às propostas legislativas aprovadas pelo parlamento. Além de controlar a constitucionalidade, os tribunais também teriam passado a se sentir legitimados para controlar a moralidade das leis por meio das cláusulas gerais e de suas expressões abertas. Assim, Neumann vê um quadro de mudanças associado a (i) alterações nos modos de interpretação judicial e (ii) na relação entre judiciário e parlamento.

Todas estas transformações estão inseridas no contexto de um aumento considerável da importância do judiciário. Na passagem que abre esta seção – e que também serve de abertura ao pequeno livro –, Neumann deixa claro que se trata de uma alteração sem precedentes, de “um avanço extraordinário da Justiça” em “todos os âmbitos de nossa vida social”. Tanto quem está no interior do sistema judicial – “o funcionário ‘independente e submetido apenas à lei’” – demanda mais poder, quanto quem está fora – “mesmo os mais importantes professores de direito constitucional” – passa a entender que todos os conflitos devem ser tratados e resolvidos na arena judicial. Neumann identifica, portanto, uma

---

<sup>270</sup> “Die Bedeutung der Justiz in der Nachkriegszeit ist ausserordentlich gestiegen. Der ‚unabhängige und nur dem Gesetz unterworfenene‘ Beamte beansprucht mehr und mehr die Erfüllung staatlicher und gesellschaftlicher Aufgaben für sich. Auf allen Gebieten unseres gesellschaftlichen Lebens macht sich ein ausserordentliches Vordringen der Justiz bemerkbar, ja führende Staatsrechtslehrer verlangen, dass sämtliche verfassungspolitischen Streitigkeiten innerhalb des Deutschen Reiches von einem Gericht, einem Staatsgerichts- oder Verfassungsgerichtshof, entschieden werden sollen.” NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.7.

primeira tendência: o judiciário passa a ganhar cada vez mais proeminência, poder e espaço. Se esta é uma tendência para o judiciário em geral, Neumann entende que os tribunais do trabalho são o caso mais expressivo deste avanço “porque quase nenhum outro âmbito do direito toca o proletariado cotidianamente e em tão forte medida quanto o direito do trabalho, que tem importância decisiva para a conformação de suas condições salariais e de trabalho, para a conformação de sua profissão e do destino de sua vida.”<sup>271</sup>

É com preocupação que Neumann vê este avanço do judiciário para âmbitos da vida em que antes ele não se fazia presente. O sistema judicial passa a tomar terreno e a servir como campo primordial da resolução de todos os tipos de conflito. A preocupação de Neumann também se explica diante da centralidade que o poder legislativo tem em seu diagnóstico: a democracia parlamentar instaurada em Weimar atribui a soberania ao parlamento. Assim, em sua visão, o poder extraordinário que o judiciário passa a deter conflita com esta soberania – em tese, nada deveria limitar o exercício da vontade do povo:

Mas agora a Constituição alemã do *Reich* é expressão de uma democracia parlamentarista, ou seja, uma forma constitucional em que o parlamento é soberano (se nós desconsiderarmos exceções), representa a vontade do povo de maneira absoluta, em que então governante e governado são idênticos. Uma democracia absoluta como essa não é compatível nem com o conceito de separação de poderes, nem com a ideia da independência judicial. Se nossa Constituição do *Reich* ainda se detém sob esses dois princípios liberais, então se segue que a democracia não é ilimitada, que a democracia parlamentarista é antes limitada pela Constituição e de acordo com a Constituição. De fato, a Constituição de Weimar mostra, em diversas passagens, bloqueios contra o suposto perigo de uma ditadura da democracia. Uma abundância de restrições relacionadas ao Estado de direito, de direitos liberais de liberdade, uma série de bloqueios organizacionais são contrapostos ao parlamento soberano. Então nós encontramos no Conselho do *Reich* um órgão que deveria implementar as tendências federalistas de nossa vida política. Nós vemos o presidente do *Reich*, que é pensado como poder neutro em relação aos poderes políticos, nós vemos, por fim, toda a segunda parte da Constituição, os direitos fundamentais, que, se desconsiderarmos as exceções, não apresentam nada além do que uma restrição do poder do parlamento, na medida em que eles garantem, de acordo com a Constituição, direitos de liberdade aos cidadãos individuais do Estado, tais como a propriedade privada como instituição, a liberdade de contrato, a liberdade de comércio, a igualdade perante a lei e outros mais.

No entanto, hoje, a restrição prática e organizacional mais importante ao poder do parlamento é a Justiça. Para reconhecer isto, precisamos esclarecer brevemente por que mudança passou o posicionamento do juiz em relação à lei.<sup>272</sup>

---

<sup>271</sup> “Denn kaum ein Rechtsgebiet berührt das Proletariat täglich in so starkem Maße wie das Arbeitsrecht, das für die Gestaltung seiner Lohn- und Arbeitsbedingungen, für die Gestaltung seines Berufes und seines Lebensschicksals entscheidende Bedeutung hat.” Idem, p.7.

<sup>272</sup> “Nun aber ist die Deutsche Reichsverfassung Ausdruck einer parlamentarischen Demokratie, d. h. einer Verfassungsform, in der das Parlament souverän ist (wenn wir von Ausnahmen absehen), den Willen des Volkes absolut repräsentiert, bei der also Herrscher und Beherrschte identisch sind. Eine solche absolute Demokratie ist weder mit dem Begriff einer Gewaltenteilung noch mit der Idee der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar. Wenn unsere Reichsverfassung dennoch an diesen beiden liberalen Grundsätzen

Esta passagem mostra com bastante clareza que Neumann entendia que o parlamento deveria estar acima de todos os demais poderes e atribuições institucionais, que deveria ser o menos limitado possível. Ele entende, na verdade, que esta seria a consequência praticamente lógica de implementar uma democracia parlamentar: efetivar uma “democracia absoluta”. Para o leitor dos dias de hoje, pode causar estranhamento a afirmação de que a separação de poderes, a independência do judiciário e mesmo direitos de liberdade vão na contramão do aprofundamento da democracia. Além de ver todas estas garantias como liberais – e, portanto, incompatíveis com um projeto de radicalização da vontade do povo numa democracia social – e além da influência de sua leitura de Rousseau que se deixa entrever nestas ideias<sup>273</sup>, há um outro fator importante para compreender este posicionamento de Neumann: o parlamento foi, de fato, a primeira instituição a se democratizar na República de Weimar. Com o fim do voto censitário proporcional, todos podiam eleger e ser eleitos, o que garantiu uma votação expressiva para a classe trabalhadora, que passou a ocupar um número relevante de cadeiras no *Reichstag*. O mesmo não aconteceu com o sistema judicial. Ele continuou sendo um resquício da monarquia feudal, com diversas barreiras de acesso, resistindo à democratização.

A análise sociológica mais importante sobre o judiciário deste período é a de Ernst Fraenkel, em seu famoso texto *Zur Soziologie der Klassenjustiz* [*Sobre a sociologia da justiça de classe*], publicado em 1927.<sup>274</sup> Neumann deve muito a este diagnóstico, tanto é

---

festhält, so ergibt sich daraus, dass die Demokratie keine unbeschränkte ist, dass vielmehr die parlamentarische Demokratie konstitutionell, verfassungsmässig beschränkt ist. In der Tat zeigt die Weimarer Verfassung an vielfachen Stellen Hemmungen gegen die vermeintliche Gefahr einer Diktatur der Demokratie. Eine Fülle von rechtsstaatlichen Beschränkungen, von liberalen Freiheitsrechten, eine Reihe von organisatorischen Hemmungen werden dem souveränen Parlament entgegengestellt. So finden wir im Reichsrat ein Organ, das die föderalistischen Tendenzen unseres politischen Lebens durchsetzen sollte. Wir sehen den Reichspräsidenten, der als neutrale Gewalt gegenüber den politischen Mächten gedacht ist, wir sehen schließlich den ganzen zweiten Teil der Verfassung, die Grundrechte, die, wenn wir von Ausnahmen absehen, nichts weiter darstellen als eine Beschränkung der Macht des Parlaments, indem sie dem einzelnen Staatsbürger Freiheitsrechte verfassungsmässig garantieren, wie das Privateigentum als Institution, die Vertragsfreiheit, die Gewerbefreiheit, die Gleichheit vor dem Gesetz und andere mehr. Die praktisch wichtigste organisatorische Beschränkung der parlamentarischen Macht ist jedoch heute die Justiz.” Idem, p.8-9.

<sup>273</sup> Em vários textos de Neumann, a influência de Rousseau é explícita. Ver, por exemplo, NEUMANN, Franz. Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen. op. cit., p.522; NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. op. cit., p.141.

<sup>274</sup> FRAENKEL, Ernst. 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.

que reproduz grande parte de seus argumentos expressamente, como vou indicar adiante. Fraenkel explica que “justiça de classe” não se confunde com “justiça política”, entendida aqui como o que hoje chamaríamos por “ativismo judicial”.<sup>275</sup> Por “justiça de classe” não se designa um comportamento subjetivo do juiz, uma violação intencional da lei, mas antes uma crítica ao resultado de sua atividade e de sua decisão – independentemente de sua intenção. O conceito aponta para a influência dos interesses da classe dominante sob a jurisdição de um país, resultando no prejuízo generalizado aos direitos da classe oprimida no judiciário, mesmo que a lei seja interpretada e aplicada segundo critérios formais.

Em Weimar, uma série de fatores permitiam tratar a justiça como uma classe relativamente homogênea. Em primeiro lugar, por mais que o judiciário fosse um âmbito importante de poder, a carreira da magistratura não era vista com prestígio nem mesmo antes da guerra. Seus funcionários vinham de uma classe média alta que não havia sido capaz de encontrar melhores posições. Cargos militares, diplomáticos e no executivo eram superiores na escala de aspirações da burguesia. Isso porque os salários iniciais dos juízes auxiliares e assistentes eram muito baixos ou mesmo inexistentes: passava-se a receber – e receber muito pouco – apenas por volta dos 35 aos 38 anos de idade. As garantias de independência e inamovibilidade só valiam para os cargos mais altos. Os demais estavam sujeitos à supervisão ferrenha de um diretor e deviam obediência à hierarquia, o que significava ter que decidir em absoluta conformidade com as orientações dos tribunais superiores. Esta estrutura muda muito pouco com a democracia. Em verdade, segundo Fraenkl, o caráter de classe se acentua ainda mais: a crise econômica e a inflação elevada corroeram o poder de compra destes juízes que não ocupavam os cargos mais elevados e que representavam a maioria da magistratura. Fraenkel fala numa aproximação de sua renda à dos trabalhadores organizados, que conseguiam aumentos salariais por meio de acordos coletivos, fala numa “proletarização dos juízes”, na escolha da carreira da magistratura como “suicídio financeiro”.<sup>276</sup> E, antes de tudo, em um ressentimento generalizado deste estrato da burocracia estatal com os trabalhadores organizados, tanto por terem feito a revolução que minou as bases da monarquia quanto por se verem equiparados financeiramente às camadas mais pobres. Essas condições faziam com que o poder judiciário não fosse a arena mais propícia para garantir os direitos dos trabalhadores, por mais que a Constituição de Weimar

---

<sup>275</sup> Idem, p.207.

<sup>276</sup> Idem, p.184-189.

e uma série de leis dispusessem em seu favor – e mesmo que os juízes não decidissem abertamente *contra legem*.

É diante deste pano de fundo que Neumann afirma que a democracia parlamentar é incompatível com a separação de poderes e com a independência do judiciário. Porque se trata de um judiciário que não se democratizou e que, além disso, ganha cada vez mais poder em relação ao parlamento. Para Neumann, manter o máximo de soberania popular num parlamento aberto à escolha democrática pelo voto é o que faz com que a democracia de Weimar não seja uma forma de governo liberal sem mais. E, neste pequeno livro de 1929, ele mostra como esta soberania estava sob ataque por vários lados, sendo o judiciário a principal ameaça. Passo agora a analisar cada uma das transformações apontadas por Neumann.

#### *i) A mudança na interpretação do texto da lei*

“No período anterior à guerra, o judiciário aplicava a lei escrita sem considerar sua finalidade [Zweckmäßigkeit], sem considerar princípios de justiça e de equidade. Ele se converteu à assim chamada jurisprudência dogmática, isto é, a uma decisão jurídica [Rechtsfindung] que considera a lei como dogma e que não queria fazer nada além do que conhecer a vontade da lei. Para isso, se fosse preciso, o juiz recorria aos materiais da lei (à justificativa do projeto de lei, às discussões no *Reichstag* etc.), mas de maneira alguma se preocupava com ponderações sobre finalidade.”

NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, 1929<sup>277</sup>

Neumann desenvolve uma espécie de tipo ideal da interpretação judicial do período anterior à guerra, ressaltando suas características mais relevantes para que seja possível marcar as diferenças mais substantivas. Quando afirma que o judiciário “aplicava a lei escrita sem considerar sua finalidade, sem considerar princípios de justiça e de equidade”, a comparação já está dada: ele consegue perceber estas ausências justamente por entender que o seu próprio tempo se caracteriza por raciocínios principiológicos e por ponderações de valores. A assim chamada “jurisprudência dogmática” procurava reconhecer e respeitar a

---

<sup>277</sup> “In der Vorkriegszeit nun wandte das Richtertum das geschriebene Gesetz ohne Rücksicht auf seine Zweckmäßigkeit, ohne Berücksichtigung von Gerechtigkeits- und Billigkeitsprinzipien an. Es bekannte sich zu der sogenannten dogmatische Jurisprudenz, d. h., zu einer Rechtsfindung, die das Gesetz als Dogma betrachtet und nichts weiter tun wollte, als den Willen des Gesetzes zu erkennen. Dabei griff der Richter allenfalls auf die Materialien des Gesetzes (also die Begründung des Entwurfes, die Verhandlungen im Reichstage usw.) zurück, kümmerte sich jedoch um Zweckmäßigkeitserwägungen keinesfalls.” NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.9-10.

“vontade da lei”, num modelo interpretativo que se vale de elementos externos – como as justificativas do projeto de lei ou os debates parlamentares – apenas para reconstituir uma espécie de sentido único do texto, vinculado às intenções “do legislador”, também entendido como um ente unitário. Neste modelo, o juiz não traz elementos externos à própria norma e à vontade do legislador como argumentos para decidir, vê a si próprio com uma margem limitada de atuação, com pouca liberdade ou discricionariedade para escolher métodos ou soluções de interpretação. É um posicionamento identificado por Neumann com o formalismo.

Já antes da guerra, os representantes da Escola do Direito Livre criticavam esta concepção:

A Escola do Direito Livre lutou contra essa jurisprudência dogmática com paixão. Ela se opôs, afirmando que o ato de jurisdição não é uma tarefa apenas lógica, não é matemática; que o juiz não é um autômato da jurisdição, em que se pode colocar o fato concreto na parte de cima para retirar a decisão pronta na parte de baixo, mas que a aplicação do direito seria uma decisão de vontade, que a jurisdição exigiria a presença da pessoa como um todo, que, em cada decisão, também a vontade da pessoa julgadora desempenharia um papel considerável.<sup>278</sup>

Hermann Kantorowicz e Ernst Fuchs, para citar os membros mais importantes desta Escola, criticaram algumas das bases do formalismo jurídico ao explicitarem que toda interpretação é fruto de uma escolha – “uma decisão de vontade” –, que o juiz não é uma máquina neutra sem maiores interferências no processo decisório. Neumann se vale aqui da mesma imagem utilizada por Kirchheimer – e atribuída por ele a Weber – do sistema de justiça como um autômato inteiramente previsível, capaz de executar uma única operação programada – fatos na parte de cima, decisão na parte de baixo, com rapidez e segurança. Neumann defende que, “apesar dos insultos que esse tipo de jurisdição recebeu, existe uma grande ideia por trás dela”<sup>279</sup>, a saber: a racionalização do direito tal como apresentada por Weber. As críticas da Escola do Direito Livre surgem antes da aprovação das mais importantes leis sociais. Neste cenário, defender a livre apreciação do juiz significava atacar

---

<sup>278</sup> “Mit Leidenschaft hat die Freirechtsschule gegen diese dogmatische Jurisprudenz gekämpft. Sie hat eingewandt, dass Rechtsprechen keine nur logische, keine mathematische Aufgabe sei, dass der Richter kein Rechtsprechungsautomat sei, in welchem man oben den konkreten Tatbestand hineinstecken kann, um unten die fertige Entscheidung herauszuziehen, sondern dass Rechtsanwendung Willenentscheidung sei, dass Rechtsprechen den ganzen Menschen erfordere, dass bei jeder Entscheidung also der Wille des urteilenden Menschen eine erhebliche Rolle spiele.” Idem, p.10.

<sup>279</sup> Idem, p.10.

uma ordem jurídica rígida e conservadora sem precisar alterar leis no parlamento – diante de um legislativo em que reinava a homogeneidade de interesses de uma classe, o caminho mais provável para efetivar direitos dos trabalhadores era recorrer à ampliação da interpretação judicial para além do formalismo. E foi o caminho do método de interpretação finalístico em oposição à jurisprudência dogmática.

Fraenkel mostra que esta divergência de métodos interpretativos era, antes de mais nada, uma divergência política. Antes da guerra, a maioria dos juristas de esquerda se posicionou em favor do modelo de interpretação finalístico. Não só porque de fato acreditavam que o juiz não está desassociado do contexto social e que a interpretação judicial estava muito longe de poder ser traduzida num exercício lógico-matemático ou mesmo mecânico, mas também porque “a oposição rígida em relação ao Estado em que o operariado se encontrava no período anterior à guerra fazia com que estes homens acolhessem qualquer afrouxamento das leis como bem-vindo.”<sup>280</sup> Diante desta ordem rígida contra os trabalhadores, os defensores do método finalístico estavam procurando caminhos que permitissem mudanças sociais relevantes. Mas, na visão de Neumann, ainda que seja possível reconhecer alguns avanços,<sup>281</sup> acabaram também por atacar a “grande ideia por trás dela”, a própria racionalização do direito.

É este quadro que se altera no pós-guerra. Com a promulgação da Constituição de Weimar e com a aprovação de leis que garantiam direitos aos trabalhadores, os apoiadores do método formalista passaram a defender o método finalístico e os defensores do método finalístico passaram a se apegar ao formalismo. Há uma troca de posições, em que um lado passa a defender ardorosamente o que antes combatia com veemência: “Uma teoria estava contra a outra teoria. A disputa entre métodos havia se tornado a questão que determinaria o destino de milhões.”<sup>282</sup> Com a mudança das leis em favor dos trabalhadores, os juristas social-democratas passaram a defender que o texto da lei fosse interpretado da maneira mais restrita possível, a fim de garantir que as novas regras tivessem de ser estritamente cumpridas pelos juízes. Segurança e previsibilidade passaram a ser valores almejados diante de uma

---

<sup>280</sup> “Die starre Opposition, in der sich die Arbeiterschaft in der Vorkriegszeit zum Staate befand, ließ diese Männer jede Auflockerung der Gesetze begrüßen.” FRAENKEL, Ernst. *Zur Soziologie der Klassenjustiz*. op. cit., p.193. d

<sup>281</sup> NEUMANN, Franz. *Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht*. op. cit., p.324.

<sup>282</sup> “Theorie stand gegen Theorie. Der Methodenstreit war zur Schicksalsfrage von Millionen geworden.” FRAENKEL, Ernst. *Zur Soziologie der Klassenjustiz*. op. cit., p.194.



nova ordem jurídica que havia incorporado parte das reivindicações das lutas sociais que haviam dado origem à democracia:

A classe trabalhadora alcançou um certo poder. Nos campos sociais, ela tem um alto nível de conquistas para registrar. No campo da política econômica, ela faz novas demandas que passam pela ampliação do controle sobre cartéis e monopólios, pela gestão pública da produção de ferro, pelo fortalecimento da influência dos empregados na indústria do carvão e do potássio. As relações sociais se modificaram de maneira fundamental e – no que se segue, partimos desta concepção otimista de fundo –: elas vão se deslocar mais em favor da classe trabalhadora a cada ano. Mas numa situação como esta, o reconhecimento da discricionariedade judicial ampla tem um efeito necessariamente reacionário (...).<sup>283</sup>

Apesar de haver uma troca de posicionamentos, os juízes não estavam no mesmo patamar que os teóricos do direito ou os juristas combativos, simplesmente pelo fato de que eles eram a autoridade legítima para decidir. Há, portanto, uma troca de posições em que os lados não estão em pé de igualdade. Assim, o judiciário passou a fazer uso amplo da noção de boa-fé (*Treu und Glauben*) do Código Civil alemão, em seu §242 BGB, que determinava que o costume dos negócios nortearia o cumprimento da obrigação por parte do devedor, incorporando a *bona fides* do direito romano.<sup>284</sup> Por mais que se tratasse de um critério para o campo das obrigações, era aplicado de maneira irrestrita para o direito do trabalho e para outros campos dogmáticos, era aplicado como uma permissão à discricionariedade em qualquer matéria jurídica.<sup>285</sup> O judiciário começou a argumentar com base em finalidades e consequências, em valores e ponderações. “Boa-fé”, “bons costumes” e “risco operacional”

---

<sup>283</sup> “Die Arbeiterklasse ist zu einer gewissen Macht gelangt. Auf sozialem Gebiete hat sie ein hohes Maß von Errungenschaften zu verzeichnen. Auf wirtschaftspolitischem Gebiet erhebt sie neue Forderungen, die auf Ausbau der Kartell- und Monopollkontrolle, auf öffentliche Bewirtschaftung der Eisenerzeugung, auf Verstärkung des Arbeitnehmereinflusses in der Kohlen- und Kaliwirtschaft gehen. Die sozialen Verhältnisse haben sich grundlegend gewandelt, und – von dieser optimistischen Grundauffassung gehen wir im folgenden aus -: sie werden sich von Jahr zu Jahr zugunsten der Arbeiterklasse verschieben. In einer solchen Situation aber muß die Anerkennung des weiten richterlichen Ermessens notwendig reaktionär wirken (...).” NEUMANN, Franz. Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen. op. cit., p.521-522.

<sup>284</sup> BGB §242: “O devedor está obrigado a desempenhar da maneira como a boa-fé exige, levando os costumes dos negócios em consideração.” [“Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”]

<sup>285</sup> Esta é a posição de Neumann em *Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht*, também de 1929: “O §242 do BGB não contém uma norma jurídica [*Rechtssatz*] que afasta as normas jurídicas existentes, ele contém unicamente uma regra de interpretação para prestações de dívida. Ele pode apenas afirmar como a prestação de dívida deve ser adimplida quando de fato houver uma pretensão [*Anspruch*].” [“Der §242 BGB enthält keinen Rechtssatz, der bestehende Rechtssätze beseitigt, er enthält lediglich eine Auslegungsregel für schuldnerische Leistungen. Er vermag nur auszusagen, wie, wenn ein Anspruch überhaupt besteht, die an sich geschuldete Leistung zu vollziehen ist.”] NEUMANN, Franz. *Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht*. op. cit., p.323.

(*Betriebsrisiko*) eram as principais justificativas textuais para adotar este modelo interpretativo. E todas elas provenientes do direito civil, utilizadas para afastar outras leis ou mesmo dispositivos constitucionais.

Poderíamos supor que estas cláusulas gerais e abertas eram uma característica da própria legislação do pós-guerra e, assim, o posicionamento dos juízes teria apenas acompanhado uma mudança de estrutura da lei. Mas estas cláusulas já existiam muito antes da conquista da democracia de Weimar e passaram a ser utilizadas amplamente apenas depois.<sup>286</sup> É este fato que leva Fraenkel a denunciar o oportunismo da mudança diametral de posicionamentos no que diz respeito ao modelo interpretativo:

Não, a diferença está no fato de que as leis do período anterior à guerra eram voltadas unilateralmente contra o proletariado, então nenhuma associação de conselhos dos tribunais do *Reich* resmungava. Agora que foi promulgada uma lei contra a própria classe, clama-se pelos bons costumes!<sup>287</sup>

No diagnóstico de Neumann, apontar para esta transformação estrutural não serve apenas para denunciar o que ele também considera ser uma alteração oportunista revestida por uma discussão teórica. Para ele, é a própria lógica interna da jurisdição que se altera:

Se nós considerarmos a importância extraordinária da livre apreciação na jurisdição atual, então precisaremos constatar que *a jurisdição se transformou, gradualmente, em administração*. Isso porque a essência da administração está justamente na consideração da livre apreciação no interior de um quadro colocado pela lei, no nivelamento de interesses, na forte consideração de ponderações sobre finalidade contrapostas a ponderações sobre juridicidade [*Rechtmäßigkeitserwägungen*]. Cada vez mais a jurisdição se transforma em administração, uma vez que, num grau cada vez maior, ela não diz mais o direito, ela não aplica mais leis, mas quer nivelar os interesses.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> Ver HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklausen*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1933. Hedemann foi um jurista conservador que se envolveu ativamente com o regime nacional-socialista. Neste livro, de 1933, ele mostra como as cláusulas gerais são anteriores à democracia, mapeando, para o caso de *Treu und Glauben*, todas as suas ocorrências na história da legislação alemã.

<sup>287</sup> “Nein, der Unterschied liegt darin, dass die Gesetze der Vorkriegszeit sich einseitig gegen das Proletariat wandten, kein Reichsgerichtsräteverein muckte auf. Nun, da ein Gesetz gegen die eigene Klasse erlassen wird, ruft man nach den guten Sitten!”, FRAENKEL, Ernst. *Zur Soziologie der Klassenjustiz*. op. cit., p.195.

<sup>288</sup> “Betrachten wir die außerordentliche Bedeutung des freien Ermessens in der heutigen Rechtsprechung, so werden wir feststellen müssen, daß sich die Rechtsprechung allmählich in Verwaltung verwandelt. Denn das Wesen der Verwaltung gerade besteht in der Berücksichtigung des freien Ermessens innerhalb eines vom Gesetz gesckten Rahmens, in dem Ausgleich von Interessen, in der starken Berücksichtigung von Zweckmäßigkeit- gegenüber Rechtmäßigkeitserwägungen. Mehr und mehr wandelt sich die Rechtsprechung zur Verwaltung, denn in immer stärkerem Maße spricht sie nicht mehr Recht, wendet sie nicht mehr Gesetze an, sondern will die Interessen ausgleichen.”, NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.11-12.

Neumann vê uma contraposição entre, por um lado, nivelar interesses, argumentar por meio de ponderações e desenvolver compensações e, por outro, efetivamente aplicar a lei. Em sua visão, quem sopesa interesses, valores e finalidades é a administração – aqui *Verwaltung* é em sentido amplo –, ao implementar políticas e decidir prioridades, com base na ordem jurídica estabelecida. Ou mesmo o legislador, que determina os termos e os objetivos de regras específicas nas leis. Já o juiz não deveria discutir estas finalidades já estabelecidas, mas justamente partir delas sem colocá-las em xeque. É por isso que Neumann aponta a uma outra tendência: a jurisdição passa gradualmente a não dizer mais o direito para, em seu lugar, atuar como se fosse um órgão administrativo. Ou, em outras palavras, a justiça passa a funcionar como política.

Mas só é possível compreender o que esta tendência significa com uma discussão mais aprofundada sobre o que “aplicar a lei” de fato quer dizer. Neumann explica muito pouco sobre este ponto: “Jurisdição é aplicação de leis ao caso individual que está para ser decidido. Cada ato de jurisdição acontece, portanto, em razão de uma lei, pressupõe uma lei como existente e não quer fazer nada além do que realizar essa lei no caso concreto.”<sup>289</sup> Aqui, não se sabe se isto é uma defesa do método formalista sem mais – o que poderia explicar o epíteto de “legalista” conferido a Neumann *a posteriori* –, se se trata de uma acusação de falta de coerência das classes dominantes ou se é simplesmente um argumento pouco desenvolvido, que requereria uma discussão mais aprofundada sobre interpretação judicial. Numa nota nesta passagem, Neumann afirma que é evidente que mesmo a livre apreciação só pode acontecer a partir de uma lei – ou seja: ele avisa o leitor que não está sendo ingênuo, que sabe que, em alguma medida, há efetivação da lei mesmo quando se trata de propor nivelamentos de interesse ou de debater finalidades. E que a diferença entre jurisdição e administração é, portanto, “quantitativa, política e sociológica”<sup>290</sup> – mas o leitor fica sem maiores explicações para além deste ponto.

---

<sup>289</sup> “Rechtsprechung ist Anwendung von Gesetzen auf den einzelnen Fall, der zur Entscheidung steht. Jedes Rechtsprechen erfolgt also auf Grund eines Gesetzes, setzt ein Gesetz als bestehend voraus und will nichts weiter tun, als dieses Gesetz auf den einzelnen Fall zu verwirklichen”, Idem, p.9.

<sup>290</sup> Idem, p.12, nota 10.

Um texto seu de intervenção em resposta a Bendix, intitulado *Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht* [Discricionariedade judicial e disputa metodológica no direito do trabalho] e também publicado em 1929, responde melhor a esta questão:

Segundo a teoria tradicional e correta, aplicação do direito significa a subsunção de um fato concreto a uma norma jurídica. É mérito da teoria do direito livre ter mostrado que essa subsunção não é uma tarefa apenas lógica, matemática, que o juiz não é apenas um autômato da jurisdição, onde se lança o fato concreto na parte de cima para obter a decisão pronta na parte de baixo, mas que decidir é, ao mesmo tempo, uma atividade volitiva. Este não é um conhecimento novo. É evidente que todo juiz é uma ‘personalidade’, certamente é a pessoa como um todo que está envolvida no ato de julgar; porque julgar é uma atividade volitiva, então a decisão precisa necessariamente depender da atitude [*Einstellung*] intelectual, política, social como um todo da pessoa que julga. Tudo isto está correto; mas infelizmente não é possível reconhecer as consequências que Bendix extrai disto. Não pode ser tarefa do juiz conseguir conferir validade, no julgamento, a esses seus sentimentos privados de caráter político, social e religioso, algo já apontado por Kantorowicz na discussão já mencionada, mas reconhecer esse seu caráter condicionado nos planos intelectual e social para, em seguida, na medida das suas forças humanas, desativá-lo durante a atividade de julgamento e não para lhe conferir validade. (...)

Agora, a tarefa da aplicação do direito é a seguinte. A jurisprudência dogmática – ou, para falar com Renner, a jurisprudência técnica – investiga primeiro a norma jurídica [*Rechtssatz*] em si, como forma lógica. Esta é a tarefa técnico-jurídica originária, que sempre estará e precisará estar no centro da aplicação do direito. Na condição de ciência auxiliar da dogmática, a sociologia tem seu lugar no exame do fato concreto que é apresentado ao juiz pelas partes. Aqui é o campo primordial de aplicação da sociologia do direito e da psicologia jurídica.<sup>291</sup>

Neumann concorda, portanto, com a crítica da Escola Livre do Direito feita à jurisprudência dogmática: o processo decisório não é mecânico, não é livre de valores de

---

<sup>291</sup> “Rechtanwendung bedeutet nach überkommener und richtiger Lehre Subsumtion eines konkreten Tatbestandes unter eine Rechtsnorm. Es ist das Verdienst der Freirechtslehre, gezeigt zu haben, daß diese Subsumtion nicht eine nur logische, mathematische Aufgabe ist, daß der Richter nicht nur Rechtsprechungsautomat ist, in den man oben den konkreten Tatbestand hineinwirft, um unten die fertige Entscheidung zu erhalten, sondern daß Entscheiden zugleich Willensbetätigung ist. Diese Erkenntnis ist nichts neues. Gewiß ist jeder Richter eine ‚Persönlichkeit‘, sicherlich ist beim Richten der ganze Mensch beteiligt, weil Richten Willensbetätigung ist, es muß also die Entscheidung notwendig abhängen von der gesamten geistigen, politischen, sozialen Einstellung des entscheidenden Menschen. All das ist richtig; nur sind die Konsequenzen, die Bendix zieht, leider nicht anzuerkennen. Es kann nicht die Aufgabe des Richters sein, diesen seinen privaten Gefühlen in politischer, sozialer, religiöser Hinsicht im Urteil Geltung zu verschaffen, worauf Kantorowicz in der erwähnten Besprechung bereits hingewiesen hat, sondern diese seine geistige und soziale Bedingtheit zu erkennen, um sie dann, soweit es in seinen menschlichen Kräften steht, bei der Urteilstätigkeit auszuschalten und nicht, um ihnen im Urteil Geltung zu verschaffen. (...) Die Aufgabe der Rechtsanwendung ist nunmehr folgende. Die dogmatische Jurisprudenz, oder, um mit Renner zu sprechen, die technische Jurisprudenz untersucht zunächst den Rechtssatz an sich, als logische Form. Das ist die ursprüngliche technisch juristische Aufgabe, die immer im Zentrum der Rechtsanwendung stehen wird und muß. Die Soziologie nun als Hilfswissenschaft der Dogmatik hat zunächst ihren Ort in der Untersuchung der konkreten Tatbestandes, der dem Richter von den Parteien dargeboten wird. Hier ist zunächst das Anwendungsgebiet von Rechtssoziologie und Rechtspsychologie.” NEUMANN, Franz. *Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht*. op. cit., p.329.

todos os tipos, faz parte do contexto social em que está inserido. Mas Neumann não concorda que esta crítica tenha que, ao mesmo tempo, significar que o juiz deve defender seus valores pessoais, simplesmente transpondo-os às decisões judiciais. Se é inegável que o juiz é uma personalidade, ela não pode se tornar elemento constitutivo da interpretação e da maneira de decidir, sob pena de, no limite, comprometer o conteúdo e a racionalidade do direito. É por isso que ele insiste num momento dogmático ou técnico de análise do texto da norma: ainda que a jurisprudência dogmática parta de um pressuposto equivocado, há nela um momento de verdade, correspondente a uma análise interna das categorias do texto da lei.

A preocupação de Neumann aqui é desassociar a crítica correta à jurisprudência dogmática de uma espécie de autorização para o arbítrio, em contrariedade a mandamentos de igualdade e a qualquer previsibilidade. Neumann identifica que há uma confusão, principalmente no campo da esquerda – uma vez que grande parte dos juristas que apoiavam a luta dos trabalhadores também acabaram sendo favoráveis ao método finalístico antes da guerra – entre a questão da discricionariedade e a do método de interpretação:

Por princípio, estas duas coisas não têm nada que ver uma com a outra: é possível conceder uma discricionariedade muito ampla ao juiz e, ainda assim, recusar o método sociológico, e é possível ser adepto do método sociológico na aplicação do direito sem precisar simpatizar com o alargamento da discricionariedade judicial. No entanto, é preciso conceder a Bendix que, na práxis e também no desenvolvimento histórico, jurisdição livre e aplicação sociológica do direito estão ligadas entre si.<sup>292</sup>

Assim, podemos entender a tendência de que a jurisdição assume cada vez mais a lógica da administração, da seguinte maneira: em primeiro lugar, há uma supressão da “tarefa técnico-jurídica originária”, ou seja, de uma análise sistemática e dogmática da lei; em segundo lugar, este raciocínio é substituído por um sopesamento de valores que tem alguma lei como pano de fundo, mas a usa apenas como pretexto para compensar e nivelar interesses.

Para Neumann, houve uma troca de posições no que diz respeito à interpretação judicial. Os posicionamentos mudaram diametralmente de lugar antes e depois da guerra. Uma proposta como a da Escola do Direito Livre, que buscava inserir mudanças sociais em

---

<sup>292</sup> “Diese beide Dinge haben grundsätzlich nichts miteinander zu tun: Man kann dem Richter ein sehr weites Ermessen zugestehen und dennoch die soziologische Methode ablehnen, und amn kann Anhänger der soziologischen Methode in der Rechtsanwendung sein, ohne mit der Ausdehnung des richterliches Ermessens sympathisieren zu müssen. Zuzugeben ist Bendix, daß allerdings in der Praxis und auch in der geschichtlichen Entwicklung Freirechtsprechung und soziologische Rechtsanwendung miteinander verknüpft sind.” Idem, p.321-322.

meio a uma ordem jurídica predominantemente contrária aos trabalhadores, é utilizada, ao longo da República de Weimar, com o sentido oposto: para minar as conquistas legislativas do operariado. A simples troca de posicionamentos é justificada por meio de inúmeras discussões teóricas entre juristas. Com a disseminação do método finalístico, a jurisdição passa a fazer as vezes de administração, valendo-se de ponderações, compensações e nivelamentos de interesses, valores e finalidades. Este é o primeiro aspecto do que Neumann vai chamar de politização da justiça (*Politisierung der Justiz*). Vamos agora ao segundo.

## ii) *A mudança no controle de constitucionalidade*

Se, na leitura de Neumann, a mudança no modelo de interpretação judicial abre um enorme caminho para a discricionariedade do juiz, constituindo um ataque ao parlamento na medida em que passava a ser possível contornar as disposições dos textos legais aprovados, outra ameaça vinha da mudança de posicionamento em relação ao controle de constitucionalidade:

Mas o Judiciário tampouco ficou parado nessa posição mais livre em relação à lei, amparada pelo §242 do BGB – e, com isso, a exposição ultrapassa a de Fraenkel –, a Justiça antes se adaptou a uma posição de censora em relação à lei: os tribunais reivindicam para si a autoridade de verificar leis regularmente promulgadas no que diz respeito a se surgiram de acordo com a Constituição e se têm um conteúdo de acordo com a Constituição. Sob o domínio da Constituição de Bismarck não havia qualquer dúvida de que era proibido ao juiz verificar a conformidade formal e material à Constituição de leis regularmente promulgadas. A sanção (a emissão do comando da lei) por meio da Câmara Federal ou pelo rei da Prússia retirava qualquer dúvida a respeito da constitucionalidade de seu direito. Praticamente nenhum professor de direito constitucional se posicionou em favor do direito de revisão no período anterior à guerra.

Com a entrada em vigor da Constituição de Weimar, o quadro muda de figura. Defende-se hoje que a autoridade da Justiça para revisar as leis seria consequência obrigatória da essência da democracia. O tribunal do *Reich* e a maioria predominante de todos os professores de direito constitucional se manifestaram em favor desse direito de revisão judicial.<sup>293</sup>

---

<sup>293</sup> “Aber auch bei dieser freieren, auf §242 BGB, beruhenden Stellung gegenüber dem Gesetz ist das Richtertum nicht stehengeblieben – und damit greift die Darstellung über die Fraenkelsche hinaus – es hat sich vielmehr die Justiz eine Zensorstellung gegenüber dem Gesetz angemaßt: die Gerichte beanspruchen für sich die Befugnis, ordnungsmäßig verkündete Gesetze daraufhin nachzuprüfen, ob sie einen verfassungsmäßigen Inhalt haben. Unter der Herrschaft der Bismarckschen Verfassung bestand kein Zweifel daran, daß es dem Richter verboten war, ordnungsmäßig verkündete Gesetze auf ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Die Sanktion (die Erteilung des Gesetzesbefehls) durch den Bundesrat bzw. durch den König von Preußen nahm irgendwelchen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit ihre Berechtigung. Kaum ein Staatsrechtslehrer ist in der Vorkriegszeit für das Nachprüfungsrecht eingetreten.

Mit dem Inkrafttreten der Weimarer Verfassung ändert sich das Bild. Man behauptet nunmehr, daß aus dem Wesen der Demokratie die Nachprüfungsbefugnis der Justiz gegenüber den Gesetzen zwingend folge. Das

Neumann identifica mais uma mudança diametral de posicionamentos. Enquanto a Constituição de Bismarck estava em vigor, nem o judiciário e nem os principais constitucionalistas reivindicavam o controle de constitucionalidade como ferramenta democrática, nem mesmo para verificação formal da adequação das leis. Com a promulgação da Constituição de Weimar, a posição dominante passa a ser em favor deste controle, especialmente em sua dimensão material:

Na nossa época que coloca exigências extraordinárias para a legislação, agora emerge, em relação a uma infinidade de leis, a dúvida sobre se seu conteúdo está de acordo com os direitos fundamentais da Constituição do *Reich*. Com ajuda do direito de revisão judicial e dos direitos fundamentais, a moderna teoria do Estado procura declarar inconstitucional especialmente uma infinidade de leis sociais e de política econômica – e essa teoria já teve um certo sucesso. Assim, o §11 da lei que regula o tribunal trabalhista [*Arbeitsgerichtsgesetz*], que permite que os advogados não sejam necessários perante os tribunais trabalhistas, deve ser inconstitucional e um antigo conselheiro ministerial prussiano fez inclusive uma incursão pelos direitos fundamentais da Constituição de Weimar para demonstrar a nulidade dessa determinação legal. Um grande número de professores de direito constitucional se esforça para demonstrar que a pretensa posição de monopólio dos sindicatos apresentaria uma violação contra os artigos 159 e 165 da Constituição do *Reich*, já que a exclusão das associações empresariais, das associações trabalhistas patrióticas e de pseudo-sindicatos semelhantes violaria os direitos fundamentais. (...) Mas também a lei de bloqueio da revalorização das pensões da alta nobreza, aprovada pelo *Reichstag*, foi declarada inconstitucional pela 6ª divisão cível do Tribunal do *Reich* em sua qualidade de tribunal arbitral porque a lei não foi aprovada com maioria para alterar a Constituição.<sup>294</sup>

Assim, enquanto o parlamento aprovava leis de cunho social, ou seja, que promoviam a igualdade material e que buscavam combater privilégios, o judiciário se colocava como

---

Reichsgericht und die überwiegende Mehrzahl aller Staatsrechtslehrer haben sich für dieses richterliche Prüfungsrecht ausgesprochen.” NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.12.

<sup>294</sup> “Nun taucht in unserer Zeit, die an die Gesetzgebung außerordentliche Ansprüche stellt, bei einer Fülle von Gesetzen der Zweifel auf, ob ihr Inhalt mit den Grundrechten der Reichsverfassung im Einklang steht. Die moderne Staatstheorie versucht insbesondere eine Fülle von sozial- und wirtschaftspolitischen Gesetzen mit Hilfe des richterlichen Prüfungsrechts und der Grundrechte für verfassungswidrig zu erklären und gewisse Erfolge hat diese Theorie bereits gehabt. So soll der §11 des Arbeitsgerichtsgesetzes, der die Anwälte vor den Arbeitsgerichten ausschließt, verfassungswidrig sein und ein ehemaliger preußischer Ministerialrat hat sogar einen Streifzug durch die Grundrechte der Weimarer Verfassung unternommen, um die Nichtigkeit dieser Gesetzesbestimmung darzutun. Eine große Zahl von Staatsrechtslehrern bemüht sich, darzutun, daß die angebliche Monopolstellung der Gewerkschaften einen Verstoß gegen die Artikel 159 und 165 der Reichsverfassung darstelle, da der Ausschluß der Werkvereine, der Vaterländische Arbeitervereine und ähnlicher Pseudogewerkschaften gegen Grundrechte verstoße. (...) Aber auch das Sperrgesetz gegenüber der Aufwertung der Renten der Standesherrn, das der Reichstag beschlossen hat, ist vom 6. Zivilsenat des Reichsgerichts in seiner Eigenschaft als Schiedsgericht für verfassungswidrig erklärt worden, weil es nicht mit verfassungsändernder Mehrheit angenommen worden ist.” Idem, p.13.

bloqueio a estas mudanças, ao declarar a nulidade destas leis com base no controle de constitucionalidade. Neumann identifica uma tendência de censura do sistema judicial ao parlamento, minando a soberania do legislativo. O judiciário reivindicaria para si o papel de soberano, de última palavra na correlação de poderes e teria passado a atuar como se fosse uma segunda Câmara ao lado do parlamento. Se a jurisdição havia se equiparado à administração ao passar a sopesar e nivelar interesses, a mudança oportunista em relação ao controle de constitucionalidade apenas aprofundaria esta tendência, mostrando que esta justiça-administração também pretendia se sobrepor ao próprio parlamento em questões sociais.

Em um de seus textos de intervenção intitulado *Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen* [Contra uma lei sobre o controle de constitucionalidade das leis do Reich], também publicado em 1929, Neumann defende que o principal meio jurídico utilizado pelo judiciário para fazer avançar esta “tendência reacionária” é o recurso aos direitos fundamentais. Em mais de um de seus artigos deste período, Neumann defende que os direitos fundamentais têm origem liberal – e não democrática.<sup>295</sup> Em sua argumentação, tratam-se de direitos “completamente formais”, no sentido de que podem ser preenchidos com qualquer conteúdo por qualquer grupo.<sup>296</sup> Qualquer classe pode projetar suas aspirações nos direitos fundamentais e usá-los como ferramenta de justificação de suas ações políticas. Os direitos fundamentais passam a ser a aparência legítima de projetos de poder, o que Neumann classifica como ideologia de encobrimento [*Verdeckungsideologie*].<sup>297</sup>

Ainda que vários direitos fundamentais sirvam como tela de projeção para o controle de constitucionalidade, Neumann chama atenção para um deles em especial: a igualdade perante a lei. Apesar de o texto da norma não ter sido alterado entre a Constituição de Bismarck e a de Weimar – “todos são iguais perante a lei” –, a interpretação do dispositivo feita pelos constitucionalistas e pelo sistema judicial também passou por uma mudança

---

<sup>295</sup> NEUMANN, Franz. *Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen*. op. cit., p.523; NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. op. cit., p.141.

<sup>296</sup> NEUMANN, Franz. *Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen*. op. cit., p.523.

<sup>297</sup> *Idem*, p.523.



decisiva.<sup>298</sup> Antes da guerra, a interpretação dominante entendia que o mandamento de igualdade se aplicava à administração, impedindo-a de basear suas ações em tratamentos discriminatórios – um mandamento de igualdade em sentido negativo, uma proibição de discriminação ou diferenciação arbitrária, uma ordem de não-fazer. Com a conquista da democracia, a maioria dos constitucionalistas passou a defender que este direito fundamental também vinculava o legislador. E isto não significava simplesmente que também o legislador passava a estar proibido de fazer diferenciações arbitrárias ou instaurar privilégios. Era antes um ataque aos novos campos dogmáticos que tinham por objetivo corrigir assimetrias estruturais de poder, que tratavam os desiguais de maneira desigual. Aplicar o mandamento de igualdade em sua determinação negativa – igualdade formal, portanto – ao parlamento colocava em xeque toda a legislação social, fosse ela trabalhista ou de direito econômico. A partir desta nova leitura, o legislador não poderia mais diferenciar associações da classe trabalhadora de associações patronais, por exemplo.

Para Neumann, a combinação entre livre apreciação do juiz, autorização irrestrita ao controle material de constitucionalidade e o recurso aos direitos fundamentais para justificar estas posições significava atingir a legislação social em seu âmago.<sup>299</sup> Não é por outra razão que, em 1930, ele dedica um artigo específico – bastante citado por sua divergência expressa com Kirchheimer – para mostrar como a esquerda deveria projetar as suas próprias reivindicações nos direitos fundamentais da Constituição de Weimar, como parte de uma luta para reverter a tendência de bloqueio ao direito social. Em *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung [O significado social dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar]*, um texto eminentemente estratégico, na medida em que pretende indicar caminhos para os juristas de esquerda, Neumann mostra que é possível interpretar o artigo 109, I da Constituição de maneira positiva, como um mandamento de igualdade material:

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.

---

<sup>298</sup> Idem, p.528. Neste ponto da argumentação, Neumann faz referência expressa à tese de *Funktionswandel* de Karl Renner.

<sup>299</sup> Idem, p.530.

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.<sup>300</sup>

E, para Neumann, não restaria dúvida de que o mandamento de igualdade da Constituição de Weimar não pode ser apenas formal – “porque a Constituição é, em sua parte decisiva, uma obra da classe trabalhadora.”<sup>301</sup> O tom do texto é estratégico e prático. Neumann quer evitar que a social-democracia simplesmente reproduza a ideia de que os direitos fundamentais são liberais, sem disputar sua interpretação, deixando um campo aberto para as classes dominantes. A tarefa neste momento é anunciada claramente: “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.”<sup>302</sup> De maneira ainda mais clara:

*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 então?”, que se aproxima fortemente das ordens de ideias comunistas, então a resposta só pode ser: em primeiro lugar Weimar!*<sup>303</sup>

A contraposição às interpretações liberais de direitos fundamentais não tem como finalidade última defender estes direitos simplesmente, mas antes organizar uma contratendência ao uso do mandamento de igualdade como forma de impedir qualquer tipo de legislação que pretendesse endereçar desigualdades de maneira positiva. Para Neumann,

---

<sup>300</sup> NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. op. cit., p.145.

<sup>301</sup> Idem, p.148.

<sup>302</sup> Idem, p.140.

<sup>303</sup> Idem, p.153, grifo original.

disto dependia a continuidade do direito do trabalho e do direito econômico. Disto também dependia a continuidade da democracia.

## IV.2. Estado de equilíbrio e compromisso

Além de apontar para estas mudanças estruturais, em *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho*, Neumann também pretende mostrar como estas alterações profundas acontecem especificamente na justiça trabalhista. Ao chamar atenção para o caráter de compromisso da justiça do trabalho, ele afirma:

Este caráter de compromisso não é uma surpresa para aqueles formados na tradição marxista. Isso porque, como explicou Otto Bauer, nossa ordem social tem sua característica decisiva na luta de classes que tudo domina e que, por enquanto, conduziu a um equilíbrio de ambas as classes. No entanto, no tribunal do trabalho, ambas as classes estão representadas, da mais baixa à mais alta instância. A tarefa do juiz de carreira seria, portanto, neutralizar a oposição de classes, ficar entre elas como uma força neutra e mediadora. Ernst Fraenkel mostrou em detalhes em seu ensaio que isto nem sempre é possível, que é absolutamente impossível em questões principiológicas porque também o juiz é vinculado a uma classe.<sup>304</sup>

A tese do equilíbrio temporário de classes defendida por Bauer é explicitada neste trecho. Em tese, a justiça do trabalho reproduziria este equilíbrio social, já que ambas as classes estariam nela representadas. Da mesma maneira como na sociedade, a justiça refletiria esta correlação de forças, de certa maneira neutralizando a oposição entre elas. Como vimos, este é o papel atribuído por Kirchheimer ao direito: ele seria o mantenedor do equilíbrio característico das relações sociais e de poder, já que cada classe procuraria inscrever no direito seus próprios projetos e valores, seja em âmbito legislativo ou no judiciário, ainda que este último seja menos tematizado na análise de Kirchheimer. Aqui, na análise de Neumann, todas estas considerações estão no plano das expectativas. Dado o

---

<sup>304</sup> “Dieser Kompromißcharakter ist für den, der marxistisch geschult ist, nichts Überraschendes. Denn unsere Gesellschaftsordnung hat, wie Otto Bauer dargelegt hat, ihr entscheidendes Kennzeichen in dem alles beherrschenden Klassenkampf, der zur Zeit zu einem Gleichgewicht der beiden Klassen geführt hat. Im Arbeitsgericht, von der untersten bis zur höchsten Instanz, sind jedoch beide Klassen vertreten. Die Aufgabe des Berufsrichters wäre also, den Klassengegensatz zu neutralisieren, zwischen ihm als vermittelnde neutrale Gewalt dazustehen. Daß das nicht immer möglich ist, daß es bei prinzipiellen Fragen schlechthin unmöglich ist, weil auch der Richter klassenmäßig gebunden ist, hat Ernst Fraenkel in seiner Broschüre eingehend aufgezeigt.” NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.25.

diagnóstico de fundo de um equilíbrio temporário da luta de classes, todas as instituições atuariam para mantê-lo, funcionando segundo a dinâmica dos acordos e compromissos que, no limite, atenuavam a oposição de classes. Mas Neumann vai defender que o que acontece de fato é exatamente o contrário. A justiça – e a justiça do trabalho mais especificamente – não age como um mediador neutro e não estabiliza o equilíbrio, como poderíamos esperar. O judiciário desequilibra o paralelograma de forças apresentado por Bauer – e as mudanças de posicionamento a respeito do método de interpretação e a respeito do controle de constitucionalidade mostram isto com clareza. Apesar de desequilibrar a correlação de forças sociais, Neumann entende que sua dinâmica continua sendo marcada pelo acordo ou compromisso, assim como na administração:

Assim, o tribunal do trabalho forma, na esfera da jurisdição, uma espécie de governo de coalizão, em que o juiz tem algo como o papel do presidente do *Reich*. Assim como a coalizão de governo no *Reich*, ele é, portanto, incapaz de agir em questões políticas decisivas – e precisa ser assim, uma vez que esta coalizão abarca duas classes distintas que se encontram em equilíbrio e necessariamente precisa buscar acordo por acordo (e com isto as fragilidades políticas do governo não devem ser desculpadas). Assim, o tribunal do trabalho oferece um exemplo típico do caráter de compromisso de toda a nossa ordem social atual. Este compromisso é possibilitado pelo §242 BGB, cuja ampla utilização concede uma grande margem de manobra para a livre apreciação judicial e que oferece a possibilidade de transformar a atividade jurisdicional dos tribunais em atividade administrativa. Essa natureza de compromisso da jurisdição dos tribunais do trabalho leva, antes de tudo, a um estímulo extraordinário da atividade de comparação [*Vergleichstätigkeit*], inclusive há tribunais trabalhistas que fazem da necessidade uma virtude e vêem a comparação como primeira tarefa do juiz e, assim, colocam a jurisdição dos tribunais trabalhistas de cabeça para baixo.<sup>305</sup>

A dinâmica de funcionamento dos tribunais do trabalho é, em parte, expressão da paralisia característica do governo de coalizão, incapaz de agir em questões políticas relevantes, tendo que contornar vetos por meio de acordos e compromissos temporários. Neumann também volta a ressaltar a tendência discutida anteriormente, o judiciário se

---

<sup>305</sup> “Das Arbeitsgericht bildet also in der Sphäre der Rechtsprechung gewissermaßen eine Koalitionsregierung, wobei der Richter etwa die Rolle des Reichspräsidenten hat. Ebenso wie die Regierungskoalition im Reich deshalb in entscheidenden politischen Dingen aktionsunfähig ist und sein muß, weil diese Koalition zwei verschiedene, in Gleichgewicht befindliche Klassen umfaßt und notwendig von Kompromiß zu Kompromiß hinstreben muß (womit nicht etwa politische Schwachheiten der Regierung entschuldigt werden sollen), so bietet das Arbeitsgericht ein typisches Beispiel des Kompromißcharakters unserer gesamten gegenwärtigen Gesellschaftsordnung. Dieser Kompromiß wird ermöglicht durch den §242 BGB, dessen weite Anwendung dem freien richterlichen Ermessen großen Spielraum gewährt, und der die Möglichkeit gewährt, die rechtsprechende Tätigkeit der Gerichte zur Verwaltungstätigkeit umzugestalten. Diese Kompromißnatur der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung führt zunächst zu einer außerordentlichen Förderung der Vergleichstätigkeit, ja es gibt sogar Arbeitsgerichte, die aus Not eine Tugend machen und im Vergleich überhaupt die erste Richteraufgabe sehen, somit die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung geradezu auf den Kopf stellen.” Idem, p.25.

transforma gradualmente em administração, incorporando sua racionalidade própria. Mas se os tribunais do trabalho também são uma expressão do estado de equilíbrio entre classes e simulam o *modus operandi* que leva à paralisia, a que tipo de decisões judiciais estamos nos referindo? E como este sistema desorganizaria o equilíbrio se, acompanhando o argumento de Neumann, há uma reprodução das mesmas condições administrativas que levam ao balanceamento?

Para Neumann, o caráter de compromisso das decisões judiciais dos tribunais trabalhistas se expressa no fato de que os juízes não decidem mais os casos a partir de regras jurídicas: “assim, eles transferem a decisão mais uma vez a instâncias factuais, esquivando-se de uma decisão principiológica, não tomam posição em relação às oposições fundamentais de classe”.<sup>306</sup> Ao deslocar a decisão para o plano dos fatos do caso concreto, os juízes deixam de dizer qual norma jurídica deveria ser aplicada a casos semelhantes, não tomam posição em abstrato em relação aos conflitos. Como as decisões são tomadas a partir de comparações, sopesamentos e compensações dos fatos do caso específico sob julgamento, não há previsibilidade ou justificação com base em leis, ainda que a norma jurídica sirva como pano de fundo de todas as decisões. É, portanto, por meio da mudança de interpretação da lei – reivindicando para si próprios o poder de uma interpretação ampla que pode suprimir a análise sistemática dos textos das normas jurídicas –, da mudança em relação ao controle de constitucionalidade – reivindicando para si próprios o poder de controlar a adequação material das leis promulgadas pelo parlamento, especialmente com o veto a leis sociais – e da análise judicial caso a caso, sem decisão no plano das regras ou dos princípios jurídicos, que os juízes desequilibram o jogo, na vasta maioria das vezes, contra os trabalhadores.

Neumann discute algumas decisões judiciais para ilustrar seu argumento. Uma pesquisa sistemática sobre as decisões dos tribunais trabalhistas só viria alguns anos depois, com o estudo impressionante de Otto Kahn-Freund em *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts* [O ideal social do tribunal trabalhista do Reich], de 1931.<sup>307</sup> Assim como Neumann, Kahn-Freund mostra que a análise destas decisões é muito mais complicada

---

<sup>306</sup> “Es verlegt also die Entscheidung wiederum in die Tatsacheninstanzen, es weicht einer prinzipiellen Entscheidung aus, es nimmt zu dem großen fundamentalen Klassengegensatz nicht Stellung.” Idem, p.27.

<sup>307</sup> KAHN-FREUND, Otto. *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts*. In: RAMM, Thilo (org.). *Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918-1933*. Berlim-Spandau: Hermann Luchterhand Verlag, 1966. Kahn-Freund se vale de uma compilação oficial das decisões trabalhistas do Reich que não estava disponível para Neumann em 1929. Além disso, Kahn-Freund identifica um ponto de virada na jurisprudência justamente a partir de 1929, que o permite falar num ideal social fascista como pano de fundo destas decisões.

do que as categorias “favorável aos trabalhadores” e “contra os trabalhadores” poderia sugerir. Os juízes não decidem abertamente em violação às leis. É antes uma questão de interpretação do direito e de como estas interpretações são justificadas. Kahn-Freund mostra, citando o livrinho de Neumann de 1929, que, se a justiça do trabalho costumava decidir em favor de benefícios sociais para trabalhadores individuais inválidos, doentes e idosos, por critérios de “compaixão social”<sup>308</sup>, a interpretação em conflitos coletivos era absolutamente distinta. Apenas para citar um exemplo (ainda que Kahn-Freund diga expressamente que não é possível tirar conclusões a respeito do modo de decidir destes tribunais a partir das decisões tomadas isoladamente), ao interpretar o conceito de empresa (*Betrieb*) como cooperação entre empregadores e empregados, o tribunal trabalhista do *Reich* julgou diversos casos contra direitos individuais de trabalhadores – como um trabalhador que se recusou a fazer hora-extra após ter trabalhado a jornada de oito horas inteira e que foi demitido por justa causa –, afirmando que o empregado era um representante da condução dos negócios da empresa e que não podia agir em contrariedade a este ente superior aos quais todos estavam subordinados e com os quais todos deveriam cooperar.<sup>309</sup> Na prática, o tribunal não negava o direito à jornada de oito horas *em geral*. Mas, confirmando a tese de Neumann, julgava que, no caso concreto, aquele direito feria o conceito de empresa e a cooperação esperada, o que justificaria a justa causa. Se a ideia de cooperação foi introduzida com o objetivo de levar à socialização da produção e do trabalho, os tribunais passam a interpretá-la como uma unidade entre empregados e empregadores, em que os empregados não poderiam ter interesses divergentes daqueles que levariam a empresa ao lucro.<sup>310</sup> Kahn-Freund mostra, em detalhes, como diversas cláusulas abertas são interpretadas desta maneira, inserindo momentos reguladores com valores externos – como esse ideal de empresa como organismo pacificador e sem conflitos – e transformando toda a estrutura da legislação trabalhista por dentro.<sup>311</sup>

Para Neumann, um dos principais pontos é constatar que, apesar de todas as críticas à justiça do trabalho, apesar de todas as tendências conservadoras no interior do judiciário

---

<sup>308</sup> Idem, p.193-194. NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.27 e seguintes.

<sup>309</sup> KAHN-FREUND, Otto. *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts*. op. cit., p.156-157.

<sup>310</sup> Idem, p.160.

<sup>311</sup> Idem, p.207.

de maneira geral e apesar de desestabilizar o estado de equilíbrio em favor das classes dominantes, a justiça trabalhista era amplamente aprovada pela classe operária.<sup>312</sup> Neumann credita isto ao fato de que muitos trabalhadores tiveram seus direitos reconhecidos e suas reivindicações ouvidas pela primeira vez com a criação destes tribunais. A simplificação do processo trabalhista também é um elemento para levar em conta, já que aproximava o direito da realidade do operariado. Mas estas não eram as únicas razões para a aprovação generalizada. Para Neumann, elas iam ainda mais fundo, remontando à própria relação entre os trabalhadores e a democracia de Weimar:

O posicionamento do trabalhador em relação ao Estado é caracterizado por duas coisas: ele está tomado por um absoluto e completo desânimo em relação à política de coalizão. Ele não vê, na participação do partido dos trabalhadores no governo, qualquer progresso significativo para melhorar sua situação. Ele vê que o governo de coalizão não é ativo, que ele tira todos os problemas políticos decisivos de seu caminho e que, por isso, ele está facilmente inclinado a acreditar na tese da deficiência de nosso sistema parlamentar como um todo, até mesmo na tese da deficiência da democracia em geral. Ele está bastante pronto para considerar a ideia de uma ditadura, ainda mais quando lhe é garantido que uma ditadura não precisa, de modo algum, andar de mãos dadas com um retrocesso social e político.<sup>313</sup>

Assim como Adler, Neumann entende que as limitações da democracia formal se mostram na insatisfação do proletariado com as instituições da democracia parlamentar. Assim como em Kirchheimer e nos diferentes contemporâneos de ambos, como Radbruch, Schmitt, Fraenkl e Weber, Neumann também vê que o parlamento não decide mais as questões sociais relevantes, que a paralisia é antes sua marca distintiva. Mas, diferentemente de todos eles, Neumann identifica que este desalento generalizado com a democracia existente é uma das causas para que os trabalhadores aprovem o sistema judicial, por mais contrário aos seus próprios direitos que ele possa ser. Em meio à paralisia, a justiça do trabalho ao menos dava uma resposta e, dependendo da configuração do conflito, chegava a reconhecer alguns direitos trabalhistas individuais.

---

<sup>312</sup> NEUMANN, Franz. *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*. op. cit., p.37.

<sup>313</sup> “Die Stellung des Arbeiters zum Staat ist gekennzeichnet durch zwei Dinge: er ist von einer absoluten und völligen Mutlosigkeit gegenüber der Koalitionspolitik ergriffen. Er sieht in der Beteiligung der Arbeiterpartei an der Regierung keinen irgendwie wesentlichen Fortschritt zur Verbesserung seiner Lage. Er sieht, daß die Koalitionsregierung nicht aktiv ist, daß sie allen entscheidenden politischen Problemen aus dem Wege geht, und er ist deshalb leicht geneigt, den Thesen von der Unzulänglichkeit unseres gesamten parlamentarischen Systems, ja von der Unzulänglichkeit der Demokratie überhaupt, Glauben zu schenken. Er ist allzu bereit, Diktaturgedanken Rechnung zu tragen und nachzugeben, um so mehr, wenn ihm versichert wird, daß eine Diktatur keinesfalls mit einem sozialpolitischen Rückschritt Hand in Hand zu gehen braucht.” Idem, p.37.

Neumann está procurando caminhos para reverter as tendências contrárias à legislação social, tanto de direito do trabalho quanto de direito econômico, no interior do judiciário. Mas esta é uma tarefa para os especialistas, ou seja, para os juristas críticos ou combativos. Em seus textos estratégicos, Neumann fornece argumentos jurídico-dogmáticos para que as principais teses conservadoras sejam combatidas no judiciário. O pressuposto aqui é o de que, apesar de todas as tendências diagnosticadas por ele, é possível revertê-las na própria arena em que elas estão ancoradas – ou ao menos que os juristas de esquerda têm a obrigação de se contrapor a elas em seu próprio terreno, com a própria linguagem do direito. E foi, em grande medida, o que Neumann fez em sua atuação como advogado para sindicatos importantes nos anos de Weimar. No entanto, no que diz respeito aos trabalhadores, o horizonte de Neumann é outro. Diante do diagnóstico de que existiam abismos entre povo, governo e parlamento – e que a justiça acabava sendo a instituição mais acessível, por comparação –, o caminho para superar estas separações era um arranjo de auto-administração coletiva, inspirada na proposta de democracia coletiva de Fraenkl – e ecoando a democracia social proposta por Sinzheimer. Esta auto-administração complementar as instituições existentes, cumprindo tarefas sociais e estatais, como a celebração de acordos coletivos e trabalhos específicos na justiça do trabalho, por exemplo. O ponto aqui para Neumann era estimular os trabalhadores a se engajarem novamente com a democracia ao mesmo tempo em que a própria democracia parlamentar era mudada por dentro. A participação ativa da classe operária – não apenas por meio de uma representação frágil na coalizão e no parlamento – faria com que os trabalhadores reconhecessem “a necessidade e a importância do compromisso em nossos tempos”.<sup>314</sup>

É talvez por isso que Neumann se auto-intitule como otimista em 1929. Apesar de todas as tendências diagnosticadas por ele, tanto para o sistema judicial quanto para a democracia formal, ele aposta que estas arenas devem ser disputadas para que o estado de coisas possa se alterar de maneira substantiva.

---

<sup>314</sup> Idem, p.38.



### Capítulo 3. Juridificação em sentido negativo: Otto Kirchheimer

“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.”

KIRCHHEIMER, Otto. *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, 1928<sup>315</sup>

No capítulo anterior, mostrei como o equilíbrio temporário da luta de classes conforma o diagnóstico de fundo de Kirchheimer para o período de Weimar. Numa combinação entre elementos centrais das análises de Bauer e Adler, ele identifica uma oposição aguda que tende à paralisia tanto no governo de coalizão e no parlamento quanto nas relações entre grupos organizados na base da sociedade. O direito desempenha um papel importante na configuração deste estado de equilíbrio. Para Kirchheimer, a ideia de Estado de direito passou por uma troca de função, deixando de ser instrumento exclusivo de uma classe para se tornar uma linha divisória de dois campos em disputa, numa arena em que não há terreno ou critério comum. Sem que uma classe tivesse o poder para impor sua vontade à outra, ambas procuraram inscrever e fixar seus valores na Constituição e nas leis, tentando desestabilizar o equilíbrio por meio de garantias jurídicas. Como ambas as classes agiam da mesma maneira, a disputa é deslocada para o âmbito do direito, que passa a organizar a tensão na correlação de forças ao mesmo tempo em que impede que o equilíbrio temporário se resolva numa solução violenta. Assim, na tentativa de romper o equilíbrio e inscrever seus próprios modelos de sociedade nas normas jurídicas, as classes acabam por deslocar este balanceamento e esta oposição aguda para o campo do direito, que se torna decisivo – ainda mais diante da mudança de significado do parlamento, esvaziado das discussões nacionais relevantes. É exatamente este deslocamento que Kirchheimer vai chamar de “juridificação”.

---

<sup>315</sup> KIRCHHEIMER, Otto. *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo. Cadernos de Filosofia Alemã*, v.23, n.1, 2018, p.164. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung, jeder tatsächlichen, jeder Macht-Entscheidung wird auszuweichen gesucht, ob es sich um die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten oder um die Beilegung von Arbeitskonflikten handelt; alles wird neutralisiert dadurch, dass man es juristisch formalisiert.” KIRCHHEIMER, Otto. *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.36.

Como primeiro passo da argumentação, vou analisar em detalhes como o conceito é delineado em *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, de 1928 (I). Neste primeiro momento, Kirchheimer mantém a hipótese de que o direito é um fator de estabilização do equilíbrio entre as forças sociais. No segundo passo da argumentação, analiso o cenário de *Weimar – e então?*, de 1930, em conjunto com uma série de publicações mais conjunturais ou mais dogmáticas de Kirchheimer de 1929 e também de 1930 (II). Procuro mostrar como os dois anos que separam *Sobre a teoria...* de *Weimar – e então?* evidenciam uma mudança de diagnóstico no que diz respeito ao direito, já que Kirchheimer passa a entender que tanto as decisões judiciais quanto as decisões da burocracia estatal de maneira mais ampla acabam por promover o desequilíbrio, voltando-se contra os trabalhadores e contra toda a legislação social.

Como veremos, juridificação tem um sentido eminentemente negativo em ambos os contextos – tanto em 1928 quanto em 1930. Na primeira versão, o deslocamento do âmbito de decisão do parlamento e da política para o direito mantém a oposição aguda, mas em um novo patamar, já que as decisões passam a ser reconhecidas como legítimas, independentes, apartidárias e democráticas apenas pelo fato de serem decisões jurídicas, ainda que decidam muito pouco no mérito. Assim, o direito contribui para a paralisia, fornecendo decisões que não decidem. Não apenas contribui, mas também blinda a tematização do problema de fundo: uma democracia de caráter formal, marcada pela polarização entre duas classes antagônicas. Na segunda versão, o sentido negativo se aprofunda. Se a manutenção do equilíbrio paralisante já era um bloqueio para a luta dos trabalhadores por emancipação, pender para o lado das classes dominantes passa a ser ainda pior. A superação da juridificação, da democracia parlamentar e da própria Constituição de Weimar passa a estar no horizonte. Como veremos, o sentido negativo atribuído por Kirchheimer à juridificação nada tem que ver com as noções de explosão legislativa, que enfatiza o aumento quantitativo de normas jurídicas de todos os tipos, nem com a crítica à intervenção estatal nas relações econômicas e sociais – críticas que estão vinculadas ao contexto específico do Estado de bem-estar social europeu posterior à segunda guerra. Kirchheimer critica muito mais o que ele entende ser uma ausência de atuação do Estado e das forças políticas progressistas – a Constituição de Weimar é caracterizada como “sem decisão” – do que o contrário. Assim, o sentido negativo de juridificação é bastante distinto da negatividade associada à *Verrechtlichung* que temos como referência nos debates das décadas de 1970 e 1980.

## I. “Caminha-se para a juridificação em todos os âmbitos...”

Ainda em *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, de 1928, ao tratar sobre a troca de função da ideia de Estado de direito, Kirchheimer afirma:

Originariamente o tímido meio de luta das camadas de “posses e formação”, para quem se tratava especialmente de consolidar a exclusividade de seu domínio financeiro 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. *Mas sobre cada função administrativa se elevam as instâncias que deveriam arrancar a decisão da atual distribuição das forças sociais para 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.*<sup>316</sup>

Nesta passagem, Kirchheimer apresenta condições para a instauração da democracia formal sob o equilíbrio de classes, ou seja, alguns dos requisitos para que a ideia de Estado de direito de fato pudesse se tornar uma linha divisória entre dois grupos em luta. Esta forma de governo apenas seria “suportável” para estes participantes se: (i) os limites do poder do

---

<sup>316</sup> KIRCHHEIMER, Otto. *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*. op. cit., p.164. “Diese stillschweigende Abmachung, die Existenzgrundlage der Formaldemokratie, war für die kämpfenden Gruppen nur erträglich, wenn die Grenzen der Regierungsgewalt möglichst eng umschrieben, ihr möglichst wenig tatsächliche Entscheidungsgewalt, dafür aber ein Haufen gesetzlich präzisierter Verwaltungsfunktionen übertragen wurden, Verwaltungsfunktionen, die in großer Zahl neu errichtet wurden, nachdem der Versuch des Liberalismus, die Regelung wirtschaftlicher Verhältnisse dem Staat gänzlich zu entziehen, sich weder als durchsetzbar noch auch als wünschenswert erwiesen hatte. Aber über jeder Verwaltungsfunktion erhoben sich die Instanzen, die die Entscheidung der jeweiligen sozialen Kräfteverteilung entreißen und in die Sphäre des Rechts entrücken sollten. Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung, jeder tatsächlichen, jeder Macht-Entscheidung wird auszuweichen gesucht, ob es sich um die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten oder um die Beilegung von Arbeitskonflikten handelt; alles wird neutralisiert dadurch, dass man es juristisch formalisiert.” KIRCHHEIMER, Otto. *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*. op. cit., p.36, grifos meus.

governo fossem estreitos e bem demarcados, (ii) o governo tivesse pouco poder de fato e (iii) se, em compensação, novas funções administrativas fossem atribuídas ao Estado.

Seguindo o raciocínio de Kirchheimer, se não há valor compartilhado entre as classes e nenhuma delas consegue impor seu próprio projeto unilateralmente nem ao governo ou ao parlamento, então, do ponto de vista dos próprios participantes, era preciso um governo enfraquecido para que esta democracia formal pudesse funcionar. Um governo forte, centralizado, que tomasse decisões sozinho e com rapidez, não poderia ser formado por uma coalizão com interesses tão díspares, não poderia atuar num cenário de vetos e negociações frágeis constantes. Assim, limitar claramente seus poderes e funções passa a ser uma das regras do jogo do “acordo tácito”. Ao mesmo tempo em que Kirchheimer inclui “pouco poder de fato” como uma das condicionantes, também indica que o Estado passaria a assumir novas funções administrativas que “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”, ou seja, funções regulatórias e de políticas públicas que haviam sido eliminadas ou que eram inexistentes antes da guerra. O texto não explicita o que pode ser entendido por “poder *de fato*” e por que as atribuições regulatórias novas não poderiam ser compreendidas desta maneira, ou seja, por que voltar a regular ativamente as relações econômicas – para pegar o exemplo dado pelo próprio autor neste trecho – não configuraria um exemplo de “poder de fato”. Para os fins do meu argumento, o mais importante é o deslocamento de poder identificado por Kirchheimer em relação a estas funções administrativas.

Há alguns pontos importantes aqui. Ele afirma que em cada nova função administrativa, ou seja, em cada novo serviço público assumido pelo Estado e para cada nova política pública ou regulatória, são criadas instâncias burocráticas para “arrancar a decisão” das forças sociais e transportá-la ao direito. Existem alguns pressupostos que merecem ser explicitados nesta afirmação. Em primeiro lugar, este deslocamento do âmbito decisório é visto como ilegítimo – a decisão é *arrancada*, ou seja, é tomada dos grupos sociais, que não são consultados a respeito desta transferência; simplesmente cedem à força. Em segundo lugar, se a decisão é transposta “da atual distribuição das forças sociais” em direção ao direito, isto significa que a esfera do direito não é permeável à dinâmica social, já que o deslocamento exclui estes grupos do poder de decisão. E o terceiro pressuposto diz respeito à caracterização desta transposição. Não se trata apenas de arrancar o processo de tomada de decisão de um âmbito a outro, mas também de retirá-lo de *sujeitos* e movê-lo para uma

*estrutura*, para a *esfera* do direito, em que não parecem haver sujeitos determinados. “Caminha-se para a juridificação em todos os âmbitos...” é a constatação de que este deslocamento passa a acontecer por toda a parte e que havia se tornado, portanto, uma *tendência generalizada*.

Não se trata de uma transposição sem mais, mas antes de um *desvio* – “procura-se desviar de toda decisão que seja de fato de poder”. Novamente, Kirchheimer recorre à formulação “*de fato* de poder”, quando antes havia falado em “poder *de fato*”: ele separa o que, em sua visão, apenas aparenta ser um âmbito de exercício de poder do que pode ser considerado como poder verdadeiro. Neste caso, se o direito entra no lugar da decisão que é de fato de poder, então há uma diferenciação pressuposta entre poder e direito. Os exemplos dados aqui são significativos: seja o poder ditatorial do presidente do *Reich* ou a resolução de conflitos trabalhistas – ou seja, do mais alto grau de hierarquia ao mais baixo, da decisão mais imposta à mais consensual –, é o direito que passa a dominar. A consequência desse espraiamento do direito é o fato de que “tudo é neutralizado pelo fato de que é juridicamente formalizado”. Direito é, antes de tudo, uma *forma*.<sup>317</sup> E a forma do direito neutraliza o *conteúdo* por ela conformado.

Alguns comentadores defendem, com ou sem referência direta a este texto de 1928, que, para Kirchheimer, são os conflitos políticos ou a luta de classes que são neutralizados neste processo. Teubner afirma que o conceito de juridificação de Kirchheimer era uma crítica “à formalização jurídica das relações de trabalho, que havia levado a uma neutralização dos conflitos genuinamente políticos (e de classe)”.<sup>318</sup> Scheuerman fala em tentativas de resolver “nasty political disagreements” por meio de mecanismos jurídicos pacíficos e cita os novos tribunais do trabalho e de assistência social como exemplos para a juridificação e seus objetos.<sup>319</sup> Não é possível dizer que estas descrições estejam erradas. Mas, quando lemos o processo de juridificação como deslocamento de poder inserido no diagnóstico de tempo formulado pelo autor, é preciso fazer alguns reparos substantivos.

---

<sup>317</sup> Teubner defende que, neste texto, Kirchheimer faria uma analogia entre a forma direito e a forma mercadoria. Ver TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. op. cit., p.509.

<sup>318</sup> TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. op. cit., p.298.

<sup>319</sup> SCHEUERMAN, William E. *Between the norm and the exception: The Frankfurt School and the rule of law*. op. cit., p.35-36.

Em primeiro lugar, não é a formalização jurídica que atenua, neutraliza ou despolitiza os conflitos de classe. Esta é antes a marca da democracia parlamentar formal no estado temporário do equilíbrio de classes. Não é o direito que instaura este acordo, ainda que seja um elemento fundamental para compreender a manutenção da tensão e da paralisia no tempo. O direito é uma espécie de *neutralização de segunda ordem*, já que apenas contribui para manter a oposição aguda em tensão. Neste sentido, entre as formulações sintéticas da literatura de comentário, quem mais parece acertar é Rüdiger Voigt, que afirma que Kirchheimer utilizava o conceito de juridificação para tematizar “a neutralização dos conflitos políticos (no equilíbrio das classes) por meio da formalização jurídica”<sup>320</sup>. Também não podemos entender que “neutralizar” signifique abolir as diferenças entre classes, como se esta clivagem não importasse mais – vimos no capítulo anterior que, assim como Adler, Kirchheimer se preocupa em mostrar que a luta de classes não havia desaparecido nem por um minuto.

Em segundo lugar, juridificação retrata uma tendência totalizante para a sociedade: “caminha-se para a juridificação *em todos os âmbitos*”. Assim, Kirchheimer não está falando apenas de relações de trabalho ou de instituições de resolução de conflitos trabalhistas. A juridificação se estende para todas os âmbitos decisórios da vida social. E, em terceiro lugar – e este talvez seja o ponto mais importante de todos –, Kirchheimer não afirma que são os conflitos ou as relações de classe que passam pelo processo de juridificação. A neutralização não é de um *conflito* que passa a ser apaziguado ou que tem seu potencial disruptivo eliminado, mas de uma *decisão* que deveria ser “de fato” de poder.<sup>321</sup> A interpretação do conceito de juridificação é bastante distinta se atentamos para este aspecto. Kirchheimer está tratando de um deslocamento de âmbito de decisão. Pode ser que essas decisões digam respeito a conflitos de classe ou a relações de trabalho, mas pode muito bem não ser: toda decisão de poder passa a ser uma decisão jurídica, faça ela referência a um conflito ou não. Não é por outra razão que “poder ditatorial do presidente do *Reich*” é um dos exemplos desta passagem. Mesmo o exercício unilateral do poder do presidente – *decisão política* – é transportado para o âmbito do direito sob a forma de *decisão jurídica*. Kirchheimer identifica, portanto, uma crescente ampliação da esfera do direito em detrimento da esfera

---

<sup>320</sup> VOIGT, Rüdiger. *Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft*. op. cit., p.15.

<sup>321</sup> Entre os comentadores, a única a afirmar que a juridificação é de decisões e não de conflitos é Sonja Buckel: BUCKEL, Sonja. *Subjektivierung und Kohäsion: Zür Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*. op. cit., p.85.

da política, constatando que há um espraçamento da forma do direito que passa a encobrir as decisões políticas de fato, tornando-as em alguma medida neutras, arrancando-as das forças sociais em disputa e entrincheiradas na linha divisória que o Estado de direito passou a representar.

Mas o conceito é ainda mais complexo do que isto, esta é apenas uma parte. A relação entre política e direito é mais nuançada, não se trata de uma tendência de desaparecimento da política e de substituição pelo direito simplesmente. A passagem de *Sobre a teoria...* continua da seguinte maneira:

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 juizes independentes 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. 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.<sup>322</sup>

Como esta passagem é importante para compreender o conceito de juridificação, passo agora a uma análise mais rente ao texto, desmembrando-a em trechos menores, com comentários a cada um deles.

---

<sup>322</sup> KIRCHHEIMER, Otto. Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo. op. cit., p.164-165. “Jetzt erst beginnt die wahre Epoche des Rechtsstaats. Denn dieser Staat beruht nur auf seinem Recht. Dadurch, daß die Entscheidung, die gefällt wird, möglichst farblos und wenig autoritativ wirkt, daß durch sie der Glaube hervorgerufen wird, daß sie von unabhängigen, nach freier Überzeugung entscheidenden Richtern gefällt sei, wird sie überhaupt erst tragbar. Das Paradoxe ist Tatsache geworden; der Wert der Entscheidung liegt darin, daß sie eine rechtliche Entscheidung ist, daß sie von einer allgemein anerkannten Instanz ausgesprochen wird, aber daß sie trotzdem möglichst wenig Sachentscheidung enthält. Der Staat lebt vom Recht, aber es ist kein Recht mehr, es ist ein Rechtsmechanismus, und jeder, der die Führung der Staatsgeschäfte zu erlangen glaubt, bekommt statt dessen eine Rechtsmachinerie in die Hand, die ihn in Anspruch nimmt wie einen Maschinisten seine sechs Hebel, die er zu bedienen hat. Das rechtsstaatliche Element in seiner nach der Überwindung des reinen Liberalismus nunmehr sichtbaren Gestalt, die spezifische Transponierung der Dinge vom Tatsächlichen ins Rechtsmechanistische, ist das wesentliche Merkmal des Staates im Zeitalter des Gleichgewichts der Klassenkräfte. Nimmt man vorsichtig die Dinge heraus, die wegen ihr Unbedingtheit keine Verrechtlichung ertragen, wie etwa Religion und Militärdienst, so ist, was bleibt, ein reiner Rechtsmechanismus.” KIRCHHEIMER, Otto. Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus. op. cit., p.36-37.

i) *“Apenas nesse momento começa a verdadeira época do Estado de direito. Isso porque esse Estado está embasado apenas em seu direito.”*

Esta primeira afirmação é, no mínimo, polêmica. Como vimos, Kirchheimer defende a tese de que a ideia de Estado de direito havia passado por uma troca de função na comparação entre liberalismo e democracia parlamentar, entre o antes e o depois da guerra. E, ainda assim, ele afirma aqui que é apenas com a instauração da tendência de juridificação generalizada – ou seja, que é apenas com o deslocamento da decisão da esfera da política para a esfera do direito numa democracia formal caracterizada pelo equilíbrio de classes – que começa a verdadeira época do Estado de direito. Mais uma vez, Kirchheimer se vale de uma caracterização de verdade para qualificar a diferença: é a *verdadeira* época que se inicia, o que nos leva a concluir que, antes da guerra, a ideia de Estado de direito não era realizada completamente ou que se tratava de um estado falso. A justificativa para este grau de verdade que marca uma era é o fato de o Estado estar “embasado apenas em seu direito”. Este “apenas” sugere que a política e o poder não estariam mais na base de sustentação do Estado, já que eles teriam passado por um processo de juridificação e, portanto, teriam se tornado direito. Analisando somente esta parte, temos a impressão de que não há mais lugar para a política e que política e direito são completamente distintos e separados entre si.

ii) *“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 independentes e segundo a livre convicção.”*

Aqui, Kirchheimer afirma que uma decisão tomada só se torna tolerável – para a sociedade – se parecer independente, apartidária e democrática. Diante da ausência de valores comuns compartilhados na sociedade, uma decisão impositiva e que marcasse uma tomada de posição – que tivesse “cor”, portanto – não seria tolerada, uma vez que não seria reconhecida como legítima por uma grande parcela da sociedade dividida em classes. É por esta razão que a decisão jurídica pode ser reconhecida por uma totalidade, por parecer independente em relação aos diferentes projetos e modelos de sociedade em disputa.

Mas o plano é o da aparência: Kirchheimer fala em “efeito o mais incolor e o menos autoritário possível”, na “crença de que ela teria sido tomada por juízes independentes”.



Assim, por trás de sua aparência, estas decisões não são independentes, apartidárias e democráticas em si mesmas. É antes o *revestimento* de neutralidade que as torna toleráveis. E isso também mostra que não há uma conversão completa da política em direito – ou que a política não está completamente ausente das decisões judiciais. E também, como vamos ver adiante, que a verdadeira época do Estado de direito não é tão verdadeira assim.

iii) *“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 fato de que apenas o aspecto formal da decisão é levado em conta pela sociedade é considerado paradoxal. Uma decisão proferida pela autoridade competente já é entendida como independente, apartidária e democrática, independentemente de seu conteúdo ou de caminho argumentativo, já que se trata de “uma instância reconhecida universalmente”. Assim, todas as decisões tomadas pelo judiciário e pela administração, na condição de burocracia decisória, têm reconhecimento social de saída. O paradoxo está no fato de que, em sua perspectiva, estas decisões contêm “o mínimo possível de decisão de mérito”, ou seja, têm pouco – ou nenhum – conteúdo substantivo. Dessa forma, a decisão “tolerável” é justamente aquela que não decide, mas que aparenta ser apolítica.

É importante notar aqui que Kirchheimer não está preocupado em discutir *como* as decisões jurídicas são tomadas, se elas são fundamentadas ou mesmo como a lei é interpretada. O conteúdo da decisão não importa, o que importa é sua forma. Em sua interpretação, este não é apenas o seu próprio ponto de vista, mas a perspectiva de toda a sociedade, que não diferenciaria interpretações e modos de argumentar, mas veria valor simplesmente no emissor da decisão. Para Kirchheimer, a forma jurídica faz *tabula rasa* do conteúdo, o que leva não fazer diferenciação entre qualquer tipo de interpretação da jurisdição. A uma democracia formal corresponde um direito igualmente formal.

iv) *“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.”*

Esta passagem sugere um movimento contrário ao identificado anteriormente, quando Kirchheimer dizia que “apenas nesse momento começa a verdadeira época do Estado de direito” porque o Estado tinha apenas o direito como base. Parece uma contradição: a base do Estado é um direito que “não é mais direito”. Se não é mais direito, o que seria? A resposta de Kirchheimer é: não é mais direito porque passou a ser um *mecanismo jurídico*, uma maquinaria que deve ser administrada tal qual um trem com suas alavancas. Essa imagem, também explorada em outros textos do autor – como mostrei no capítulo anterior ao analisar o artigo *Mudança de significado do parlamentarismo* –, sugere que o sistema jurídico é pré-concebido, engessado, permite poucos movimentos por parte daqueles que estão nas posições de poder e que é praticamente imune à vontade.

Esta imagem das alavancas ecoa a da máquina, em que em cima são colocados os fatos e embaixo cairia a decisão judicial, como se o judiciário emulasse um autômato absolutamente pré-programado e calculável. A referência é o formalismo jurídico exacerbado, associado por Kirchheimer a um ideal defendido pelo liberalismo para limitar e fixar os poderes da nobreza e, ao mesmo tempo, ter segurança e previsibilidade nas trocas comerciais. O ideal do liberalismo só se realiza plenamente com a democracia parlamentar, com um Estado de direito que serve de linha divisória para duas classes em luta. Para Kirchheimer, este direito formal “não é mais direito”, nem mesmo merece este nome, é antes “puro mecanismo jurídico”.

v) “*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.*”

A referência ao liberalismo se explicita aqui. Se o “liberalismo puro” foi superado, elementos liberais permanecem na base de uma democracia formal como a de Weimar. O que ganha visibilidade é a “transposição específica das coisas do plano dos fatos para o jurídico-mecanicista”. Por esta passagem, não é possível saber o que Kirchheimer poderia entender por “plano dos fatos”. Mas temos aqui uma indicação de que se trata de uma passagem do plano do não-direito para o plano do direito, ou melhor, para o plano de um direito formal, jurídico-mecanicista. Esta transposição, esta passagem ou deslocamento – que nada mais é do que *Verrechtlichung* – é entendida por Kirchheimer como a

“característica essencial do Estado na era do equilíbrio das forças de classe”. Assim, diante do diagnóstico de fundo do quadro de equilíbrio, o Estado passa a deslocar as decisões para o plano do direito mecanicista. Essas decisões aparentam estar para além da divisão de classes, aparentam não se decidir pelos valores em disputa. São as únicas passíveis de ser reconhecidas e aceitas pela sociedade porque provêm de uma autoridade considerada legítima e supostamente separada da racionalidade propriamente política.

vi) “*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.*”

Se antes Kirchheimer havia afirmado que a tendência de juridificação era totalizante e abarcava, portanto, todos os âmbitos da vida social, aqui ele diz que algumas coisas “não suportam juridificação em razão de seu caráter incondicionado”, ou seja, estariam de alguma maneira imunes à transposição do âmbito de decisão da política para o jurídico-mecanicista. O que poderíamos entender pelo “caráter incondicionado” da religião e do serviço militar? Só é possível compreender esta passagem um tanto abrupta se tivermos em mente que o objeto do processo de juridificação é a decisão política e que, portanto, “âmbito” (*Gebiet*) designa “âmbito de *decisão*” – e não “âmbito da vida”, por exemplo. Entendidos como âmbitos de decisão, a religião e as forças armadas possuem hierarquia e linguagem próprias não sujeitas às decisões judiciais ou com sistemas de justiça próprios. Em outras palavras, as decisões tomadas no interior dessas áreas não estariam inteiramente condicionadas ao jogo da política e, por isso, tampouco teriam sido transportadas para a esfera do direito formal. Assim, “caminha-se para a juridificação em todos os âmbitos” deve ser lido como “em todos os âmbitos *de decisão política*”.

Em seu artigo mais recente dedicado exclusivamente ao conceito de juridificação de Kirchheimer, Teubner reconhece a complexidade do conceito explicitada aqui e propõe um esquema interpretativo para entender todos os deslocamentos sugeridos por Kirchheimer. Para Teubner são dois movimentos mais gerais – juridificação e politização –, divididos em quatro elementos do conceito.<sup>323</sup> Ainda que este esquema contenha problemas, ele é útil para

---

<sup>323</sup> TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. op. cit., p.511.

organizar os principais passos do argumento até agora. Ele pode ser sintetizado da seguinte maneira:

**Tabela 1.** Esquema do conceito de juridificação de Kirchheimer, segundo Gunther Teubner

	<b>Caracterização da transformação</b>	<b>Descrição do processo</b>	<b>Elementos</b>
<i>Primeiro movimento de transformação</i>	Juridificação da política	“conflitos políticos são transformados na estrutura das instituições e na terminologia de um processo jurídico com dinâmica própria e trabalhados aqui segundo a legalidade própria da maquinaria do direito” <sup>324</sup>	(i) autonomização da maquinaria jurídica  (ii) colonização da sociedade pela forma-direito
<i>Segundo movimento de transformação</i>	Repolitização da juridificação da política	“essa dinâmica jurídica própria é retomada pelo processo político, mas não é desfeita, é antes deixada em sua substância transformada em direito, instrumentalizada para suas próprias finalidades e tratada no processo político segundo seus critérios próprios” <sup>325</sup>	(iii) repolitização da juridificação da política  (iv) transformação do direito em um mecanismo político <sup>326</sup>

Esta maneira de Teubner explicar o conceito de juridificação de Kirchheimer é útil por algumas razões. A primeira delas é mostrar que se trata de um conceito mais complexo do que pode parecer à primeira vista ou, para utilizar as palavras do próprio Teubner, estamos diante “uma construção refinada”. Não é só um deslocamento simples. A afirmação “tudo

<sup>324</sup> “(...) politische Konflikte werden transformiert in das Institutionengefüge und in die Begrifflichkeit eines eigendynamischen Rechtsprozesses und hier nach der Eigengesetzlichkeit der Rechtsmaschinerie bearbeitet”, Idem, p.510.

<sup>325</sup> “(...) diese rechtliche Eigendynamik wird vom Politikprozess wiederaufgegriffen, aber nicht rückgängig gemacht, sondern in ihrer rechtlich transformierten Substanz belassen, für die eigenen Zwecke instrumentalisiert und im Politikprozess nach dessen Eigenkriterien behandelt”, Idem, p.510.

<sup>326</sup> Idem, p.511.

se tornou direito” não reflete a sofisticação da lente de análise proposta por Kirchheimer. A segunda razão é o fato de Teubner insistir que há um duplo movimento e enfatizar que a politização posterior *não desfaz* a juridificação. Não é um pêndulo em que temos a política sendo transformada em direito e, em seguida, sendo transformada em política de novo, voltando exatamente para o ponto inicial. É antes uma *repolitização da juridificação da política*.

A descrição feita por Teubner deste movimento também é importante. Em primeiro lugar, a forma-direito toma a política de assalto. É o direito que transforma a política, colonizando-a. Mas, ao ser transformado, o objeto também transforma a forma. É por isso que, no contexto de uma democracia formal, essa forma-direito já não pode ser mais direito, mas mecanismo jurídico. E é também por isso que ela como que contaminada pelo objeto, que a politiza.

O principal problema do esquema é pressupor que “política” – ou o objeto do processo de juridificação – seria correspondente aos conflitos de classe e não às decisões propriamente ditas. É por cometer este equívoco que Teubner afirma que o primeiro movimento de juridificação não é apenas uma transformação da linguagem da política na linguagem do direito, mas uma transposição real de poder.<sup>327</sup> Ora, é de transposição de poder que Kirchheimer está falando o tempo inteiro, de uma decisão que é deslocada de um âmbito a outro e que, com isso, passa por transformações. Aqui, a questão da juridificação não está atrelada a um conflito isolado ou a qualquer campo jurídico-dogmático específico. Tampouco está vinculada a sujeitos específicos, que utilizariam o direito como mecanismo privilegiado de solução de conflitos. É uma perspectiva completamente distinta da de Sinzheimer, para quem a juridificação estava atrelada ao campo das relações de trabalho e a sujeitos coletivos determinados, como os sindicatos e os conselhos operários.

Em *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, juridificação é um processo característico da instauração da democracia formal e só é possível entender o conceito em todas as suas dimensões se o diagnóstico de tempo de Kirchheimer for levado em consideração. Aqui, falar em juridificação só faz sentido diante da constatação de que o Estado de direito se tornou uma linha divisória entre duas classes em luta. O deslocamento das decisões para a esfera do direito não desfaz essa linha. Tanto é assim que Kirchheimer

---

<sup>327</sup> Idem, p.508.

caracteriza a situação da democracia de Weimar como de oposição aguda. Num cenário como esse, as únicas decisões que podem ser amplamente aceitas são aquelas legitimadas por um procedimento formal – não é à toa que Kirchheimer insiste na ausência de valor socialmente compartilhado, na ausência de uma base comum que poderia dar lastro ao que ele entende por decisões políticas de fato. *Verrechtlichung* é, portanto, uma tendência, mas uma tendência vinculada à configuração institucional da democracia na Alemanha na década de 1920 e à correlação de forças no parlamento e no executivo. O deslocamento das decisões para a esfera do direito só se dá porque não existe base comum ou homogeneidade social suficiente para que decisões políticas substantivas possam ser tomadas. Na perspectiva de Kirchheimer, a juridificação é certamente um importante mal a ser combatido, mas não é a raiz do problema.

Assim, juridificação tem um sentido eminentemente negativo para Kirchheimer. A democracia formal de Weimar depende de um equilíbrio aproximado entre as classes para existir que, por sua vez, leva a uma paralisia nas negociações e na tomada de decisão. As diferentes classes procuram se valer do processo legislativo para pender a balança para um dos lados e, assim, tentar desfazer o equilíbrio. Mas tanto a Constituição quanto as leis também são expressão deste acordo de fundo. As únicas decisões reconhecidas e toleradas por estes grupos em luta e pela sociedade como um todo são as jurídicas, justamente porque parecem não tomar partido na polarização, como que pairando acima de uma sociedade profundamente dividida. Assim, todas as decisões passam a ser transportadas para o campo do direito – e, aqui, por “direito”, Kirchheimer está pensando tanto no judiciário quanto no legislativo e na burocracia estatal (ele nos conta que os “assuntos de Estado” também integram a maquinaria), o que faz com que *Verrechtlichung* designe uma tendência mais abrangente do que “judicialização” (*Justizialisierung*).<sup>328</sup> Estas decisões seriam tão marcadamente formalistas que nem mereceriam o nome de direito; são antes parte de um mecanismo jurídico previsível e controlável. Nesta tendência de deslocamento de âmbitos

---

<sup>328</sup> Aqui, é importante mencionar que o sistema judicial alemão do período de Weimar tinha algumas especificidades. A distinção entre direito público e direito privado também diferenciava tipos diferentes de tribunais, cada um com um sistema próprio, com regras de recurso próprias: questões de direito público eram decididas por tribunais administrativos, questões de direito privado, por tribunais propriamente vinculados ao judiciário. Assim, uma decisão judicial poderia ser tanto atribuída ao judiciário quanto à administração. De toda forma, Kirchheimer parece se referir aqui à burocracia executiva como um todo e não apenas aos tribunais, sejam eles administrativos ou judiciais. Ver 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. Neste texto de Fraenkl, as especificidades dos tribunais alemães de Weimar deveriam parecer mais inusitadas ao leitor norte-americano da época e ao sistema de *trial courts* do que ao leitor brasileiro de hoje, para quem a coexistência entre tribunais judiciais e administrativos não é estranha.

de decisão, a forma direito neutraliza o conteúdo do que é decidido, fazendo com que a autoridade se sobreponha ao mérito. Este tipo de Estado de direito seria característico desta democracia parlamentar cindida.

Não há, portanto, qualquer ambivalência na avaliação do processo de juridificação, como defende Teubner.<sup>329</sup> Esta transposição é uma das responsáveis pela manutenção do equilíbrio paralisante, desloca as decisões políticas para um âmbito neutralizador e reconhecido como legítimo por todos, o que torna seu questionamento ainda mais difícil. A juridificação funciona como uma espécie de blindagem do conteúdo político das decisões, bem como da própria crítica. Impede que o equilíbrio tenso se desfaça em favor de um dos lados e ainda legitima a continuidade deste estado de coisas. Não há, no horizonte de Kirchheimer, a possibilidade de destravar a paralisia por dentro das instituições, seja no parlamento, na burocracia estatal ou no judiciário. O equilíbrio só pode ser superado se a própria democracia formal e suas condições de sustentação forem superadas.

A posição de que as decisões judiciais manteriam o equilíbrio de classes independentemente de seu conteúdo vai ser revista por Kirchheimer poucos anos depois. Em 1930, em *Weimar – und was dann?* [*Weimar – e então?*], Kirchheimer passa a concordar com o diagnóstico de Neumann de que a justiça acabava por desequilibrar a balança em favor das classes dirigentes. Passo agora a mostrar o que muda entre estes dois textos.

## II. Uma Constituição “sem decisão”

*Weimar – e então?* é, sem sombra de dúvidas, o texto mais conhecido de Kirchheimer do período de Weimar. Em 1930, foi publicado na forma de uma brochura separada, com uma tiragem inicial de quatro mil exemplares, na série *Jungsozialistischen Schriftenreihe*,

---

<sup>329</sup> TEUBNER, Gunther. “Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung” – Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. op. cit., p.515. É evidente que Teubner faz uma análise interessada – como todo comentador, diga-se de passagem. Ele está preocupado com os debates sobre juridificação de sua própria época e lê este texto de 1928 como se Kirchheimer fosse um pioneiro a reconhecer, antecipadamente, as mesmas questões de que se ocupou grande parte dos juristas e sociólogos do direito no estado de bem-estar social europeu do pós-guerra.

coordenada por Max Adler.<sup>330</sup> A recepção do texto autonomizou e popularizou a tese de que a Constituição de Weimar seria uma “Constituição sem decisão”.<sup>331</sup>

Para Kirchheimer, a Constituição de Weimar seria a representação mais acabada da distribuição de forças entre operariado e burguesia na Alemanha daquela época, o espelhamento jurídico da oposição aguda que não encontrava terreno comum. O texto constitucional de 1919 vai contra ao que Kirchheimer entende que uma constituição deve ser – e que a epígrafe de *Reforma ou revolução* de Rosa Luxemburgo também deixa bastante claro<sup>332</sup> –: “O sentido de toda Constituição que deve designar o ponto de virada de um desenvolvimento político é anunciar um programa de ação determinado, em cujo nome a organização da nova ordem social deve ter lugar.”<sup>333</sup>

---

<sup>330</sup> BUCHSTEIN, Hubertus. Einleitung zu diesem Band. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.68. Há diferenças entre diferentes versões deste texto, principalmente entre a coletânea *Politik und Verfassung*, organizada pela Suhrkamp na década de 1960 (KIRCHHEIMER, Otto. *Politik und Verfassung*. 2ª edição. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981), e a versão das obras completas, recém-publicada. Ainda que ambas cite a mesma fonte, os subtítulos são diferentes (*Analyse einer Verfassung [Análise de uma Constituição]*, na da Suhrkamp, *Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung [Formação e atualidade da Constituição de Weimar]*, no primeiro volume das obras completas publicadas pela Nomos]) e alguns elementos do próprio texto também. Na versão das obras completas, há uma nota preliminar com um parágrafo a mais, que contextualiza o artigo. Utilizo a versão das obras completas como referência.

<sup>331</sup> A tese já havia sido apresentada em *Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse [Realidade da Constituição e futuro político da classe trabalhadora]*, de 1929, publicado na *Der Klassenkampf*, mas este é um texto menos conhecido. Ver KIRCHHEIMER, Otto [1929]. *Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse*. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.181 e seguintes. É interessante notar que, em *Die Grenzen der Enteignung [Os limites da desapropriação...]*, Kirchheimer passa a adotar uma estratégia semelhante a de Neumann, Sinzheimer e Fraenkel. Em contradição com a tese da Constituição “sem decisão”, ele afirma que a Constituição de Weimar foi a primeira a não seguir o mote do *laissez-faire, laissez-passer*, que teria expressado a “vontade” de intervir para mudar o estado de coisas e não meramente para garantir as condições que já existiam. Afirma ainda que a tarefa da ciência e da jurisdição seria justamente efetivar esta vontade de Constituição. Ver KIRCHHEIMER, Otto. *Die Grenzen der Enteignung*. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.287 e seguintes. Esta contradição pode indicar uma diferença de estratégias a depender do escopo da intervenção: nos textos de análise de conjuntura, a Constituição é criticada em bloco; nos textos sobre categorias dogmáticas e sua interpretação pelos tribunais, a Constituição teria fixado um conteúdo não-liberal. Neumann cita *Die Grenzen der Enteignung*, de Kirchheimer, como exemplo positivo de como os juristas social-democratas deveriam defender a Constituição de Weimar: “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, que curiosamente reconhece a importância dos direitos fundamentais neste trabalho.” Ver NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. op. cit., p.153.

<sup>332</sup> Sobre a influência de Luxemburgo na tese da “Constituição sem decisão”, ver BUCHSTEIN, Hubertus. *Von der umstrittenen Verfassung zur streitbaren Verfassung: Otto Kirchheimers verfassungspolitische Grenzziehungen während der Weimarer Republik*. In: HEIN, Michael, PETERSEN, Felix, STEINSDORFF, Silvia von (orgs.). *Die Grenzen der Verfassung*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p.57.

<sup>333</sup> “Der Sinn jeder Verfassung, die den Wendepunkt einer politischen Entwicklung bezeichnen soll, ist es, ein bestimmtes Aktionsprogramm zu verkünden, in dessen Namen die Organisation einer neuen Gesellschaftsordnung stattfinden soll.”, KIRCHHEIMER, Otto. *Weimar... und was dann? Entstehung und*



O texto constitucional não teria se decidido nem exclusivamente – ou mesmo predominantemente – quer por valores liberais ou socialistas, não teria apresentado um “programa de ação determinado, em cujo nome a organização da nova ordem social deve ter lugar”. Incorporou ambos em justaposição, sem procurar fazer uma composição entre elementos de qualquer um dos dois campos, numa aproximação que pudesse levar a um acordo. Kirchheimer faz questão de explicitar: não se trata de um compromisso entre valores antagônicos, em que os extremos de cada posição são mitigados para chegar a uma solução que estabelecesse uma ponte entre as classes opostas. Um sistema de valores é posicionado ao lado do outro, a Constituição de Weimar incorpora ambos e, portanto, não se decide:

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 supostamente 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. Por “compromisso” geralmente se entende tratar de uma solução obtida por meio 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 diversas influências 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.<sup>334</sup>

---

Gegenwart der Weimarer Verfassung. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.248.

<sup>334</sup> “Allen Ansprüchen, auch denjenigen des selbstständigen Mittelstandes in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel auf Verankerung, wurde Rechnung getragen. Und da alle verankert werden wollten, blieb dem angeblich die Verfassung beherrschenden Sozialismus nichts weiter übrig, als sich ebenfalls mit verankern zu lassen. Aus dieser Ankerreihe ist das Weimarer Grundrechtssystem zusammengesetzt, das man oft ungenau als Kompromiss bezeichnet. Die Bezeichnung Kompromiss kann zu Irrtümern Anlass geben. Unter Kompromiss versteht man gemeinhin eine Lösung, die durch Nachgeben beider Teile gewonnen wird und eine bestimmte Sachlage für eine gewisse Zeitspanne endgültig, eindeutig und abschließend regeln will. Ein solches Nachgeben ist in den Grundrechtsbestimmungen der Weimarer Verfassung nicht erfolgt. Man hat dort vielmehr regelmäßig unter einem dem sozialstaatlichen Wörternvorrat Naumanns entnommenen zierenden Vorspruch oder einleitenden Artikel verschiedene, den entgegengesetztesten Kultur- und Sozialanschauungen entsprechende, Bestimmungen nebeneinandergestellt. So sind die Weimarer Grundrechte in ihren

Em sua gênese, a Constituição de Weimar expressa justamente a tentativa de cada classe de inscrever seus valores no texto da lei, como indiquei no capítulo anterior. Aqui, Kirchheimer fala em “reivindicações de ancoragem”: cada grupo organizado com representação social procurou ancorar seu projeto de futuro e seu modelo de sociedade na Constituição. Todos foram atendidos sem que isto abrisse caminho para uma verdadeira negociação de conciliação, em que cada um teria tido de abrir mão de uma parcela de suas demandas. A Constituição de Weimar abrigou todas as âncoras. Assim como os representantes dos trabalhadores e da burguesia não deliberavam no parlamento, mas apenas fincavam posições e tentavam negociações dia a dia, o texto constitucional não faz com que estes sistemas de valores tão díspares conversem entre si. Também a Constituição leva à paralisia aguda, à falta de decisão. Até aqui o diagnóstico de *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* se sobrepõe ao de *Weimar – e então?*.

Mas, ao analisar os valores antagônicos positivados pela Constituição na parte sobre direitos fundamentais, Kirchheimer incorpora alguns elementos que não estavam presentes no diagnóstico de 1928 e que ecoam, de maneira mais ou menos explícita, as preocupações de Neumann em *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho*, também analisadas no capítulo anterior.

O primeiro conjunto de valores analisado por Kirchheimer diz respeito à pessoa individual, entendidos como uma herança liberal incorporada por Weimar. Assim como faz Neumann, Kirchheimer também destaca o mandamento de igualdade perante a lei:

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 as leis”. No entanto, seu significado é 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 disputa animada sobre se ela não desempenha um papel mais importante, servindo de proteção contra a legislação desigual e vinculando o próprio corpo legislativo. Esse princípio recebeu esta interpretação principalmente na jurisdição [*Rechtsprechung*] dos Estados

---

entscheidenden Punkten kein Kompromiss, sondern eine in der Verfassungsgeschichte bisher unbekante, einzigartige Nebeneinanderordnung und Anerkennung der verschiedensten Wertsysteme; größere Bedeutung haben unter all den mannigfachen Einflüssen, die an der Entstehung der Grundrechte beteiligt waren, sozialistische, liberal-kapitalistische und durch den politischen Katholizismus wirksam gewordene kirchliche Einflüsse geübt. Damit war der Plan eines in den Grundrechten verkörperten, eindeutigen und das Gesamtvolk zusammenfassenden und einenden sozialen und kulturellen Programms, das über bloße Formulierung hinaus die Möglichkeit der geschlossenen Verwirklichung in sich schloss, gescheitert. Die Ausführung oder Nichtausführung der in den Grundrechten niedergelegten und gleichsam angebotenen wirtschaftlichen und kulturellen Zukunftsgestaltung hing davon ab, welche Stärke die einzelnen Interessengruppen bei der Durchsetzung ihres in den Grundrechten enthaltenen Programmpunktes bewiesen.” Idem, p.229-230.

Unidos. Com a ajuda da proposição de igualdade de todas as pessoas perante a lei, por muito tempo a Suprema Corte de lá estrangulou propostas de uma legislação social modesta, na medida em que 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.<sup>335</sup>

O conjunto de transformações internas ao judiciário, identificado por Neumann em 1929, está todo aqui: o mandamento de igualdade perante a lei está para além de um direito puramente de proteção individual na medida em que sua interpretação é disputada e passa a ser aplicada também ao legislador; esta aplicação da lei se deve à reivindicação dos próprios juízes por maior discricionariedade interpretativa; aplicar o mandamento de igualdade ao legislador tem a função de bloquear iniciativas de caráter social, que reconhecem desigualdades como seu ponto de partida, para corrigi-las e, por fim, há a constatação de uma tendência de politização da justiça. Kirchheimer vê aqui um deslocamento de atribuição de poder decisório: do parlamento para o judiciário, que passa a desempenhar uma tarefa “puramente política”. A passagem do âmbito de decisão de uma instância à outra é

---

<sup>335</sup> “Nur wenige von diesen Formulierungen haben eine über den Schutz des einzelnen Staatsbürgers hinausgehende Bedeutung, wie zum Beispiel der den Verfassungsabschnitt einleitende Satz: ‚Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich‘. Dessen Bedeutung ist jedoch mehr als problematisch. Historisch ist er aus der berechtigten Furcht des Einzelbürgers von ungleicher Gesetzeanwendung und Verwaltungswillkür entstanden. Heute besteht jedoch lebhafter Streit darüber, ob ihm nicht die bedeutendere Rolle zukommt, als Schutz gegen ungleiche Gesetzgebung zu dienen und den gesetzgebenden Körper selbst zu binden. Diese Auslegung hat dieser Grundsatz hauptsächlich in der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten erfahren. Der dortige Oberste Gerichtshof hat mit Hilfe des Satzes von der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz sehr lange die Anfänge einer bescheidenen Sozialgesetzgebung abgedrosselt, indem er Arbeiterschutzgesetze als gegen die Freiheit menschlicher Betätigung verstoßend für verfassungswidrig erklärte. Sowohl die alte Auslegung als auch die neuere, die das Anwendungsgebiet des Satzes von der Gleichheit aller Bürger ins Ungemessene steigert, sind nur höchst unvollkommene Durchgangsstationen, die der wahren Bedeutung des Satzes nicht gerecht werden. Wenn nach der neueren Auffassung die Gleichheitsvoraussetzungen von Akten der gesetzgebenden Organe nachprüfbar sind, so bedarf es dazu eigener Organe, wozu man die angeblich unabhängigen Richter ausersuchen hat; diese nehmen heute schon das Recht, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nachzuprüfen, für sich in Anspruch. An die Stelle der Subjektivität des Parlaments setzt sich damit die Subjektivität einer geistig und sozial viel weniger umfassenden Körperschaft, eines Richterkollegiums, dem so eine in Wahrheit rein politische Aufgabe übertragen wird. Denn eine juristisch messbare, abstrakte Gleichheit gibt es nicht; zeitbedingte Gleichheitsmaßstäbe anderer nach eigenen Maßstäben zu werten, ist nicht Richteraufgabe.” Idem, p.231, grifo meu.

sua tese de *Verrechtlichung*. E, nestes termos, a tese de que a justiça passa a desempenhar um papel político em sua *maneira* de decidir – “avaliar, segundo seus próprios critérios”, o que é igualdade, ou seja, a operar por meio de ponderações e compensações –, e não só pela *forma*, é incorporada de Neumann. Aqui, juridificação e politização caminham juntas.

Mas, neste caso, a juridificação não leva à manutenção do equilíbrio entre as forças sociais, não neutraliza o conflito. Ao aplicar um critério de igualdade formal para proibir que o legislador faça diferenciações, o pêndulo da balança se volta contra os trabalhadores. Kirchheimer vai dizer que a igualdade formal e política se transforma num “instrumento da reação”:

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.<sup>336</sup>

Aqui, não há nem compromisso entre sistema de valores antagônicos, nem mesmo justaposição. A Constituição de Weimar adota – e os tribunais efetivam – um valor de origem liberal que, com a mudança oportunista de interpretação depois da guerra, volta-se contra toda a legislação social.

Já no caso da propriedade privada, a Constituição de Weimar teria permanecido fiel ao método de incorporar propostas opostas sem se decidir por nenhuma delas:

Ao lado dos lugares comunitários [*Gemeinplätze*] – 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. (...) 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

---

<sup>336</sup> “Heute dient dieser Satz nur als Garant des Bestehenden und erfreut sich bei allen kapitalistischen Interessentengruppen steigender Beliebtheit, er wild als Sperrnahme gegen jede Veränderung des ökonomischen Status quo benutzt und unter dem Deckmantel des Gleichheitsschutzes mit seiner Hilfe die größte Ungleichheit, die gerade bestehende Güterverteilung, sanktioniert. An der Übernahme dieses alten Verfassungsgrundsatzes von der Gleichheit vor dem Gesetz zeigt sich, wie mehrdeutig solche scheinbar so klaren Verfassungsbestimmungen sind.” Idem, p.232.

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 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.*<sup>337</sup>

Se, em sua origem, o texto da Constituição de Weimar não se decidiu entre a propriedade privada e a propriedade comum, a ciência jurídica e os tribunais fazem com que a decisão seja de fato tomada, escolhendo um dos lados com toda clareza. Ao expandir a interpretação de desapropriação por interesse público, a ciência jurídica dominante e o sistema judicial legitimaram a defesa da propriedade privada. Como ele afirma em um texto do mesmo ano, mas posterior a *Weimar – e então?*, especificamente sobre desapropriação:

Primeiro de maneira hesitante, depois cada vez com maior segurança e com mais clareza, esta jurisdição levou ao fato de que hoje não se compreende mais a desapropriação como intervenções individuais com base na lei, mas hoje é possível ver ‘desapropriação’ em qualquer ato estatal que intervenha, de qualquer maneira, na esfera jurídica privada.<sup>338</sup>

---

<sup>337</sup> “Neben Gemeinplätze, die niemand verpflichten und auf die sich niemand berufen kann, stellt sie die beiden möglichen Wirtschaftssysteme, privateigentumserhaltenden Kapitalismus und Gemeineigentum voraussetzenden Sozialismus, gleichberechtigt nebeneinander. Sie gewährleistet zwar das Privateigentum, sieht aber seine Überführung in Gemeineigentum ausdrücklich vor. Auf Grund der Tatsache, dass die Nebeneinandersetzung der Wirtschaftssysteme sich hier in der technischen Möglichkeit der Überführung von einem in andere äußert, ist die Meinung entstanden, dass der Artikel 153 der Reichsverfassung nicht mehr starr am Eigentumsbegriff festhalte. (...) Diese herkömmliche Enteignung des Artikels 153 hebt das Privateigentum nicht auf. Gewiss kann man einwenden, dass der Absatz 1 des Artikels 153, auch wenn er das Privateigentum aufrechterhält, doch durch die Worte ‚sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen‘ in viel stärkerem Maße, als es die andern modernen europäischen Verfassungen tun, dem Gesetzgeber freie Hand lässt, den Rahmen des Eigentums ungleich enger zu ziehen als frühere Jahrhunderte. Die bürgerliche Rechtswissenschaft hat aber diese durchaus mögliche und von einem Teil der Verfassungsgesetzgeber sicherlich begünstigte Ansicht nicht geteilt, sondern hat sich im Gegenteil mit Erfolg darum bemüht, den Rahmen entschädigungsloser staatlicher Eingriffe gegenüber dem Rechtszustand des 19. Jahrhunderts noch bedeutend einzuschränken. Wie sehr der Artikel 153 in der Verfassungs- und Verwaltungspraxis ausschließlich privateigentumsschützende Funktion bekommen hat, zeigt die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Sie hat dem Enteignungsbegriff eine grenzenlose Ausdehnung gegeben und so den Staat für jeden im öffentlichen Wohlfahrtsinteresse notwendigen Eingriff entschädigungspflichtig gemacht. Gerade Artikel 153 in Verbindung mit dem hier schon erörterten Satz von der Gleichheit vor dem Gesetz wird so zum juristischen Bollwerk, hinter dem sich die kapitalistische Wirtschaftsordnung verschanzt.”, Idem, p.232-233, grifos meus.

<sup>338</sup> “Diese Rechtsprechung hat zuerst zögernd, dann immer sicherer und eindeutiger werdend, dazu geführt, dass heute unter Enteignung nicht mehr individuelle Eingriffe auf gesetzlicher Grundlage begriffen werden, sondern dass Enteignung heute in jedem staatlichen Akt gesehen werden kann, der in irgendeiner Weise in die private Rechtssphäre eingreift.”, KIRCHHEIMER, Otto. Reichsgericht und Enteignung.

Esta interpretação também atingiu outros dois valores contrários justapostos no texto constitucional: o livre comércio, por um lado, e a possibilidade de socialização e fusão forçadas de empresas. A socialização era entendida pelos tribunais como desapropriação e, portanto, exigia indenização prévia. A intervenção estatal na ordem econômica não era vista como uma imposição de limites em favor de um determinado modelo de economia e sociedade – até porque este modelo não havia sido decidido –, mas como um ônus do Estado.

Algumas destas interpretações já apareciam delineadas em alguns de seus textos anteriores a *Weimar – e então?*, mas todos publicados no mesmo ano de 1930. Em *Reichsgericht und Enteignung [Tribunal do Reich e desapropriação]*, Kirchheimer mostra que a ampliação dos sentidos atribuídos a desapropriação está inserida num contexto maior, em que os juízes passam a controlar o conteúdo destes atos administrativos.<sup>339</sup> Em *Grenzen der Enteignung [Limites da desapropriação]*, Kirchheimer aponta que, em dez anos de vigência da Constituição, tendências de retrocesso se desenvolveram, principalmente no que diz respeito à interpretação da igualdade perante a lei e da propriedade privada.<sup>340</sup> Em *Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems [Artigo 48 e as mudanças do sistema constitucional]*, estas transformações já são formuladas como uma transformação estruturante: “Aqui, deve-se lembrar da mudança significativa na posição de poder do judiciário que, cada vez mais, retira do parlamento sua arma, a lei, e aplica seu próprio direito, o direito da burguesia alemã.”<sup>341</sup>

Em todos estes textos do intervalo entre *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo*, de 1928, e *Weimar – e então?*, de 1930, Kirchheimer trata de categorias dogmáticas específicas e sobre como são interpretadas. Se em *Sobre a teoria...* o que importava era apenas o direito como *forma* decisória, sem maior preocupação de discutir seu

---

Reichsverfassungswidrigkeit des Preußischen Fluchtliniengesetzes? In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.255.

<sup>339</sup> Idem, p.255 e seguintes.

<sup>340</sup> KIRCHHEIMER, Otto. Die Grenzen der Enteignung. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.291.

<sup>341</sup> “Es soll hier nur an dem bedeutsamen Wandel in der Machtposition des Richtertums erinnert werden, das dem Parlament in immer steigendem Maße seine Waffe, das Gesetz, aus der Hand schlägt und sein eigenes Recht, das Recht des deutschen Bürgertum, setzt.”, KIRCHHEIMER, Otto. Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.350.

conteúdo, as linhas de argumentação ou as razões utilizadas como justificação. Acredito que são os temas dogmáticos específicos que fazem com que Kirchheimer se aproxime do diagnóstico de Neumann sobre o judiciário, na medida em que ele se defronta com casos concretos e com o tratamento jurídico que eles recebem no interior do sistema judicial.

Assim, em *Weimar – e então?*, Kirchheimer conclui que

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.<sup>342</sup>

A Constituição é reflexo do equilíbrio das forças sociais e serviu de ancoragem para todos os antagonismos com força política suficiente para não ser vetados. Os valores *possíveis* são justapostos, mas as propostas de cunho social representam uma possibilidade que não se realiza. Se em 1928, Kirchheimer entendia que o direito ajudava a manter o balanceamento, em 1930 sua posição se altera. As teses que conformam seu diagnóstico – a mudança de significado do parlamentarismo e a troca de função da ideia de Estado de direito – ainda se mantêm, com algumas mudanças:

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, 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 relações de classe prevaletentes. Então acontece que o*

---

<sup>342</sup> “Die Entwicklung der letzten zehn Jahre hat klar und eindeutig zugunsten des Privateigentums and den Produktionsmitteln entschieden; sie hat bestimmt, welche der nach der Weimarer Verfassung *möglichen* Wirtschaftsformen die *wirkliche* Wirtschaftsform der gegenwärtigen Zeit sein soll.” KIRCHHEIMER, Otto. Weimar... und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung. In: BUCHSTEIN, Hubertus. *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*. op. cit., p.234, grifos originais.

*trabalhador aclama, como avanço, a introdução de formas do Estado de direito naqueles lugares onde até então lhe havia sido negada qualquer influência.*<sup>343</sup>

O quadro geral é o mesmo de *Sobre a teoria do Estado do socialismo e do bolchevismo* e de *Mudança de significado do parlamentarismo*. O direito continua sendo aparência e *forma* – parece democrático, mas impõe uma decisão mesmo em instâncias que deveriam promover acordos. Mas aqui ele incorpora mais uma vez a preocupação de Neumann de 1929 – com citação expressa de *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung* e de *Soziologie der Klassenjustiz*, de Fraenkel –, para quem, apesar de todas as críticas contra a justiça trabalhista, via sua aprovação generalizada entre a classe operária. Fazer parte de âmbitos decisórios que antes lhes eram negados faz com que os trabalhadores não só acolham até mesmo decisões contrárias a seus direitos como legítimas, mas que também defendam amplamente o deslocamento do poder decisório para o campo do direito. Ou seja, que defendam a juridificação abertamente. Neste sentido, a juridificação produz a neutralização dos conflitos de classe porque neutraliza um dos polos da luta, o do trabalhador. Quando Kirchheimer olha para além da forma da decisão e passa a considerar seu conteúdo, argumentação e racionalidade, ele constata que as decisões não efetivam os valores sociais inscritos na Constituição. Assim, com o trabalhador neutralizado pela juridificação e com o judiciário e a burocracia pendendo em favor de valores de origem liberal, o cenário é de uma tragédia completa.

---

<sup>343</sup> “Einst diente die Idee des Rechtsstaates der Austragung des Kampfes zwischen liberalem Bürgertum und Monarchie; indem sie aus dem Gedankenkreis und dem politischen Arsenal der konstitutionellen Parteien heraustrat, hat sie einen tiefgreifenden Funktionswechsel erfahren. Ursprünglich war sie das zaghafte Kampfmittel der Schichten von Besitz und Bildung, denen es besonders darum zu tun war, für alle Belange Kompetenzen zu schaffen, die der monarchistischen Exekutive die Möglichkeit zur Erweiterung ihrer Herrschaftsbefugnisse nahmen. Heute ist der Rechtsstaat die Form, in der ein großer Teil der Entscheidungen der Verteilungssphäre in einer scheinbar juristischen Form, umgeben von einem Haufen prozesstechnischer Vorschriften, getätigt werden. Schlichtungskammer, Arbeitsgericht und Mieteinigungsamt beruhen alle auf dem Prinzip der Verlagerung der Entscheidung von politischen zu scheinbar der politischen Sphäre entrückten, an juristische Vorschriften gebundenen Stellen. Diese haben in Wahrheit meistens einen Kompromiss als Zwangsausgleich zu verkünden. So wird hier die rechtsstaatliche Form, in der die sozialen Kämpfe im Wege eines Prozessverfahrens zum Austrag gebracht werden, zur Grenzscheide der feindlichen Sozialgruppen, die weit entfernt sind, in ihr das Gesetz der endgültigen Machtverteilung zu erblicken. Für beide bedeutet jedoch ein in rechtsstaatliche Formen gekleidetes Zwangsausgleichsverfahren die Garantie, zwar nur unter Berücksichtigung der jeweils obwaltenden Kräfteverhältnisse zur Geltung zu kommen, aber immerhin dabei auf jeden Fall berücksichtigt zu werden. So kommt es, dass die Arbeitnehmer dort, wo ihnen bisher jeglicher Einfluss versagt war, die Einführung rechtsstaatlicher Formen als Fortschritt begrüßen.”, Idem, p.240-241, grifos meus.



Não é surpreendente que Kirchheimer pergunte “e então?” e que defenda que a Constituição de Weimar teria de ser posta abaixo caso se quisesse avançar em direção a uma sociedade mais justa e igualitária:

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.<sup>344</sup>

Não só a Constituição tem que ser abandonada, mas toda a tentativa de conciliar valores antagônicos numa democracia formal, com um direito formal. Para Kirchheimer, uma posição socialista tem que ser capaz de desvelar todas as “ambiguidades da atual organização da sociedade” e “revelar todas as contradições” que se escondem por detrás das formas políticas.<sup>345</sup> E é também por isto que juridificação é uma tendência inteiramente negativa.

Como já vimos no capítulo anterior, a reação de Neumann a este texto foi enérgica. Ele responde: “Quando Kirchheimer pergunta em seu título ‘Weimar... e então?’, que se aproxima fortemente das ordens de ideias comunistas, então a resposta só pode ser: em primeiro lugar Weimar!”<sup>346</sup> Passo agora a analisar especificamente como Neumann compreende o conceito de juridificação.

---

<sup>344</sup> “Nur eine sozialistische Politik, die die schicksalsgegebene Unüberbrückbarkeit dieser doppelten Frontstellung in ihrer vollen Schwere kennt und ihr nicht mit Scheinantworten ausweicht, kann und wird den Mut und die Verantwortungsfreude besitzen, selbst etwas zu wollen, anstatt wie diese Verfassung der Auflösung des bürgerlichen Wertsystems nur immer Diener des gerade Mächtigen zu sein.” Idem, p.249-250.

<sup>345</sup> Idem, p.209.

<sup>346</sup> NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. op. cit., p.153.



## Capítulo 4. Juridificação como pressuposto: Franz Neumann

“Pergunta: Podemos caracterizar o desenvolvimento teórico e político de Neumann, entre 1927 a 1933, como não espetacular, no sentido de que, nesse período, ele não viveu qualquer alteração teórico-política relevante?”

Söllner: Sim, eu acredito que a linha que Neumann representava neste período permaneceu relativamente consistente de 1927 a 1933. No entanto, havia algo como uma contradição interna na avaliação das tendências que estavam vinculadas à institucionalização da jurisdição trabalhista. Isto não se vê tanto na reação ao ensaio de Kirchheimer quanto nos outros artigos, em que *ele reconhece o avesso da juridificação*, que se escondia na jurisdição dos tribunais trabalhistas. Tenho em mente a apropriação corporativista do movimento operário.”

Resposta de Alfred Söllner a Rainer Erd em *Reform und Resignation*<sup>347</sup>

No Capítulo 2, “Diagnóstico comum: Otto Kirchheimer e Franz Neumann”, vimos que as principais preocupações de Neumann no período de Weimar giravam em torno das transformações estruturais do judiciário. Diante do diagnóstico de fundo, formulado por Otto Bauer, que atestava o equilíbrio da luta de classes no parlamento e na base da sociedade, Neumann entende que o sistema judicial desponta como a arena institucional a ser observada com a maior das atenções, uma vez que era a única que havia conseguido introduzir elementos desestabilizadores deste balanceamento. E não se tratava de um desequilíbrio sem mais: Neumann identifica uma expansão sem precedentes da justiça para todos os âmbitos da vida, este prolongamento é acompanhado de alterações substantivas e estratégicas em relação à interpretação do direito e do próprio papel do juiz, fazendo com que as cortes funcionassem como censoras estratégicas do parlamento em todas as matérias de cunho social. Estas transformações de longo alcance fazem com que a própria racionalidade interna

---

<sup>347</sup>“Frage: Kann man die theoretische und politische Entwicklung Neumanns von 1927 bis 1933 als unspektakulär in dem Sinne bezeichnen, daß er in dieser Zeit keine relevante theoretisch-politische Veränderung durchlebte?”

Söllner: Ja, ich glaube, daß die Linie, die Neumann in dieser Zeit vertrat, politisch wie theoretisch relativ konsistent blieb. Allerdings gab es so etwas wie einen inneren Widerspruch in der Einschätzung der Tendenzen, die etwa mit der Institutionalisierung der Arbeitsgerichtsbarkeit verbunden waren. Man sieht dies nicht so sehr an der Reaktion auf den Kirchheimer-Aufsatz als in den anderen Artikeln, in denen er die Kehrseite der Verrechtlichung, die in der arbeitsgerichtlichen Rechtssprechung steckte, erkannt hat. Ich meine die korporativistische Vereinnahmung der Arbeiterbewegung.” ERD, Rainer (org.). *Reform und Resignation: Gespräche über Franz L. Neumann*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1985, p.46, grifo meu.

da jurisdição também mude. Neumann entende que a justiça passa a atuar da mesma maneira que a administração, ponderando sobre as finalidades da lei, avaliando compensações e nivelando interesses nos casos concretos. E, para Neumann, o principal problema envolvido na disseminação deste tipo de raciocínio é a desestruturação das prioridades e finalidades já atribuídas pelo próprio parlamento, tanto nas leis quanto na Constituição de Weimar. Se a lei já fazia uma discriminação positiva em matéria social – procurando desfazer privilégios e compensar assimetrias sociais profundas, como aquelas entre empregador e empregado, entre os detentores de poder econômico e os não-detentores deste poder –, a ação do judiciário passa justamente a rever estas decisões de fundo, decidindo, na maioria das vezes, em favor da manutenção dos privilégios e assimetrias que o legislativo pretendia combater. Se a justiça – principalmente a trabalhista – também é marcada pelo compromisso que caracteriza o equilíbrio temporário entre as classes, em parte emulando a paralisia dos debates parlamentares e do governo de coalizão, isto não leva ao reforço da posição de equiparação entre os grupos em luta, mas a não decidir por meio de regras gerais. Os juízes deixam de tomar posição nos conflitos em abstrato e passam a sopesar interesses apenas nos casos concretos, sem que uma posição clara a respeito da validade ou da interpretação a ser seguida pelo tribunal pudesse ser extraída e aplicada para casos semelhantes. Este *modus operandi* obscurece a compreensão da mudança de atuação do judiciário como um todo, fazendo com que as decisões judiciais ainda fossem vistas como legítimas pela classe trabalhadora, que, por mais que tenha grande parte de seus direitos coletivos negados, passa a ser ouvida e ter seus conflitos reconhecidos como dignos de análise pela primeira vez.

Neumann diagnostica, portanto, uma expansão acompanhada de uma politização do judiciário. Combinadas, as duas tendências não só alteram o equilíbrio pressuposto, mas também minam as conquistas sociais mais relevantes da democracia de Weimar. Alfred Söllner entende que a identificação destas tendências no interior do judiciário explicitaria o “avesso da juridificação”.

Em primeiro lugar, vou tentar mostrar que, apesar de juridificação não ser a preocupação central de Neumann nestes textos de diagnóstico, podemos entrever um sentido específico de *Verrechtlichung* pressuposto em seus artigos sobre questões técnico-jurídicas particulares, como a regulação do poder econômico e o estatuto dos acordos coletivos trabalhistas (I e II). Em seguida, discuto a relação entre juridificação e as tendências identificadas por Neumann em 1929, analisando o que o “avesso” da juridificação poderia significar (III).

## I. Juridificação, judicialização e politização

Como vimos, em *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho*, seu texto de 1929 que – assim eu defendo – delinea as tendências que conformam seu diagnóstico sobre o período de Weimar, a questão da juridificação não está colocada em primeiro plano. Se tomarmos o conceito de *Verrechtlichung* tal como formula Kirchheimer, ou seja, sinteticamente, como um deslocamento de âmbito decisório da política em direção ao direito, então conseguimos entrever semelhanças quando Neumann afirma que há uma tendência de politização do direito, que a justiça passa a ser censora do legislativo, minando a soberania do parlamento – haveria, portanto, um deslocamento da arena de decisão, que seria arrancada de uma instância a outra de maneira ilegítima.

No entanto, ainda tendo o conceito de juridificação de Kirchheimer como base de comparação, para Neumann é a política que está colonizando o judiciário – para usar os termos de Habermas – e não o contrário; estaríamos diante de uma tendência praticamente contrária, politização da justiça e não juridificação da política.<sup>348</sup> É a lógica própria da administração passa a ser adotada no judiciário, mimetizando a paralisia do parlamento e das coalizões de governo. Para Neumann, não é a *forma* da decisão judicial que importa, ou seja, não é tanto o revestimento ou as tintas jurídicas que são decisivos, mas a mudança ativa e estratégica de posicionamento dos juízes dentro dos próprios contornos do que se poderia compreender como legalidade. Para Neumann, o problema não é simplesmente a expansão do judiciário; o fato de o sistema judicial passar a decidir cada vez mais conflitos que antes eram discutidos em âmbitos eminentemente sociais não é uma questão em si mesma. Basta pensarmos que a crítica provavelmente não seria a mesma se este mesmo judiciário atuasse para garantir amplamente os direitos dos trabalhadores positivados na Constituição de Weimar. Não é, portanto, uma crítica ao adensamento da institucionalização. A grande questão é que o judiciário passa a ganhar terreno para servir de obstáculo ao avanço da legislação social e à manutenção das conquistas de direitos trabalhistas e econômicos,

---

<sup>348</sup> É claro que estou carregando um pouco nas tintas para formar esta oposição, já que, como vimos, o conceito de juridificação de Kirchheimer não exclui a política, há uma espécie de segundo momento de repolitização da juridificação da política, para falar nos termos de Teubner.

comprometendo a própria racionalidade técnico-jurídica. É por isto que o judiciário é o fator de desequilíbrio e que passa a estar no centro do diagnóstico.

Assim, nestes textos, Neumann não identifica uma expansão do direito propriamente dito. Isto porque as tendências apontadas especialmente no pequeno livro de 1929 são aquelas consideradas indevidas, ilegítimas, que se colocam como ameaças abertas à democracia parlamentar de Weimar. Neumann quer chamar atenção para estas mudanças estruturais urgentes no interior do judiciário e criticá-las com veemência. No entanto, defendendo aqui a hipótese de que existe uma noção de juridificação pressuposta em outros textos de Neumann deste período. Não é algo explicitado como central, mas uma espécie de ponto de partida dado como evidente pelo autor, que é possível entrever em algumas de suas explicações sobre questões dogmáticas específicas. Trata-se de uma concepção de juridificação em que o direito teria se tornado o meio por excelência para tematizar os conflitos sociais que antes não eram discutidos sob este código e sob estas regras. Uma leitura combinada de dois de seus artigos, *Der Entwurf eines Kartell- und Monopolgesetzes* [O projeto de uma lei sobre cartéis e monopólios], de 1930, e *Der Kampf um den Zwangstarif* [A luta em torno do acordo coletivo obrigatório], de 1925, é capaz de nos dar alguns elementos para trazer este conceito pressuposto à tona.

## II. “A exigência de que todos os confrontos tenham lugar no solo do direito...”

“Ele não se manifestava neles [em seus escritos] apenas sobre problemas jurídicos técnicos em sentido mais estrito, sua elaboração estava antes incorporada numa estratégia política abrangente, que tinha como finalidade os sindicatos, por um lado, e o Estado, do outro. Esta estratégia era reformista na medida em que ela acreditava que desenvolveria o socialismo a partir da transformação imanente do capitalismo, com meios jurídico-políticos. Ela tinha sua própria dinâmica, mas também tinha suas limitações. Assim, Neumann, ainda que fosse menos cético do que Otto Kahn-Freund, não deixava qualquer dúvida de que a jurisdição dos tribunais trabalhistas do *Reich*, marcada por representações da comunidade conformada pela empresa, uma vez institucionalizada, *de maneira alguma faria justiça às expectativas originais do operariado. Nisto se mostrava para ele a ambivalência que estava dada com a juridificação das relações de classe*, ou seja, da delegação de casos de conflito a um judiciário que era tudo menos orientado ao socialismo.”

SÖLLNER, Alfons. *Ein (un)deutsches Juristenleben – Franz Neumann zum 80. Geburtstag*, 1980.<sup>349</sup>

---

<sup>349</sup> “In ihnen äußerte er sich nicht nur technischen Rechtsproblemen im engeren Sinn, vielmehr war deren Ausarbeitung in eine umfassende politische Strategie eingebettet, die die Gewerkschaften auf der einen, den Staat auf der anderen Seite zum Ziel hatte. Diese Strategie war insofern reformistisch, als sie den Sozialismus aus der immanenten Transformation des Kapitalismus, und zwar mit rechtspolitischen Mitteln, zu entwickeln glaubte. Sie hatte ihre eigene Dynamik, aber auch ihre Grenzen. So ließ Neumann, obschon weniger skeptisch eingestellt als Otto Kahn-Freund, keinen Zweifel daran, daß die von Betriebsgemeinschaftsvorstellungen

Em *O projeto de uma lei sobre cartéis e monopólios*, publicado na revista *Die Arbeit* em 1930<sup>350</sup> – posterior a *O significado político e social da jurisdição dos tribunais do trabalho*, portanto –, Neumann discute em detalhes as diferenças que as categorias dogmáticas de monopólio, cartel e *trust* deveriam contemplar. Este não era um tema novo para ele, que já vinha discutindo questões específicas de direito econômico e concorrência.<sup>351</sup> Apenas uma passagem específica em todo este artigo importa para meu argumento. Ao defender que o controle dos abusos praticados pelo poder econômico monopolista ou cartelizado representava a efetivação dos princípios da constituição econômica e do *Rechtsstaat* social – algo como um “Estado social de direito”, muito semelhante à noção de “democracia coletiva” de Fraenkl, mencionada em outros de seus textos<sup>352</sup> –, Neumann explica:

Estado social de direito significa o reconhecimento do Estado como a única organização que pode exercer a violência [*Gewalt*], rejeitando todo tipo de violência privada, rejeitando também a violência econômica privada dos cartéis, monopólios e *trusts*. *Ele significa o reconhecimento da ordem jurídica, isto é, a exigência de que todos os confrontos tenham lugar no solo do direito; e o reconhecimento do pensamento social, isto é, a realização da exigência feita pelo operariado para participar [Mitbestimmung] da economia.*<sup>353</sup>

---

geprägte Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, einmal institutionalisiert, keineswegs den ursprünglichen Erwartungen der Arbeiterschaft gerecht wurde. Darin zeigte sich für ihn die Ambivalenz, die mit der Verrechtlichung von Klassenkämpfen, und d. h. der Delegation der Konfliktfälle an eine alles andere als sozialistisch eingestellte Richterschaft, gegeben war.”, SÖLLNER, Alfons. Ein (un)deutsches Juristenleben – Franz Neumann zum 80. Geburtstag. *Kritische Justiz*, v.13, n.4, 1980, p.428-429, grifo meu.

<sup>350</sup> NEUMANN, Franz. Der Entwurf eines Monopol- und Kartellgesetzes. *Die Arbeit*, v.7, n.12, 1930.

<sup>351</sup> NEUMANN, Franz. Gesellschaftliche und staatliche Verwaltung der monopolistischen Unternehmungen. *Die Arbeit*, caderno 7, 1928.

<sup>352</sup> O conceito de “Estado social de direito” era amplamente utilizado no campo da social-democracia, especialmente entre os juristas. Para a concepção de Estado social de direito de Hermann Heller, ver 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, especialmente o Capítulo 4.

<sup>353</sup> “Sozialer Rechtsstaat bedeutet die Anerkennung des Staates als die einzige Organisation, die Gewalt ausüben kann unter Ablehnung jeder wie auch immer gearteten privaten Gewalt, unter Ablehnung auch der privaten Wirtschaftsgewalt der Kartelle, Monopole und Truste. Er bedeutet die Anerkennung der Rechtsordnung, d. h. der Forderung, dass alle Auseinandersetzungen sich auf dem Boden des Rechts zu vollziehen haben; und die Anerkennung des sozialen Gedankens, d. h. der Verwirklichung der Forderung der Arbeiterschaft auf Mitbestimmung in der Wirtschaft.” NEUMANN, Franz. Der Entwurf eines Monopol- und Kartellgesetzes. op. cit., p.775, grifo meu.

Neste trecho, Neumann explicita o que entende por este *Rechtsstaat* social: (i) monopólio da violência estatal, em detrimento de qualquer tipo de poder privado, inclusive econômico; (ii) reconhecimento da ordem jurídica, o que significa que o terreno em que todos os conflitos devem se desenrolar é dado pelo direito; (iii) reconhecimento do pensamento social, o que significa efetivar a demanda dos trabalhadores para também determinar os rumos da economia (e, poderíamos dizer, da política de maneira geral). Neumann pressupõe aqui que reconhecer a ordem jurídica, ou seja, reconhecer o Estado democrático de direito simplesmente, sem necessariamente incluir o adjetivo “social”, significa entender que todos os confrontos vão se desenrolar no campo do direito. Temos aqui uma pretensão totalizante – são “*todos* os confrontos”. Isto não é compreendido como uma ultrapassagem indevida do direito para âmbitos da vida onde ele antes não se fazia presente, mas como uma simples consequência da implementação do Estado de direito. Neumann não trata esta ideia de maneira pejorativa. Pelo contrário. É uma *exigência*, é algo reivindicado e demandado, que deve, assim, ser parte da luta política. Em sua perspectiva, efetivar o Estado social de direito é o horizonte mais imediato da luta dos trabalhadores.

Há, aqui, uma combinação de elementos: reconhecimento da soberania do Estado nos contornos de um Estado de direito, ao mesmo tempo em que se afirma a necessidade de que também os trabalhadores façam parte do processo de decisão, numa co-determinação entre Estado e sociedade organizada. Ainda que o Estado seja entendido como único detentor do exercício da violência – e isto é uma justificativa para que o poder estatal pudesse intervir nas relações econômicas para proibir a atuação predatória de cartéis e monopólios, vistos como poder privado sobre os quais recairia a regulação estatal, por exemplo –, definir os rumos da economia não é exclusividade do aparato do Estado; trata-se de uma determinação coletiva e social.

Alguns outros elementos desta ideia são apresentados em *A luta em torno do acordo coletivo obrigatório*, publicado cinco anos antes. Neste artigo, Neumann discute se a categoria dos acordos coletivos obrigatórios está em consonância com o Estado de direito e com a ideia de socialismo. Como vimos no primeiro capítulo, os acordos coletivos entre empregados e empregadores foram uma criação do próprio movimento operário já antes da guerra e, inicialmente, não eram reconhecidos pelo direito estatal. A Constituição de Weimar incorporou estes acordos coletivos trabalhistas em seu texto, garantindo a autonomia das partes para celebrá-los. Mas uma série de decretos fez com que estes acordos começassem a ser impostos como obrigatórios por câmaras arbitrais e também pelo judiciário, gerando



críticas tanto por parte dos empregadores – já que uma das consequências do *enforcement* dos acordos era o aumento dos salários para acompanhar a inflação galopante –, bem como por parte dos trabalhadores, já que a compensação salarial vinha acompanhada da “obrigação de paz”, que tornava qualquer iniciativa de greve ilegal.<sup>354</sup>

Para Neumann, a questão era saber se era juridicamente possível que o Estado continuasse a tornar este tipo de acordo obrigatório, fazendo com que um conjunto de trabalhadores e de empregadores de um determinado setor ou indústria acertassem regras vinculantes no que diz respeito a critérios de correção salarial, número de horas trabalhadas, entre tantas outras condições trabalhistas. Neumann se posiciona contrariamente aos acordos forçados, mas antes disso critica o que entende ser argumentos equivocados para justificar este posicionamento. Um deles consiste na afirmação de que os acordos obrigatórios seriam reacionários simplesmente por se tratar de direito estatal. Ao que Neumann responde:

A opinião de Zwing de que todo direito estatal – e, com isso, também a declaração de vinculação – seria reacionário não pode ser mantida neste nível de generalidade. O direito estatal não é nem inimigo dos trabalhadores e nem o contrário. O direito é, em si, forma, forma vazia, que ainda não diz nada sobre o conteúdo da norma jurídica [*Rechtssatz*]. Porque o direito é apenas um meio para alcançar determinadas finalidades, e é só o objetivo, a finalidade, o conteúdo, a ‘função social do instituto jurídico’ (para falar nos termos de Karl Renner, o jurista que também é o importante chanceler do Estado austríaco) que decidem acerca do valor ou desvalor [*Unwert*] de uma norma jurídica. Por acaso a regulação da previdência social, da jornada de trabalho de oito horas, da proibição do trabalho infantil e de mulheres gestantes, a proibição da agiotagem devem ser caracterizadas como reacionárias porque as proibições são direito estatal imediato?<sup>355</sup>

---

<sup>354</sup> A arbitragem dos conflitos no âmbito destes acordos também passou a ser compulsória: “Only during the brief interlude of demobilization and revolutionary unrest could arbitration enjoy the general recognition of organized capital and labor. It soon became the center of heated controversy. What was contested was not the necessity of arbitration as such, for the principle was generally recognized despite all attacks on the specific form. Neither was it denied that during the period of inflation the system had been an essential means of avoiding collapse. The excellent service rendered by many conciliation officers was recognized by the contending parties even at a later period. (...) From the very beginning it was the compulsory feature which was the subject of heated arguments, and which caused the various ‘arbitration crises’. When compulsion was introduced by the demobilization orders, it was welcomed as a happy device for averting revolutionary chaos, but as soon as the danger seemed overcome, employers contested the validity of compulsory awards. They argued that such awards were not authorized by statute, and that the decrees which introduced them covered merely hiring and firing, not collective bargaining.” 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, p.21-22.

<sup>355</sup> “Zwings Meinung, jedes staatliche Recht – und damit auch die Verbindlichkeitserklärung – sei reaktionär, lässt sich in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten. Staatliches Recht ist weder arbeiterfeindlich noch das Gegenteil. Recht an sich ist Form, leere Form, die über den Inhalt des Rechtssatzes noch gar nichts besagt. Denn Recht ist nur ein Mittel zur Erreichung bestimmter Zwecke, und nur das Ziel, der Zweck, der Inhalt, die „soziale Funktion des Rechtsinstituts“ (um mit Karl Renner, dem auch als Juristen bedeutenden österreichischen Staatskanzler, zu reden) entscheiden über Wert oder Unwert eines Rechtssatzes. Kann etwa eine Regelung der Sozialversicherung, des Achtsturentages, des Verbots der Kinder- und Schwangerarbeit,

Há alguns pontos importantes aqui. Este é um dos poucos momentos, em todos os seus escritos do período de Weimar, em que Neumann esboça uma concepção mais geral sobre o que ele entende ser o direito, ainda que se trate apenas do direito estatal. Acredito ser possível afirmar que, ainda que sejam apenas alguns delineamentos não aprofundados, esta ideia sobre o direito estatal o acompanha em todos os seus escritos desta época. Ao afirmar que o direito estatal não é inimigo dos trabalhadores e nem tampouco amigo da causa operária, Neumann está enfatizando que a autoridade estatal não determina o conteúdo do texto da norma jurídica de saída, nem a favor e nem contra determinadas causas. Certamente, para Neumann, o direito integra a política entendida amplamente, mas o direito estatal não é político neste sentido específico: não é partidário de um valor determinado já consolidado e impassível de ser mudado. O direito é entendido como “meio para alcançar determinadas finalidades”, como uma “forma vazia” que deve ser preenchida pelos objetivos que se pretende atingir, o que fica a cargo do legislador.

Ao analisar esta passagem, William Scheuerman entende que este é um comentário perspicaz de Neumann, na medida em que explicitaria que o direito pode servir para os mais diferentes propósitos, sejam eles socialistas ou liberais, radicais ou reacionários – e que, principalmente, mostraria a plausibilidade da mediação de conflitos entre campos antagônicos por meio do direito.<sup>356</sup> Scheuerman entende que tanto Kirchheimer quanto Schmitt defendiam que o compromisso entre classes era inerentemente apolítico, então, em seu argumento, esta passagem de Neumann seria contrária a Kirchheimer e Schmitt, servindo para mostrar que o direito poderia viabilizar estes acordos estruturais ao permitir que diferentes valores fossem abarcados em sua forma. Já José Rodrigo Rodriguez ressalta o caráter instrumental conferido ao direito nesta passagem, entendido como um reducionismo por parte de Neumann. Rodriguez entende que Neumann teria reconhecido a existência de um espaço de indeterminação na norma jurídica, mas não teria aprofundado esta ideia; seria antes um “fundamentalismo interpretativo” que sobressairia em sua posição, por defender valores favoráveis aos trabalhadores ao analisar artigos específicos da Constituição de

---

des Verbots des Wuchers deshalb als reaktionär bezeichnet werden, weil die Verbote unmittelbar staatliches Recht sind?” NEUMANN, Franz. *Der Kampf um den Zwangstarif. Die Arbeit*, v.2, n.11, 1925, p.696-697.

<sup>356</sup> SCHEUERMAN, William. *Between the Law and the Exception*. op. cit., p.42-43.

Weimar sem reconhecer que os valores liberais estariam em pé de igualdade com a sua própria interpretação.<sup>357</sup>

Acredito que tanto o caráter instrumental – o direito é entendido como *meio* para alcançar um *fim* – quanto o caráter de compromisso podem ser ressaltados aqui. Mas, o que para mim é fundamental (e acredito que é este ponto que ajuda a compreender o posicionamento de Neumann como um todo no período de Weimar) é a *abertura* que Neumann confere ao direito. A forma do direito não determina seu conteúdo de antemão. O fato de uma regra ser parte do direito estatal ou de ser simplesmente acordada entre grupos sociais não fixa um valor ou um desvalor, a fonte ou a autoridade que diz o direito não cristaliza qualquer tipo de conteúdo a respeito da norma.

É possível tirar diversas consequências a partir desta concepção. Se o direito é forma vazia que abarca uma multiplicidade de valores e finalidades, então não há, a princípio, uma hierarquia entre objetivos dada de antemão, uma prerrogativa de um valor sobre o outro. Qualquer finalidade pode ser abarcada pela lei. Esta ideia é o pressuposto necessário para afirmar que este conteúdo pode ser disputado, que esta forma vazia é um campo aberto para que diferentes forças sociais procurem inscrever seus próprios valores no direito estatal. E, numa democracia marcada pelo antagonismo entre classes, este certamente não é um processo tranquilo e linear, em que simplesmente se finca uma bandeira e tudo passa a estar resolvido. Isto significa antes que o direito estatal é um campo aberto de luta e disputa, que as finalidades que vão preencher o vazio serão objeto de negociação política. Os exemplos citados por Neumann para indicar o absurdo de considerar qualquer direito estatal reacionário – jornada de oito horas, proibição do trabalho infantil, previdência social, entre outros – são conquistas do movimento operário que, por meio do direito estatal, havia conseguido tornar valores sociais vinculantes a toda a sociedade. Neumann entende, portanto, que há uma arena em torno da indeterminação do conteúdo das normas jurídicas estatais e que o movimento operário e a social-democracia tinham plenas condições para travar esta batalha.

Além de esboçar sua concepção acerca do direito estatal, Neumann também apresenta os termos em que concebe a relação entre socialismo e Estado, explicitando alguns

---

<sup>357</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito*. op. cit., p.17 e p.36.

dos pressupostos das propostas de “Estado social de direito” ou de “democracia coletiva” que estão no horizonte de suas manifestações públicas deste período:

O socialismo de hoje não é inimigo do Estado. Ele afirma o Estado – ainda que não *este* Estado – e tenta obter sua maquinaria em suas mãos. Mas com isto não é dada a solução do nosso problema. A consequência lógica dessa afirmação do Estado por parte do socialismo seria, em si, a afirmação da política salarial oficial – sob a pressuposição de que se trataria de um Estado em que a social-democracia teria uma influência decisiva. Assim, a oposição contra a declaração de vinculação não seria principiológica, mas apenas uma oposição tática, condicionada a esta composição do *Reichstag* e do governo do *Reich*. Mas esta seria uma conclusão precipitada. Porque o socialismo não significa só afirmação do Estado, ele não se esgota na repetição maquinal de teorias conservadoras do Estado – como Spengler gostaria que fosse, em seu livro *Preussentum und Sozialismus* –, mas o socialismo concede, ao livre desenvolvimento das forças sociais, a mesma importância dada à coerção estatal direta. Hoje, o entrelaçamento entre socialismo e democracia é tão íntimo, que não se formou apenas uma mera conexão, mas um todo intelectual, social e político. Na Alemanha – talvez diferentemente do que na Rússia –, socialismo sem democracia, sem a participação das forças sociais que surgiram autonomamente na vida estatal, não é sequer imaginável. Afirmação da ideia de Estado e afirmação da ideia da autonomia social, especialmente no direito do trabalho: reconhecimento do direito e do dever do Estado de regular as relações de trabalho e as associações de trabalhadores e afirmação da auto-administração social por meio dos sindicatos. Um e o outro, e não ou um ou outro. Que a intervenção direta do Estado nas relações e associações de trabalho é necessária, isto nos mostram o direito de limitação do tempo de trabalho, a previdência social, as compensações por acidente de trabalho, o direito dos conselhos de empresa e muito mais. Que a ideia da autonomia dos sindicatos é uma ideia fundamental do direito do trabalho em geral, isto nos mostra, acima de tudo, o livro de Sinzheimer *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht.*<sup>358</sup>

---

<sup>358</sup> “Der Sozialismus von heute ist nicht staatsfeindlich. Er bejaht den Staat – wenn auch nicht *diesen* Staat – und versucht seine Maschinerie in die Hände zu bekommen. Aber damit ist nicht etwa bereits die Entscheidung unseres Problems gegeben. Die logische Folge dieser Staatsbejahung des Sozialismus wäre an sich die Bejahung der amtlichen Lohnpolitik – unter der Voraussetzung eines Staates, in welchem die Sozialdemokratie massgebenden Einfluss hätte. Demnach wäre die Opposition gegen die Verbindlichkeitserklärung keine grundsätzliche, sondern nur eine taktische, bedingt durch diese Zusammensetzung von Reichstag und Reichsregierung. Aber dies wäre eine vorschnelle Folgerung. Denn Sozialismus bedeutet nicht nur Staatsbejahung, er erschöpft sich nicht etwa in einem Nachbeten konservativer Staatstheorien – wie etwa Spengler in seinem Buch „Preussentum und Sozialismus“ wahr haben möchte –, sondern Sozialismus räumt der freien Entwicklung der gesellschaftlichen Kräfte die gleiche Bedeutung ein wie dem unmittelbar staatlichen Zwang. Die Verflechtung von Sozialismus und Demokratie ist heute einer derart innige, dass hier nicht ein blosses Verbundensein, sondern ein geistiges, gesellschaftliches und politisches Ganzes entstanden ist. In Deutschland ist – vielleicht anders als in Russland – Sozialismus ohne Demokratie, ohne Beteiligung der autonom entstandenen gesellschaftlichen Kräfte im Staatsleben nicht denkbar. Bejahung der Staatsidee *und* Bejahung der Idee der gesellschaftlichen Autonomie, speziell arbeitsrechtlich: Anerkennung des Rechtes und der Pflicht des Staates zur Regelung des Arbeitsverhältnisses und der Arbeitsverbandes *und* Bejahung der sozialen Selbstverwaltung durch die Gewerkschaften. Das eine *und* das andere, und nicht das eine oder das andere. Dass das unmittelbare Eingreifen des Staates in Arbeitsverhältnis und Arbeitsverband notwendig ist, zeigen Arbeitszeitrecht, Sozialversicherung, Unfallfürsorge, Betriebsräterecht und anderes mehr. Dass der Gedanke der Autonomie der Gewerkschaften ein Grundgedanke des Arbeitsrechtes überhaupt ist, zeigt vor allen Dingen Sinzheimers Buch „Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht.“ NEUMANN, Franz. Der Kampf um den Zwangstarif. op. cit., p.698-699, grifos originais.

Temos, aqui, em linhas gerais, os principais pontos do que poderia ser chamado de um programa social-democrata reformista.<sup>359</sup> Socialismo e Estado deixam de ser antagonismos irreconciliáveis. O socialismo vai ser alcançado gradualmente por *meio* do Estado, que intervém para domesticar o capitalismo e a face mais cruel da exploração do trabalho. Mas, como diz Neumann nesta passagem, a ideia de socialismo não se esgota na afirmação do Estado sem mais. Para o caso concreto dos acordos coletivos trabalhistas forçados, isto significaria cancelar a política salarial oficial, que, neste caso específico, era contrária aos interesses dos trabalhadores: “Porque, com certeza, o governo vai querer utilizar o sistema dos acordos coletivos obrigatórios, com todos os meios de poder à sua disposição, para evitar aumentos salariais e, assim, evitar novos aumentos de preços.”<sup>360</sup> Assim, conquistar o poder estatal é apenas uma parte.

A segunda parte é a democracia – e mais uma vez Neumann enfatiza a autonomia das forças sociais para se regular e para participar das decisões da vida política, principalmente daquelas tomadas no interior do Estado. Aqui, democracia é quase um *procedimento*: abrir espaço para a regulação social autônoma e também para a co-determinação das decisões estatais que vinculam a todos. Neumann entende que ambos são igualmente necessários e que estão amalgamados em definitivo na Alemanha, num “todo intelectual, social e político” – posicionamento que o separa de Kirchheimer, que não entende haver qualquer valor socialista que forme um todo social ou um “nós”. Não basta afirmar um Estado de caráter social-democrata ou socialista se houver supressão da autonomia da sociedade civil organizada e da atuação do movimento operário na formulação destas políticas e decisões. Não basta afirmar a autonomia da sociedade civil organizada e as reivindicações de participação se não houver reconhecimento, por parte do Estado, da importância deste espaço de auto-organização e cooperação.

Mas o mais importante aqui é a consequência extraída para o direito:

Afirmação da ideia de Estado e afirmação da ideia da autonomia social, especialmente no direito do trabalho: reconhecimento do direito e do dever do Estado de regular as relações de

---

<sup>359</sup> Sobre isto, ver MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: Teoria crítica e os sentidos da emancipação*. op. cit., p.196 e seguintes.

<sup>360</sup> “Denn die Regierung wird das System der Zwangstarife sicherlich mit allen ihr zur Verfügung stehenden Machtmitteln benützen wollen, um Lohnerhöhungen und damit weitere Preissteigerungen zu vermeiden” NEUMANN, Franz. *Der Kampf um den Zwangstarif*. op. cit., p.695.

trabalho e as associações de trabalhadores e afirmação da auto-administração social por meio dos sindicatos.<sup>361</sup>

Direito não é apenas direito estatal – esta é, novamente, apenas uma parte. A auto-administração social levada a cabo pelos sindicatos também é fundamental para o direito do trabalho. Além disso, ambos são caminhos necessários para efetivar mudanças sociais significativas. Mudanças na cultura política das organizações sociais são importantes, mas não necessariamente servem de regra coercitiva para aqueles que não se vêem como parte de uma transformação dos modos de pensar e agir. Mudanças no direito estatal são importantes, principalmente por vincularem todos os cidadãos, mas não são efetivas se a base da sociedade não enxergar nelas qualquer legitimidade ou possibilidade de participação. Especialmente numa sociedade cindida em antagonismos profundos, as transformações sociais têm que encontrar respaldo tanto em fontes sociais quanto em fontes estatais.

Aqui, esta autonomia coletiva, entendida como dar regras para si mesmo num todo social organizado, é uma das fontes do direito. A mudança social se efetiva apenas na medida em que ambas as fontes são combinadas. O direito estatal tem que ser disputado para que a forma vazia do direito seja preenchida com valores que efetivem conquistas sociais que vinculem a todos. O direito eminentemente social produzido por sindicatos e conselhos é uma maneira de aproximar direito e sociedade, de fomentar o envolvimento ativo dos cidadãos na resolução de conflitos e, principalmente, de fazer com que os trabalhadores não sejam apenas destinatários das normas, mas também diretamente formuladores de uma regra que dão a si próprios. Não é à toa que Neumann cita o livro de Sinzheimer de 1916 aqui. Esta explicação sobre a correlação entre socialismo e democracia poderia facilmente ser entendida nos termos de Sinzheimer, como a necessidade de complementação entre uma democracia política e uma democracia social, como vimos no Capítulo 1. Neste ponto, Neumann é herdeiro direto de Sinzheimer.

Combinando estas passagens de 1925 com a formulação de *O projeto de uma lei sobre cartéis e monopólios*, podemos entender que a exigência de que todos os confrontos tenham lugar no solo do direito também tem dois níveis: direito estatal e direito da autonomia social. Assim, a exigência de juridificação não está direcionada apenas ao Estado, não é um horizonte em que todos os conflitos passem a ser regulados única e exclusivamente pelo

---

<sup>361</sup> NEUMANN, Franz. Der Kampf um den Zwangstarif. op. cit., p.699.

direito estatal. Tal como em Sinzheimer, estamos falando de “níveis”. Ainda que Neumann faça questão de enfatizar que se trata de uma combinação em pé de igualdade entre elementos de coerção estatal e de elementos de autonomia social, ele também afirma, em *A luta em torno do acordo coletivo obrigatório*:

É certo que a ideia da autonomia dos sindicatos é um pensamento elevado e bonito. Mas não se deve desconsiderar que a auto-administração das associações tem, *juridicamente*, seu fundamento em uma autorização estatal e de que é apenas por força de permissão estatal (artigo 165 da Constituição do *Reich*, §1 do regulamento de 23 de dezembro de 1918) que as coalizões têm o direito de estipular, de maneira normativa e inalienável, o estatuto dos acordos coletivos. A razão jurídica última da autonomia é, portanto, o Estado.<sup>362</sup>

Assim, a relação de complementaridade se dá no plano da efetivação do projeto político: socialismo e democracia necessariamente precisam caminhar juntos. No plano propriamente jurídico, a autonomia para regulação social só existe porque o Estado a reconhece na Constituição de Weimar. Sem este reconhecimento, esta auto-administração apresentaria uma ameaça ao monopólio da violência do Estado. Há, portanto, uma espécie de hierarquia das fontes; é, de fato, uma juridificação em dois níveis, em que um é superior ao outro, ainda que ambos tenham que coexistir em relação mútua. Uma vez que o reconhecimento estatal é conquistado, elas passam a ser complementares. O solo do direito é tanto um terreno do direito estatal quanto do direito social. E, no que diz respeito ao direito estatal, a determinação do conteúdo da norma integra um processo amplo de luta com grupos sociais antagônicos.

### III. O “avesso” da juridificação

Na epígrafe que escolhi para este capítulo, Söllner afirma que Neumann teria reconhecido o “avesso da juridificação” ao chamar atenção para as tendências de transformação no interior do judiciário. Söllner usa o termo “*Kehrseite*”, que significa

---

<sup>362</sup> “Gewiss ist der Gedanke der Autonomie der Gewerkschaft ein hoher und schöner Gedanke. Aber man darf dabei nicht übersehen, dass die Selbstverwaltung der Verbände *rechtlich* ihren Grund in einer staatlichen Ermächtigung hat, und dass nur kraft staatlicher Zulassung (Artikel 165 der Reichsverfassung, §1 der VO. vom 23. Dezember 1918) die Koalitionen das Recht haben, die Tarifsatzungen normativ und unabdingbar zu vereinbaren. Der letzte Rechtsgrund der Autonomie ist demnach der Staat.” NEUMANN, Franz. *Der Kampf um den Zwangstarif*. op. cit., p.697.

“avesso”, mas também “o outro lado”, se estivermos falando de uma moeda de duas faces, por exemplo. Assim, ao tratar da mudança na interpretação e no controle de constitucionalidade, bem como da expansão do sistema judicial, Neumann estaria tratando do outro lado da juridificação: a expansão do direito – estatal ou social – para âmbitos em que ele antes não se fazia presente levaria necessariamente à judicialização, ou seja, à reivindicação e à afirmação de direitos e deveres e à denúncia de violações nas arenas institucionais próprias. Assim, poderíamos entender juridificação e judicialização como duas faces da mesma moeda: se o direito expande, parece natural que o recurso aos tribunais também aumente. A aposta do movimento operário e da social-democracia na juridificação teria se convertido em seu avesso quando o judiciário passou a decidir sobre estes novos direitos conquistados na democracia parlamentar. Juridificação, por um lado, e judicialização, por outro, seriam as duas faces da mesma tendência social.

Söllner não tem a oportunidade de explorar esta ideia na entrevista a Rainer Erd. Mas no trecho que serve de epígrafe à seção anterior, ele afirma que Neumann teria reconhecido as ambivalências da juridificação da luta de classes quando percebeu as tendências reacionárias no interior do judiciário. Institucionalizada, a justiça “de maneira alguma faria justiça às expectativas originais do operariado”.<sup>363</sup> Ainda neste mesmo texto de comentário sobre Neumann, Söllner fala em uma “ilusão a respeito da juridificação” de que teria sofrido o reformismo de maneira geral, Neumann incluído.<sup>364</sup>

Existem problemas de várias ordens nesta argumentação. Em primeiro lugar, Söllner estabelece uma relação quase lógica entre juridificação e judicialização. Se a segunda é consequência da primeira, num cenário em que o judiciário não havia se democratizado, como o de Weimar, não seria nem o caso de tentar lutar por um direito que corrigisse desigualdades estruturais, já que estes direitos seriam solapados por este sistema judicial. Assim, apostar na criação de novos campos jurídico-dogmáticos, como o direito coletivo do trabalho ou o direito econômico, que abarcavam relações sociais que antes não eram reconhecidas em suas especificidades pelo Estado, teria sido simplesmente um erro de estratégia ou uma ingenuidade.

Em segundo lugar, Söllner defende que o próprio Neumann faria esta conexão entre a juridificação e seu “avesso”, reconhecendo as ambiguidades de regular, por meio do

---

<sup>363</sup> SÖLLNER, Alfons. Ein (un)deutsches Juristenleben – Franz Neumann zum 80. Geburtstag. op. cit., p.429.

<sup>364</sup> Idem, p.434.



direito, os conflitos de uma sociedade marcada pelo antagonismo entre classes. É difícil que esta interpretação tenha sustentação nos textos. Primeiro porque Neumann não parece estabelecer uma relação de causalidade necessária ou de origem comum entre os dois processos. É preciso lembrar que, para Neumann, a expansão do sistema judicial vem acompanhada de sua politização, de trocas oportunistas de posicionamento a respeito de como interpretar a lei e da relação dos juízes com o parlamento. Assim, em vez de ser o “outro lado” da juridificação, esta judicialização seria antes um boicote expresso de uma classe contra outra. A judicialização não seria problemática se afirmasse os novos direitos consolidados na Constituição de Weimar e na legislação social. Sua politização é antes o fator decisivo, é o que desequilibra as relações de balanceamento entre as classes na democracia parlamentar. E esta politização não é uma consequência natural da juridificação, é antes um movimento político de bloqueio institucional em reação às conquistas da social-democracia e do movimento operário.

A terceira razão que torna esta afirmação problemática é o fato de que Neumann não defende, em seus textos do período de Weimar, que a estratégia de juridificação tenha de ser revista diante da politização do judiciário. Não há qualquer constatação de ambiguidade. Pelo contrário. Se em 1929, ele identificava estas tendências reacionárias que desequilibravam o jogo contra os trabalhadores, nem por isto ele deixou de defender que o papel dos juristas era fornecer interpretações em favor dos valores sociais inscritos na Constituição. Como vimos, é em 1930 que ele afirma que o Estado de direito nada mais é do que “a exigência de que todos os confrontos tenham lugar no solo do direito”. Também em 1930, como vimos no Capítulo 2, ele afirma em *O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar* que “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.”<sup>365</sup> As tendências conservadoras no interior do judiciário não abalam sua concepção de que o direito estatal é uma forma vazia, a ser preenchida e disputada com os valores sociais. Mesmo que o diagnóstico de fundo tenha se alterado, ou seja, que o equilíbrio temporário entre as classes tenha dado lugar a um desequilíbrio promovido ativamente pelo judiciário, Neumann não abandona esta arena institucional como possibilidade de luta e de conquista de avanços sociais significativos. Ele convoca todos os juristas de esquerda a mobilizar interpretações em favor dos direitos sociais consolidados

---

<sup>365</sup> NEUMANN, Franz. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. op. cit., p.143.

em Weimar – seja como advogados, como acadêmicos ou mesmo em pareceres. Abandonar esta arena significaria simplesmente deixar que a forma vazia do direito estatal fosse exclusivamente preenchida pelas classes dominantes. No comentário de Frank Schale:

Ainda que os direitos fundamentais pudessem aparecer na Constituição do *Reich* como “uma salada de escolhas políticas de valores irreconciliáveis” e sua realização, como deficitária, isto não fazia com que o próprio valor da Constituição fosse colocado em questão, mas os direitos constitucionalmente garantidos precisavam ser defendidos tendo em vista a democracia social que ainda seria alcançada. Não são as contradições entre os direitos fundamentais liberais e sociais, mas é a compreensão de uma unidade dos direitos fundamentais ainda a ser conquistada que está no centro da interpretação jurídica. Por isto Neumann enfatiza repetidamente que a Constituição era, em sua parte decisiva, obra da classe trabalhadora.<sup>366</sup>

Em quarto lugar, quando Kirchheimer muda de posicionamento em *Weimar – e então?*, reconhecendo as tendências no interior do judiciário apontadas por Neumann como corretas e admitindo o desequilíbrio entre as forças sociais, ele tira uma conclusão semelhante ao que sugere Söllner. Diante do deslocamento de âmbito decisório – *Verrechtlichung* em sentido negativo, na concepção de Kirchheimer – e das mudanças de posicionamento no sistema judicial, Kirchheimer afirma que a Constituição de Weimar teria passado a efetivar apenas os valores liberais, teria se convertido em serva da manutenção de um estado de coisas absolutamente desigual. Assim, para avançar em direção a uma sociedade mais justa e igualitária, tanto a democracia parlamentar quanto a própria Constituição deveriam ser superadas, já que haviam deixado de contribuir para a emancipação. A aposta havia se convertido em seu avesso. Diante disto, Neumann responde: “em primeiro lugar Weimar!”<sup>367</sup> Apesar de Kirchheimer ter reconhecido as mudanças estruturais no judiciário apontadas por Neumann em 1929, ele não reconhece a ideia de que o direito continua a ser uma forma vazia que não tem seu conteúdo determinado de antemão.

---

<sup>366</sup> “Die Grundrechte in der Reichsverfassung mögen zunächst als „Sammelsurium unvereinbarer politischer Wertentscheidungen“ und ihre Verwirklichung defizitär erscheinen, aber hieraus dürfe nicht der Wert der Verfassung selbst in Frage gestellt, sondern die verfassungsrechtlich garantierten Rechte müssen angesichts der noch zu erreichenden sozialen Demokratie verteidigt werden. Nicht die Widersprüche zwischen liberalen und sozialen Grundrechten, sondern die Erfassung der noch zu erringenden Einheit der Grundrechte steht im Mittelpunkt der juristischen Interpretation. Daher hebt Neumann immer wieder hervor, dass die Verfassung im entscheidenden Teil ein Werk der Arbeiterklasse sei (...).” SCHALE, Frank. Franz L. Neumann zwischen Rechtspositivismus, Rechtssoziologie und Wertphilosophie. In: SCHALE, Frank, THÜMMLER, Ellen, VOLLMER, Michael (orgs.). *Intellektuelle Emigration: Zur Aktualität eines historischen Phänomens*. Wiesbaden: Springer, 2012, p.68. Schale critica este posicionamento de Neumann, qualificando-o como uma “fixação no Estado”.

<sup>367</sup> Idem, p.153.

Para Kirchheimer, a abertura da norma não é bem-vinda, é ausência de decisão.<sup>368</sup> Seria uma abertura apenas formal.<sup>369</sup> E é esta sua discordância fundamental com Neumann.

Assim, no período de Weimar, podemos afirmar que a juridificação das relações sociais, entendida como a criação de campos dogmáticos novos que reconhecem desigualdades estruturais como ponto de partida – como o direito coletivo do trabalho e o direito da concorrência –, está pressuposta no diagnóstico de Neumann como algo positivo, como um horizonte de luta dos trabalhadores até o fim. Nem mesmo a constatação das tendências de judicialização e de politização da justiça abalam a convicção de Neumann de que a abertura do direito estatal oferece espaço para uma disputa de argumentos jurídicos, ainda que em condições desiguais, já que o judiciário não era exatamente o maior representante da democracia. Neumann é favorável à intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas por meio de um direito que pretendia efetivar a igualdade substantiva – e é possível dizer que este era o núcleo duro da posição social-democrata. Mas, como vimos, esta juridificação por meio do direito estatal deve ser necessariamente complementada pela produção de normas sociais autônomas, vindas “debaixo”, e pela efetiva participação dos trabalhadores no direito estatal e nas políticas promovidas e conduzidas pelo Estado. Assim como para Sinzheimer, não se trata de uma defesa de “mais direito” simplesmente. O horizonte de transformação social de Neumann – assim como o de todos os juristas críticos analisados nesta tese – não se limitava à implementação de uma democracia parlamentar com algumas correções social-democratas, por mais importantes que elas fossem. O horizonte era o fim da sociedade dividida em classes. Assim, mesmo no estado de uma sociedade desigual, já era preciso efetivar a autonomia social ao mesmo tempo em que a luta era travada para concretizar as conquistas do direito estatal. O abismo entre o povo e o direito tinha que ser superado, fazendo com que a base da sociedade também se visse implicada e atuante nas decisões estatais. De alguma maneira, sua formulação já é uma resposta a críticas à juridificação posteriores, especialmente àquelas que entendem a tendência de expansão do direito para todos os âmbitos da vida e as compensações

---

<sup>368</sup> Para Buchstein, Kirchheimer e Neumann defenderiam teses contrárias no que diz respeito à indeterminação do texto constitucional. Em sua leitura, a tese de Neumann não via “a Constituição como contraditória, mas aberta e, assim, deveria ser entendida como passível de conformação de sentido pelo movimento operário”: BUCHSTEIN, Hubertus. *Von der umstrittenen Verfassung zur streitbaren Verfassung: Otto Kirchheimers verfassungspolitische Grenzziehungen während der Weimarer Republik*. op. cit., p.59.

<sup>369</sup> LUTHARDT, Wolfgang. *Verfassung, Wohlfahrtsstaat und Demokratie*. In: LUTHARDT, Wolfgang, SÖLLNER, Alfons (orgs.). *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus – Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1989, p.43.

introduzidas pelas políticas sociais haviam relegado os cidadãos ao papel de observadores passivos da democracia. Na origem, o projeto nunca havia sido este.

## Adendo. Juridificação e materialização do direito

“Em todo caso, o desenvolvimento das qualidades formais do direito exhibe traços estranhamente contraditórios. O direito, rigorosamente formalista e limitado ao que é manifesto, na medida em que o exige a segurança das relações comerciais, é não-formal no interesse da lealdade comercial, na medida em que é condicionado pela interpretação lógica do sentido da vontade das partes ou dos ‘bons costumes comerciais’, entendidos como um ‘mínimo ético’. Além disso, é forçado a tomar um rumo antiformal por todos aqueles poderes que exigem da prática jurídica algo diverso de um meio da luta de interesses pacífica. Atuam neste sentido as reivindicações materiais de justiça de interesses de classes sociais e as ideologias, a natureza também hoje atuante de determinadas formas de dominação políticas, especialmente autocráticas e democráticas e as ideias sobre a finalidade do direito que lhes são adequadas, e a exigência pelos ‘leigos’ de uma justiça que seja compreensível para eles. Eventualmente também, pressionam nesse sentido, como vimos, as pretensões de poder, ideologicamente fundamentadas, da própria classe dos juristas.”

WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 1922<sup>370</sup>

Ao final de sua *Rechtssoziologie*, Max Weber apresenta tendências que, em sua visão, determinariam o desenvolvimento futuro do direito. O direito formal – marcado pela sistematicidade, dotado de um determinado grau de generalidade, regido por regras e princípios internos a uma ordem jurídica e válido por ter obedecido a todos os critérios formais para promulgação de leis no parlamento – passa a ser objeto de pressões antiformalistas, ou seja, de ataques materialistas que o descaracterizariam por completo. Estas pressões viriam de diferentes fontes, como podemos ler na passagem que serve de epígrafe: os códigos próprios das relações comerciais atacariam a limitação do direito formal ao que é “manifesto” ao submeterem as regras dos acordos aos “bons costumes comerciais”, levando a interpretação para um referencial valorativo externo ao direito; as exigências colocadas por poderes sociais que almejavam que o direito se tornasse “algo diverso de um meio da luta de interesses pacífica”; as reivindicações materiais de justiça, as ideologias e mesmo pressões vindas da institucionalização de formas específicas de governo, como a democracia; as demandas para que o direito se tornasse compreensível para toda a população também são colocadas aqui como ameaças às qualidades formais do direito moderno, além daquelas vindas dos próprios juristas, o que mostra que tanto leigos quanto parte dos

---

<sup>370</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009, p.153; WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der Sozialökonomie – III. Abteilung. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1922, p.511.

especialistas exerceriam pressões no mesmo sentido. Apesar de todas as influências contrárias, Weber entende que “a especialização do direito e a crescente tendência a considerar o direito vigente um aparato técnico com conteúdo desprovido de toda santidade racional” seriam nada menos que um “destino inevitável”.<sup>371</sup>

Esta passagem final é bastante famosa justamente porque Weber se vale das categorias desenvolvidas em sua sociologia do direito não apenas para construir uma tipologia geral que ressalta as características mais marcantes do que ele chama de racionalização do direito, mas para desenhar tendências e esboçar as linhas de um prognóstico. Este texto foi interpretado de diferentes maneiras, muitas vezes servindo como critério de medida para avaliar as características do direito hoje. Enquanto em *Teoria da ação comunicativa* Jürgen Habermas enfatiza que Weber via “um conflito sistemático entre a racionalização formal e a racionalização material”<sup>372</sup> no desenvolvimento do direito moderno, conferindo pesos semelhantes à formalidade e às pressões anti-formais, William Scheuerman pretende mostrar que as preocupações apontadas por Weber teriam se realizado na atualidade, ao chamar atenção às ameaças desintegradoras direcionadas ao *rule of law* liberal, que fundiriam a legalidade com concepções pré-modernas de moralidade e, no limite, minariam a liberdade política.<sup>373</sup> Assim, para Habermas, as tendências de formalização e materialização permanecem em um estado de tensão que marcaria a ambivalência do direito enquanto que, para Scheuerman, a materialização teria de fato tomado as características formais do direito contemporâneo de assalto, em prejuízo dos fundamentos do Estado democrático de direito, contrariando o “destino inevitável” da superioridade do formalismo previsto por Weber.

O debate sobre *Verrechtlichung* da década de 1980 vinculou diretamente o processo de juridificação às pressões por materialização, ou seja, às tendências anti-formais apontadas por Weber no final da *Rechtssoziologie*.<sup>374</sup> Grande parte da literatura sociológica que discute

---

<sup>371</sup> Idem.

<sup>372</sup> “Schliesslich sah Weber in der modernen Rechtsentwicklung einen systematischen Widerstreit zwischen formaler und materialer Rationalisierung angelegt.” HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2. 4ª edição. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995, p.451.

<sup>373</sup> SCHEUERMAN, William. *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge/Londres: The MIT Press, 1994, p.1-2; 15-16.

<sup>374</sup> Diversos textos poderiam ser citados aqui. Apenas a título ilustrativo, ver EDER, Klaus. Prozedurale Rationalität: Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. *Zeitschrift für*  
206

a tendência de juridificação no contexto do Estado de bem-estar social keynesiano posterior à segunda guerra costuma entender que não se trata apenas de uma expansão quantitativa – no sentido do aumento numérico de normas e leis, da “inundação de normas” [*Normenflut*] ou da “inflação jurídica” [*Rechtsinflation*] –, mas antes de uma profunda alteração qualitativa do direito.<sup>375</sup> Esta mudança qualitativa é caracterizada pela perda das características vinculadas ao direito formal – sistematicidade, previsibilidade, calculabilidade, segurança, estabilidade – e pelo avanço da materialização. Ingeborg Maus sintetiza o estado deste debate à época:

Mas é apenas o olhar voltado para a qualidade específica do direito que aumentou quantitativamente que permite uma determinação mais próxima das relações atuais entre direito, instituições políticas e âmbitos da vida social. O debate atual discute, ao lado dos aspectos quantitativos da juridificação, do puro crescimento da quantidade de normas (“existência da regulação” [*Regelungsbesatz*]) e do aumento de espaços regulados pelo direito às custas de espaços livres de regulação (“densidade da regulação”), como aspecto qualitativo da juridificação, principalmente o detalhamento e a especialização cada vez maior das normas por meio do progressivo desmembramento de fatos individuais no interior de uma matéria jurídica (“profundidade da regulação”). No que diz respeito à avaliação do aspecto qualitativo, poderíamos ter a impressão de uma precisão cada vez maior do direito de hoje. Mas esta perspectiva dá pouca exposição a uma tendência importante de desformalização do direito, que se desenvolve com cada vez mais força no século XX desde o diagnóstico antecipado de Max Weber. Atualmente, trata-se do avanço de conceitos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais e formas finalísticas especialmente nas matérias jurídicas mais importantes do Estado de conformação social, como o direito do planejamento, o direito social, o direito ambiental.<sup>376</sup>

---

*Rechtssoziologie*, v.7, n.1, 1986, que mostra como a crítica à juridificação igualada à crítica à materialização do direito traz problemas para a justificação da racionalidade do direito moderno.

<sup>375</sup> Ver, principalmente: 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. Ver também 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, p.3-4: “It is for these reasons that, in this book, the usual approach to juridification as a problem of quantitative growth is avoided and replaced the following guiding questions: (1) Materialization of formal law: to what extent do juridification processes in different areas show a transition from classical formal law to the guidance intentions of the interventionist and compensatory welfare state and what are the consequences for the internal structure of law?”.

A exceção aqui é a *Teoria da ação comunicativa* de Habermas, que atribui o caráter negativo da colonização do mundo da vida pelo sistema por meio do direito aos aspectos *formais* e não tanto aos materiais. Ver HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1. 4ª edição. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1995, p.332 e seguintes.

<sup>376</sup> “Aber erst der Blick auf die spezifische Qualität des quantitativ vermehrten Rechts erlaubt eine nähere Bestimmung der gegenwärtigen Beziehungen zwischen Recht, politischen Institutionen und gesellschaftlichen Lebensbereichen. Die aktuelle Diskussion erörtert neben den quantitativen Aspekten der Verrechtlichung, dem schieren Anwachsen der Normenmenge („Regelungsbesatz“) und der Zunahme rechtlich geregelter auf Kosten regelungsfreier Räume („Regelungsdichte“), als qualitativen Aspekt der Verrechtlichung vor allem immer größere Detaillierung und Spezialisierung der Normen durch fortschreitende Ausgliederung weiterer Einzelatbestände innerhalb einer Rechtsmaterie („Regelungstiefe“). Was diese Einschätzung des qualitativen Aspekts angeht, so könnte der Eindruck einer immer größeren Präzision des heutigen Rechts entstehen. Diese

Maus afirma aqui que o detalhamento maior dos textos das normas, decorrente da maior especialização dos diferentes ramos do direito e do aprofundamento da regulação nas diferentes esferas da vida, não retrataria corretamente a mudança qualitativa do direito social do pós-guerra. Tratar da questão apenas em termos de detalhamento e adensamento levaria à impressão de que a legislação social teria se tornado mais precisa, o que ela considera falso. Isto porque haveria uma tendência de maior indeterminação do conteúdo destas novas normas jurídicas, marcadas por expressões abertas e termos que designam finalidades e objetivos políticos. Assim, juridificação não significaria simplesmente expansão do direito, mas uma ampliação marcada por uma mudança substantiva de estrutura, originária do paradigma cunhado pelo direito social. Além do direito do trabalho e do direito econômico, campos dogmáticos novos também passaram a incorporar assimetrias estruturais a fim de corrigi-las ou mitigá-las, seja sob a estrutura da tutela dos interesses coletivos, passíveis de atribuição a uma classe determinada de pessoas, ou dos interesses difusos, em que a coletividade não é passível de determinação. O direito ambiental – para ficar em um dos exemplos dados por Maus – parte do pressuposto de que o meio ambiente deve ser tutelado e não de uma relação de igualdade abstrata entre a ação humana e a natureza; o direito do consumidor pressupõe um desequilíbrio de forças entre o consumidor e as empresas, o mesmo acontece com o direito da criança e do adolescente, com o direito previdenciário e tantos outros novos campos dogmáticos que se tornaram autônomos e passaram a regular relações sociais que antes não tinham tratamento jurídico específico. Em todos eles, há uma demanda por reconhecimento da vulnerabilidade de sujeitos ou âmbitos sociais, por igualdade material e por intervenção estatal ativa sob a forma de regulação, proteção ou de criação de políticas públicas direcionadas.

No entanto, o objetivo deste Adendo não é discutir como esta literatura da década de 1980 recepciona as tendências apontadas por Weber no interior da discussão sobre *Verrechtlichung* e Estado de bem-estar. Quero chamar atenção aqui à relação entre juridificação e materialização *já na origem*, ou seja, no contexto dos debates de Weimar – e,

---

Betrachtungsweise läßt aber einen wichtigen Trend zur Entformalisierung des Rechts unterbelichtet, der sich seit Max Webers früher Diagnose im 20. Jahrhundert kontinuierlich ansteigend entwickelt. Dabei handelt es sich gegenwärtig um das Vordringen äußerst unbestimmter Rechtsbegriffe, Generalklausen und Zielformen gerade auch in den wichtigsten Rechtsmaterie des sozialgestaltenden Staates wie Planungsrecht, Sozialrecht, Umweltrecht.”, MAUS, Ingeborg. *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen*. In: GÖHLER, Gerhard (org.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p.132-133.



portanto, no contexto da própria primeira publicação de *Wirtschaft und Gesellschaft*, em 1922.<sup>377</sup> Não são poucas as leituras da *Rechtssoziologie* que a apresentam como uma espécie de teoria geral, com categorias e tipologias válidas para todo e qualquer contexto. Uma das principais exceções é Habermas, que analisa esta parte de *Economia e sociedade* diante do que ele denomina de diagnóstico de tempo presente (*Gegenwartsdiagnose*) de Weber.<sup>378</sup> Habermas mostra como as diferenciações conceituais da *Rechtssoziologie* estão inseridas no contexto mais amplo de seu diagnóstico sobre a modernização e a autonomização das esferas de valor, chamando atenção para o fato de que, em seus escritos sobre religião, o direito não é entendido como uma esfera de valor própria ao lado da economia, da política e da arte, por exemplo. Mas é curioso que, ainda que enfatize a necessidade de contrapor os conceitos weberianos com seu diagnóstico de tempo presente, Habermas não tenha percebido que as relações sociais mais imediatas de sua época desempenham um papel importante, principalmente na caracterização da materialização do direito.<sup>379</sup> Weber foi contemporâneo de Sinzheimer e é uma referência importante para Kirchheimer e Neumann – basta lembrar das imagens weberianas utilizadas por Kirchheimer e Neumann em alguns de seus textos, analisadas nos capítulos anteriores.<sup>380</sup>

---

<sup>377</sup> A publicação de *Economia e sociedade* é póstuma. A primeira edição de 1922 foi organizada por Marianne Weber a partir dos textos de seu marido, muitos deles em estado fragmentário e decorrentes de anos de um longo processo de trabalho. Paul Siebeck encomendou o projeto de um “manual de economia política” a Weber em 1909, o que deu início ao projeto de *Economia e sociedade*. Weber morre em 1920 sem conseguir acabar seu projeto. Para os fins do meu argumento, o importante é mostrar que Weber viveu os primeiros anos da experiência revolucionária, da afirmação da democracia parlamentar de Weimar e dos debates iniciais sobre juridificação. Para os detalhes da publicação e das diferenças entre as versões do projeto de Weber, ver 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, livro que integra a Max-Weber-Gesamtausgabe (MWG).

<sup>378</sup> HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1. op. cit., especialmente o item II.4 “Rationalisierung des Rechts und Gegenwartsdiagnose”, inserido na Parte II (*Max Webers Theorie der Rationalisierung*). Outra exceção importante é a análise de Duncan Kennedy, que procura mapear os debates da época por meio das críticas veladas feitas por Weber ao longo da *Rechtssoziologie*: 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.

<sup>379</sup> Kennedy identifica os interlocutores de Weber numa leitura nas entrelinhas da *Rechtssoziologie*. Mas, como vamos ver, o contexto mais imediato de Weimar lhe escapa.

<sup>380</sup> Ver FACTOR, Regis A., TURNER, Stephen P. Weber’s influence in Weimar Germany. *Journal of the History of the Behavioral Sciences*, 18(2), 1982, para a refutação da ideia de que Weber não teria sido influente em Weimar. Especificamente sobre os debates jurídico-constitucionais: “Yet there are some obvious reasons for the apparent absence of new ‘Weberian’ comparative historical inquiries or sociological studies. One is that the period threw up its own problems, particularly in the area of international finance and constitutional law, which properly preoccupied scholars in the social sciences. An examination of the *Archiv*, for example, shows that the dominant topics were practical problems of economics. The emphasis changed from issues of socialism and worker’s problems to business cycles, and-not surprisingly, given the inflation-currency matters. Disputes over the foundations of science and theory also played a large role, though the issues seemed to be either

Em um sentido muito específico, o que alguns dos juristas discutidos nesta tese denominam por juridificação – a institucionalização de um direito não-liberal, que rompe com a noção de igualdade formal para instaurar compensações de ordem social, com o intuito de diminuir desigualdades estruturantes, exemplificado no direito coletivo do trabalho e no direito econômico antitruste – é o que Weber entende como materialização do direito. Se Weber entende a materialização como ameaça a ser evitada, é possível dizer que a juridificação também é vista da mesma maneira. O sentido negativo da materialização também conferiria, para Weber, um sentido negativo a *Verrechtlichung*. Mas o que Weber entende ser negativo é o que os juristas críticos discutidos até agora vêem como conquistas sociais e como aprofundamento da democracia. Kirchheimer atribui um sentido negativo à juridificação, mas, como veremos, as razões para esta avaliação são completamente distintas das de Weber.

Também podemos perceber ecos entre alguns dos perigos da materialização apontados por Weber – uso amplo de cláusulas abertas, falta de previsibilidade, politização – nas transformações estruturais diagnosticadas por Neumann em 1929 para o judiciário. Mas, como vimos, aqui não se trata de juridificação propriamente dita, mas antes de uma expansão do sistema judicial no contexto da democracia parlamentar de Weimar – de judicialização para desequilibrar a correlação entre as forças sociais, portanto.<sup>381</sup>

Assim, neste Adendo, vou tentar mostrar, a partir de passagens selecionadas da *Rechtssoziologie*, como Weber deixa entrever elementos dos debates de Weimar sobre juridificação ao caracterizar o direito material. Não vou fazer uma análise sistemática ou mobilizar a extensa literatura de comentário sobre a sociologia do direito weberiana. É por isto que se trata de um adendo: vou lançar algumas ideias que considero fundamentais sem explorá-las em toda a sua profundidade.

---

resolved or played out in the later period, at least in the *Archiv*. It is noteworthy that where Weber had written on the issues that became pressing in the twenties, such as constitutional law and worker psychology, his views were taken seriously. In spite of the relatively limited relevance of Weber's work to the immediate constitutional problems of the period, Weber was discussed at length in such studies as Petzke's dissertation and Carl Schmitt's important 'Legitimität und Legalität.'" (p.154)

<sup>381</sup> Apesar de eu não tratar deste ponto de forma detida aqui neste Adendo, é importante notar que, a meu ver, Neumann separa dois aspectos que Weber atribui igualmente à materialização do direito, conferindo igual conotação negativa. Weber associa tanto a incorporação de valores éticos ao direito à materialização, como também inclui a prática judicial de não decidir com base em regras e princípios gerais, mas caso a caso, sem recorrer a critérios abstratos. Como vou mostrar, a crítica à suposta inclusão de valores éticos no direito é a base da juridificação, pressuposta em sentido positivo nos textos de Neumann. Já a crítica à falta de generalidade é compartilhada inteiramente por Neumann.

## I. Materialização do direito

Em sua *Rechtssoziologie*, Weber distingue, de maneira pouco sistemática, entre dois caminhos que a racionalidade jurídica teria tomado, um formal e outro material. A diferenciação formal/material compõe, em conjunto com o par racional/irracional, os quatro tipos fundamentais que Weber utiliza para compreender o desenvolvimento do direito.<sup>382</sup> Como diversos comentadores ressaltam, Weber atribui diferentes sentidos a “racionalidade” e, muitas vezes, não segue à risca as diferenciações de sua própria tipologia. Apesar destas variações, é possível indicar uma espécie de núcleo duro de sentido atribuído a “material”: “Em toda a *Rechtssoziologie*, Weber utiliza o termo ‘material’ para descrever formas de legislação cujo objetivo primordial é promover uma justiça distributiva ou concretizar um conceito particular do bem”<sup>383</sup>, afirma Kronman. Como veremos agora, algumas passagens são ilustrativas de como Weber qualifica esta materialização do direito – e de como, no que diz respeito ao direito *moderno*, estas “formas de legislação” estão diretamente vinculadas às transformações trazidas pela revolução alemã de 1918 e pela implementação da democracia parlamentar em Weimar. Passo agora a comentar estes trechos.

A passagem mais significativa está na última seção da sociologia do direito (§ 8. *As qualidades formais do direito moderno*):

Surgem, então, com o despertar dos modernos problemas de classe, exigências materiais dirigidas ao direito por uma parte dos interessados no direito (sobretudo o operariado), por um lado, e pelos ideólogos do direito, por outro, que repudiam precisamente a vigência exclusiva destes critérios apenas à ética comercial e reivindicam um direito social baseado em patéticos postulados éticos (“justiça”, “dignidade humana”). Mas isto coloca o formalismo do direito em questão em seus fundamentos. Isso porque a aplicação de conceitos como “exploração do estado de necessidade” (na lei sobre a agiotagem) ou as tentativas de tratar como contrários aos bons costumes, e portanto nulos, contratos que incluem contraprestações desmesuradas, baseiam-se, em princípio, do ponto de vista jurídico, em normas antiformais que não têm caráter jurídico, convencional ou tradicional, mas puramente ético: reivindicam justiça material em vez de legalidade formal.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> Para uma exposição didática da tipologia, ver KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Tradução de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.116 e seguintes.

<sup>383</sup> *Idem*, p.146.

<sup>384</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. op. cit., p.146. Modifiquei a tradução em alguns pontos para melhor refletir o original em alemão: “Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von seiten eines Teils der Rechtsinteressenten (namentlich der Arbeiterschaft) einerseits, der Rechtsideologen andererseits, welche sich gerade gegen diese Alleingeltung

Há alguns pontos importantes aqui. Em primeiro lugar, Weber fala na materialização do direito como objeto de *reivindicação*. São grupos sociais específicos que demandam que o direito formal incorpore valores entendidos por ele como externos ao direito. E estas reivindicações apenas passam a ter lugar com “o despertar dos modernos problemas de classe”, o que significa dizer que é apenas com a organização dos trabalhadores em sindicatos e associações – e, no limite, com a conquista da democracia parlamentar depois da revolução – que se pode falar nas pressões por materialização nestes termos. Materialização não é, portanto, um processo evolutivo, colocado em marcha independentemente da vontade dos atores sociais, mas uma demanda organizada pelos trabalhadores contra as classes dirigentes, formulada por grupos sociais bem determinados (operariado e “ideólogos do direito”). Poderíamos, assim, falar em uma luta pela materialização do direito como parte da luta de classes. Ou, em outras palavras, mas mantendo o sentido: uma luta pela ampliação do direito para além de seus limites formais.

Em segundo lugar, Weber entende que, por mais que os postulados éticos reivindicados pelos trabalhadores possam ser qualificados como “patéticos”, eles de fato colocam o direito formal em xeque. Trata-se, portanto, de uma ameaça real ao formalismo, um questionamento do direito formal em seus fundamentos. Em terceiro lugar – e em conexão com o segundo ponto –, os princípios do direito formal são abalados por esta estratégia porque os valores que estas classes subalternas pretendem incorporar não são apenas externos ao direito *formal*, mas, na concepção de Weber, externos ao direito *em geral*. “Justiça” e “dignidade humana” não são valores jurídicos, seriam puramente éticos. Mas mesmo “exploração do estado de necessidade” é visto como valor externo ao direito, não passível de ser incorporado à dogmática jurídica formal. Este exemplo do estado de necessidade mostra que, para Weber, o problema não está apenas nos valores originários do campo da ética, mas em qualquer tipo de recurso que exija uma compensação em relação caso concreto – isso porque seria plenamente possível incorporar a noção de “estado de necessidade” e formalizá-la, indicando os critérios de aplicação que o juiz deveria obedecer

---

solcher nur geschäftssittlicher Maßstäbe richten und ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate (‘Gerechtigkeit’, ‘Menschenwürde’) verlangen. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage. Denn die Anwendung von Begriffen wie ‘Ausbeutung der Notlage’ (im Wuchergesetz) oder die Versuche, Verträge wegen Unverhältnismäßigkeit des Entgeltes als gegen die guten Sitten verstoßend und daher nichtig zu behandeln, stehen grundsätzlich auf dem Boden von, rechtlich betrachtet, antiformalen Normen, die nicht juristischen oder konventionellen oder traditionellen, sondern rein ethischen Charakter haben: materiale Gerechtigkeit statt formaler Legalität beanspruchen.” WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der Sozialökonomik – III. Abteilung. op. cit., p.506

para caracterizar uma situação desta maneira. A noção de “exploração do estado de necessidade” diferencia aqueles que são mais vulneráveis daqueles que não o são – e isso por si só já é visto como problemático e ameaçador.

Assim, ainda que “material” seja um dos aspectos da racionalização do direito e que a tipologia abarque tanto o “direito material racional” quanto o “direito material irracional”, no que diz respeito ao direito moderno, Weber reduz as reivindicações sociais por valores contrários à igualdade formal não só à irracionalidade, mas também as qualifica como *não-jurídicas*, o que as coloca até mesmo fora do quadro tipológico (“direito irracional” ainda mantém o caráter de direito, apesar da irracionalidade; aqui seria algo como “não-direito irracional”). Ao comentar esta passagem da *Rechtssoziologie*, Habermas afirma:

Weber confunde o recurso à necessidade de justificação da dominação jurídica, ou seja, toda a tentativa de se voltar a uma base legitimadora de um entendimento racional, com a evocação de valores particulares. É por isto que, para ele, a *racionalização material do direito* não significa algo como uma eticização crescente, mas a destruição da racionalidade cognitiva do direito.<sup>385</sup>

Para Habermas, Weber precisa associar qualquer valor a uma fonte externa ao direito como consequência de seu diagnóstico da autonomização das esferas de valor. Se a moral e a ética constituem uma esfera autônoma com legalidade própria, direito e moral têm que ser completamente cindidos para que se possa falar numa tendência crescente de modernização. Qualquer aspecto entendido como moral tem que ser subtraído do direito, tem que ser caracterizado como não-direito para que a tese da racionalização como legislação própria a cada esfera possa ser mantida, para que o direito possa ser também “desencantado”. Assim, a racionalização material do direito – um dos tipos apresentados pelo próprio Weber – se converte em seu contrário: em irracionalidade e em não-direito.

Outra passagem significativa pode ser lida na penúltima seção da *Rechtssoziologie*, que trata especificamente do direito das revoluções (§ 7. *As qualidades formais do direito revolucionariamente criado. O direito natural e seus tipos*):

O passo decisivo em direção ao direito natural material ocorre, sobretudo, em conexão com as teorias socialistas da legitimidade exclusiva da aquisição por trabalho próprio. Porque com isto não é apenas a aquisição gratuita por meio de direito de herança ou dos monopólios

---

<sup>385</sup> “Weber verwechselt den Rekurs auf die Begründungsbedürftigkeit legaler Herrschaft, jeden Versuch also, auf die legitimierende Grundlage eines rationalen Einverständnisses zurückzugehen, mit einer Berufung auf partikuläre Werte. Deshalb bedeutet für ihn *materiale Rationalisierung des Rechts* nicht etwa eine fortschreitende Ethisierung, sondern die Zerstörung der kognitiven Rationalität des Rechts.”, HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1. op. cit., p.362, grifo original.

garantidos que é suspensa, mas também o princípio formal da liberdade de contratar e a legitimidade fundamental de todos os direitos adquiridos por contrato, porque agora toda apropriação de bens materiais tem que ser examinada materialmente, verificando até que ponto ela está embasada no trabalho como fundamento de aquisição.<sup>386</sup>

Para Weber, o direito natural é uma espécie de resquício pré-moderno, em que direito e moral ainda estavam entrelaçados e não haviam desenvolvido dignidade própria. Esta seção da *Rechtssoziologie* trata de todos os axiomas atribuídos por Weber ao direito natural e tidos como irracionais: “natureza” e “razão”, mas também “direito ao trabalho” e “direito ao mínimo vital”<sup>387</sup> – não haveria diferenciação substantiva entre estes valores. Mas, voltando ao trecho, novamente as pressões modernas por materialização são identificadas ao campo da defesa do proletariado, retratado aqui pelas “teorias socialistas da legitimidade exclusiva da aquisição por trabalho próprio”. Aqui, a justificativa de Weber para ser contra a proposta é de duas ordens. Em primeiro lugar, porque ela violaria e alteraria critérios e regras jurídicas vigentes, como a liberdade de contrato, herança ou o exercício do poder de monopólio. Como vimos, independentemente do exemplo concreto utilizado por Weber, o que move os juristas que são objeto desta tese é exatamente isto: alterar profundamente o direito vigente, desestabilizando a igualdade formal pressuposta na liberdade de contrato (sem com isso eliminar a liberdade de contratar em geral) e os privilégios institucionalizados (herança e monopólios). Expandir o questionamento à igualdade formal e dos privilégios consolidados é justamente um dos sentidos de *Verrechtlichung*, em conotação positiva.

Weber mostra que estes posicionamentos estão diretamente relacionados a um antagonismo entre classes: “Naturalmente, tanto o direito natural formal racionalista da liberdade de contrato quanto este direito natural material da legitimidade exclusiva do produto de trabalho estão fortemente vinculados a determinadas classes.”<sup>388</sup> Ou, no comentário de Trubek:

---

<sup>386</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. op. cit., p.137. Alterei a tradução substancialmente: “Der entscheidende Umschlag zum materialen Naturrecht knüpft vornehmlich an sozialistische Theorien von der ausschließlichen Legitimität des Erwerbs durch eigene Arbeit an. Denn damit ist nicht nur dem entgeltlosen Erwerb durch Erbrecht oder garantierte Monopole, sondern dem formalen Prinzip der Vertragsfreiheit und der grundsätzlichen Legitimität aller durch Vertrag erworbenen Rechte überhaupt abgesagt, weil alle Appropriation von Sachgütern nun material daraufhin geprüft werden muß, wieweit sie auf Arbeit als Erwerbsgrund ruhe.” WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der Sozialökonomik – III. Abteilung. op. cit., p.498-499.

<sup>387</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. op. cit., p.136 e 138.

<sup>388</sup> Idem, p.138.

A justiça formal é vantajosa para aqueles que detêm o poder econômico, pois é calculável e, além disso, ao ressaltar critérios formais em oposição a critérios substanciais para tomadas de decisões, desencoraja o uso do direito como instrumento de justiça social. (...) *A justiça formal não apenas repudia poderes autoritários e governantes arbitrários, como também se opõe aos interesses democráticos.* A justiça formal, necessariamente abstrata, não pode levar em consideração questões éticas levantadas por tais interesses; tal abstenção, no entanto, reduz a possibilidade de se chegar a diretrizes substanciais defendidas por grupos populares. Assim, certos valores democráticos e tipos de justiça social poderiam ser atingidos apenas se o estrito legalismo fosse sacrificado.<sup>389</sup>

É certo que, para Weber, não se trata de uma recusa de *qualquer* valor.<sup>390</sup> O “direito natural formal racionalista da liberdade de contrato” elege justamente a liberdade de contrato como um de seus valores. Como explica Kronman:

Compreendido de modo negativo, trata-se de um sistema jurídico formal que repele todos os ideais éticos pautados seja em um conceito de bem ou em considerações sobre justiça distributiva; entendido no sentido positivo, um sistema jurídico formal busca garantir a liberdade individual – criar oportunidades e revelar habilidades – otimizando a previsibilidade da própria ordem jurídica. Compreendido desse modo positivo, pode-se dizer que o conceito de Weber sobre uma ordem jurídica autossuficiente pautada em uma distinção baseada em princípios entre normas jurídicas e extrajurídicas engloba *um compromisso com um determinado ideal ético, o ideal da liberdade individual (...)*.<sup>391</sup>

São os valores sociais e redistributivos que são rejeitados e compreendidos como externos ao direito, enquanto que os valores de liberdade individual são entendidos como pertencentes ao direito. Parece haver uma seletividade na diferenciação entre direito e moral, já que apenas alguns valores são classificados como externos, irracionais e desintegradores da racionalidade do direito. “Exploração do estado de necessidade” não parece ser mais ou menos aberto do que “liberdade de contratar”. A questão está no fato de que o primeiro pressupõe uma assimetria na relação social que passa a ser objeto de regulação e o segundo pressupõe uma igualdade formal, independentemente das condições sociais reais do conflito ou acordo subjacente.

---

<sup>389</sup> TRUBEK, David [1972]. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. Tradução de José Rafael Zullo. *Revista Direito GV*, v.3, n.1, 2007, p.175, grifo meu; TRUBEK, David. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Wisconsin Law Review*, 720, 1972.

<sup>390</sup> Para uma defesa de que Weber não rejeitaria qualquer valor ou potencial crítico/de transformação social no direito, ver: 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, p.138.

<sup>391</sup> KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. op. cit., p.146, grifo meu.

Por fim, a terceira passagem significativa para o meu argumento é a do final da *Rechtssoziologie*, que utilizei como epígrafe. Nela, Weber afirma que o direito moderno

é forçado a tomar um rumo antiformal por todos aqueles poderes que exigem da prática jurídica algo diverso de um meio da luta de interesses pacífica. Atuam neste sentido as reivindicações materiais de justiça de interesses de classes sociais e as ideologias, a natureza também hoje atuante de determinadas formas de dominação políticas, especialmente autocráticas e democráticas e as ideias sobre a finalidade do direito que lhes são adequadas, e a exigência pelos ‘leigos’ de uma justiça que seja compreensível para eles.<sup>392</sup>

Weber avalia que as reivindicações materiais de justiça das classes sociais – lê-se, das classes trabalhadoras, já que ninguém mais fazia exigências de justiça e igualdade materiais desta maneira – “exigem da prática jurídica algo diverso de um meio da luta de interesses pacífica”. Seriam, portanto, não-pacíficos. Apenas por esta passagem, não fica muito claro o que isto poderia querer dizer. Não é possível saber se Weber está se referindo aos levantes revolucionários de novembro, se considera as estratégias da classe operária alemã como belicosas e ou não “ordeiras”. Os autores discutidos nesta tese certamente seriam classificados por Weber como alguns dos ideólogos que reivindicavam valores “patéticos” como “direito ao trabalho”, “mínimo existencial” ou “igualdade material”. O fato de a democracia ser incluída entre uma das fontes de pressão por materialização também é significativo; a ideia de democratização da linguagem do direito para que pudesse ser compreendida pelos leigos também.

## II. Questionamentos à caracterização da materialização do direito

Em uma nota de rodapé de *Max Weber on law and the rise of capitalism*, Trubek coloca a seguinte questão:

Em uma discussão mais extensa sobre o pensamento de Weber, *seria importante traçar as origens da decisão de elevar o legalismo a um modelo de pensamento jurídico*, e eleger o modelo pandectista alemão como o zênite do pensamento legalista. Posso apenas sugerir possíveis direções para que uma investigação como esta seja realizada. A primeira questão a ser examinada seria a *razão pela qual Weber escolheu examinar o aumento dos tipos de pensamento jurídico ao invés de se concentrar diretamente nos aspectos substantivos de um sistema jurídico para o qual o pensamento jurídico é, até certo ponto, um indicador [proxy]*. Esta estratégia pode ser explicada se pensarmos, paralelamente, em sua sociologia da

---

<sup>392</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, volume 2. op. cit., p.153



religião, em que a variável dependente é uma classe particular de crença religiosa; e, por fim, se pensarmos no complexo diálogo de Weber com o marxismo, que o levou a se concentrar no papel independente das ideias em relação à História.<sup>393</sup>

Acredito que os argumentos apresentados neste Adendo possam ajudar a colocar estas questões levantadas por Trubek em contexto e a dar algumas pistas para esboçar respostas. A escolha por examinar “o aumento dos tipos de pensamento jurídico” está inserida no contexto da disputa jurídico-política por interpretações, métodos e caminhos no contexto de Weimar. No sentido específico que discuti aqui, a materialização do direito está atrelada a um novo tipo de pensamento jurídico, vinculado à social-democracia e ao movimento operário, que também pode ser chamado de *Verrechtlichung*. A ideia de que o direito poderia – e deveria – institucionalizar a igualdade material e que sua estrutura dogmático-formal teria que abarcar assimetrias como ponto de partida é nova e uma ameaça em potencial ao direito formal estabelecido. Weber reconhece esta ameaça, como também reconhece que a disputa em torno destes posicionamentos jurídicos faz parte de uma luta de classes. Nunca vamos saber exatamente as razões pelas quais Weber escolheu falar de pensamento jurídico e não do *law in action* em Weimar, mas não parece errado afirmar que sua *Rechtssoziologie* acaba sendo uma justificação contra a legislação social, as estratégias jurídicas destes juristas combativos e dos trabalhadores organizados e, no limite, contra os direitos sociais redistributivos da Constituição de Weimar. Contra a *Verrechtlichung* em seu sentido positivo, portanto. O próprio Weber passa a fazer parte da disputa de sua época, fornecendo razões em favor de um dos lados da contenda e não simplesmente examinando a briga entre posições como um observador externo. A *Rechtssoziologie* termina dizendo que, apesar de todas as pressões por materialização – leia-se: todas as pressões pelo aprofundamento da democracia e pela redução de desigualdade sociais por meio do direito – não vão ser suficientes para reverter o “destino inevitável” da formalização.

Duncan Kennedy afirma algo semelhante ao que estou sugerindo aqui:

Weber was substantively in sympathy with a large part of the social legislative reform program. *But, although he never, as far as I know, stated it explicitly, his methodology is well understood as a root and branch attack on and an alternative to that of the social people.*<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> TRUBEK, David [1972]. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. op. cit., p.181, nota 16. Alterei pontualmente a tradução para melhor refletir o original em inglês.

<sup>394</sup> 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. op. cit., p.1036, grifo meu.

Nesta interpretação, haveria uma espécie de pretensão de concorrência – tanto teórica quanto política – de Weber em relação ao “pessoal do social”, na terminologia de Kennedy. Para Kennedy, os “inventores do ‘social’” são formados por um grupo composto por nomes como Jhering, Ehrlich, Gierke, Duguit e outros, todos declaradamente não-marxistas.<sup>395</sup> Weber se voltaria, ao mesmo tempo, contra eles e contra os marxistas – estes últimos criticados por Weber por sua “abordagem mono-causal da distinção entre ‘base’/‘superestrutura’, em que as categorias jurídicas refletem o modo de produção e as regras jurídicas servem aos interesses da classe dominante”.<sup>396</sup> Enquanto os “inventores do ‘social’” eram criticados por introduzir raciocínios não-dedutivos na análise do direito – “finalidade”, no caso de Jhering, por exemplo –, por introduzir conceitos que expressavam noções de coletividade – *Genossenschaft*, no caso de Gierke, em outro exemplo – e por atribuírem às relações sociais um caráter de fonte de direito – o caso exemplar aqui é, evidentemente, Ehrlich –, os marxistas eram criticados por uma visão simplista e reducionista do direito, que lhe retirava qualquer autonomia ou dignidade próprias. Seriam estes os principais alvos de Weber. “Alvos” e não “objetos de análise”, já que a própria tipologia da *Rechtssoziologie* já é elaborada a partir da discussão teórica e política de seu próprio tempo.

Parece não haver dúvidas de que a crítica de Weber era endereçada a ambos os grupos. Mas os juristas social-democratas de Weimar aparecem como um ponto cego aqui. A linha de pensamento defendida pelos autores discutidos nesta tese não se encaixa em qualquer das duas categorizações. Eles certamente se entendem como marxistas, mas a visão reducionista do direito à relação entre base e superestrutura passa longe de suas concepções. Isto já é questionado na própria análise de Karl Renner – e não é por acaso que Renner é uma das principais referências a todos eles. Ao afirmar que um instituto jurídico como a propriedade privada poderia mudar de função sem que o texto da lei fosse alterado, Renner já descarta que haja qualquer relação de espelhamento automático entre as relações sociais das transações comerciais e o direito estatal. Quando Kirchheimer afirma que toda Constituição promulgada após um evento revolucionário tem que “tomar uma decisão”, ele está dizendo que o texto constitucional tem que apresentar um programa de ação para o

---

<sup>395</sup> Idem, p.1034.

<sup>396</sup> Idem, p.1037.

futuro – e justamente por ser um programa a ser alcançado, não encontra reflexo imediato nas relações sociais e políticas do presente. Quando Neumann afirma que o direito é uma forma passível de ser preenchida por valores distintos, o pressuposto é o de que é possível alterar o estado de coisas por meio do direito. Tanto para Neumann quanto para Sinzheimer, o direito social – “direito vivo”, nos termos de Ehrlich – é uma fonte importante do direito, mas é sempre complementar ao Estado de direito em uma democracia. Para eles, aprofundar a democracia significa tanto democratizar as instituições estatais quanto a autorregulação social.

Ainda que Kirchheimer e Neumann não pudessem ter sido alvos diretos da crítica de Weber – por uma simples questão temporal: eles não haviam publicado nada antes de sua morte –, todas estas ideias já eram de alguma maneira representadas por Sinzheimer e pelos outros formuladores social-democratas da Constituição de Weimar. Como vimos, a própria ideia de introduzir a igualdade material como critério das regras vinculantes à sociedade e a necessidade de reconhecer sindicatos e associações trabalhistas como sujeitos coletivos legítimos em acordos coletivos são parte de uma luta travada pelos trabalhadores organizados ainda antes da guerra. E é também por isso que Weber percebe estas iniciativas como uma ameaça concreta: elas saíram do âmbito do debate das ideias jurídicas para se materializar em uma das primeiras Constituições sociais da história.

As ideias de Sinzheimer, Kirchheimer e Neumann também desafiam as distinções tipológicas weberianas. O direito tem que incorporar critérios de igualdade material, discriminar positivamente entre vulneráveis e poderosos, estabelecer finalidades *e também* manter a generalidade, a sistematicidade e a previsibilidade. Eles combinam elementos materiais e formais, reunindo aspectos que Weber considerava inconciliáveis. Neumann critica veementemente o uso político-estratégico das cláusulas gerais pelo fato de que o judiciário deixa de decidir por regras jurídicas e passa fazer considerações não-sistemáticas caso a caso. Tanto Neumann quanto Kirchheimer são críticos ferrenhos da Escola do Direito Livre – ainda que entendam que o juiz não é uma máquina, isto não significa que o judiciário estaria permitido a decidir sem qualquer tipo de constrangimento legal, de acordo apenas com a vontade e a formação pessoal de cada julgador. Eles também desfazem a ideia de que a incorporação de valores sociais signifique necessariamente o uso de cláusulas gerais e abertas que levariam a interpretações arbitrárias. Em seus escritos de caráter dogmático, Kirchheimer mostra como o conceito de “desapropriação” passa a servir de ponto de apoio para as mais amplas interpretações judiciais. Neumann, por sua vez, denuncia a mudança

oportunista de interpretação judicial na comparação entre o período do Império e o da democracia parlamentar de Weimar. A generalidade e universalidade das normas jurídicas é tão importante para Neumann que, em *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*, um de seus textos mais importantes, publicado em 1937 quando ele já integrava os quadros do Instituto de Pesquisa Social, entende que a distinção entre lei e medidas individuais é fundamental para compreender as estratégias jurídicas do nacional-socialismo, que editava comandos individuais soberanos sob a aparência de lei.<sup>397</sup>

Acredito que ganhamos mais uma dimensão de sentido se incluirmos os juristas críticos social-democratas entre os alvos primordiais da crítica de Weber, abrindo uma nova chave de leitura que pode ser explorada em maior profundidade e em outras perspectivas. Mas o objetivo deste Adendo não era apenas fornecer elementos para um caminho interpretativo da *Rechtssoziologie* weberiana. Acredito que o olhar que proponho aqui também pode ser interessante para reler a literatura sócio-jurídica da década de 1980 que, em grande parte, entendeu a juridificação como fenômeno eminentemente negativo ao recepcionar a tese da materialização do direito de Weber. E, como esta literatura ainda é influente no presente, estou também pensando nas críticas feitas à juridificação como materialização nos dias de hoje.

---

<sup>397</sup> 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.

## 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.<sup>398</sup>

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

---

<sup>398</sup> 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.<sup>399</sup> 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”.<sup>400</sup>

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.<sup>401</sup> 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

---

<sup>399</sup> 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.

<sup>400</sup> 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.

<sup>401</sup> 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.<sup>402</sup> Já Daniel Loick fala em juridificação como paradoxo, valendo-se da interpretação de Wendy Brown.<sup>403</sup> 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.

---

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

<sup>403</sup> 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, STEINSDORFF, 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.
- FRAENKEL, 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.
- FRAENKEL, 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*. Berlin: 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*. Berlin/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*. Berlin-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]. Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung. In: KIRCHHEIMER, Otto (org.). *Funktionen des Staats und der Verfassung – Zehn Analysen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1972.
- KIRCHHEIMER, Otto [1930]. Eigentumsgarantie 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.
- MARRAMAIO, 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.
- MARRAMAIO, 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 Tavolari *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 Tavolari. *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, THÜMMLER, Ellen, VOLLMER, Michael (orgs.). *Intellektuelle Emigration: Zur Aktualität eines historischen Phänomens*. Wiesbaden: Springer, 2012.
- SCHALE, Frank, THÜMMLER, 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: Duncker & 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 Räteystem. 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., 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.

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 Tavorari<sup>404</sup>

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

---

<sup>404</sup> 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 Tavorari<sup>405</sup>

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.<sup>406</sup> 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

---

<sup>405</sup> 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.)

<sup>406</sup> 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.<sup>407</sup> 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;<sup>408</sup> 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,

---

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

<sup>408</sup> Já Proudhon fazia uma reclamação altamente comumente 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.<sup>409</sup> Sem levar qualquer pressuposto valorativo em consideração, ela designa apenas um estado de tratamento político igualitário universal. O traço característico de uma democracia formal<sup>410</sup> 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.<sup>411</sup> 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.<sup>412</sup> 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 exceção<sup>413</sup> 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.<sup>414</sup> Esse

---

<sup>409</sup> 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.

<sup>410</sup> 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.)]

<sup>411</sup> No mesmo sentido, Kelsen em *Sozialismus und Staat*.

<sup>412</sup> 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.

<sup>413</sup> Sobre isso, Carl Schmitt, *Die Diktatur e Politische Theologie*.

<sup>414</sup> 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 financeiro<sup>415</sup> 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.<sup>416</sup> 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).

<sup>415</sup> 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.

<sup>416</sup> 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 independentes<sup>417</sup> 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.<sup>418</sup> 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 –

---

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

<sup>418</sup> 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 Zasulich<sup>419</sup>, 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

---

<sup>419</sup> 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.<sup>420</sup> 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,

---

<sup>420</sup> Schmitt observa a mesma relação quando fala da identidade imaginada entre ideias progressistasdemocráticas 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,<sup>421</sup> 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.<sup>422</sup> O mito vive

---

<sup>421</sup> Ver especialmente o cap. 4 do livro mencionado.

<sup>422</sup> 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 irrealidade 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 resoluto. 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 impulse 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.<sup>423</sup> 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.<sup>424</sup>

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

---

<sup>423</sup> 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).

<sup>424</sup> 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”<sup>425</sup> – 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 comissários<sup>426</sup>, 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*

---

<sup>425</sup> Radek no prefácio a Bukharin (1918, p.23).

<sup>426</sup> 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.<sup>427</sup>

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.<sup>428</sup> 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. Abstraído-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-

---

<sup>427</sup> 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: Trotski, 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).

<sup>428</sup> 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.<sup>429</sup> 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.<sup>430</sup> O direito russo não precisa de uma “*clausula rebus sic stantibus*” especial porque ele é, ele próprio, o direito da “*clausula rebus sic stantibus*”.<sup>431</sup> Essa ideia domina completamente a concepção russa de direito

---

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

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

<sup>431</sup> 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.<sup>432</sup> 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.<sup>433</sup> 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

---

<sup>432</sup> Sobre isso, Schmitt (1926a).

<sup>433</sup> 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 soberania<sup>434</sup> 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 russo<sup>435</sup> 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

---

<sup>434</sup> 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”.

<sup>435</sup> 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.
- Wolzenorff, K. (1920). *Der reine Staat*. Tübingen: Laupp.

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

Tradução de Bianca Tavorari<sup>436</sup>

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:

---

<sup>436</sup> 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 Tavorari. *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 Tavorari<sup>437</sup>

##### *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

---

<sup>437</sup> 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.”<sup>438</sup>

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

---

<sup>438</sup> “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 par 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.<sup>439</sup>

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

---

<sup>439</sup> 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.<sup>440</sup> 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.<sup>441</sup> 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

---

<sup>440</sup> 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.

<sup>441</sup> 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 constatá-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.”<sup>442</sup>

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.

---

<sup>442</sup>“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.<sup>443</sup> 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.<sup>444</sup>

---

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

<sup>444</sup> 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 soberana<sup>445</sup> / 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.

<sup>445</sup> 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.<sup>446</sup> 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

---

<sup>446</sup> 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 partidos<sup>447</sup> 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.<sup>448</sup>

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

---

<sup>447</sup> 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.

<sup>448</sup> 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

centário. 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.<sup>449</sup> 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

---

<sup>449</sup> 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.”<sup>450</sup>

---

<sup>450</sup> “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

---

*crítica da Crítica crítica – contra Bruno Bauer e consortes.* Tradução de Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2011, p.141. [N.T.]

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.<sup>451</sup> Por “compromisso” geralmente se entende tratar de uma solução obtida por meio

---

<sup>451</sup> Nós podemos caracterizar esta circunstância como “compromisso convencional dilatatório” [*dilatorischen 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.<sup>452</sup>

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

---

<sup>452</sup> 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.<sup>453</sup> 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

---

<sup>453</sup> 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.<sup>454</sup> 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

---

<sup>454</sup> 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,<sup>455</sup> 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).

---

<sup>455</sup> 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.<sup>456</sup> 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.

---

<sup>456</sup> 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 conseqüente 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,<sup>457</sup> 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”<sup>458</sup>. Esses planos são completamente conseqüentes 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

---

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

<sup>458</sup> 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,<sup>459</sup> 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

---

<sup>459</sup> 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 independência<sup>460</sup> dos juizes 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 apartidários 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

---

<sup>460</sup> Acerca do problema da independência dos juizes, 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.<sup>461</sup> 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.<sup>462</sup> Essas concepções certamente se deixaram afastar por meio de um acordo, o que era impossível em relação aos princípios socialistas.<sup>463</sup> 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

---

<sup>461</sup> O caso discutido rapidamente aqui é retratado em detalhes por Walter Fabian em *Klassenkampfum Sachsen*, Löbau, 1930.

<sup>462</sup> 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.

<sup>463</sup> 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”.<sup>464</sup> 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

---

<sup>464</sup> 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 Tavorari<sup>465 466</sup>

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).<sup>467</sup>

---

<sup>465</sup> 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 Tavorari *Cadernos de Filosofia Alemã*, v.22, n.1, 2017. [N. T.]

<sup>466</sup> 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.)]

<sup>467</sup> 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.<sup>468</sup> 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.<sup>469</sup>

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

---

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

<sup>469</sup> 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.<sup>470</sup> 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

---

<sup>470</sup> 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.<sup>471</sup>

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.

---

<sup>471</sup> Fundamentalmente: Heimann, 1929.



O artigo 165, que estabelece, no parágrafo 1, a base do direito coletivo de associação, tem, como resulta das excelentes explicações de Tatarin-Tarnheyden (1930, p.519 e seguintes),<sup>472</sup> 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.<sup>473</sup> 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

---

<sup>472</sup> Também como edição aumentada: *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie*, Berlim, 1930.

<sup>473</sup> 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.