GABRIEL BUSCH DE BRITO

Mudança de função da propriedade, dominação e emancipação
O modelo crítico de Karl Renner

Dissertação de mestrado

Prof. Dr. Samuel Rodrigues Barbosa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

GABRIEL BUSCH DE BRITO

Mudança de função da propriedade, dominação e emancipação
O modelo crítico de Karl Renner

Versão Corrigida

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração "Filosofia e Teoria Geral do Direito", sob orientação do Prof. Dr. Samuel Rodrigues Barbosa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Brito, Gabriel Busch de
Mudança de função da propriedade, dominação e emancipação : O modelo crítico de Karl Renner ; Gabriel Busch de Brito ; orientador Samuel Rodrigues Barbosa -- São Paulo, 2021.
152
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Renner. 2. Teoria Crítica. 3. mudança de função. 4. propriedade. 5. dominação. I. Barbosa, Samuel Rodrigues, orient. II. Título.

Nome: BRITO, Gabriel busch de

Título: Mudança de função, dominação e emancipação. O modelo crítico de Karl Renner

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

RESUMO

BRITO, Gabriel Busch de. Mudança de função da propriedade, dominação e emancipação. O modelo crítico de Karl Renner. f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O objetivo da presente pesquisa é apresentar o modelo crítico de análise do direito desenvolvido por Karl Renner n'Os institutos jurídicos do direito privado e sua função social, com especial ênfase para o papel articulador de um diagnóstico de tempo que o conceito de mudança de função desempenha em seu interior, situando-o no contexto tanto das lutas sociais da época quanto do modelo de ciência da qual parte o autor e de sua compreensão do direito enquanto fenômeno social. Esse diagnóstico de tempo é ao mesmo tempo uma crítica do direito burguês que oscila entre uma estratégia de fundamentação normativa antropológica e uma crítica da ideologia.

Palavras-chave: Renner, teoria crítica, mudança de função, propriedade, dominação.

ABSTRACT

BRITO, Gabriel Busch de. Change of Function of property, domination and emancipation. Karl Renner's critical model. p. Dissertation (Masters) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The purpose of the present research is to present the critical model for the analysis of law developed by Karl Renner in his Institutions of Private Law and Their Social Function, with emphasis on the role of articulating a time diagnosis played by the concept of change of function,in the context of the social struggles of the time as well as of the authors model of jurisprudence and his understanding of law as a social phenomenon. This diagnostic of time is at the same time a critique of bourgeois law that oscillates between a anthropological strategy of normative grounding and a critique of ideology.

Keywords: Renner, critical theory, change of function, property, domination.

“In dieser ausgeformten Gestalt ist sie nicht die einzige aller Welten!”

Paul Klee, Über die Moderne Kunst

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelos financiamentos que permitiram tanto a dedicação exclusiva a este trabalho (Processo Nº 2017/25324-4, FAPESP) quanto o estágio de pesquisa na Goethe-Universität de Frankfurt (Processo Nº 2018/23324-0, FAPESP).

A orientação de Samuel Rodrigues Barbosa foi, assim como no meu Trabalho de Conclusão de Curso, decisiva ao indicar caminhos e acalmar ânimos de um pesquisador ainda no início de seu percurso. Sou muito grato por esse intercâmbio intelectual que se iniciou já no meu primeiro ano de graduação. Assim como sou grato ao *Herr Professor Dr.* Klaus Günther por ter me recebido como pesquisador visitante sob sua supervisão na Goethe-Universität de Frankfurt por seis meses, o que me deu acesso a bibliotecas sem as quais este trabalho não poderia ter sido escrito.

Agradeço aos membros das minhas bancas, tanto de qualificação quanto final, professores Ricardo Terra, José Rodrigo Rodriguez e Luís Fernando Massonetto pela leitura atenta, as críticas e as sugestões que contribuíram muito para a forma final deste trabalho. Ao Zé Rodrigo vai um agradecimento especial por ter me apresentado à obra de Renner e por ter me orientado em meu primeiro projeto de pesquisa, ainda na Iniciação Científica. Sua influência foi e continua a ser decisiva na formação dos meus interesses de pesquisa.

Foi também por suas mãos que cheguei ao Núcleo Direito e Democracia (NDD) do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), de longe o fator mais decisivo na minha formação e no meu percurso acadêmico. Esta dissertação não existiria sem a comunidade de pesquisa, o ambiente de debate aberto e horizontal e as amizades que encontrei lá. Sou muito grato pelos anos de convívio e por ter tido a oportunidade de discutir uma parte do texto apresentado aqui lá, especialmente à Bianca Tavolari que atuou como relatora. Bianca tem sido já há alguns anos minha parceira de diálogos no que se refere à teoria crítica do direito, especialmente a weimariana, este trabalho contém formulações que não só existem apenas em razão desse esforço compartilhado, como já não posso mais garantir que são exclusivamente minhas, salvo seus erros, claro. Nomear individualmente cada membro seria desnecessário e enganoso já que retiraria do NDD seu caráter de coletivo, no entanto, não posso deixar de destacar alguns nomes. Em primeiro lugar, Marcos Nobre,

não só pela imensa generosidade de se dispor a discutir meu projeto sempre que precisei, mas pela sua enorme influência que, retrospectivamente, fica assombrosamente evidente na formulação das minhas questões de pesquisa. Flavio Prol também merece uma menção específica pelo interesse constante no meu trabalho, os conselhos e os encorajamentos. Jonas Medeiros, pelo exemplo que nunca me deixa esquecer a centralidade da pesquisa empírica para uma teoria crítica. E Olavo Ximenes, que além de um grande amigo, foi uma fonte inesgotável de indicações de leitura e de auxílio para toda e qualquer dúvida relacionada à obra de Marx.

Partes desta dissertação foram apresentadas em alguns congressos ao longo dos últimos três anos. No IX Congresso Internacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD), em 2018, apresentei algumas das ideias centrais dos primeiros dois capítulos no Grupo de Trabalho "Crítica do direito: teoria, sociologia, dogmática e pesquisa", coordenado pelos professores José Rodrigo Rodrigues e Marcos Dantas, a quem agradeço, juntamente com o restante dos participantes, pelas críticas e sugestões. Pude discutir uma versão preliminar em inglês do fecho no evento *Crossroads of Critique. Axel Honneth and the Frankfurt School Project* organizado pela na Science Po em 2019, agradeço especialmente aos comentários de Axel Honneth, Katia Genel e Daniel Loick à minha apresentação.

À Julia Vannucchi agradeço a amizade, o carinho e a parceria de anos que já me acompanham há quase tanto tempo quanto a obra de Renner. Devo a ela também as soluções engenhosas para a apresentação da tradução em anexo.

Agradeço aos amigos por tornarem esses últimos anos menos pesados, especialmente Natália Portinari, Daniel Costa, Pedro Camargo, Felipe Ramos, Sophia Neitzert, Helena Funari, Fernanda Gomes, Mariana Kinjo, Ricardo Gonçalves, Adriana Matos, Diogo Franco, Felipe Gonçalves, Luiza Veronese, Divino Amaral, Jeanne Deysson, Arthur Cordeiro.

Bruna Adelita Gonçalves viveu comigo não só todas as ansiedades e angústias do último ano de escrita de uma dissertação, mas do ano de 2020. Não consigo me imaginar passando por tudo isso sem seu apoio e companheirismo cotidianos.

Por fim, agradeço à minha família por todo apoio e compreensão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9
Nota do tradutor 17

CAPÍTULO 1
PRESSUPOSTOS 19
1. O caráter híbrido do direito e a ciência do direito 19
a) O direito como fenômeno normativo e a dogmática jurídica 19
b) O direito como fenômeno social e as "ciências sociais do direito" 27
2. Gênese e funções do direito 50
a) A gênese do direito 50
b) Esquema das funções gerais do direito 55

CAPÍTULO 2
DIAGNÓSTICO DE TEMPO 61
1. Mudança de função da propriedade 61
a) Ponto de partida da análise 61
b) A mudança de função da propriedade 65
2. Novas tendências: "capitalismo organizado" ou socialismo? 70
3. Fundamentação normativa 73
a) Versão antropológica 76
b) Ideologiekritik 77

FECHO
MUDANÇA DE FUNÇÃO COMO CRÍTICA DA IDEOLOGIA 79
1. A mudança de função do direito do trabalho: o modelo crítico e o diagnóstico de tempo de Kahn-Freund 80
2. Teoria crítica do direito weimariana 93

BIBLIOGRAFIA 96

ANEXO 102
Tradução 103

INTRODUÇÃO

A introdução de um trabalho teórico que se dedica ao estudo de uma obra costuma assumir duas formas. Se seu objeto é um texto clássico, a tarefa a ser enfrentada é a de justificar a pertinência do próprio esforço tendo em vista uma tradição de estudos já consolidada. Por outro lado, se a obra estudada for considerada menos central em determinado campo, a ênfase está na justificação do próprio objeto. Essas alternativas nos põem em uma situação pouco confortável.

O objeto deste trabalho é o livro *Os institutos jurídicos do direito privado e sua função social – uma contribuição à crítica do direito burguês* [*Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion –ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*][1] publicada em 1929 por Karl Renner. E o embaraço já começa aqui, antes mesmo de abrirmos o livro, com o nome do autor estampado na capa.

É que Renner, além de teórico, poeta lírico, professor de cursos populares voltados a trabalhadores, foi um dos principais líderes intelectuais e políticos do partido social-democrata austríaco (SDAP) e, portanto, de um movimento social e político de massas, o primeiro primeiro-ministro da primeira República austríaca em 1918, o primeiro primeiro-ministro da segunda República austríaca em 1945 e seu primeiro presidente. É difícil achar outra figura política tão central para a história de algum país no século XX como Renner o foi para a Áustria.[2] Apesar disso, seu nome é praticamente desconhecido no campo do direito hoje, mesmo naquelas áreas especializadas que possuem maior afinidade com a temática de sua obra.

O sentimento desconfortável que se inicia com a necessidade de justificar o estudo de uma obra escrita por alguém como Renner continua ao falarmos do livro em si, uma versão revisada e ampliada de um trabalho que apareceu pela primeira vez sob sob o título *A função social dos institutos jurídicos* [*Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*] no primeiro volume dos *Marx-Studien, Blätter zur Theorie und Politik des wissenschaftlichen Sozialismus* em 1904. Trata-se, portanto, de um trabalho de sociologia do direito publicado anos antes tanto de *Fundamentos da sociologia do direito* de Ehrlich, livro de 1913 tido como o fundador da sociologia do direito por muitos, quanto da "Sociologia do direito" de

---

[1] Doravante *Os institutos...*

[2] Para uma bela biografia de Renner que entrelaça sua vida política, pessoal e sua produção teórica, cf. SAAGE, 2016.

Weber, que vai ser publicada como parte de *Economia e sociedade* apenas em 1922. Uma sociologia do direito que, além disso, pretende ser uma análise marxista do direito vinte anos antes de *Teoria geral do direito e marxismo* de Pachukanis.[3] Mas também esse duplo pioneirismo da obra não parece ter sido suficiente nem para lhe valer o clichê de clássico esquecido.

Afinal, afirmações como as de Kahn-Freund de que a obra seria "muito conhecida no continente [europeu]" (2013a[1949], p. 1) parecem exageradas em vista de falta de evidências materiais, principalmente na forma de citações, desse suposto reconhecimento. É verdade que a obra foi tida como pioneira no início do século XX, mas ela parece ter se tornado uma referência central apenas para um pequeno grupo de juristas de esquerda organizados em torno da figura de Hugo Sinzheimer na República de Weimar.[4] Todavia, o nazismo pôs fim a qualquer perspectiva de futuro que esse debate pudesse ter. Por esses motivos, o desconforto de justificar a escolha de um livro tão inovador e escrito por um autor como Renner precisa ser enfrentado.

Por que este livro então? Para responder, precisamos, antes de mais nada, conhecer seu objeto: as relações mútuas entre economia e direito na evolução do capitalismo. Renner aceita os termos dessa questão legados pela tradição marxista, trata-se da problemática da relação entre base e superestrutura. No entanto, ele vai oferecer uma formulação original para esse problema com base em uma compreensão do direito que distingue seu conteúdo normativo de sua função social, ou seja, entre as prescrições jurídicas e os efeitos concretos de sua aplicação. Isso significa que a dinâmica do desenvolvimento histórico do direito e sua relação com a base econômica vai precisar passar a ser entendida a partir de duas possibilidades de transformação do direito, mudanças das normas e mudanças de função, decompondo o modelo base-superestrutura em duas formas de investigação distintas.

O livro vai se dedicar exclusivamente à análise funcional do direito ao longo do desenvolvimento do capitalismo, focando naqueles institutos jurídicos do direito centrais para a sua regulação jurídica, especialmente a propriedade. Renner inicia seu estudo no período de simples produção de mercadorias. Então, a economia aparecia como um processo individual, com todos os seus momentos e pressupostos materiais concentrados em cada

---

[3] O título de fundador da sociologia do direito costuma ser reservado a Ehrlich e a maior parte das apresentações do pensamento marxista sobre o direito se inicia com Pachukanis, ignorando Renner completamente. Cf. exemplarmente REHBINDER, 1986 e BUCKEL, 2007, respectivamente.

[4] A recepção weimariana de Renner é o objeto do capítulo final dessa dissertação.

unidade produtiva, e que, por isso, necessitava, para sua regulação, de um instituto que fosse universal tanto em relação aos objetos (indiferente ao tipo de objeto), quanto em relação aos sujeitos (*erga omnes*), correspondendo à disposição real dos bens. Nesse contexto a propriedade funcionava de modo a garantir ao trabalhador os meios para realizar o seu labor e os frutos advindos dele. A distribuição para além dos limites da casa ou fazenda se dava, apenas excepcionalmente, através da relação direta entre produtor e consumidor mediada por um instituto auxiliar. Da determinação jurídica do processo produtivo, apenas a ordenação do trabalho não se realizava pela propriedade, mas sim na forma da regulação das corporações de ofício ou através da sujeição do ajudante e do aprendiz ao pátrio poder do mestre.

A partir da Revolução Francesa e da afirmação do princípio burguês da liberdade individual, que aboliu toda e qualquer ordenação do trabalho, é liberado um desenvolvimento que leva à concentração dos bens, agrupados de acordo com sua função técnica, na mão de alguns e à superação da formação histórica do período de simples produção de mercadorias. Com a dissolução das antigas unidades produtivas, bens e trabalhadores precisavam ser reordenados de alguma maneira para que a continuidade social fosse garantida. Entretanto, como a sociedade burguesa não possui nenhuma ordenação jurídica direta da economia, essa reordenação ficou a cargo de uma regulação social inconsciente – a lei do valor – através da qual se instaura a dominação do capital sobre o processo de produção e reprodução da sociedade. Trata-se do fetichismo da mercadoria descrito por Marx, no entanto, o que Renner vai mostrar de novo é que, uma vez que o capital, em suas variadas formas, não deixa de ser objeto de propriedade, é justamente através das mudanças de função experimentadas por esse instituto jurídico ao longo do desenvolvimento do capitalismo que sua dominação sobre o social vai se constituir.

Nesse contexto significativamente alterado, o instituto da propriedade se torna incapaz de realizar sozinho as mesmas funções que ele antes desempenhava e, para a continuidade do processo econômico, é necessário que ele passe a se associar a diferentes institutos jurídicos dependendo do objeto de propriedade em questão. No que se refere aos meios de produção, para que sua detenção seja transferida aos trabalhadores que de fato farão uso deles, a propriedade passa a se associar necessariamente ao contrato de trabalho. No entanto, além dessa transferência, essa nova união entre os dois institutos jurídicos também dá origem à função de domínio da propriedade, que surge necessariamente no momento em

que o trabalhador passa a trabalhar “para o capitalista e, por isso, sob o capitalista”. Apesar da forma contratual dessa relação, ela não deixa de ser marcada pela sujeição dos trabalhadores à vontade privada do capitalista, que assume para eles a forma de um imperativo jurídico. A propriedade torna-se para o capitalista um “título ao poder” por meio do qual ele submete o trabalho de outros às suas finalidades. Entretanto, uma vez que a finalidade do capitalista, a busca pelo lucro, também é determinada heteronomamente pelos imperativos de autovalorização do capital, este aparece como o verdadeiro titular do poder de império e sujeito do processo econômico.

Essa função de comando não é a única que a propriedade assume em conexão com o contrato de trabalho, ela também passa desempenhar a função de capital, a distribuição do excedente social (mais-valor) a privados. O mesmo ocorre com as outras formas do capital – mercadoria e dinheiro – com os contratos de alienação e de mútuo, respectivamente.

As mudanças na economia levaram a uma reversão das funções originais da propriedade. De uma regulação social adequada a um determinado estágio de desenvolvimento das forças produtivas e que visava garantir a continuidade do processo econômico, a propriedade se torna um empecilho a ele, colocando em risco a própria sociedade. Ela deixa de garantir a detenção dos objetos àqueles indivíduos que dispõem tecnicamente deles. O proprietário dispõe de seus bens apenas através de negócios jurídicos que entreguem sua detenção, quando não a própria propriedade, a terceiros, reconhecendo, com isso, a necessidade de sua expropriação para a continuidade do processo de produção e reprodução social. Mas não o faz sem cobrar um tributo privado: o lucro. Através do direito, a sociedade entrega a detenção dos objetos ao proprietário apenas para recuperá-los mediante a entrega de uma parcela do produto social. Essa distribuição irracional dos frutos do trabalho social é um reflexo do fato de que a propriedade, originalmente uma parte da regulação jurídica por meio da qual a sociedade ordenava o processo econômico do qual depende sua existência, se torna um instrumento por meio do qual o capital usurpa o comando sobre a economia.

Entretanto, esse mesmo processo de mudança de função também leva a uma situação na qual as antigas funções socialmente úteis da propriedade passaram a ser realizadas por outros institutos jurídicos. Criando a possibilidade de abolição da propriedade privada sem colocar em risco a continuidade social. Mas é também aqui que se situa o limite das transformações jurídicas analisadas por Renner, aquelas causadas *imediatamente* pelo

desenvolvimento econômico. Em razão da autonomia relativa do direito, a abolição da propriedade e a passagem para o socialismo exigem um ato legislativo que transforme o ordenamento jurídico. A emancipação da dominação do capital, compreendida como reapropriação coletiva da regulação jurídica do processo econômico, exige então um ato consciente da vontade coletiva.

Essa análise pioneira de transformações extranormativas do direito é apresentada no segundo capítulo da dissertação como um diagnóstico de tempo que busca apontar os potenciais e bloqueios à emancipação inscritos nas tendências de desenvolvimento histórico do direito burguês no tempo de Renner. Apesar do autor afirmar no prefácio da edição de 1904 (RENNER, 1904, p. 3), em um trecho reproduzido novamente na introdução à edição de 1929 (RENNER, 1929a, p. VII), que "seu problema é puramente teórico", "o desenvolvimento da propriedade capitalista servindo como mero material de ilustração", entendemos que a escolha de seu objeto não é casual. O objetivo de Renner é entender as possibilidades emancipatórias, isto é, de passagem ao capitalismo historicamente dadas no momento da escrita do livro.

Ler o livro dessa maneira, enquanto diagnóstico de tempo, torna necessário identificar precisamente a qual tempo ele se refere, qual seu contexto histórico. Diferentemente do que afirma Lopes (1997, p. 113-145), que interpreta esse contexto em vista da edição de 1929, o que estava em questão não era primariamente a passagem de um Estado liberal para um Estado intervencionista, mas a luta pelo voto universal - que seria alcançada em 1906 - e as possibilidades abertas por uma legislação estatal na qual os trabalhadores passariam a ter uma voz decisiva.[5]

Esse diagnóstico de tempo é construído a partir de determinados pressupostos apresentados por Renner no primeiro capítulo de *Os institutos…* Por isso, a apresentação desse diagnóstico exige um trabalho prévio voltado a esclarecer justamente seus pontos de partida. Esse é o objetivo do primeiro capítulo do trabalho. Para realizá-lo, nos propusemos a levar a cabo uma leitura rente ao texto, estrutural, do capítulo em questão que, além disso,

[5] A republicação do livro em 1929 com ampliações que, sim, buscam apreender as transformações implicadas na passagem de um Estado liberal para um Estado social, mas integrando-as como mais um elemento de um diagnóstico já estabelecido, parece estar muito mais ligado às discussões sobre a natureza do Estado no interior do marxismo austríaco e do SDAP e à relevância que o livro adquiriu nos debates dos círculos de juristas de esquerda em Weimar do que a uma modificação do diagnóstico, especialmente em vista do fato de que o livro recebeu mais inclusões que visavam esclarecer e explicar pontos obscuros da edição original do que modificações.

foi traduzido e juntado como anexo à dissertação.[6] Essa leitura tem como modelo um procedimento já estabelecido nos departamentos de filosofia no Brasil (TORRES FILHO, 2001; TERRA, 2012) que se volta a desvendar não só *o que* é dito no texto, mas principalmente o *como*, a lógica conceitual do pensamento do autor. No entanto, seu objetivo não foi o de esgotar totalmente o capítulo, retirar dele tudo o que ele poderia oferecer, mas sim investigar as pressuposições sobre as quais Renner vai montar seu diagnóstico de tempo: um determinado modelo de ciência do direito construído a partir de uma abordagem do direito em duas perspectivas e uma determinada compreensão da gênese do direito.

Renner vai diferenciar duas possibilidades de abordagem do direito: enquanto fenômeno normativo e fenômeno social. A análise do direito enquanto fenômeno normativo compete à dogmática. No entanto, as normas que a dogmática analisa são um produto de forças sociais e, portanto, podem ser analisadas a partir de seu processo de emergência. Além disso, as normas jurídicas também produzem efeitos concretos a partir de sua aplicação, podendo também ser analisadas a partir de sua função. Dogmática, análise da mudança das normas e de sua função formam então as três partes do modelo de ciência do direito de Renner, a partir do qual ele vai delimitar a análise do direito capitalista que vai dar origem ao seu diagnóstico de tempo como análise estritamente funcional.

Uma vez que esse diagnóstico de tempo é construído a partir de um interesse emancipatório de superação da dominação capitalista, ele vai assumir a forma de uma crítica do capitalismo, especificamente da ordem jurídica capitalista. Com isso surge o problema do fundamento normativo dessa crítica. Renner vai encontrá-lo em uma compreensão específica da gênese do direito no processo de socialização humana a partir do qual ele vai poder ser encarado como uma aquisição evolutiva e um substituto cultural do instinto voltado justamente à garantia da satisfação das necessidades naturais humanas, especificamente a garantia da continuidade do processo de produção e reprodução da sociedade, a economia. Uma vez que, como mencionado, a regulação jurídica do capitalismo, especialmente a propriedade privada, colocam em risco esse processo, ela precisa ser superada.

Apresentar o livro de Renner como um diagnóstico de tempo vinculado a certos pressupostos teóricos significa ler o livro a partir de uma tradição de pensamento específica,

[6] Cf. anexo.

a Teoria Crítica.[7] A Teoria Crítica foi elevada a conceito pela primeira vez em 1937 no ensaio *Teoria tradicional e teoria crítica* de Horkheimer (1980). Entretanto, como o próprio autor deixa claro, a ideia de uma Teoria Crítica busca apreender um campo teórico já pré-existente: seu objetivo é oferecer uma interpretação do marxismo, identificando seus traços distintivo e atualizando-os em face da situação histórica dos fins da década de 1930[8] (*ib.*, p. 136, n. 26; NOBRE, 2011, p. 22).

O traço distintivo da teoria crítica - tanto em "sentido amplo", o marxismo, como em "sentido estrito", ou seja, aqueles trabalhos que vão ser produzidos tendo o ensaio de Horkheimer como referência principal (NOBRE, 2011, p. 22-23) - é a união entre teoria e práxis, o questionamento da distinção e desvinculação de cada um desses momentos. É desse princípio fundamental que ela faz derivar tanto sua orientação para a emancipação quanto seu comportamento crítico frente à realidade capitalista e o conhecimento produzido nessas condições (NOBRE, 2011, p. 30-34). E é ele que garante a esse campo uma instância própria e na qual se funda sua pretensão de não-concorrência com as formas tradicionais de conhecimento (NOBRE, 2015, p. 159).

Essa autocompreensão impõe à teoria crítica a produção de um conhecimento que seja ancorado na realidade, que não seja utópico ou simplesmente um conjunto de conceitos sem qualquer enraizamento social. Ao mesmo tempo, impede-a de se limitar apenas a descrever as coisas como elas são. A tarefa da teoria crítica é, antes, produzir diagnósticos de tempo capazes de identificar as tendências estruturais do desenvolvimento histórico em vista dos potenciais e obstáculos à emancipação efetivamente existentes (NOBRE, 2011, p. 30-34).

Essa não é a autocompreensão metodológica de Karl Renner. Seu marxismo é um marxismo positivista, indutivo, concebido em termos que não permitem a sua delimitação estrita da teoria tradicional e a aplicação do princípio da não-concorrência (SAAGE, 2018). Ainda assim acreditamos que essa forma de reconstruir a obra de Renner não seja arbitrária. Em primeiro lugar, porque, já na sua formulação original, o conceito de teoria crítica visava

[7] Nos referimos a essa tradição de pensamento como Teoria Crítica e não como "Escola de Frankfurt" uma vez que não se tratam de autores com uma posição compartilhada, mas de um campo composto por uma pluralidade de modelos críticos (NOBRE, 2011, p. 16).

[8] Esse é o principal motivo pelo qual não consideramos a abordagem escolhida como arbitrária. Outras razões são as afinidades entre o austromarxismo, ao qual Renner se filiava, e a Teoria Crítica. Sobre isso, Cf. KRÄTKE, 2018.

apresentar uma interpretação do marxismo superior às suas concorrentes já em circulação em termos de apreensão do que seria específico de um campo marxista dado. Além disso, trata-se, em nossa opinião, da melhor forma de ler o livro de Renner, uma opinião que só podemos defender pela força da reconstrução ora apresentada.

Por fim e mais importante, essa abordagem é determinada e justificada pela posterior recepção da obra de Renner. Ao apresentar *Os institutos…* como um diagnóstico de tempo vinculado a determinados pressupostos teóricos, torna-se possível propor uma nova gênese da teoria crítica do direito a partir da recepção e atualização do trabalho de Renner. Essa história se iniciaria na República de Weimar com um grupo de juristas de esquerda organizados em torno da figura de Hugo Sinzheimer - Otto Kahn-Freund, Franz Neumann e Ernst Fraenkl - e, ao que parece, paralelamente com Otto Kirchheimer, e desaguaria nos escritos do final da década de 1930 de Franz Neumann e Otto Kirchheimer, então já vinculados ao *Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt*. O objetivo do capítulo final desta dissertação é reconstruir, como hipótese, a fase weimariana desse percurso.

Recontar essa história significa reconstituir as pistas de uma tradição da sociologia do direito crítica que estava em vias de se formar em Weimar, mas que foi violentamente sufocada pela ascensão do nazismo e a emigração forçada de seus principais representantes, um grupo de judeus marxistas. Além disso, significa jogar luz sobre uma parte da história da teoria crítica que não mereceu quase nenhuma atenção até o momento, mas com grandes implicações para a história dessa tradição de pensamento. Se a gênese aqui proposta se sustentar, a origem de seu traço mais original, a junção de teoria marxista e pesquisa empírica, vai ter que ser buscada não mais na psicologia social, mas no direito.

Nota do tradutor

Uma parte significativa deste trabalho é a tradução do primeiro capítulo do livro *Os institutos jurídicos do direito privado e sua função social* de Karl Renner, o texto que está na base da análise do primeiro capítulo desta dissertação. A tradução comentada é um forma de trabalho final de pós-graduação pouco comum no campo do direito no Brasil, mas com relativa tradição na filosofia. Nossa opção por esse formato tem duas razões principais.

Em primeiro lugar, trata-se de um trabalho que busca reconstruir a lógica interna da trama conceitual de determinado pensamento. Para esse método já bem estabelecido na filosofia brasileira (TORRES FILHO, 2001; TERRA, 2012), o texto não é só o elemento central, mas o fundamento de uma análise que se inicia e se esgota nele. Se isso é assim, a leitura do texto no seu idioma original, sem a interferência de um tradutor, torna-se decisiva. Mas ler em uma língua e comentar em outra já impõe um exercício de tradução constante ao qual convinha dar um formato acabado que favorecesse uma reflexão sistemática e consciente sobre todas as escolhas terminológicas.

Além disso, o foco do trabalho de análise e comentário é o primeiro capítulo de *Os institutos..*, uma parte do pensamento de Karl Renner que mereceu muito pouca atenção dos leitores e comentaristas. Por isso, tratou-se, na maioria das vezes, de uma reflexão solitária que não encontrou parceiros de diálogo que pudessem iluminar eventuais problemas do trabalho e a esperança de críticas e sugestões teve que ser depositada em possíveis futuros leitores do livro. No entanto, isso esbarra no fato de que as traduções para idiomas mais acessíveis que o alemão são, infelizmente, pouco rigorosas. A exigência de uma tradução, ao menos das passagens mais centrais para este trabalho, acabou se impondo também como forma de garantir acesso de novos participantes ao debate.

A tradução tomou por base a segunda edição, ampliada e revisada, do livro publicada em 1929 sob o título de *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts* por Tübingen: J.C.B. Mohr em Tübingen. No

processo de tradução foram consultadas tanto a tradução para o inglês do livro[9] quanto a tradução italiana.[10]

[9] RENNER, Karl. **Institutions of private law and their social functions**. Trad. Agnes Schwarzschild. Abington: Routledge, 2013.

[10] RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale - un contributo alla critica del diritto civile**. Trad. Cornelia Mittendorfer. Bologna: Il Mulino, 1981.

CAPÍTULO 1
PRESSUPOSTOS

O objetivo deste primeiro capítulo é apresentar, através de um comentário rente ao texto do capítulo que abre o livro *Os institutos do direito privado e sua função* de Karl Renner,[11] os pressupostos teóricos a partir dos quais Renner vai desenvolver sua diagnóstico de tempo: um modelo próprio de ciência do direito que vai ter na análise funcional dos institutos jurídicos um de seus ramos e um concepção específica da relação entre economia e direito. Como veremos, ambos os pressupostos estão intimamente vinculados ao modo como o autor concebe o direito.

1. O caráter híbrido do direito e a ciência do direito

a) O direito como fenômeno normativo e a dogmática jurídica

Renner inicia o capítulo afirmando que, em seu tempo, "a vida jurídica… *aparece* objetificada em uma massa imensa de códigos, de leis e decretos individuais, de disposições de repartições públicas e sentenças de tribunais, de contratos e outros atos de vontade de privados" (§ 1, grifo nosso). A expressão "aparece" é crucial nessa passagem uma vez que ela aponta para a oposição entre essência e aparência que estrutura a apresentação do direito enquanto fenômeno normativo.

O ponto de partida da exposição é essa aparência do direito em um momento histórico específico: documentos escritos produzidos por órgãos estatais – legislativo, judiciário e administração – e por indivíduos. Neles "o que deve ser direito", um "fato da consciência" que até então possuía uma "existência nebulosa e meramente subjetiva na consciência dos indivíduos", é apreendido pela "escrita e impressão" e "trazido… ao mundo dos objetos", e, com isso, torna-se "duradouro" e objetivo (§ 1). O resultado disso é que "o direito aparece como algo fixado, estatuído, posto, enquanto lei" (§ 1), como direito positivo.

É necessário destacar três coisas já nesse primeiro parágrafo do texto comentado. Antes de mais nada, é preciso reconhecer que o que está em causa é uma aparência historicamente específica do direito, embora não seja possível precisar exatamente a qual momento histórico o autor está se referindo ao falar de "nosso tempo": tratar-se-ia do

[11] A tradução do primeiro capítulo do livro de Renner é parte desta dissertação, cf. anexo..

momento em que o livro foi escrito, o início do século XX, ou a modernidade, por exemplo? Em segundo lugar, é preciso distinguir aparência de falso, ainda que a relação entre essência e aparência não seja explicitada em momento algum no livro. A forma exterior do direito não só traz consigo implicações reais – mudanças qualitativas e na sua forma de existência –, mas é também, como veremos, a partir da análise da aparência do direito que o acesso à sua essência se torna possível. Por fim, existe uma ambiguidade no trecho "o que *deve ser* direito" (was rechtens sein soll) (§ 1, grifo nosso) que afeta a compreensão das implicações exatas da mudança na forma de existência promovidas pela apreensão escrita: aquilo que é deslocado da consciência individual ao "mundo dos objetos" já é direito antes dessa passagem? Dito de outro modo: trata-se de uma transformação em direito do "que deve ser direito", mas ainda não o é, ou trata-se apenas da mudança de um plano de existência para outro do que já é direito, de um dever jurídico que já existe na consciência dos indivíduos? Neste momento, importa apenas constatar essa ambiguidade, não a resolver. Veremos que o restante da exposição do Renner favorece a segunda leitura do trecho, mas, para tanto, precisamos retomar o fio de sua exposição.

"Se encaramos primeiramente a forma linguística dessa fixação" (§ 2) escrita, o modo predominante é o indicativo. Essa forma de expressão dominante nos dispositivos jurídicos confere a eles uma "feição" (Gestalt) – outro termo que remete à aparência – de "regra" como as "regras das ciências naturais" (§ 2), ou seja, uma fórmula que exprime regularidades observáveis experimentalmente e sobre as quais os seres humanos não possuem nenhum poder. A formulação da lei jurídica no indicativo estabelece uma analogia formal entre ela e a "lei da natureza", de acordo com a qual ambas funcionariam como regulações indisponíveis aos seres humanos das relações entre pessoas e das relações entre coisas, respectivamente, e conformariam "um cosmos que se divide em um reino da natureza e outro da razão" (§ 2). Uma compreensão do direito que tem, de acordo com Renner, em Kant[12] seu grande representante (n. 1).

O segundo parágrafo do texto adiciona um novo elemento à aparência do direito: a formulação escrita dos dispositivos jurídicos, predominantemente no indicativo, estabelece

[12] A apresentação de Renner da compreensão kantiana do direito está longe de fazer jus a sua complexidade. Entre os elementos especialmente problemáticos cabe destacar tanto a relação estabelecida entre o mundo sensível e o mundo inteligível, que faz com que ambos pareçam estar situados no mesmo plano, quanto a estabelecida entre o direito natural (ou racional) e o direito positivo, que não parece levar em conta que o primeiro, apesar de obrigar tanto os indivíduos quanto o legislador, não possui meios coercitivos ao seu dispor e nem pode valer contra o direito posto. Para o conceito de direito em Kant, cf. TERRA, 2004.

uma “analogia formal” – uma relação de semelhança no que se refere à forma – entre a norma jurídica e a “lei da natureza”, o que leva a uma compreensão do direito segunda a qual ele se fundamentaria em forças que estão para além das possibilidades de intervenção dos seres humanos, como a natureza ou a razão. No entanto, é importante notar que palavras como “aparência” e “aparecer” não ocorrem neste trecho, mas sim “feição” e “analogia”, apontando para uma possível diferença entre a aparência do direito em si e essa concepção do direito que é produzida por essa mesma aparência e que vai ser confirmada pela análise da exterioridade do direito.

“Ao se examinar pormenorizadamente as *normas jurídicas*, esse indicativo se transforma, então, no imperativo” (§ 3, grifo nosso). A análise da “norma” dá-lhe “um aspecto mais natural,[13] ainda que longe de autoevidente” (§ 3), ao revelá-la como um comando que se dirige ao indivíduo, ordenando-lhe algo e, simultaneamente, ameaçando-o com uma sanção em caso de descumprimento. A ordem jurídica é o conjunto desses “imperativos que se dirigem aos indivíduos e exigem sua obediência”, confrontando-os como vontade alheia e restringindo sua autonomia (§ 5). Na base do direito está, portanto, uma relação de dominação, de subordinação das vontades individuais, cujo funcionamento é garantido por algo “cotidiano” e que nada tem de “secreto, metafísico, fantasmagórico ou divino”: a coerção física ou psíquica (§ 5).

Com isso é desfeita a analogia formal com a natureza “que não conhece nenhuma *vontade coletiva* (*Gesamtwille*) dominante e nenhuma vontade individual dominada” (§ 3, grifo nosso). Aquela compreensão do modo de funcionamento do direito que o aproxima da “lei da natureza”, “sobre-humano” e “fetichista” – no sentido restrito de uma relação social que aparece aos homens como uma segunda natureza – é exposta como uma ilusão produzida pela formulação linguística dos dispositivos jurídicos no indicativo (§ 3), que esconde justamente “os indivíduos que comandam e que obedecem” (n. 2). Uma forma ilusória que é, segundo Renner, a superestrutura ideológica de “uma sociedade de proprietários privados vinculados meramente através do contrato e da concorrência” (n. 1) e, portanto, historicamente recente, desconhecida dos povos antigos, como os mesopotâmicos, gregos e romanos (§ 4), que possuíam uma estrutura social assentada sobre uma base econômica distinta (n. 2).

[13] Aqui “natural” precisa ser entendido com o sentido de “normal”, não o de “relativo à natureza” (nota nossa).

Neste ponto da exposição, Renner realiza a passagem da aparência para a essência do direito justamente por meio de uma investigação que parte de sua forma exterior. É o exame da "norma jurídica" que faz com que ela se mostre como imperativo ou comando garantido coercitivamente – em linha com a teoria imperativista da norma, dominante na teoria do direito do início do século XX (KAHN-FREUND, 2013a, p. 3) – e que permite compreender o direito como uma relação de dominação baseada na coerção que se estabelece entre vontades. E, uma vez que o direito passa a ser entendido como uma relação de vontades, não a aparência do direito, mas o "aspecto", a "analogia formal" produzidos por ela são expostos como falsificação.

Antes de prosseguirmos é importante notar algumas coisas. Em primeiro lugar, a determinação da essência do direito como uma relação de vontades permite esclarecer, de certa forma, aquela ambiguidade identificada no primeiro parágrafo do texto comentado. Isso é possível porque Renner entende, como veremos, que as relações de vontade se dão nas consciências dos indivíduos (§ 40). Se isso é assim, o direito, em sua essência, é um "fato da consciência", independentemente de sua apreensão pela escrita, isto é, de uma aparência historicamente específica. Trata-se, admitidamente, de uma solução pouco precisa, mas essa imprecisão deriva do próprio texto comentado: a dificuldade do trecho evidencia que "Renner não constrói mais explícita e claramente elementos de ligação entre o mundo ideal - onde as normas existem por validação lógica - e o mundo real, onde existem por eficácia" (LOPES, 1997, p. 118) e nem parece possuir os meios conceituais para fazê-lo. No entanto, por mais insatisfatória que a solução oferecida possa ser, é preciso sublinhar o vínculo forte estabelecido entre norma jurídica e consciência, uma vez que ela será retomada no momento em que o autor vai distinguir mudanças normativas de mudanças de função do direito (§ 63).

Além disso, cabe destacar o uso impreciso do conceito de norma jurídica no trecho. Nele, norma jurídica parece valer como sinônimo de "dispositivo jurídico", isto é, do texto normativo, não do produto de um trabalho realizado pela dogmática jurídica sobre o material legislativo e, portanto, distinto dele, como ocorre claramente na primeira edição do livro (RENNER, 1904, p. 5). Renner não distingue claramente entre o texto legal e a norma jurídica que resulta de uma atividade interpretativa sobre esse texto. Na segunda edição do livro, quando o autor vai se referir a uma interpretação que tenha por objeto a lei, ele parece sugerir que ela seria reservada a formulações obscuras que, em oposição às leis formuladas

de maneira clara, não permitiriam um acesso imediato ao dever jurídico estabelecido por elas (n. 2).

Por último, é preciso apontar um elemento da passagem comentada que não parece poder ser reconduzido à análise da aparência do direito: a ideia de que o direito é uma relação que se estabelece entre uma vontade *coletiva* e uma vontade individual. Apesar de ser enunciada já no terceiro parágrafo do capítulo, o modo pelo qual essa determinação do conceito de direito é obtida só será esclarecida três parágrafos depois: por meio de uma contraposição clássica na teoria do direito, aquela entre a norma jurídica e a ameaça de um ladrão.[14]

O percurso que vai da aparência do direito até sua essência resulta em um conceito de norma jurídica como imperativo ou comando garantido coercitivamente. Todavia, isso não basta para distinguir as normas jurídicas de outras ordens baseadas na coerção como, por exemplo, aquelas dirigidas por um assaltante a suas vítimas (§ 5). A especificidade do direito, sua "diferença misteriosa", está no fato de que "*em nosso tempo todo* o direito *aparece* como *posto pelo Estado em nome da coletividade* (Gesamtheit) *dos cidadãos*, que, então, não a vontade de um indivíduo é imposta ao outro, mas uma *vontade coletiva* à vontade individual" (§ 6, grifo nosso). A comparação com as ordens de um assaltante permite reconhecer um outro traço distintivo do direito, ao menos no tempo de Renner: ele "aparece" e é imposto aos indivíduos pelo Estado como fundamentado nas ideias de universalidade e autolegislação.

O contexto do parágrafo permite, finalmente, especificar à qual período histórico o autor se refere ao empregar os termos "nosso tempo" (§ 1 e 6): trata-se daquele no qual o direito aparece fundado nos ideais de universalidade e autolegislação. O "nosso tempo" é, então, a modernidade.

Outro ponto que precisa ser ressaltado é o de que, outra vez, estamos diante de uma aparência do direito, não de sua essência. Uma aparência que o trecho permite compreender de duas formas que não se excluem mutuamente. A partir de uma primeira possibilidade de leitura, a aparência do direito em questão estaria no fato de que, na modernidade, *"todo* o direito *aparece* como *posto pelo Estado*" (§ 6, grifo nosso), isto é, de que a totalidade do direito aparece como direito estatal. Aqui é o monopólio do poder de estabelecer direito

[14] Hart, entre outros, se vale desse mesmo exemplo em *O conceito de direito* de Hart (2011, p. 24 e ss.).

reivindicado para si pelo Estado que seria uma aparência. A dificuldade que essa interpretação tem que enfrentar é a de que, até aqui e no restante da primeira seção do capítulo analisado, o autor só se refere ao direito estatal. O próprio Renner oferece elementos para tanto: na segunda seção do texto analisado, ao definir o direito, ele mobiliza um conceito que é decididamente não-estatal (§ 42) e, além disso, ao discutir o célebre livro de Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (*Fundamentos da sociologia do direito*), em um texto publicado um ano após a segunda edição do livro, ele parece aceitar o conceito de direito vivo e, com isso, a existência de um direito extraestatal (RENNER, 1930, p. 140). Mas o fato é que Renner não discute a relação entre o direito estatal moderno e seu conceito amplo de direito, nem enfrenta diretamente essa leitura possível da aparência do direito no livro. O motivo por trás disso parece ser muito simples: uma vez que o objeto que lhe interessa e ao qual ele vai dedicar sua análise funcional é o direito posto pelo Estado, especialmente o instituto jurídico da propriedade privada, não parece ser necessário assumir mais essa questão, que, além disso, pertenceria a um campo de investigação que não é aquele no qual sua investigação se situa.

A outra possibilidade de compreender o trecho em questão é a de que a aparência estaria no fato de que o direito moderno "*aparece* como posto pelo Estado *em nome da coletividade (Gesamtheit) dos cidadãos*, que, então, não a vontade de um indivíduo é imposta ao outro, mas *uma vontade coletiva* à vontade individual" (§ 6, grifo nosso); em outros termos, no fato de que o direito moderno confronta os indivíduos e é imposto pelo Estado como base nos ideais de universalidade e autolegislação. É essa aparência do direito moderno que o autor opta por discutir. No entanto, no que se refere a esse ponto, a verdadeira essência do direito só se revelará ao cabo da investigação empreendida ao longo do livro e não é nem poderia ser adiantada antes desse percurso. Renner vai se limitar a afirmar que a "vontade coletiva" que se manifesta no imperativo jurídico "visivelmente não é vontade geral ou *volonté générale*" (§ 6) – uma referência clara ao conceito de Rousseau.

Por meio dessa delimitação negativa, o conceito de vontade coletiva perde aquela vinculação necessária com o interesse comum – isto é, com um conteúdo específico dado pela apreensão cognitiva correta do bem comum -, característico do conceito rousseauniano de vontade geral (ROUSSEAU, 2007, p. 45 e p. 118-119; TORRES, 2007, p. 12-14). Dessa forma, Renner opera uma neutralização normativa do conceito de vontade coletiva, sem, no entanto, estabelecer uma oposição entre vontade coletiva e vontade geral nos mesmos termos

que aquela dentre vontade de todos e vontade geral de Rousseau, na qual o primeiro termo está necessariamente ligado a um interesse particular, ainda que expresso de forma unânime, e o segundo, a um interesse geral (ROUSSEAU, 2007, p. 45-46).

Apesar de reconhecer que se trata de "um dos problemas fundamentais da ciência do direito" (§ 6), Renner não define positivamente a vontade coletiva nem explica de onde ela provém. A razão por trás disso é que essa é uma questão ainda em aberto e que depende de uma investigação por fazer, mas que não é objeto do livro. E é em razão dessa lacuna no conhecimento disponível acerca do direito que ele vai precisar interromper, neste ponto do texto analisado, sua exposição e se contentar com estabelecer os pressupostos dos quais parte:

> aceitaremos, sem exame, como dado evidente que o Estado põe o direito, que esse direito confronta a vontade individual enquanto vontade coletiva e demanda obediência [...]. Basta saber que a ordem jurídica é de fato imposta como vontade coletiva unitária à vontade individual do cidadão, que ela atua efetivamente como unidade (§ 7).

Assim, ele se propõe a, para seus fins, partir do pressuposto de que o direito é posto pelo Estado e que ele confronta a vontade individual como uma vontade coletiva estatal unitária. Dito de outro modo, Renner pressupõe que as normas jurídicas formam um conjunto unitário estabelecido pelo Estado, a ordem jurídica estatal.

Como ele próprio reconhece, esses pressupostos apontam para outras questões importantes para a compreensão do fenômeno jurídico que ainda não solucionadas. Além da explicação do processo de formação de uma vontade coletiva unitária a partir das distintas vontades individuais conflitantes dos membros da coletividade (§ 7), falta também uma resposta para o problema do caráter do Estado e de sua unidade, se se trata de uma unidade real ou não e se ela corresponderia a uma unidade efetiva da sociedade (§ 7) – embora para essa última questão Renner já indique, por meio de uma citação de Marx (n. 3), uma resposta negativa: afinal, como marxista, ele não poderia deixar de entender que a sociedade se encontra cindida em classes, uma condição que só será superada com o fim do capitalismo.

Apesar de todas essas questões ainda por investigar – e que são, como veremos, objeto de um ramo específico da ciência do direito ao qual Renner não se dedica no livro –, temos, como resultado da exposição realizada até aqui, a definição de direito enquanto

fenômeno normativo: um conjunto unitário de normas jurídicas, de imperativos ou comandos coercitivamente garantidos, dirigidos pela vontade coletiva à vontade individual. Enquanto relação de vontades, esse direito existe na consciência dos indivíduos, em um plano distinto daquele dos objetos físicos. Ainda que o autor inicie o capítulo com uma referência à "vida jurídica" de seu tempo (§ 1), todas essas características elencadas parecem valer para o direito em geral. É específico do direito moderno apenas que as normas jurídicas apareçam como postas pelo Estado em nome de todos os cidadãos, ou seja, que a vontade coletiva se apresente como estatal e fundamentada nos ideais de universalidade e autolegislação.

Investigar esse direito como conjunto de normas jurídicas, enquanto fenômeno normativo, é tarefa de um ramo específico da ciência do direito e que, apesar de não ser propriamente o campo de investigação de Renner, vai fornecer um dos pontos de partida para sua análise: a dogmática jurídica (Jurisprudenz) (§ 8). Ainda que se trate de uma parte do todo maior da ciência do direito, a dogmática jurídica é ela mesma uma ciência,[15] com tarefas e método próprios (§ 8). Seu objeto são as normas, que ela busca "apreender", "apresentar", "ensinar" e "aplicar" (§ 8). Isso significa que sua relação com a realidade extranormativa limita-se à aplicação de normas a casos concretos para a resolução de conflitos (§ 8 e 9) e que ela possui finalidades eminentemente práticas, englobando também a atividade dos operadores do direito (§ 10 e 20). Para realizar suas tarefas, a dogmática jurídica precisa analisar e agrupar a "massa caótica de normas" que ela encontra nas "*determinações legais*" (§ 8, grifo nosso), ordenando-as de acordo com sua "natureza jurídica" (§ 9), "com aquelas características que lhe cabem enquanto normas" (§ 8), isto é, enquanto relações de vontade, de modo a integrá-las em um sistema.

Aqui é preciso destacar duas coisas. A primeira delas é que, se a ordenação da "massa caótica de normas" é tarefa da dogmática, o sistema jurídico só pode existir depois desse trabalho, ou seja, é um produto da dogmática. Portanto, se o direito se apresenta como unidade, essa unidade não deriva de uma sistematicidade que seja imanente a ele enquanto

[15] Na primeira edição do livro, a dogmática jurídica não possuía o estatuto de ciência e o todo maior ao qual ela pertencia era a teoria do direito (Rechtslehre), não a ciência do direito (Rechtswissenschaft) (RENNER, 1904, p. 8). Na edição de 1904, o estatuto científico e o próprio nome "ciência do direito" eram reservados ao que Renner chama de "ciência social do direito" (soziale Wissenschaft vom Rechte) na edição de 1929. As razões para essa mudança não são explicitadas em nenhum ponto do livro, no entanto, ela parece se adequar melhor à importância que a dogmática jurídica possui para a investigação sociológica proposta pelo autor que vai, como veremos, justamente partir dos resultados da dogmática.

fenômeno normativo. Além disso, é importante sublinhar que Renner estabelece como objeto da dogmática jurídica as normas que ela encontra nas "determinações legais" (§ 8), nas leis, normas que pertencem ao direito estatal.

A dogmática jurídica assim concebida não se ocupa da essência e origem da vontade coletiva (§ 8). Todas aquelas questões que dizem respeito à natureza e formação do direito referidas acima (§ 6 e 7) não fazem parte de seus objetos. Para ela, as normas estão dadas, ou seja, ela parte dos mesmos pressupostos que Renner deseja partir (§ 7). Por outro lado, também não é papel da dogmática investigar o funcionamento rotineiro e não conflituoso do direito e suas repercussões sobre a economia e a sociedade, seus "efeitos sociais" (§ 8, 9 e 10). Os diferentes exercícios do direito, que levam as mesmas normas a "funcionar… *econômica* e *socialmente* de maneira completamente distinta" (§ 10, grifo nosso), escapam à dogmática jurídica e a seus operadores. No entanto, é justamente aí que se "revela o valor do direito na vida" (§ 9).

b) O direito como fenômeno social e as "ciências sociais do direito"

O "valor do direito na vida" não está, primariamente, na resolução de conflitos, para a qual se volta a dogmática jurídica, mas na tradução efetiva das normas, enquanto comandos dirigidos pela vontade coletiva aos indivíduos, em comportamentos - ações ou omissões - individuais conformes a elas. Essa passagem da norma à ação permite diferentes exercícios do direito e, portanto, abre espaço para que as mesmas normas funcionem "*econômica* e *socialmente* de maneira completamente distinta" (§ 10, grifo nosso), ou seja, produzam efeitos concretos distintos e que estão além do escopo da dogmática. No entanto, eles são objetos do economista e do sociólogo, que os apreendem com categorias distintas daquelas da dogmática jurídica (§ 8 e 10).

Antes de prosseguirmos, é importante notar que, no trecho citado, o autor realiza um deslocamento na sua compreensão do fenômeno jurídico aparentemente incompatível com sua concepção do direito: os momentos do conflito e da sanção são desvalorizados e o direcionamento exitoso dos comportamentos individuais é enfatizado. É só na segunda seção do capítulo, quando uma segunda concepção do direito for apresentada (§ 42), que esse movimento vai se tornar mais compreensível ao se revelar como uma oscilação entre duas compreensões antagônicas do direito que convivem na obra: uma primeira no qual o direito é pensado como coerção e outra, segundo a qual ele é compreendido como organização.

Além disso, o trecho já introduz a distinção entre entre um funcionamento econômico e outro social do direito que será central para a análise desenvolvida ao longo do livro, mas que só será explicitada em um momento posterior (§ 28-29).

A partir desse ponto, a exposição de Renner passa a se organizar a partir da oposição entre duas ciências, a dogmática jurídica e a economia, ressaltando a especificidade metodológica e categorial de cada uma e a diversidade de seus objetos. O objetivo da oposição entre as perspectivas de cada uma dessas ciências é distinguir duas formas de encarar o direito.

Enquanto a dogmática "reúne... complexos de *normas* em uma unidade no *instituto jurídico* de acordo com características jurídico-formais" (§ 11, grifo nosso), a economia, apreende "*relações* (Verkehrungen) humanas de determinação econômica unitária enquanto *organização econômica*" (§11, grifo nosso). Ainda que ocasionalmente instituto jurídico e organização econômica possam ser designados pela mesma palavra, eles não se confundem (§ 11), uma vez que se voltam a objetos distintos até em sua forma de existência.

A dogmática jurídica analisa normas a partir de suas características "jurídico-formais", isto é, daquelas qualidades que lhes cabem enquanto normas, organizando-as em uma unidade, o instituto jurídico. Ela se ocupa do direito enquanto fenômeno normativo, portanto, enquanto relações de vontade que existem, como vimos acima, na "consciência dos indivíduos". O economista, por sua vez, investiga a economia enquanto conjunto de relações humanas concretas, relações efetivas que existem no "mundos dos objetos", na realidade empírica, que ele ordena a partir de seu significado econômico enquanto organização econômica. Essas "relações humanas" são comportamentos determinados também - ainda que não exclusivamente - pelas normas, ou seja, são seus "efeitos sociais". Portanto, ao economista, o direito aparece como uma das determinações de seu objeto, as relações humanas significativas do ponto de vista da economia.

É em virtude dessas duas formas de encarar o direito - enquanto norma e enquanto determinação jurídica de comportamentos - que Renner defende a especificidade de cada uma das disciplinas contra pressões que ameaçam colapsar essa distinção vindas de "não poucos" economistas (§ 12), em especial de Adolf Wagner em seu *Grundlegung der politischen Oekonomie* (§ 13-14), e que, na época, encontraram ao menos alguma ressonância em meios aos juristas (BARON, 1887). O alvo das críticas de Wagner é o conceito jurídico de propriedade, no entanto, elas colocam em questão a própria forma de

construção conceitual então dominante na dogmática jurídica e os pressupostos metodológicos nos quais ela se baseava.

Para Wagner, o conceito de propriedade empregado pela dogmática seria muito restritivo no que se refere a dois aspectos. Ele seria limitado, em primeiro lugar, por excluir de seus possíveis objetos tudo aquilo que não é uma coisa tangível (§ 13). A propriedade deveria, então, ser desvinculada da ideia de poder sobre coisas corpóreas e estendida à "totalidade dos direitos subjetivos do indivíduo que possuem valor patrimonial" (n. 5), englobando inclusive "relações" e "direitos" (§ 13). Além disso, o conceito seria insuficiente também por não abarcar expressamente todos os ônus e limitações ao poder do proprietário existentes na legislação e até mesmo a possibilidade de sua limitação (§ 14).[16]

Renner vai se contrapor a ambas as críticas. Contra a primeira delas, faz valer a exigência de que a dogmática interprete "o direito privado atual como a *lei* o estabeleceu" (§ 13, grifo nosso), ou seja, a limitação do objeto da dogmática às normas jurídicas que ela encontra nas fontes, no caso, a legislação. Apesar da exposição não ser muito clara nesse ponto já que a objeção à primeira crítica de Wagner só é retomada (§ 17) após a resposta à segunda (§ 14-16), uma leitura do trecho que leva em conta a análise das transformações funcionais da propriedade empreendida ao longo do livro[17] não deixa dúvidas de que o autor entende que aquilo que Wagner quer ver incluído no conceito do instituto jurídico propriedade são seus "efeitos sobre os fatos da vida": a ideia de uma propriedade sobre "relações" e "direitos" é uma tentativa de apreender certos "efeitos sociais" que a propriedade passa a desempenhar a partir de um certo ponto de seu desenvolvimento histórico, mas que, ainda segundo Renner, são exteriores aos institutos jurídicos enquanto complexos de normas - "partem deles, mas estão para além deles" (§ 17) - e por isso não tem lugar no conceito jurídico de propriedade (§ 17).

A inclusão das limitações legais e ônus existentes e possíveis é combatida, por sua vez, por meio da rejeição da necessidade de que a dogmática explicite, em cada uma de seus construções conceituais, "os fundamentos da teoria do Estado e do direito" (§ 14) - no caso, o fato de que "todo direito subjetivo é conferido pelo direito objetivo, pela lei, que antes dela ele não existe e que essa lei pode, eventualmente, impor obrigações… e ônus" (§ 14), de que

---

[16] Para as críticas de Wagner ao conceito jurídico de propriedade e seu conceito de propriedade "estendido", cf., respectivamente, WAGNER, 1894, p. 185 e 262-271 e 271-279.

[17] Cf. abaixo Cap. 2, item 2.

o Estado é soberano no interior de seu território e que os cidadãos são seus súditos (§ 14-16). Renner mobiliza, portanto, a ideia de que a dogmática jurídica - assim como todas as outras ciências - trabalha a partir de certo pano de fundo compartilhado constituído por uma série de pressupostos que, na maior parte do tempo, por boas razões, não são explicitados em cada construção conceitual. O autor ilustra isso tomando como exemplo o famoso art. 153 da Constituição de Weimar que previa que "a propriedade obriga", que "seu uso deve também estar a serviço do bem comum" (§ 15). Essa formulação do artigo constitucional, segundo Renner, explicita o fato de que o proprietário é também súdito, mas não muda em nada o caráter privado do direito de propriedade vigente (§ 15 e 16). No caso da propriedade privada, a inclusão, exigida por Wagner, de elementos que dizem respeito à relação entre indivíduo e o Estado e que, por isso, não afetam o caráter absoluto da propriedade "na esfera do direito privado e, portanto, da economia privada" (§ 16) não traria qualquer ganho na apreensão jurídica da propriedade, antes obscureceria seu traço mais relevante tanto do ponto de vista do jurista quanto do economista, já que ele é central para a apreensão adequada da ordem econômica capitalista existente (§ 16).

Para compreender melhor essa disputa é preciso ter em conta o contexto no qual as as críticas de Wagner ao conceito jurídico de propriedade aparecem, o segundo volume de seu *Grundlegung der politischen Oekonomie*. O projeto da obra é o de uma "investigação socioeconômica da ordem da propriedade com a finalidade de crítica do direito vigente" (WAGNER, 1894, p. 185). Trata-se, portanto, nas palavras do próprio autor, de "política da propriedade" (*ibid.*, p. 185) feita com base em uma investigação econômica que, por sua vez, serve-se da dogmática jurídica, a princípio, apenas auxiliarmente, para a elaboração de suas categorias. Com isso Wagner parece reconhecer, a princípio, a distinção entre ambas as disciplinas e seus "pontos de vista" (*ibid.*, p. 185). No entanto, ao recorrer efetivamente à dogmática para a construção de um conceito econômico de propriedade, esse reconhecimento da particularidade metodológica de cada disciplina se mostra vacilante.

Ainda que seu foco seja o conceito jurídico de propriedade, o próprio Wagner formula suas objeções como instâncias específicas de uma crítica mais geral direcionada contra pressupostos metodológicos subjacentes a essas construções conceituais, ou seja,

contra a dogmática jurídica dominante, especialmente a privatista.[18] Assim, no mesmo parágrafo no qual afirma o "método lógico-formal" como aquele que seria próprio à dogmática jurídica, ele denuncia a "inclinação" dos juristas de tirar todas as consequências lógicas dos conceitos jurídicos em detrimento de compreensões mais "histórico-realistas" do direito (*ibid.*, p. 185-186 e 263-265). Isso, somada a uma suposta influência excessiva do direito romano na dogmática privatista, levaria a abstrações conceituais que não refletiriam a realidade ou a legislação vigente (*ibid.*, p. 185, 265-6). Ambas as críticas convergem, por fim, em uma acusação de "unilateralidade" (*ibid.*, p. 218) por parte da dogmática jurídica então dominante e que deveria ser superada mediante a inclusão dos resultados das investigações econômicas não só em novas leis, mas também pela própria dogmática (*ibid.*, p. 276-277). Não à toa, Wagner parece querer fazer valer também para a dogmática seu conceito de propriedade, "estendido" de modo a fazer justiça à posição da propriedade privada "na sociedade burguesa e ao [seu] significado e função econômicos e sociais" (*ibid.*, p. 270), que, segundo ele mesmo, pertenceria ao campo da economia.

Portanto, se Renner opta por travar a disputa metodológica com Wagner em torno do conceito de propriedade é porque ela está colocada nesses termos desde o início. No entanto, essa disputa já prepara o terreno para sua análise das transformações funcionais do direito burguês que vai partir justamente do conceito jurídico de propriedade, o instituto jurídico central do ordenamento jurídico capitalista (§ 64).

Mas essa não é a principal função da objeção ao "sincretismo metodológico" de Wagner. Renner vai opor, às críticas de Wagner, razões que se fundamentam na lógica interna de uma dogmática jurídica compreendida em termos formalista[19] - no sentido de uma valorização das formas jurídicas em detrimento da realidade social regulada (BOBBIO, 2006, p. 221) -, que se move, em linhas gerais, nos limites das representações dominantes em seu tempo[20] e que se baseia em uma concepção tradicional do direito, uma visão

---

[18] É importante ressaltar que essas críticas foram recebidas como dirigidas à dogmática jurídica privatista então dominante também no campo do direito, como mostra a resenha do primeiro volume de *Grundlegung der politischen Oekonomie,* escrita pelo jurista Julius Baron (1887, p. 372-374)

[19] Ao contrário do que pode parecer ao leitor contemporâneo, tanto Wagner quanto Baron, jurista que escreveu uma elogiosa resenha do primeiro volume da obra de Wagner apoiando suas críticas à dogmática jurídica dominante, não eram críticos progressistas do tratamento jurídico-formal da propriedade. Em ambos os casos, tratava-se de se contrapor aos "ataques socialistas" (BARON, 1887, p. 374) seja a partir de uma posição assistencialista e socialconservadora, no caso do "socialista de cátedra" Wagner (*ibid.*, p. 379), ou de uma posição liberal, no caso de Baron.

[20] Cf. exemplarmente a definição do "ponto de vista jurídico", em oposição ao sociológico, na observação do direito por Max Weber na obra publicada postumamente como *Economia e sociedade* (2014, p. 1).

positivista[21] que o reduz, enquanto fenômeno jurídico, às normas postas (LOPES, 1997, p. 124-125). Ou seja, um modo de conceber a dogmática que, opondo-se tanto a uma interpretação sociológica ou funcional das normas (KAHN-FREUND, 2013a, p. 2) quanto às propostas da Escola do Direito Livre - como Renner fará expressamente em uma obra posterior (RENNER, 1952, p. 251) -, exclui sistematicamente de sua apreensão do direito todos os elementos extranormativos e, com isso, reafirma aquela distinção entre instituto jurídico enquanto "complexos de normas" e "seus efeitos sobre os fatos da vida", que estariam "para além das normas" (§ 17), que Wagner apaga.

Renner busca, ainda, mostrar a pertinência dessa distinção por meio de exemplos. O primeiro deles, o contrato, que, ao poder servir tanto para o casamento quanto para a prostituição, mostra que o mesmo instituto jurídico pode realizar uma multiplicidade de "fins econômicos e extraeconômicos" (§ 17). Já o fato de que a parceria pode assumir tanto a forma de uma sociedade quanto a de um contrato de trabalho no qual o pagamento seja realizado por meio de uma parcela do produto comprova, inversamente, que o mesmo fim econômico pode ser realizado por uma variedade de institutos jurídicos (§ 17).

Todo esse esforço para estabelecer e defender a diferenciação entre instituto jurídico e seus efeitos tem sua razão no valor explicativo que Renner atribui a ela. Em primeiro lugar, ela permite compreender porque certas leis se mostram ineficazes - por exemplo, uma lei que abole determinado instituto jurídico cujos efeitos podem ser ou já eram produzidos por outro instituto existente - ou redundantes - como no caso da criação de um instituto para determinado fim que já era realizado por outro (§ 17). Mas, mais importante que isso, porque Renner vai tomar como sua "tarefa demonstrar que do desenvolvimento desigual do instituto jurídico e da organização econômica, da mudança extrajurídica da *função social* dos institutos jurídicos e da posterior transformação, compelida por essa mudança, dos institutos jurídicos em seu conteúdo normativo, resulta o desenvolvimento histórico do direito, o vir e a ser e o perecimento das leis" (§ 18, grifo nosso).

Finalmente chegamos ao tema enunciado no título dessa primeira seção, à primeira formulação da tarefa que Renner se coloca no livro: demonstrar a dinâmica evolutiva do direito justamente a partir do "desenvolvimento desigual do instituto jurídico e da

[21] Utilizamos "positivismo" conscientes de que, na ausência de alguma especificação adicional, o termo não tem grande valor explicativo (Haferkamp, 2010a). Por esse motivo, o restante da frase visa esclarecer seu sentido preciso.

organização econômica" (§ 18). E a parte seguinte da citação já adianta como o autor vai compreender essa dinâmica: ela se inicia com a "mudança extrajurídica da função social dos institutos jurídicos" que levaria, em um segundo momento, a uma "transformação [...] dos institutos jurídicos em seu conteúdo normativo" (§ 18). Portanto, a partir da interação entre duas formas de mudança do direito.

Antes de avançarmos, é importante destacar um novo termo que aparece na passagem citada: "função social". Esse, juntamente com o de "função econômica" mencionado logo a seguir (§ 18), vai ser o conceito chave da análise de Renner. Ambos vão ser definidos e distinguidos um do outro em um momento posterior de texto (§ 28-29); por enquanto, basta o sentido que pode ser inferido por meio do trecho citado: a função do instituto jurídico equivale a seus efeitos.[22]

Para a compreensão do "desenvolvimento histórico do direito, o vir e a ser e o perecimento das leis" (§18), é necessário, além de distinguir instituto jurídico e organização econômica, norma e seus efeitos sobre a realidade, estabelecer a relação correta entre eles. Em primeiro lugar, não se pode deixar "instituto jurídico e organização econômica se confundirem na névoa de um palavreado ético-psicológico" (§ 18). Não é muito fácil entender o conteúdo ou identificar o alvo exato dessa crítica de Renner e nenhuma outra passagem do livro parece torná-la mais compreensível. A única coisa que se pode afirmar com segurança é que ela não está retomando as críticas contra as propostas de Wagner. A frase seguinte, que se inicia com "com isto […]" e emenda uma crítica a Rudolf Stammler, cria a impressão que o que se seguirá é uma especificação do sentido dessa crítica mais geral; todavia, outros elementos indicam que se trata de uma segunda objeção sem relação clara com a primeira.

O primeiro desses elementos é o próprio conteúdo da objeção que se segue e que não se dirige propriamente apenas contra Stammler, mas contra "enxergar no instituto jurídico a mera forma e um produto da dogmática jurídica formal, na *função econômica* o conteúdo, a matéria, o que se tornou natural desde as investigações de Stammler" (§ 18, grifo nosso). O alvo de Renner é, então, o uso do par conceitual forma e conteúdo ou forma e matéria para apreender o que ele distingue como instituto jurídico e "função econômica" e sua relação.

[22] A separação entre função econômica e função social também pode ser deixada de lado por enquanto.

Segundo o autor, o instituto jurídico não pode ser pensado, como "mera forma" uma vez que "o exercício do direito reproduz também seu conteúdo material" (§ 18). Em outras palavras: a "função econômica" é determinada por aquilo que é estabelecido pelas normas que compõem o instituto. Portando, "o verdadeiro conteúdo do instituto jurídico são justamente as normas que o formam, outro conteúdo não há" (§ 18). Sendo assim, "empregar as categorias muito gerais de forma e matéria onde se pode distinguir clara e precisamente *conteúdo jurídico* e *exercício de direito*, no mínimo, não acrescenta nada" (§ 18, grifo nosso). As categorias stammlerianas não dão conta, portanto, de esclarecer a relação entre os dois termos (§ 18 e 25).

Além disso, outro fator que fala contra tomar o "palavreado ético-psicológico" como direcionada a Stammler é o fato de que uma crítica formulada de modo muito similar já aparece na primeira edição do livro – na qual não existe nenhuma menção a Stammler –, mas com o sentido exatamente contrário à objeção discutida acima: "para apreender completamente esse desenvolvimento [do direito], é metodologicamente imprescindível distinguir rigorosamente *forma* e *matéria* e é um impeditivo a qualquer compreensão mais profunda deixar ambas se confundirem em uma *névoa de frases ético-psicológicas*" (RENNER, 1904, p. 7, grifo nosso). Na primeira edição da obra, é o próprio Renner quem compreendia instituto jurídico e seus efeitos por meio das categorias de forma e matéria, e não empregar essas categorias é que equivalia como "névoa de frases ético-psicológicas".

As razões para uma tal inversão completa de posição do autor não são explicadas em nenhum ponto da obra, porém, em relação a isso, a crítica a Stammler parece valer como uma espécie de autocrítica. A cisão renneriana entre norma e "função social", especialmente tendo em vista a separação que ele vai fazer posteriormente entre mudanças nas normas e mudanças de função do direito (§ 57-59), depende de uma compreensão da aplicação do direito que seja determinada pela norma independentemente da atividade da aplicação; dito de outro modo, exige compreender a norma como dada antes de qualquer aplicação, não cocriada por ela. Em suma, a distinção entre mudança normativa e mudança funcional depende, como ficará claro abaixo, de uma compreensão "aproblemática" da aplicação do direito, que vê nela apenas um ato de conhecimento, não de vontade. Para tanto, as normas não podem ser concebidas como "mera forma" a ser preenchida com um conteúdo

extranormativo, mas, ao contrário, precisam ter conteúdo suficiente para determinar sua própria aplicação.

Contudo, existe um sentido mais profundo da crítica a Stammler que também deve ter sido decisivo no abandono das categorias de forma e matéria por Renner: o fato de que esse par categorial ficou marcado pelo sentido que ele adquiriu no projeto neokantiano daquele autor (STAMMLER, 1896, p. 229-244). Nele, o direito, enquanto forma reguladora, é pensado como regido pelo princípio da teleologia, e a economia, a matéria regulada, pelo princípio da causalidade. Em razão disso, o direito é conceitualmente impossibilitado de figurar como um elo em uma regressão causal e portanto, impossibilitado categorialmente de produção "efeitos" na economia (*ibid.*, p. 234-235) quanto de ser objetos de uma investigação guiada pelo princípio da causalidade, isto é, de uma investigação empírica. Com isso o direito é reduzido a objeto exclusivo da dogmática jurídica ou da filosofia do direito (LARENZ, 1991, p. 115-120).

O que importa aqui não é criticar especificamente cada um desses pontos,[23] mas apontar que o projeto stammleriano não apenas está em oposição radical ao de Renner, como nega sua possibilidade. Por isso, Renner precisa rejeitar decisivamente as categorias de forma e conteúdo e buscar estabelecer a relação entre instituto jurídico e organização econômica em outros termos, essa é a função do par conceitual instituto jurídico e função social ou econômica.

A consequência dessa distinção é a de que os institutos jurídicos "podem e devem ser avaliados […] por seu conteúdo normativo e sua função social" e, por isso, adquirem um "caráter [...] híbrido" (§ 19). Juridicamente eles são um conjunto de "frases, normas ou imperativos objetificados […], impressos ou escritos no papel" (§ 19) – quando definidos a partir da aparência do direito – ou complexos de normas ou imperativos (§ 20) – se definidos a partir da essência. Sua análise "jurídico-formal" (n. 8) cabe à dogmática jurídica, cujas tarefas se resumem no "domínio técnico, apreensão sistemática, trabalho lógico e aplicação prática da totalidade do material normativo" (§ 20). A dogmática é, além disso, uma ciência

[23] Para uma crítica à compreensão de direito de Stammler e de sua exclusão dos objetos possíveis da análise empírica a partir da ideia de que o autor confundiria validade "empírica" e validade "ideal" do direito, cf. WEBER, 1988a, especialmente, p. 355-357 e 355-357; para uma crítica da oposição absoluta entre causalidade e teleologia, cf. WEBER, 1988b. Uma crítica geral do método stammleriano pode ser encontrada em KAUFMANN, 1964, p. 11-20.

“necessariamente histórica” e “necessariamente empírica” (§ 20). Ela é histórica “como sua terminologia, seu arsenal conceitual” (§ 20), porque trabalha com categorias historicamente específicas que resultam de um trabalho sobre as normas jurídicas existentes. E ela é empírica “como o *Corpus Iuris Civilis*, o *Sachsenspiegel* e o Código Civil do Império Alemão são coisas empíricas” (§ 20); ela não é especulativa, já que seu objeto é o direito positivo.

Renner retoma aqui a definição do direito como fenômeno normativo e sua caracterização da dogmática jurídica para, em oposição a elas, esboçar uma forma alternativa de abordar o direito, que o toma como fenômeno social: uma “ciência social do direito” cuja tarefa é justamente compreender sua dinâmica evolutiva. Esse problema da delimitação e fundamentação da sociologia do direito - termo que Renner só vai passar a empregar um ano depois da publicação do livro (RENNER, 1930) - estava na ordem do dia. No momento em que o livro foi escrito, a própria sociologia geral começava a se consolidar e a se institucionalizar, com a criação das primeiras cadeiras da disciplina datando de alguns anos antes na Alemanha e na Áustria (LEPSIUS, 1981, p. 8-17). A sociologia do direito estava ainda mais atrasada nesse desenvolvimento (FRAENKL, 1999b [1929], p. 371). Para dar conta dessa tarefa, o autor vai se valer de uma estratégia similar àquela utilizada por Weber (2014, p. 1-7) para demarcar a especificidade da perspectiva sociológica na abordagem do direito,[24] o contraste com a dogmática jurídica, uma ciência já estabelecida, com longa tradição de pesquisa (§ 23) e com uma autocompreensão metodológica robusta (BARBOSA, 2007, p. 114).

O instituto jurídico, aquele complexo de normas,

> regula relações fáticas de seres humanos vivos […], fatos em transformação contínua, e o instituto jurídico é, assim como o direito em geral, apenas um lado da sua existência. Quando os homens e as coisas se transformam continuamente, o instituto jurídico permanece rígido, fixo e imutável? Parece assim à primeira vista! [...] Por séculos o direito foi tido como divino, invariável e imutável (§ 21).

É claro que isso não significa que nenhuma mudança nas normas ocorria, mas sim que “toda mudança jurídica se deu durante séculos na forma da crença de se estar apenas finalmente interpretando o direito corretamente” (§ 21). Foi apenas nos últimos séculos que

[24] Para uma análise de como Weber estabelece essa distinção, cf. BARBOSA, 2007.

a “convicção” ou a “teoria” de que “a própria sociedade é a criadora de seu direito”, “de que os homens, por ora na forma do parlamentarismo e nos limites estreitos de suas respectivas fronteiras estatais, podem criar direito se impôs gradualmente” (§ 21).

Renner retoma aqui a relação entre o direito e a realidade normativa com um novo termo: o direito, que existe enquanto relações de vontade na consciência dos indivíduos, é “um lado” da existência dos seres humanos. Novamente enfrentamos as mesmas dificuldades para entender precisamente a relação entre direito e a realidade extranormativa, o outro “lado” da existência. Mas o ponto central da passagem é outro: a transformação na compreensão do direito que acompanha a modernidade. Durante a maior parte de sua história, a humanidade entendeu o direito como uma força sobrehumana, divina, e, por isso mesmo, como uma ordem invariável ou que, ao menos, não deveria ser modificada. É só com a modernidade que o direito é gradualmente reconhecido como um produto da sociedade humana, uma regulação que ela dá a si mesma e que, portanto, também pode modificar e que o poder legislativo é atribuído a um órgão estabelecido especificamente para isso, o parlamento, para que ele o exerça “em nome do público (Allgemeinheit)” (§ 21), isto, é, da coletividade.

No entanto, tanto essa transformação política continua sendo contestada “praticamente” (§ 21) em 1929, momento no qual as democracias de massa começavam a se estabelecer, quanto faltaria uma fundamentação científica adequada a essa compreensão moderna do direito. Questões que tocam o “direito de legislar” dos parlamentos e o “direito” da própria ordem constitucional - seus respectivos fundamentos - continuam sem resposta (§ 21). E, na medida em que o parlamento exerce esse poder como “um órgão, um meio de expressão da sociedade” falta uma explicação de como “essa sociedade forma ela mesma seu novo direito” (§ 21). Uma lacuna que pode ser interpretada de duas maneiras: tanto como a falta de uma explicação das forças sociais por trás da criação do direito quanto, uma vez que a criação do direito pela sociedade é anterior à existência dos parlamentos, de como o direito é produzido em uma sociedade que não dispõe desse órgão específico.

Todas essas questões, assim como aquelas levantadas acima (§ 6-7) acerca da natureza do direito, da formação de uma vontade coletiva a partir das vontades individuais dos membros da sociedade, do caráter do Estado, pertencem a um campo de investigação do direito para o qual “a norma não é mais - como no âmbito da dogmática jurídica - início, conteúdo e fim do trabalho intelectual, aqui ela é o fim de um processo que [...] está para

além dela mesma, no campo do direito emergente" (§ 21). Ela investiga "como o conteúdo do instituto jurídico veio a ser, como a norma brotou da *economia*, quais são, então, as *causas econômicas* da norma jurídica" (§ 23, grifo nosso).

Diferente da dogmática, para esse campo de investigação do direito as normas não estão dadas, mas são um objeto histórico que é analisado a partir de seu processo de formação (§ 37). O direito é tomado como um fenômeno social e histórico, produto de forças sociais. Mas essas forças responsáveis pela emergência e transformação do direito são, como fica evidente na formulação do próprio autor, de saída, reduzidas a um tipo específico: às forças econômicas. Veremos que isso decorre do fato de que as formas de investigação sociológica do direito formuladas pelo autor e até mesmo seu objeto são construídas a partir do esquema marxiano base-superestrutura (§ 24-26).

Faltam indicações mais precisas que permitiriam determinar com maior clareza a especificidade do campo de investigação do direito emergente proposto por Renner. Entretanto, só podemos tomá-lo como uma história do direito, como faz Lopes (1997, p. 125), se com isso não nos referirmos ao modo como essa disciplina é compreendida hoje, após um processo de especialização disciplinar, mas ao sentido que o termo possuía no começo do séc. XX, antes do aprofundamento do processo de especialização disciplinar que ocorreu ao longo do século passado. Isso porque Renner toma-o "ciência social do direito" (§ 22), atribuindo a ele, por um lado, uma ampla gama de questões que hoje se situariam nas fronteiras entre ciência política, teoria do Estado, teoria da democracia e também história do direito e, por outro, um grau maior de generalidade, uma vez que caberia a ele desvendar ao menos uma parte da dinâmica de evolução do direito.

Em um texto posterior sobre a sociologia do direito enquanto análise da superestrutura jurídica, Renner (1930) vai discutir a obra de Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (*Fundamentos da sociologia do direito*), a partir de uma interpretação muito particular, como uma representante desse campo de investigação do direito.[25] Segundo ele, Ehrlich teria demonstrado que as pessoas são parte de uma variedade de associações, das quais o Estado seria apenas uma, cuja ordem interna é formada por regras de ações que

[25] Ernst Fraenkl (1999a [1929], p. 368; 1999b [1929], p. 373-375), ao construir o seu modelo da sociologia de direito em grande parte baseado no de Renner, vai apontar a obra *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (*O direito civil e as classes populares sem posses*) de Anton Menger (1908) como representante desse campo de investigação, que ele chama de sociologia do direito analítica. Mas é importante notar que Renner, que conhecia o livro (1929a, p. 68, n. 1), não o toma como exemplo.

seguimos apesar de não serem garantidas por uma sanção estatal (RENNER, 1930, p. 138-140). Essas regras de ação são normas jurídicas e fazem parte do direito vivo, do qual o direito estatal seria apenas uma pequena parte. Renner aceita, assim, o conceito de direito vivo enquanto um direito que não só não é exclusivamente estatal (RENNER, 1930, p. 140), como é anterior ao direito estatal tanto temporalmente quanto em termos de origem. Isso porque, por meio de um longo e tortuoso caminho que envolve o trabalho de generalização das normas do direito vivo pelos juristas (RENNER, 1930, p. 140-141), a consolidação de normas procedimentais por meio de uma atividade jurisdicional não-estatal (RENNER, 1930, p. 140-141) e o "exercício prático da dominação" pela associação Estado, é formado um corpo de dispositivos jurídicos do qual o Estado vai, em um segundo momento, apropriar-se gradualmente, dando origem ao direito estatal moderno. O Estado, portanto, não cria primariamente direito novo, antes legaliza um direito já existente, formado a partir do direito vivo (RENNER, 1930, p. 142). Com base em um conceito alargado de economia (§ 38), Renner vai poder caracterizar as associações de Ehrlich como associações econômicas e, disso, interpretar sua obra como um esforço para demonstrar, por meio de um trabalho indutivo que tem por base um rico material empírico, como o direito se formou a partir da economia (RENNER, 1930, p. 142).

No entanto, se a obra pode ser tomada como representativa da análise da emergência do direito proposta por Renner, Ehrlich só teria realizado metade dessa tarefa (RENNER, 1930, p. 142-143). Isso porque, desde meados do séc. XVIII, o Estado tomou para si, gradualmente, a tarefa de criar o direito que antes cabia à sociedade. Esse movimento se consolida com as revoluções levadas a cabo pela "burguesia liberal e a pequeno-burguesia democrática"[26] (RENNER, 1930, p. 143), desembocando na criação de um órgão especificamente incumbido de legislar e formado a partir da própria sociedade por meio de eleições, o parlamento, e culmina nas repúblicas democráticas. A consequência desse desenvolvimento, ao qual Renner também faz referência no texto analisado (§ 21), trouxe consigo a consequência de que a criação do direito passou a se dar de forma "consciente, não orgânica" e "cotidiana" (RENNER, 1930, p. 143). Mas Ehrlich não se colocou a questão de como e segundo quais "leis sociológicas" esse "direito democrático" é criado, "a verdadeira questão acerca do direito em nosso tempo" (RENNER, 1930, p. 143).

[26] É surpreendente e difícil de explicar a não inclusão da luta dos trabalhadores pelo voto universal nesse movimento.

Essa análise do direito emergente "é a contraparte da teoria (Lehre)" à qual Renner vai de fato se dedicar no livro, aquela que estuda a outra parte da dinâmica de evolução histórica do direito e "que tem a função social dos institutos como objeto. Para esta teoria, a norma e o instituto jurídico são o início dado e acabado e nada mais" (§ 21) de um trabalho de análise que vai se voltar aos efeitos de sua aplicação. Aqui o direito é abordado enquanto fenômeno social em outro sentido, como determinação jurídica efetiva de comportamentos e relações humanas e analisado em vista de seus efeitos.

Renner divide a investigação do direito enquanto fenômeno social em dois campos, de acordo com as possibilidades de mudança no direito distinguidas por ele ao tratar da dinâmica de evolução do direito (§ 18): transformações na função social dos institutos jurídicos e mudanças normativas. Mas a distinção entre mudanças normativas e funcionais depende, por sua vez, da cisão total operada por Renner entre a dimensão normativa e a funcional dos institutos jurídicos. Essa cisão só se torna possível a partir de uma compreensão "aproblemática" da aplicação do direito segundo a qual o sentido da norma já está dado antes de qualquer atividade do aplicador, cuja tarefa é apenas a de reconhecê-lo e aplicá-lo ao caso concreto. Somente sob a condição de que a norma não seja encarada como produto de uma atividade interpretativa determinada também pelas circunstâncias concretas do caso em questão e que tem por objeto, não a norma em si, mas o texto normativo – ou seja, de que a diferenciação entre norma e lei não seja completamente reconhecida –, a produção de efeitos diferentes pela aplicação de um institutos jurídico em contextos alterados, a mudança de sua função, pode ser tomado como aplicação das mesmas normas. Caso contrário, a mudança de função teria que ser necessariamente pensada como resultado da adequação interpretativa de um dispositivo jurídico a um novo contexto e, portanto, da criação de uma nova norma. Em suma, mudança de função e mudança normativa só não se confundem se a aplicação do direito for concebida exclusivamente como um ato de conhecimento, sem qualquer traço de ato de vontade.

Essa compreensão da aplicação do direito de Renner que permanece, para usar termos mais ou menos contemporâneos do livro, presa a uma "oposição absoluta entre criação e aplicação do direito" (KELSEN, 2008 [1934], p. 89-93), pode ser explicada pelo fato de que o autor não experimentou as crises que levaram à derrocada do "positivismo integral" (KAHN- FREUND, 1966a [1932], p. 228) e da ilusão da aplicação do direito enquanto processo lógico associada a ele, especialmente a crise teórica representada pela

Escola do Direito Livre. Trata-se, portanto, de uma concepção da aplicação do direito que ainda é herdeira da Jurisprudência dos conceitos (Bregriffsjurisprudenz) (WIEACKER, 2016, p. 579-581).[27] Isso é confirmado pelas passagens nas quais Renner, em um livro publicado postumamente e no estado inacabado que se encontrava no momento da morte do autor, *Mensch und Gesellschaft* (*Homem e sociedade*), vai se referir ao aspecto produtivo da dogmática jurídica, restringindo-o ao preenchimento das lacunas existentes na legislação com base no sistema jurídico produzido por ela mesma e por meio do uso da analogia (1952, p. 212-213 e 231). Uma compreensão que ainda se move nos limites da metodologia jurídica e da teoria das fontes dominantes no fim do século XIX, que enfatizavam a vinculação dos operadores à lei, mas reconheciam uma atuação criativa de sua parte que permitiria adaptar o direito a novas exigências sociais (OGOREK, 2008, p. 1-279).

Os dois campos de análise do direito enquanto fenômeno social compõem o que Renner vai chamar de "ciência social do direito" (§ 22) e que, juntamente com a dogmática jurídica, forma o "âmbito completo da ciência do direito" (§ 21). Essa ciência do direito tripartite é concebida, em seu todo, como uma ciência empírica, embora cada uma de suas partes tenha um objeto diferente (§ 22). O primeiro ramo da ciência social do direito investiga as forças sociais que formam as normas, a dogmática analisa e ordena essas normas postas em institutos jurídicos de acordo com suas características normativas e, por fim, o segundo ramo da ciência social do direito analisa as funções sociais dos institutos jurídicos, isto é, das normas já organizadas pela dogmática (§ 21). A arquitetônica da ciência do direito de Renner é, portanto, construída tendo em vista uma análise exaustiva do direito e uma relação de circularidade entre suas partes:

> onde [...] a dogmática jurídica se inicia e acaba, antes e depois dela se encontra a ciência social do direito, que o insere no contexto de todas as partes não-jurídicas de nossas vidas e o ordena enquanto engrenagem no mecanismo global do acontecimento social (§ 22).

Mas essa circularidade do todo da ciência do direito só funciona se cada uma de suas partes trabalhar com o mesmo conceito de direito. Enquanto Renner opera com um conceito estatal de direito, essa dificuldade não aflora; entretanto, ela vai se tornar aguda a partir do

[27] A historiografia do direito mais recente tem contestado passagens centrais do trabalho de Wieacker, inclusive sua caracterização da Jurisprudência dos conceitos (HAFERKAMP, 2010b); no entanto, continua a se sustentar o argumento de que a compreensão da vinculação do juiz à lei ou seja, o modo de se compreender a aplicação do direito - legada pela Jurisprudência dos conceitos só entra em crise a partir da gradual aceitação de ideias que tem seu impulso inicial na Escola do Direito Livre.

momento em que ele apresenta seu conceito sociológico do direito (§ 42) e faz referência a um direito que não pode ser facilmente subsumido ao direito estatal (n. 17). Tudo indica que esse problema escapou ao autor ao escrever o livro uma vez que ele só passou a atribuir à sociologia do direito a tarefa de identificar o direito efetivamente vigente a partir do texto no qual discute a obra de Ehrlich (RENNER, 1930, p. 142).[28]

Seja como for, a tarefa da ciência social do direito no conjunto da ciência do direito é a de compensar a parcialidade que decorre da metodologia adequada à dogmática jurídica, estabelecendo a relação do direito com a totalidade social. Ela é pensada, portanto, como uma reflexão com um razoável grau de abstração, mas lastreada empiricamente. Essa formulação responde – como Renner vai indicar no mesmo texto posterior referido acima – a uma mudança que se consumou no campo do direito no meio tempo entre as duas edições do livro: a perda de espaço da Pandectística, em razão da codificação do direito civil alemão, em relação à "legística e exegese", à apresentação e interpretação mais estritas do direito positivo (RENNER, 1930, p. 136). Com isso "a *teoria geral do direito* (*allgemeine Rechtslehre*) que tinha se refugiado no direito pandectístico (Pandektenrecht) ficou [...] desabrigada" (RENNER, 1930, p. 136, grifo nosso), e a ciência jurídica perdeu a instância responsável por ordenar sistematicamente o material indutivo, isto é, empírico, e, a partir dele, refletir sobre o direito. É esse o papel que Renner pretende para sua ciência social do direito.

Estabelecido o modelo de ciência do direito do qual parte, o autor passa então a definir os limites de sua investigação por meio de uma segunda formulação de sua tarefa: "nós devemos investigar os efeitos econômicos e sociais da norma após ela passar a existir e valer e sob a condição de que ela permaneça inalterada" (§ 23). Renner situa a sua investigação no segundo ramo da ciência social do direito, que tem por objeto a função dos institutos jurídicos. Além disso, estabelece uma condição limitante: a estabilidade normativa dos institutos jurídicos examinados. Uma limitação que se volta justamente a demarcar seu campo em relação àquele que estuda a mudança das normas. Essa reformulação do problema de pesquisa representa uma delimitação em relação à formulação original: não se trata mais de estudar a dinâmica do desenvolvimento do direito em seu todo, mas somente aquela parte

[28] Fraenkl (1999b [1929], p. 372-373), parece ter identificado a mesma falha na concepção original da sociologia do direito de Renner e, por isso, adiciona ao seu modelo, largamente inspirado no de Renner, uma terceira forma de investigação sociológica do direito: a sociologia do direito descritiva, cujo grande representante seria Ehrlich.

de seu funcionamento que se refere à "mudança extrajurídica da função social dos institutos jurídicos" (§ 18).

A essa segunda formulação do objeto da investigação do livro vai se seguir imediatamente uma terceira: "aquele versado na literatura socialista reconhece imediatamente que tomamos por objeto a relação recíproca entre economia e direito" (§ 24). Na nova formulação, a questão que Renner se coloca é novamente expandida; agora, o foco não está mais exclusivamente no desenvolvimento histórico do direito, mas também na interação mútua entre direito e economia, isto é, nas consequências desse desenvolvimento para a economia.

Ao mesmo tempo, com a nova formulação e a referência à "literatura socialista", o autor situa a sua análise da relação entre direito e economia em um campo específico, o do marxismo. Nele essa "relação é tradicionalmente apreendida [...] de forma que as relações econômicas sejam tratadas como 'base', as organizações jurídicas, como 'superestrutura'" (§ 24). Renner vai assumir uma postura ambivalente em relação a esses termos da discussão estabelecidos na tradição marxista pelo próprio Marx, especialmente no "Prefácio" de *Zur Kritik der politischen Oekonomie* (*Para a crítica da economia política*) publicado originalmente em 1859 (1999a [1859]) e citado por Renner (n. 10). Ele não os rejeita, aliás, pelo contrário, aceita o modelo base-superestrutura, todavia não como "descrição conceitual" e, sim enquanto "expressões plásticas, tomadas de empréstimo à arquitetura, [e que] servem à ilustração do contexto" (§ 24), do nexo, entre direito e economia.

A rejeição do esquema base-superestrutura enquanto conceito no que se refere à apreensão adequada da relação entre direito e economia pelo autor se baseia, principalmente, no fato de que, já no seu emprego original por Marx, ele deveria abarcar o ligação entre a economia e cada um dos diferentes fenômenos superestruturais – direito, moral, cultura, etc. – que possuem, cada um, uma estrutura específica e por isso vão exigir conceitos diferentes "de norma jurídica, exercício de direito e assim por diante" (§ 24) para a descrição de seu vínculo com a economia.

> Deve-se, por isso, *desistir de querer definir conceitualmente a, por Marx denominada, relação superestrutural em geral e finalmente meter-se a desenvolver, separadamente, para cada fenômeno social particular a natureza específica dessa relação* que é, no seu conjunto, afortunadamente ilustrada por Marx através de uma comparação. Nós [Renner] empreenderemos essa tentativa no que se refere ao direito (§ 24, grifo nosso).

Após se situar no campo do marxismo e aceitar, em parte, os termos nos quais o debate acerca do direito está posto em seu interior, Renner vai buscar se diferenciar de análises do fenômeno jurídico concorrentes de seu campo. Para tanto, ele vai se valer de uma objeção a um procedimento comum entre aqueles marxistas que buscam abordar o direito: o de buscar apreendê-lo dedutivamente a partir de esquemas conceituais abstratos.

No trecho, Renner não especifica qual autor ou obra ele tinha em mente ao formular essa objeção. Entretanto, uma crítica muito similar dirigida à obra *Die Staatsauffassung des marxismus* (A compreensão marxista do Estado) (ADLER, 1973) publicado originalmente em 1922, aparece em um texto publicado apenas um ano depois do livro (RENNER, 1930, p. 135, n. 1), o que sugere que o alvo do autor seria Max Adler, outro célebre austromarxista e seu colega de partido.

Rejeitar uma abordagem que parte de conceitos abstratos em favor de uma investigação específica da relação entre direito e economia significa, para Renner, recusar a ideia de que se trata "*simplesmente* de uma relação de causa e efeito, segundo a qual a base da economia causa as normas *e pronto*" (§ 25, grifo nosso). Para o autor, uma explicação que opere por meio da causalidade simples não seria nem compatível com a maior parte dos ramos da ciência do direito. O raciocínio causal é absolutamente estranho à dogmática jurídica uma vez que sua lógica "gira em torno de motivo, meio e fim e da explicação teleológica" (§ 25). Já a empregar para entender a função social dos institutos jurídicos resultaria em uma explicação circular e sem sentido: o que estaria sendo tomado como causado pela economia seriam os efeitos do direito na própria economia (§ 25). Só no primeiro ramo da ciência social do direito é que uma explicação dessas poderia ter algum mérito, mas, de acordo com Renner,

> justamente nesse campo, o modo pelo qual a economia, enquanto causa, deve produzir o direito, enquanto efeito, é completamente obscura e, por enquanto, *ainda não investigada*, mas *provavelmente* não é um processo que seria imediatamente compreensível através de qualquer suma abstração (§ 25, grifo nosso).

Essa última objeção nos permite entender melhor quais são os aspectos específicos do modelo base e superestrutura que Renner está rejeitando. Em primeiro lugar, não se trata de recusar qualquer determinação da economia sobre o direito, aliás, se fosse esse o caso, teria sido mais simples recusar de saída o esquema base-superestrutura. O autor aceita que existe algum tipo de relação entre a economia e o direito que deve ser explicado causalmente,

como fica claro na última citação; contudo, trata-se de uma questão em aberto, que precisa ser investigada em sua natureza específica, não resolvida abstratamente. O que Renner rejeita é uma compreensão unilateral e em termos de uma causalidade simples do esquema base-superestrutura.

Afinal, o fato de que "as leis atuam de modo a modificar a economia", ou seja, de que o direito afeta a economia, é, para o autor, uma "verdade trivial que [...] Marx seria o último a negar" (§ 26). Pelo contrário, Renner vai apontar que em outro texto, a "Introdução"[29] - publicado postumamente por Kautsky na revista *Die Neue Zeit* em 1903 (*ibid.*, p. 25, n. 1) -, o próprio Marx reconheceu isso como uma questão a ser investigada: "a influência das leis para a preservação das relações de distribuição e, portanto, sua ação sobre a produção, devem ser determinadas especificamente" (MARX, 1999b [1903], p. 29 *apud* § 26). Mas Marx nunca chegou a realizar tal investigação, legando-nos apenas uma "indicação metodológica" (§ 26):

> o ponto propriamente difícil que deve ser discutido aqui, no entanto, é aquele de como as relações de produção enquanto relações jurídicas, entram em um desenvolvimento desigual, assim, por exemplo, a relação entre o direito privado romano [...] e a produção moderna. (MARX, 1999b [1903], p. 29 *apud* § 26)

É a partir desse esboço metodológico elaborado por Marx que Renner vai formular seu problema, decompondo a pergunta pela relação entre a base econômica e a superestrutura jurídica em duas investigações distintas, que correspondem aos dois ramos de sua ciência social do direito: "1. direito existente e que perdura na mesma forma – relações econômicas modificadas 2. Relações econômicas alteradas – novas normas, novo direito" (§ 26). O objeto do livro vai se limitar à primeira delas.

Esses parágrafos nos permitem compreender de que maneira a formulação da ciência social do direito renneriana está entrelaçada a uma reflexão profunda e pioneira sobre a metodologia marxista que toma por base a "Introdução" de Marx, publicado apenas um ano antes do surgimento da primeira edição do livro de Renner. Mobilizando esse texto contra as formulações mais deterministas e unidirecionais apresentadas no "Prefácio" de *Zur Kritik der politischen Oekonomie* (*Para a crítica da economia política*) de 1859, ele vai buscar

[29] Trata-se de um texto publicado pela primeira vez por Kautsky como *Einleitung zu einer Kritik der politischen Ökonomie* (Introdução a uma crítica da economia política). Mais tarde, com a descoberta dos *Grundrisse*, esse texto passou a ser publicado como "Introdução" e parte desse conjunto de textos. No Brasil, ele apareceu pela primeira vez como "Introdução [à Crítica da Economia Política]" (MARX, 1999b), no mesmo volume em que foi publicado o prefácio de *Zur Kritik der politischen Oekonomie* (*Para a crítica da economia política*) de 1859, o que pode criar a impressão errônea de que se tratariam de textos da mesma obra.

compreender o esquema base-superestrutura de uma maneira aberta a uma investigação empírica da relação *mútua* entre direito e economia. Para esse deslizamento de sentido, Renner só podia contar com aqueles meios conceituais que a sua compreensão do marxismo colocava à sua disposição.

Em "Ist der Marxismus Ideologie oder Wissenschaft!" ("É o marxismo ideologia ou ciência!"), texto publicado um ano antes do livro , Renner (1983b [1928], p. 84-90) vai explicitar sua interpretação do marxismo enquanto ciência social. Em sua base está um conceito de ciência como coleta e ordenação sistemática de dados da experiência (RENNER, 1983b [1928], p. 84). Em razão disso, o marxismo – e a própria obra marxiana – é compreendido em termos positivistas e empiristas, como uma *ciência* social indutiva (SAAGE, 2018, p. 79), reduzindo a herança hegeliana de Marx a um "alto poder de abstração" (RENNER, 1983b [1928], p. 86) que lhe teria permitido manejar uma quantidade gigantesca de dados da experiência.

O tratamento que Renner vai dar ao modelo base-superestrutura e sua posição em relação às análises concorrentes do direito no campo do marxismo são determinados por essa concepção do marxismo como uma ciência empírica da sociedade que procede indutivamente e que, por isso, é necessariamente aberta ao futuro e passível de correções – não revisões. Esse marxismo vai permitir que o autor estabeleça uma relação com a obra de Marx e Engels que não é dogmática, abrindo-lhe espaço suficiente para conseguir relativiza o modelo base-superestrutura, mas, simultaneamente, limitando os modos como a relação entre economia e direito vai poder ser compreendida de uma maneira que não seja determinista e unilateral, impedindo-o de recorrer a qualquer relação pensada como propriamente dialética.

É essa interpretação do esquema base-superestrutura que fundamenta a compreensão de Renner da dinâmica do desenvolvimento histórico do direito e, consequentemente, da ciência social do direito concebida para investigá-la. Mas ele pretende dedicar sua análise apenas a um ramo dessa sociologia do direito, o da análise funcional do direito. Por isso, a exposição passa, a partir desse ponto, a esclarecer o modo de operação dessa análise da função social dos institutos jurídicos e os conceitos básicos com os quais ela trabalha. Para tanto, ele sugere que

> tomemos, primeiramente, uma ordem jurídica concreta com seu suporte (Unterlage) econômico concreto em um determinado ponto no tempo. Todas as organizações econômicas são, ao mesmo tempo, institutos jurídicos, todas as ações econômicas são, ao

> mesmo tempo, ou negócios jurídicos, [...] ou mero exercício de direitos subjetivos, [...] ou atividades puramente fáticas e extrajurídicas que, ainda assim, acontecem sob pressupostos jurídicos concretos [...] (§ 27).

Caso essa formação social pertença a uma sociedade capitalista,

> a circulação de mercadorias sucede [...] na forma do negócio jurídico "compra e venda" e seus derivados [...]. A produção, no entanto, não é em si um negócio jurídico: no caso do fazendeiro, ela é um mero exercício de seu direito de propriedade, na fábrica capitalista, todavia, simultaneamente exercício do direito de propriedade da fábrica e das máquinas da parte do capitalista e adimplemento de uma obrigação contraída [...] da parte do trabalhador [...]. A categoria econômica simples se apresenta como combinação de várias categorias jurídicas, portanto, elas não coincidem. (§ 28, grifo nosso)

Apesar das categorias não coincidirem, em cada formação social específica,

> "vários, mas sempre determinados, institutos jurídicos servem a um único processo, delimitado do ponto de vista da ciência econômica e, assim, individualizado, e esse seu papel eu chamo de *função econômica* desses institutos jurídicos" (§ 28, grifo nosso).

Função econômica de um instituto jurídico serve, então, para designar aqueles efeitos de sua aplicação cotidiana, não-conflituosa e realizada principalmente por não-especialistas (LOPES, 1997, p. 88-85) que têm alguma importância do ponto de vista de processos delimitados a partir da perspectiva da economia. Da mesma forma que na análise do direito emergente, o escopo dos objetos que interessam à análise é reduzido àqueles que têm significado do ponto de vista da economia; são as funções econômicas que importam à análise, e qualquer "fim [...] extraeconômico" (§ 17) é perdido de vista. Mas

> cada processo econômico singular, que eu contemplo assim teoricamente isolado, é, por sua vez, apenas um pedaço mentalmente desvinculado do processo total de produção e reprodução. Visto no contexto desse todo, a função econômica se torna a *função social* do instituto jurídico (§ 29, grifo nosso).

O conceito de função econômica se refere, então, a efeitos que se distinguem um do outro em razão da referência a uma unidade individualizada do ponto de vista da economia – uma organização econômica ou uma ação econômica, por exemplo. Uma referência que é um constructo mental, uma abstração produzida a partir da seleção de determinados elementos de um todo, isto é, da economia. Os efeitos de um instituto jurídico tendo em vista esse todo é o que Renner vai chamar de função social do instituto jurídico (KAHN-FREUND, 2013a, p. 5), a soma de suas funções econômicas, de suas "funções parciais" (§ 54).

Diferentemente do que afirma Kahn-Freund (2013b, n.1, p. 60), a função, tanto econômica quanto social, de um instituto jurídico não pode ser tomada como sinônimo do

que Ehrlich chama de "direito vivo".[30] A função é o resultado da aplicação de normas jurídicas, seus efeitos, e, por conseguinte, não pode ser tomada ela mesma como uma norma de ação. Isso não só contraria explicitamente o texto de Renner (§ 18), como impossibilitaria atribuir a mesma função a institutos jurídicos diferentes e distinguir entre mudanças das normas e mudanças de função.

Após explicitar os conceitos de função econômica e função social, Renner vai interromper o fluxo de sua apresentação para apontar que o "sistema econômico" de Marx teria sido aquele que melhor apreendeu as funções dos institutos jurídicos "em cada ponto da economia, em cada um dos menores processos parciais" (§ 30). Um comentário que já antecipa o papel fundamental que *O capital* vai desempenhar ao longo do livro.

Ao retomar o fio da exposição, o autor novamente pede que o leitor considere

> uma determinada ordem social em repouso, fixada no tempo, então só se pode falar de uma dependência ou incumbência recíproca das normas jurídicas e do processo econômico, ambos aparecem na organização econômica como a mesma coisa, vista, uma vez do ponto de vista da formação da vontade subjetiva, enquanto relação de vontade, e, na outra, como processo exterior e técnico-natural. Designamos esse processo exterior e técnico-natural de substrato da norma [...]. Só o que aprendemos no estado de repouso é que organização econômica e instituto jurídico, substrato e norma, não são idênticos, mas dois lados, ligados indissoluvelmente um ao outro, de uma coisa. Essa justaposição deve ser primeiramente registrada e descrita. (§ 31)

O trecho citado introduz um novo conceito, o de substrato da norma, que se volta a apreender a realidade extranormativa que determinada norma busca regular. Uma vez que o direito é uma relação de vontades, esse objeto da regulação jurídica só pode ser um conjunto de comportamentos humanos (RENNER, 1929, p. 32, n. 1). Consequentemente, o substrato do direito ao qual Renner se refere ao falar do "processo exterior e técnico-natural" (§ 31) são aquelas "relações humanas de determinação econômica" que, além de determinadas pelo direito, também o são pela natureza e pela técnica disponível.

A descrição da relação entre a norma e esse substrato, de sua "dependência ou incumbência recíproca" (§ 31), é o ponto de partida do procedimento metodológico da análise da função social dos institutos jurídicos. Essa observação constata uma espécie de espelhamento entre direito e economia (§ 31, 40) – que Renner ora trata como aparência, ora como realidade – segundo o qual "ambos *aparecem* […] como a mesma coisa, vista, uma vez do ponto de vista da formação da vontade subjetiva, enquanto relação de vontade, e, na

[30] Para o conceito de direito vivo de Ehrlich, cf. REHBINDER, 1986, p. 64-74.

outra, como processo exterior e técnico-natural" ou seriam de fato, não "idênticos, mas dois lados, ligados indissoluvelmente um ao outro, de uma coisa" (§ 31, grifo nosso). Ainda que o texto não forneça elementos suficientes para compreender totalmente essa passagem, o ponto principal do trecho é o fato de que essa abordagem estática de uma ordem social pode constatar "apenas o fato da determinação recíproca, não fornece nenhum entendimento acerca da natureza do fato, de seu lado *causal*" (§ 32, grifo nosso).

O que Renner exige é uma explicação científica – que para ele significa causal – da relação mútua entre direito e economia e da dinâmica evolutiva do direito que dela resulta. Isso torna necessária uma observação que tome como seu início uma ordem social dada, mas que não se detenha neste ponto e investigue também "a passagem de uma ordem social assim descrita à próxima. Somente nesse movimento na sequência histórica das *constituições* econômicas e jurídicas, a lei do acontecimento pode se revelar" (§ 32, grifo nosso). Exige, portanto, uma análise histórica da inter-relação entre direito e economia na passagem de uma formação social, de uma ordem social (uma "constituição") jurídica e econômica, para a outra, ou, em termos marxistas, de um modo de produção para o outro. Obviamente, sob a condição limitante mencionada acima (§ 23) de que o direito permaneça inalterado, uma vez que não se trata do todo da ciência social do direito, mas apenas de uma análise de suas funções.

Mas além de histórica, essa análise precisa ser exaustiva: somente a partir da investigação de todas as ordens sociais que já existiram se poderia obter, por indução, "a abstração geral da ordem social e, ao mesmo tempo, as *funções gerais do direito*" (§ 32, grifo nosso). Renner estabelece como fim último da análise funcional do direito a tarefa de obter resultados que "possuem validade geral" (§ 32). E "geral" aqui significa historicamente invariante: ela deve apreender aquelas funções que o direito realiza em toda e qualquer formação social.

Estabelecidos os conceitos, o procedimento e o objetivo final da investigação da função social dos institutos jurídicos, Renner passa então a defendê-los como compatíveis com o marxismo (§ 33). O problema a ser enfrentado, segundo ele, são as críticas de Marx à "ainda não completamente superada mania dos economistas burgueses" (§ 33) de apresentar as determinações específicas da ordem capitalista como determinações gerais, eternizando-as.

Todavia, segundo o autor, a formulação de abstrações gerais "não contradiz [...] o entendimento de que toda etapa específica do desenvolvimento possui sua qualidade e regularidade inteiramente específicas" (§ 33) e, além disso, teria sido amplamente empregada por Marx (§ 33, 34), que sem elas não teria conseguido apreender "as lei de desenvolvimento da sociedade" (§ 33). Por fim, e mais importante, os conceitos gerais possuem valor explicativo: é só enquanto manifestação historicamente específica daquilo que é geral e historicamente invariante que as individualidades concretas são completamente elucidadas (§ 33, 35).

2. Gênese e funções do direito

Se as abstrações gerais possuem esse valor heurístico que Renner atribui a elas, se "cada função historicamente condicionada possui seu lugar na totalidade e apenas nela é completamente elucidada, o esquema das funções possui, então, ao menos valor de orientação" (§ 35). É por isso que o autor vai fornecer um quadro geral das funções do direito na forma de um esboço da gênese antropologicamente fundamentada do direito na segunda seção do capítulo. Mas é importante destacar que, ao apresentar esse esquema geral, Renner está adiantando as "funções gerais do direito" que, a rigor, ele só poderia acessar a partir de uma indução que tenha por base os resultados de uma investigação empírica das funções dos institutos jurídicos em todas as formações sociais históricas (§ 33).

a) A gênese do direito

Segundo Renner, "o pressuposto de toda a ordem social, é o *homem socializado*" (§ 35, grifo nosso). Esse termo serve para designar aquele ponto na história da espécie no qual, "primeiro, a linguagem e a ferramenta já foram desenvolvidas na horda e, segundo, a horda já se tornou uma coletividade autoconsciente. Chamamos uma tal coletividade de *organização*" (§ 36, grifo nosso).

Dos três elementos característicos desse estágio histórico de desenvolvimento do ser humano - a ferramenta, a linguagem e a autoconsciência da coletividade - enumerados pelo autor, os dois primeiros não recebem atenção no livro. Apesar dessa ausência de explicações, parece ser possível reconduzir a importância da ferramenta a uma compreensão do homem como ser que trabalha, isto é, que por sua constituição fisiológica precisa realizar seu metabolismo com a natureza. A centralidade da linguagem, por outro lado, só pode ser

explicada com o recurso a "Mensch und Gesellschaft – Grundriss einer Soziologie" (Homem e sociedade - esboço de uma sociologia). Lá a consciência individual e sua função mais importante para a vida social, a vontade e a relação de vontades, são explicadas como se originando a partir da linguagem (RENNER, 1952, p. 147-194). Portanto, como ficará claro adiante, a linguagem é um dos pressupostos do terceiro elemento que distingue o "homem socializado" uma vez que a coletividade toma consciência de si, segundo o autor, ao regular suas necessidades por meio do direito, uma relação de vontades. Já a autoconsciência da coletividade, tomada por Renner como o elemento central do processo de socialização, no qual ele vai localizar também a gênese do direito, e por isso constitui o foco de sua discussão.

O par categorial que organiza a apresentação do processo de evolução "da horda à sociedade" (§ 48) é o de *organismo* e *organização*, cabendo a esse último conceito exprimir "nitidamente a consciência da cooperação na medida em que se distingue do conceito de organismo" (§ 36). Essa escolha conceitual pode ser reconduzida ao primeiro pressuposto antropológico de Renner: uma compreensão da natureza fisiológica humana segundo a qual os homens se encontram em uma relação de dependência mútua e que lhes impõe a cooperação para a satisfação de suas necessidades naturais, especialmente no que se refere a seu metabolismo com a natureza, o trabalho. A consequência disso é a de que eles só podem existir em grupos e que, portanto, existe uma anterioridade do grupo em relação ao indivíduo. Se isso é assim, o desenvolvimento que leva ao "homem socializado" precisa partir já de um agrupamento natural de seres humanos, não do homem isolado.

Esse grupo conformado pelas necessidades naturais humanas e sem ordem social estabelecida é a horda, uma "sociedade animal… unida através da lei fisiológico-biológica, através da lei natural" (§ 37). Nesse estágio do desenvolvimento da espécie, as ações dos membros da coletividade e, consequentemente, a cooperação são determinadas instintivamente (§ 37) e, portanto, de modo inconsciente. Por isso, segundo Renner, pode ser estabelecida uma analogia entre a horda e um organismo: em ambos os casos, a regulação dos processos internos - no caso específico da horda, da cooperação - se dá diretamente pela constituição fisiológica, pelas necessidades naturais.

A passagem da coletividade que atua de modo análogo a um organismo para a sociedade organizada - isto é, para a sociedade propriamente dita - é marcada pela transição de uma cooperação instintiva para uma cooperação consciente que tem seu início no momento em que os membros da horda tomam consciência da "lei natural que une a horda"

e passam a satisfazer suas exigências conscientemente: "a lei natural se torna máxima do agir coletivo" (§ 37). No entanto, essa apreensão da "lei natural" precisa ser compreendida como um processo não apenas cognitivo, mas também prático: a "lei natural" conhecida passa a ser cumprida conscientemente ao se tornar "norma social e, por fim, estatuto (Satzung)" (§ 37) - isto é, direito.

Entender e apresentar detalhadamente esse desenvolvimento compete ao primeiro ramo da ciência social do direito, encarregado de investigar

> "como as leis naturais de preservação da espécie reconhecidas se tornam norma social e por, fim, estatuto (Satzung), como a lei social se destaca, cada vez mais, em relação à forma e atuação da lei natural, como ela finalmente ganha seu próprio desenvolvimento, como, com a progressiva divisão do trabalho e diferenciação geral, assume formas antagônicas" (§ 37).

No entanto, ainda que impossibilitado de recorrer aos resultados de um campo que, segundo ele mesmo (§ 23), permanece inexplorado, Renner reafirma as linhas gerais da gênese da sociedade organizada e do direito, juntamente com seu pressuposto antropológico substantivo, tanto ao delimitar as tarefas do campo de investigação do direito emergente quanto ao estabelecer os elementos desse processo dos quais ele gostaria de partir e que seriam suficientes para seus fins:

> "basta - o estatuto enquanto formulação de *necessidades causais* na forma consciente e metastaseada [metastasierter], na forma teleológica, em *imperativos que se dirigem aos indivíduos em nome da coletividade* e *determinam suas ações de modo tão seguro quanto antes o instinto e a disposição herdada*, só o estatuto *forma a ordem da sociedade e conforma a ordem social*" (§ 37, grifos nossos).

Portanto, para os fins de apresentar um quadro geral das funções do direito, Renner aceita uma compreensão do processo que leva da horda à sociedade organizada segundo a qual a cooperação necessária para a sobrevivência humana, que antes acontecia de forma instintiva e inconsciente, torna-se consciente ao resultar do cumprimento de normas jurídicas, ainda que evite a discussão de suas minúcias. Essas normas jurídicas, por sua vez, se originam a partir do reconhecimento, pelos membros da horda, de suas necessidades naturais e de sua formulação em "imperativos que se dirigem aos indivíduos em nome da coletividade" e que "determinam suas ações de modo tão seguro quanto antes o instinto e a disposição herdada" (§ 37). O conjunto dessas normas jurídicas, o "estatuto", forma a ordem social.

Na falta de investigações do campo da emergência do direito, o único lastro empírico oferecido por Renner para esse conjunto de afirmações é uma remissão a *A origem da família, da propriedade privada e do Estado* de Engels (2019) que, segundo ele, forneceria "inúmeras provas" (n. 12) que comprovariam que "a mais antiga constituição familiar" - o primeiro sistema de parentesco nos termos empregados por Engels - teria aparecido "como lei natural da seleção e hereditariedade aplicada" (§ 37).[31] No livro de Engels, os sistemas de parentesco pré-históricos, parte central da ordem social do período, são explicados como sedimentação das formas familiares. Enquanto a família, tomada como elemento dinâmico, continua a se desenvolver e evoluir, o sistema de parentesco permanece rígido, vinculado à forma familiar que existia anteriormente, até que o conflito entre a nova forma familiar e estrutura de parentesco force uma transformação deste último (ENGELS, 2019, p. 38-39). Ou seja, Engels explica a dinâmica evolutiva da organização social a partir da aplicação do modelo marxiano do conflito entre as forças produtivas e relações de produção, cuja transposição para o âmbito da regulação das relações familiares e, através dele, para o restante da ordem social é autorizada por um conceito marxista de economia enquanto processo de produção e reprodução da espécie e que, por isso, abarca, além da produção dos pressupostos materiais da vida, também a geração de seres humanos (ENGELS, 2019, p. 19).

Independentemente de se tratar ou não da leitura mais precisa da obra,[32] o livro de Engels vai servir como lastro empírico e modelo para a compreensão de Renner da gênese do direito a partir das necessidades naturais. No entanto, isso não significa que existam muitas concordâncias no que se refere à gênese e função do direito entre ambos os autores. Para Engels, o direito teria surgido apenas no estágio intermediário da barbárie (ENGELS, 2019, p. 98) e a necessidade de uma regulação social apoiada na coerção decorreria do surgimento da propriedade privada e da divisão da sociedade em classes e, portanto, desapareceria com a superação do capitalismo (ENGELS, 2019, p. 92-94, 156-157 e *passim*).

---

[31] Essa compreensão do processo de socialização vai acompanhar Renner até o fim de sua vida e é reafirmada por ele em "Mensch und Gesellschaft", ainda que com pequenas modificações decorrentes das críticas formuladas por Cunow às investigações de Morgan, nas quais Engels se baseou ao escrever seu livro (1952, p. 43-194).

[32] Não se trata aqui de avaliar a fidedignidade da leitura de Renner ao texto de Engels, apenas de esclarecer seus contornos e seu papel na economia do argumento. No entanto, apesar das divergências do modo como ambos os autores concebem o processo de formação da sociedade humana, é possível encontrar pontos de apoio para a interpretação renneriana da obra, cf., por exemplo, ENGELS, 2019, p. 45.

Por outro lado, para Renner, direito e sociedade organizada surgem necessariamente juntos, é por meio da regulação jurídica que se realiza a passagem do homem natural ao "homem socializado"[33] e, como veremos, a necessidade da regulação jurídica decorre da própria natureza humana.

No entanto, antes de avançarmos, precisamos sublinhar algumas implicações do que foi apresentado até aqui. Ao atribuir ao direito o papel de organizar a sociedade, de formar a ordem social - não necessariamente a totalidade da ordem social, mas, como ficará claro adiante, ao menos uma parte específica dela, aquela que se volta à regulação da economia -, Renner introduz um modo de concebê-lo antagônico àquele apresentado na primeira seção do capítulo. Na medida em que as funções estruturantes da regulação jurídica são enfatizadas em detrimento de seu papel repressivo, o direito passa a ser pensado primariamente como organização, não como coerção.

Essa não é a única consequência que a compreensão da gênese do direito vai imprimir ao modo como Renner concebe o fenômeno jurídico. Uma vez que sua origem passa a ser explicada a partir do reconhecimento e tradução em normas jurídicas vinculantes das necessidades derivadas da constituição natural dos seres humanos - "da lei fisiológico-biológica, … da lei natural" -, o direito passa a ser forçosamente concebido em termos instrumentalistas: como substituto cultural do instinto voltado à garantia da satisfação dessa "lei natural". E uma vez que

> a preservação da espécie é a lei natural de toda a ordem social, então... todo instituto jurídico, têm uma função de preservação da espécie - preservação da espécie não é outra coisa que não a produção e reprodução da vida material (tendencialmente) em escala cada vez maior marx-engelsiana, isto é, a produção e reprodução tanto dos indivíduos humanos quanto das condições de sua existência. *Todos os institutos têm, em seu conjunto, aquela função que os reúne, a função de preservação da espécie* (§ 38).

A gênese do direito estabelece uma relação entre economia - entendida, assim como por Engels, como "processo de produção e reprodução da vida material (tendencialmente) em escala cada vez maior" (§38) - e direito de acordo com a qual este aparece como uma aquisição evolutiva originada no processo de desenvolvimento da espécie com a função historicamente invariante de garantir a continuidade do processo econômico. O direito,

[33] Aqui é necessário tomar o cuidado de não atribuir ao direito o papel - rejeitado explicitamente por Renner em uma nota constante na primeira edição da obra, mas suprimida na segunda (1904, p. 12, n.1) - de "causa objetiva" desse processo: ele é apenas meio ou condição para ele.

portanto, não é concebido apenas como um instrumento, mas como um *instrumento com uma função e finalidade predeterminada geneticamente*.

b) Esquema das funções gerais do direito

Como admitido pelo próprio autor, seu objetivo de fornecer um "panorama geral das funções dos institutos jurídicos" (§ 35) só poderia ser realizado "por indução a partir de todas as ordens sociais dadas, da mais primitiva à mais alta, em sequência histórica" (§ 33). Portanto, na ausência desse material empírico, o acesso às funções do direito em geral estaria, a princípio, barrado. Para contornar esse problema, Renner vai novamente se socorrer metodologicamente de uma passagem da "Introdução" de Marx: "A ordem social burguesa é a organização histórica da produção mais desenvolvida e diferenciada. As categorias que exprimem as suas relações, a compreensão de sua estrutura permite, ao mesmo tempo, penetrar na organização e nas relações de produção de todas as ordens sociais desaparecidas" (1999b, p. 43 *apud* § 39).

A análise do modo de produção capitalista serve como chave para um acesso indireto às "funções gerais do direito". Esse acesso indireto que busca contornar a necessidade de uma investigação empírica das funções do direito em todas as ordens sociais históricas exige dois passos. No primeiro deles são distinguidos e apreendidos, a partir da ordem econômica capitalista, "os mais importantes e precisamente delimitados estágios" (§ 39) do processo de produção e reprodução da espécie. No entanto, isso só permite apreender os elementos necessários desse processo, seja lá qual forma histórica ele adote. Em outras palavras, o que se obtém até aqui são apenas abstrações gerais capazes de substituir aquelas obtidas indutivamente a partir dos resultados de uma investigação empírica dos momentos do processo econômico, não das funções do direito, em todos os modos de produção passados e presentes. Por isso, faz-se necessário um segundo passo, que consiste em, valendo-se da relação determinada geneticamente entre direito e economia, decompor a função geral do direito de garantir a preservação da espécie por meio da continuidade do processo econômico em funções parciais especificamente voltadas a assegurar cada um de seus elemento, identificados no movimento anterior.

No entanto, apesar de todo esse esforço, as categorias que resultam desse processo, as "funções gerais do direito" identificadas, só poderiam pretender a mesma validade que aquelas que elas buscam substituir: generalizações obtidas indutivamente a partir da empiria.

Isso significa que elas autorizam afirmações acerca das funções passadas e presentes do direito, mas não futuras ou mesmo necessárias. Afirmações como essas (§ 41 e 60) só se tornam possíveis sob a condição de que Renner assuma um segundo pressuposto antropológico: a de que a cooperação humana, necessária para atender as necessidades naturais dos homens, depende de uma regulação impositiva e exterior, ao menos a longo prazo.[34] Com isso, a continuidade do processo econômico e, consequentemente, da humanidade e da sociedade, passa a ser pensado, a partir de um determinado ponto na história da espécie, como necessariamente dependente de um coordenação jurídica que desempenhe adequadamente determinadas funções historicamente invariantes.

Antes de prosseguirmos à apresentação das funções gerais do direito, é importante destacar que, ao tomar as categorias do modo de produção capitalista, em razão de se tratar da "organização histórica da produção mais desenvolvida e mais diferenciada", como categorias que aprenderiam os estágios necessários do processo de produção e reprodução da espécie, qualquer que seja a forma histórica concreta assumida por ele, Renner se apoia implicitamente um terceiro pressuposto, desta vez de natureza histórico-filosófico. Trata-se de uma filosofia da história segunda a qual a sucessão dos modos de produção se dá na forma de um desenvolvimento teleológico e unidirecional no qual certos elementos constantes e já presentes nas formas inferiores são preservados e desdobrados nas formas superiores.

No entanto, isso não significa que o autor considere que o estatuto dessas categorias e sua relação com o processo econômico concreto são os mesmos nos diferentes modos de produção. Dito de outro modo, seu procedimento não transgride a advertência marxiana de que se deve tomar validade geral das categorias da economia burguesa *cum grano salis* (1999, p. 44): a identificação dos diferentes momento do processo econômico em todas as suas formas a partir de categorias que provém da economia capitalista é compatível com a posição de que é apenas no modo de produção capitalista que eles se apresentem como econômicos, isto é, separados de elementos extraeconômicos.[35]

Solucionada a questão do acesso, Renner passa então a decompor, a partir de categorias tomadas da economia capitalista, a função antropologicamente determinada do direito de garantir a preservação da espécie por meio da continuidade do processo econômico

---

[34] Renner vai afirmar isso explicitamente em um texto posterior (1952, p. 218).

[35] Como, por exemplo, na interpretação que Ruy Fausto (1987, p. 35), lançando mão dos meios de uma lógica dialética estranha à compreensão renneriana do marxismo, dá à relação estabelecida por Marx entre as categorias da economia capitalista e os modos de produção pregressos.

em funções gerais. No entanto, diferente do caso da gênese do direito, a apresentação dessas funções não tem a pretensão de corresponder à ordem empírica de seu surgimento, trata-se de uma exposição segundo uma sequência lógica determinada pelos elementos e momentos do processo de produção e reprodução da espécie.

Renner vai analisar o processo econômico, em um primeiro momento, "estaticamente", "no tempo de coexistência de cerca de um geração" (§40). Esse processo é, antes de mais nada, o processo por meio do qual o homem realiza seu metabolismo com a natureza: trabalho. Portanto, o primeiro de seus elementos que o direito precisa regular para garantir a preservação da espécie é a força de trabalho: "qualquer que seja a etapa do desenvolvimento na qual os homens se relacionem uns com os outros, sempre a sociedade, a vontade coletiva, precisa subordinar as vontades individuais a si, *a sociedade precisa dispor de alguma forma da força de trabalho dos indivíduos*" (§ 41, grifo nosso). Toda sociedade possui, então, uma *ordem do trabalho* (§ 41).

No trecho comentado acima fica clara a implicação do primeiro pressuposto antropológico de Renner: ao considerar que a satisfação das necessidades naturais do homem só pode se dar por meio da cooperação, isto é, que a preservação da espécie depende de um processo de trabalho coletivo, o autor resolve a tensão entre autonomia privada e autonomia pública que marcou a teoria do direito e a teoria política moderna (NEUMANN, 2014; HABERMAS, 1998, p. 112-135; SILVA, 2016, p. 67- 101) a favor da segunda. É isso que justifica a afirmação de Renner de que - apesar da "aparência sofística" do trabalho como uma escolha livre e autônoma dos indivíduos, produzida pela regulação jurídica capitalista, por trás da qual se esconde uma compulsão fática ao trabalho (nota 17) - trabalhar seria uma "obrigação social" (§ 46).

Essa obrigação, assim como a ordem do trabalho em seu todo, é jurídica, assumindo a forma de imperativos coercitivamente garantidos dirigidos pela vontade coletiva à vontade individual. "Mas a vontade coletiva não possui nenhuma existência metafísica (...) ela vem ao mundo enquanto vontade detentora de poder" (§ 42). Renner não é um idealista, para ele a vontade coletiva e o próprio direito não estão dados, então, para que seja possível a existência de uma regulação jurídica do processo de produção e reprodução da espécie, eles precisam ser constituídos e institucionalizados pelo próprio direito através de um *ordem do poder*, que vai atribuir poder a determinados indivíduos por meio dos quais, enquanto

“orgãos de seu poder”, a vontade coletiva vai subordinar a vontade dos membros da sociedade (§ 42).

Mas ao definir a vontade coletiva como vontade individual imbuída de poder, o conceito de norma jurídica anteriormente apresentado por Renner - um imperativo coercitivamente garantido dirigido pela vontade coletiva aos indivíduos - mostra-se tautológico e precisa ser corrigido: a norma jurídica é um imperativo coercitivamente garantido dirigido aos indivíduos. É claro que a coerção sancionatória que é própria da norma jurídica precisaria ser pensada como um tipo específico de coerção para que a distinção entre norma e ameaça operada anteriormente (§ 5 e 6) se mantenha, no entanto, esse ponto não é retomado pelo autor.

Além disso, neste ponto do texto analisado, revelam-se de modo as consequências do segundo pressuposto antropológico de Renner. O fato de que a regulação jurídica do processo de produção e reprodução da espécie é tomada como uma necessidade antropologicamente enraizada e de que, simultâneamente, o direito é pensado como subordinação dos indivíduos a uma vontade alheia com base na coerção, vai limitar os modos como o autor pode conceber a emancipação. Ele não vai poder compartilhar com Marx aquela imagem da sociedade emancipada que tem na sua base a autoorganização de uma associação de produtores livres e na qual direito e Estado se tornariam desnecessários.

Pelo contrário, o direito e, portanto, a subordinação dos indivíduos por meio da coerção é uma necessidade natural dos homens, e, por isso, a sociedade emancipada também vai ter o seu direito. Portanto, para que a emancipação continue a figurar como o horizonte da sua teoria, Renner será obrigado a diferenciar subordinação e dominação, tomando esse último enquanto exercício de poder no interesse privado (RENNER, 1929a, p. 57), e também uma liberdade “política” da liberdade “anárquica” (nota 18), aquela concebida como superação de toda e qualquer regulação jurídica, não apenas da capitalista.

Ao lado das relações de subordinação que constituem a ordem do poder, o direito também estabelece a igualdade jurídica. Mas essa igualdade, essa *coordenação* dos indivíduos - que não é natural, mas um produto da sociedade e do direito (§ 44 e nota 19) -, só pode ser garantida por meio da regulação jurídica, isto é, por meio de uma subordinação apoiada na coerção (§ 43).

A regulação jurídica que constitui a ordem do trabalho, a ordem do poder e a coordenação estrutura a sociedade e responde pela integração social. Seus institutos jurídicos

possuem, por isso, função organizatória (§ 45). Em todos os modos de produção pregressos a função organizatória era realizada de modo direito e aparente (§46). No capitalismo, entretanto, ela só é realizada indiretamente e os institutos jurídicos por trás dela só se revelam mediante análise. Parte do trabalho de Renner vai ser exatamente este: expor as relações de dominação estabelecidas pelo direito burguês.

Da análise do processo econômico em estado de repouso, Renner identifica as funções de regulação do trabalho, poder e de coordenação do direito. No entanto, esse processo é contínuo. Encarado como processo que se perpetua ao longo das gerações, a necessidade de substituição daqueles membros que não podem mais participar ativamente dele por outros que possam sucedê-los nos papéis que eles antes desempenhavam se mostra como evidente (§ 47). Por isso toda ordem social precisa também de uma regulação jurídica da sucessão, de institutos jurídicos que realizem a função sucessória (§ 47). No entanto, essa sucessão formal ou jurídica pressupõe a "reprodução biológica, educação e formação da nova geração" (§ 48) e, consequentemente, sua regulação jurídica - regulação jurídica, esta sim, que teria surgido, cronologicamente, primeiro (§ 48). Por isso, toda ordem social possui também institutos jurídicos de *função populatória*.

Uma vez organizada, a sociedade se volta à natureza para com ela realizar seu metabolismo. Isso só pode ocorrer na medida em que os bens – sejam eles uma parcela da superfície terrestre ou um tecido natural assimilado – são detidos por algum de seus membros. Essa transferência deve ocorrer sem que a sociedade abra mão do poder sobre aquelas coisas que ele necessariamente precisa para que continue a existir, portanto na forma de direitos reais atribuídos a pessoas. Os institutos jurídicos que regulam a detenção fazem parte da ordem dos bens. Eles realizam as funções produtiva, distributiva e consumptiva e conferem determinação jurídica ao processo de produção (§ 49-51 e 54).

Cabe lembrar que a delimitação precisa das diferentes funções é analítica, na realidade elas se sobrepõem (§ 55-56). O mesmo instituto jurídico pode pertencer a diversas ordens e realizar diferentes funções, assim como a mesma função pode ser desempenhada por diferentes institutos. No entanto, tratam-se de funções necessárias, que precisam ser realizadas em seu conjunto pelo direito em toda formação social para que ela continue a existir. Nesse sentido, "o direito é um todo integrado e determinado pelas necessidades da sociedade" (§ 61).

CAPÍTULO 2
DIAGNÓSTICO DE TEMPO

> Ela [a classe trabalhadora] não precisa realizar nenhum ideal, ela só precisa libertar os elementos de uma nova sociedade que já se desenvolveram no colo da sociedade burguesa em ruínas.
> Karl Marx – *A guerra civil na França*

O foco da análise de Renner é a propriedade – o instituto fundamental do ordenamento jurídico de seu tempo (RENNER, 1929a, p. 27) e o centro da regulação do capitalismo – e suas funções no conjunto do processo social da economia. É principalmente a partir da análise da mudança de função da propriedade que Renner vai elaborar um diagnóstico de tempo que permite apontar os potenciais e bloqueios à emancipação inscritos no real. Esse diagnóstico vai assumir a forma de uma crítica do direito burguês elaborada a partir dos pressupostos identificados no capítulo anterior: um determinado modelo de ciência do direito e um relação determinada antropologicamente entre direito e economia.

1. Mudança de função da propriedade

a) Ponto de partida da análise

O ponto de partida analítico da investigação da mudança de função, o terceiro campo da ciência do direito, são os institutos jurídicos enquanto "complexos de normas" (*ibid.*, p. 8) já organizados previamente pela dogmática. Só assim é possível atribuir vários efeitos a um mesmo instituto. Isso fica evidente logo no começo da análise da mudança de função de Renner, cuja exposição se inicia com uma apresentação dogmática do conceito de propriedade. O conceito adotado é o conceito dominante na época (DUSCHENES, 1895; POSENER, 1909), o "romanístico":[36] propriedade é dominium, "pleno poder jurídico de

[36] Apesar da crença compartilhada na época - cf., por exemplo, PFIZER, 1875 - , as origens romanísticas do conceito moderno de propriedade são contestadas desde o trabalho de Willoweit (1974), que demonstrou que é possível encontrar pontos de apoio no direito romano para a vinculação moderna entre propriedade e domínio, ainda que ela esteja longe de ser necessária, mas não para a ideia de liberdade de disposição do proprietário sobre a coisa de acordo com suas vontades.

uma pessoa sobre uma coisa corpórea" (RENNER, 1929a, p. 28; KAHN-FREUND, 2013a, p. 19).

É essa propriedade que Renner afirma que vai se manter, no que se refere ao seu conteúdo normativo, basicamente estável ao longo do desenvolvimento capitalista. Tal afirmação só é plausível, em face de mudanças normativas efetivas que afetam a propriedade que se deixam verificar ao longo do período analisado[37] e que Renner provavelmente não desconhecia, a partir de uma determinada concepção da essência da propriedade, um núcleo de sentido que, este sim, permaneceria constante. Essa essência é extraída do confronto entre a definição dogmática do instituto da propriedade e a compreensão renneriana do direito: apesar da dogmática burguesa compreender o direito da propriedade como uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, a relação jurídica só pode se dar entre pessoas, uma vez que o âmbito de ação do direito é a relação de vontades, disso resulta que a propriedade passa a ser compreendida como uma outorga de poder (Ermächtigung) ao indivíduo pela vontade coletiva, especificamente, do poder de excluir terceiros do uso, da disposição e dos frutos de uma coisa (FRAENKL, 1999a [1929], p. 365; LESER, 1968, p. 491). É isso que teria se mantido estável.

O ponto de partida histórico da análise funcional é o momento no qual o "constructo jurídico é a expressão adequada da organização econômica, no qual a superestrutura cobre o substrato" (RENNER, 1929a, p. 31). Esse momento é, para Renner, uma realidade histórica, cuja ocorrência teria se dado em períodos distintos em cada lugar, não um mero postulado lógico (*ibid.*, p. 34; KAHN-FREUND, 2013a, p. 35). Entretanto, ele mesmo faz a ressalva de que se trata de uma correspondência entre norma e substrato que só vale em relação ao "tipo" (Typus), já que a própria forma geral do direito o impede de se referir a outra coisa além daquilo que é típico (RENNER, 1929a, p. 31). Trata-se portanto de uma análise histórica que opera em um nível mais abstrato, por meio de estilizações que visam ressaltar traços característicos - aquilo que é geral - em detrimento das especificidades concretas.

A autocompreensão metodológica de Renner é a de que esses tipos são extraídos diretamente da realidade histórica concreta do momento do estabelecimento da norma. No entanto, essa posição é passível de uma objeção fundamental: não existem garantias de que a realidade histórica do momento de surgimento ou estabelecimento de determinada norma

[37] Para mudanças na propriedade no direito austríaco, Cf. FLOßMANN, 2008, p. 154-184.

ou instituto jurídico seja aquele no qual "constructo jurídico é a expressão adequada da organização econômica, no qual a superestrutura cobre o substrato" (RENNER, 1929a, p. 31). Essa afirmação dependeria,a princípio, de uma comparação entre o momento histórico e o substrato típico pressuposto pela norma e reconstruido a partir dela (FRAENKL, 1999b [1929], p. 376-378). O fato de que esse procedimento não é o adotado por Renner só pode ser explicado se considerarmos que ele se apoia aqui implicitamente no esquema base-superestrutura, que garante essa correspondência.

O momento histórico no qual a propriedade se impõe como principal forma de regulação da detenção é no período de produção simples de mercadorias, o início da sociedade burguesa. Esse conceito, introduzido no debate marxista por Engels e popularizado por Kautsky, reporta-se a uma leitura específica do d'*O Capital* de Marx segundo a qual o livro se iniciaria com a pré-história do capitalismo, não com uma exposição lógica das categorias econômicas capitalistas na esfera da circulação simples (HECKER, 1997). Com isso o primeiro capítulo do livro de Marx passa a ser tomado como uma apresentação da formação histórica das categorias econômicas capitalistas em um modo de produção anterior ao capitalismo, o período de simples produção de mercadorias.

Nesse modo de produção, sempre segundo o tipo, a cidade era composta majoritariamente por casas unifamiliares, que reuniam em si produção, distribuição, consumo e sucessão – e, portanto, um universo de bens distintos individualizados apenas pela figura de seu proprietário. Todos os pressupostos para o processo de produção e reprodução da espécie se encontravam concentrados ali. Os patrimônios de cada indivíduo formavam um todo orgânico, situados inorganicamente, isto é, sem conexões significativas, lado a lado. A fazenda, no meio rural, é um tipo ainda mais adequado, já que funcionava quase que exclusivamente voltada à subsistência. A produção aparecia como um processo individual que necessitava, para sua regulação, de um instituto que fosse universal tanto em relação aos objetos, quanto em relação aos sujeitos (erga omnes), correspondendo à disposição real dos bens (*ibid.*, p. 31-33).

Esse é o contexto da recepção do direito romano. O recém afirmado instituto da propriedade permitiu a superação do modo de produção feudal e se tornou o principal regulador da economia. Ele funcionava de modo a garantir ao trabalhador os meios para realizar o seu labor (produção) e os frutos advindos dele (distribuição e consumo). A distribuição para além dos limites da casa ou fazenda se dava através da relação direta entre

produtor e consumidor mediada por um instituto auxiliar[38] (por exemplo o contrato de compra e venda). Por fim, a continuidade social (sucessão) era garantida pelo abrigo e provisão aos membros familiares improdutivos (*ibid.*, p. 33)

A ausência de uma ordem jurídica dos bens – uma vez que a propriedade garante a mera detenção, sendo indiferente tanto em relação ao sujeito que a titula, quanto aos objetos que abarca – era suprida por uma ordem fática dos bens reunidos na casa ou na fazenda. Da determinação jurídica do processo produtivo, apenas a ordenação do trabalho não se realizava pela propriedade, mas sim na forma da regulação das corporações de ofício e, em momento posterior, diretamente através da sujeição do ajudante e do aprendiz ao pátrio poder do mestre (*ibid.*, p. 33-34).

Esse quadro muda a partir da Revolução Francesa e da afirmação do princípio burguês da liberdade individual, instituto conexo à propriedade que aboliu toda e qualquer ordenação do trabalho (*ibid.*, p. 29-30). Com isso a formação social da produção simples de mercadorias chega ao seu apogeu e é liberado um desenvolvimento, que já se encontrava nela em germe, através do qual ela é finalmente superada (*ibid.*, p. 41).

Iniciava-se o processo de expropriação (e, necessariamente, também de apropriação). Esse processo implica em uma mudança nos dois pólos do direito de propriedade: sujeito e objeto. Expropriação e apropriação levam a mudanças do sujeito que titula o direito de propriedade de determinada coisa, no caso, a uma redução drástica do número de proprietários. Essa alteração no pólo do sujeito leva, por sua vez, a uma concentração especializada dos bens, especialmente dos meios de produção, um reagrupamento e uma individualização das coisas de acordo com sua "função técnico-econômica" (*ibid.*, p. 37), não mais de acordo com o sujeito do direito de propriedade, em relação ao qual, salvo nos casos dos bens de consumo, eles deixam de ter qualquer relação não-jurídica.

Os microcosmos produtivos foram dissolvidos e os elementos – bens e trabalhadores – precisavam ser rearranjados de acordo com alguma ordem para possibilitar a continuidade da sociedade. Mas a sociedade burguesa não possui nenhuma ordem jurídica, isto é, produzida conscientemente pela vontade coletiva, dos bens e do trabalho. Nessas condições,

[38] Instituto auxiliar é aquele que aparece apenas ocasionalmente, de modo a permitir o cumprimento da função do instituto principal em uma situação não usual, funcionando como válvula de escape do sistema. Instituto conexo, por sua vez, é, como veremos, aquele que se associa necessariamente ao instituto principal para que ele possa cumprir determinada função. Já o instituto principal é aquele que é dominante na realização da função.

a reordenação ficou a cargo de uma regulação social inconsciente, a lei do valor (*ibid.*, p. 30).

Se no período da produção simples de mercadorias o caráter social da economia era mascarado pela forma individual e autossuficiente no qual o processo aparecia na casa ou na fazenda, com a constituição de unidades produtivas parciais e o aprofundamento da divisão do trabalho que as acompanha, o caráter social da produção e reprodução social se escancara, bem como sua necessidade de ordenação e regulação. A cooperação em larga escala exige coordenação. Ordens do trabalho e dos bens são necessárias para garantir a continuidade do processo econômico e, com isso, da sociedade e da espécie (*ibid.*, p. 53-56).

Mas essas ordens não existem no direito da sociedade burguesa. E, no silêncio da sociedade, "gritam as (...) coisas" (*ibid.*, p. 38): o capital, através do mercado, passa a exercer a coordenação socialmente necessária do processo social de produção e reprodução da espécie. Essa é a interpretação renneriana do fetichismo, conceito que aponta para a dominação da sociedade humana pelas coisas - em última instância, pelo capital. Trata-se de uma ilusão (Schein) necessária e objetiva que se fundamenta no trabalho produtor de mercadorias e que faz os produtos humanos aparecerem como dotados intrinsecamente de valor – uma propriedade social que é naturalizada como propriedade da coisa –, que, por sua vez, se impõe aos homens e determina seu agir (MARX, 1983, p. 45-78).

Essas coisas que dominam os homens, como todas as coisas não classificadas como extra commercium, não poderiam deixar de ser objetos de propriedade. É justamente através da mudança das funções desse instituto jurídico na passagem para o capitalismo que surgem as ordens inconscientes do trabalho e dos bens, ou seja, que o domínio do capital sobre a sociedade se estabelece.

b) A mudança de função da propriedade

Todas essas violentas alterações no substrato se deram sem que o conteúdo normativo da propriedade sofresse qualquer alteração significativa (*ibid.*, 34). Não houve mudança das normas e, portanto, da "consciência social ativa" (*ibid.*, 41). No entanto, quando o instituto jurídico passa a atuar neste contexto significativamente alterado, suas funções se transformam.

A mudança de função da propriedade supre um vácuo de regulação do processo econômico referente aos bens e ao trabalho, que é socialmente necessária para a garantia da

continuidade da espécie, mas juridicamente inexistente. Essas ordens se constituem através das funções que a propriedade passa a desempenhar ao se conectar com outros institutos jurídicos já existentes, isto é, por mudanças no direito que não decorrem de um ato da vontade coletiva, mas de transformações em uma dimensão que se situa aquém da consciência coletiva (*ibid.*, p. 19).

Com a dissolução dos microcosmos de bens que eram a casa e a fazenda e sua concentração especializada, a propriedade perde autossuficiência. Ela deixa de garantir a detenção àqueles que podem dispor tecnicamente dos objetos, isso leva a um movimento no qual os antigos institutos auxiliares, que serviam como meras válvulas de escape no período de produção simples de mercadoria, passem a elementos necessariamente conectados à propriedade – ou seja, passem de institutos auxiliares a conexos – para que a detenção seja transferida aos não-proprietários e o processo de produção e reprodução possa ocorrer. A cada tipo distinto de objeto de propriedade e, especialmente, aos diversos tipos de capital, passam a corresponder determinados institutos conexos. É através desses nexos que, da mera função de garantia da detenção da coisa para aquele que ia empregá-la, a instituição da propriedade passa a comandar o trabalho social e distribuir seu produto, transformando os objetos da propriedade em capital (*ibid.*, p. 144).

i) Propriedade e comando

Os objetos de propriedade meios de produção encontram-se concentrados nas mãos de seus proprietários. No entanto, para que o processo produtivo se realize, é preciso que sua detenção seja transferida aos trabalhadores que os empregarão. Para tanto, a propriedade passa a se associar necessariamente ao contrato de trabalho e, assim, ganha novas funções.

A função de domínio da propriedade (*ibid.*, p. 43-58) aparece necessariamente no momento em que o trabalhador passa a trabalhar "para o capitalista e, por isso, sob o capitalista" (*ibid.*, 45). Seu desenvolvimento acompanha o da produção industrial em seus diferentes estágios: esse domínio se origina na fase da cooperação, na manufatura ele passa a organizar a divisão do trabalho e no sistema fabril – início da exploração também do trabalho intelectual, corporificado na máquina – a sujeição do trabalhador ao capitalista se torna absoluta. A dominação do trabalhador, do trabalho vivo, pelo trabalho morto é total.

O poder de *imperium* que passa a acompanhar a propriedade dos meios de produção encontra seu fundamento em um contrato (*ibid.*, p. 45), um negócio jurídico privado e,

portanto, teoricamente realizado entre iguais. Apesar de sua forma contratual, a relação não deixa de ser de sujeição, com a vontade do capitalista assumindo a forma da vontade coletiva em relação aos despossuídos: vontade individual imbuída de poder. Com isso, "autonomia se transforma em heteronomia da vontade" (*ibid.*, p. 46).

A relação jurídica do proprietário capitalista é apenas com uma coisa, mas o que ele ordena à coisa se torna comando para homens (*ibid.*, p. 46-7, 53-54). E através desse "poder público cegamente delegado" (*ibid.*, p. 55) se constitui uma "caricatura" da regulação socialmente necessária da produção social na medida em que os trabalhadores são organizados na forma de uma associação passiva, isto é, compulsória, cujo trabalho é tecnicamente subordinado ao plano do capitalista. O instituto jurídico da propriedade dá origem uma estrutura similar ao Estado (*ibid.*, p. 47): uma associação de trabalhadores coordenados, subordinados à vontade do capitalista e às normas gerais do regulamento de fábrica.

A propriedade torna-se para o capitalista um "título ao poder" (*ibid.*, p. 57) por meio do qual ele submete o trabalho de outros a suas finalidades, a busca do lucro. Isso deixa claro que o capitalista também não está livre dos imperativos de autovalorização do capital e de sua dominação fetichista. Apesar de aparentar dispor do comando, ele atua meramente como agente do capital, o verdadeiro senhor da produção. Enquanto o trabalhador se submete ao capital por meio da legislação privada de seu empregador, o capitalista tem seu agir determinado pela concorrência regida pelas regras do mercado. É através da busca do lucro que o capital e a lei do valor se impõem ao capitalista, determinando a forma de organização de sua empresa e a maneira de disposição de sua propriedade.

ii) Propriedade e distribuição

Com as mudanças no substrato, a função original da propriedade se inverteu: ela agora garante a detenção àquele que não dispõe dela tecnicamente. No caso dos meios de produção isso significa a necessidade da mediação do contrato de trabalho para transferir a detenção dos objetos da propriedade aos trabalhadores. É através desse instituto conexo que se estabelece o comando do capital sobre o trabalho social. No entanto, essa não é a única função nova que a propriedade passa a desempenhar com esta nova articulação: o capitalista não só dirige como também explora o trabalho alheio, ele se apropria de seus frutos. O lucro do capitalista nada mais é do que o excedente do trabalho social, mais-valor.

A propriedade passa a constituir uma ordem dos bens que distribui os frutos do processo social de produção. Outra vez trata-se de uma função necessária, em nenhuma formação social pode o trabalhador se apropriar de tudo aquilo que produz, parte disso deve ir aos membros improdutivos da sociedade (*ibid.*, p. 23) e ser reinvestido para que o processo de reprodução da espécie atinja patamares mais elevados.

Mas meios de produção não é a única forma assumida pelo capital, também no que se refere às outras - mercadoria e o dinheiro - a propriedade vai passar a desempenhar função distributiva. A ambos eesses objetos de propriedade correspondem institutos jurídicos determinados que se conectam à propriedade para transferir a detenção do objeto do proprietário para aquele que vai dispor tecnicamente delas e, ao mesmo tempo, permitem que aquele que detém o título de propriedade se aproprie do excedente social.

À propriedade que tem como objeto as mercadorias correspondem os contratos de alienação enquanto institutos conexos. Ao longo do desenvolvimento capitalista a função de revender mercadorias se autonomiza e com ela o capital mercantil. Com isso o capitalista produtor de mercadorias passa a repartir seu lucro – mais-valor – com os capitalistas (re)vendedores de mercadorias na forma do excedente das operações de compra e venda (*ibid.*, p. 63-77).

Já a propriedade que tem por objeto o dinheiro possui os contratos de empréstimo como institutos conexos. É a união entre a propriedade e o *mutuum* que permite que o dinheiro se torne capital ao realizar sua transferência do capitalista financeiro ao capitalista industrial mediante pagamento de juros (*ibid.*, p. 77-89).

Aqui a contradição entre proprietários e não proprietários é reposta em uma esfera mais alta: o capitalista atuante aparece, em relação ao financeiro, como trabalhador, surge a figura do capitalista sem capital e do *manager* - que comandam a produção sem serem os proprietários dos meios de produção. Uma vez que o manager assalariado, o capitalista atuante e o capitalista financeiro ocupam a mesma posição no processo produtivo, fica claro que não é o objeto da propriedade, mas antes seu sujeito quem não tem função: a função meramente distributiva da propriedade aparece sem disfarces, o instituto se mostra como mero título ao mais-valor.

A mesma transformação funcional é válida para a propriedade fundiária e os contratos de arrendamento, locação e hipoteca (*ibid.*, p. 89-101). Também aqui os institutos

conexos atuam de maneira a entregar a detenção dos objetos de propriedade àqueles que vão dispor tecnicamente deles em troca de renda, aluguel ou juros.

iii) Cisão entre propriedade jurídica e "propriedade econômica"

As mudanças no substrato que levaram à concentração dos objetos da propriedade na mão de poucos sujeitos ocasionaram a reversão das funções originais da propriedade: ela agora garante a detenção àqueles sujeitos que não dispõem tecnicamente de seus objetos. Com isso, cada objeto especializado de propriedade retém, para o proprietário, apenas uma função: título a poder, lucro, juros, renda ou ganho empresarial (Gewinn) (*ibid.*, p. 102). Ao mesmo tempo, o instituto da propriedade perde sua autossuficiência e passa a depender de institutos conexos para realizar suas funções, o que coloca o objeto na "detenção simultânea em parte fática, em parte jurídica" (*ibid.*, p. 103) de muitas pessoas. Ele deixa de ser privado e passa a desempenhar uma função diferente de acordo com o sujeito com o qual se relaciona: com o trabalhador a coisa tem função produtiva, já na relação com o proprietário ela funciona de maneira distributiva. É essa última, segundo Renner, a função nuclear da propriedade, a função de capital (*ibid.*, p. 103-104).

Não é mais a relação jurídica que tem precedência, e sim a econômica. Como ilustram os casos do capital a juros ou da sociedade por ações, não é mais a relação com o objeto – afinal o bancário e o acionista entregam a propriedade do bem a um terceiro em troca de um documento –, e sim a relação entre os sujeitos que se torna decisiva. Ocorre uma cisão entre propriedade jurídica e propriedade econômica que, em certos casos, deixam de coincidir. A própria contradição constitutiva do conceito "propriedade econômica", um termo jurídico qualificado por um adjetivo extrajurídico, expressa o desenvolvimento contraditório do real (*ibid.*, p. 105): o título ao mais-valor, a propriedade econômica, não é mais sinônimo de propriedade jurídica.

O proprietário não dispõe tecnicamente de seus bens, ele o faz apenas juridicamente, através de negócios jurídicos que entregam sua detenção, quando não a propriedade, a terceiros. Com isso ele próprio reconhece a necessidade de sua própria expropriação – sua ausência de função social – para a continuidade do processo de produção e reprodução, entretanto não o faz sem cobrar um preço: um tributo privado. A sociedade consciente entrega, através da lei, a detenção da coisa ao proprietário só para recuperá-la mediante a entrega de uma parcela do produto social (*ibid.*, p. 156-157).

Não é mais a propriedade, que se torna verdadeiro obstáculo à economia, mas sim os institutos conexos que garantem a detenção dos bens àqueles que vão dispor deles tecnicamente: os institutos conexos deslocaram o instituto principal e passaram a realizar a função técnico-econômica do objeto (*ibid.*, p. 156). À propriedade resta apenas a função de distribuir a privados o excedente do processo produtivo da sociedade, uma função que é anti-social, pois prejudicial à preservação da espécie. A própria dinâmica do desenvolvimento do capitalismo desencadeou mudanças das funções dos institutos jurídicos que tornaram o instituto da propriedade não apenas supérfluo, uma vez que suas funções sociais passaram a ser realizadas por outros institutos, como um obstáculo ao processo econômico.

Entretanto, aqui é alcançado o limite das transformações jurídicas imediatamente causadas pelo desenvolvimento econômico. A abolição da propriedade privada exige mudanças normativas, ou seja, um ato de vontade consciente da vontade coletiva.

2. Novas tendências: "capitalismo organizado" ou socialismo?

A mudança de função faz com que o objeto da propriedade capital cesse de ser privado em todos os aspectos, só juridicamente ele continua a sê-lo: ele se encontra na detenção de terceiros e seu uso é determinado pelas qualidades técnicas do objeto e pela lei do valor, uma lei social naturalizada (*ibid.*, p. 178). Poderia ser dito que até aqui, ainda que ofereça um contraponto jurídico, Renner não vai muito além da análise marxiana do capitalismo. No entanto, como ele próprio afirma (*ibid.*, p. VIII, 58), ela foi superado pelo desenvolvimento histórico do capitalismo.[39]

Em um acréscimo à segunda edição que visa dar conta principalmente das mudanças ocorridas nos vinte cinco anos entre a publicação da primeira e da segunda edição d'*Os institutos*….[40], o autor extravasa os limites de uma investigação das funções dos institutos jurídicos para apontar as tendências de socialização tanto impelidas pelo Estado, essencialmente mudanças normativas que já indicam uma regulação consciente da economia pela vontade coletiva, quanto imanentes à economia que se deixam divisar nesse desenvolvimento. Essas mudanças no capitalismo possuem um potencial ambíguo: se, por

[39] Em uma autocaracterização posterior: "há um quarto de século [na primeira edição d'*Os institutos*…] busquei destacar aquelas passagens d'*O capital* marxiano nas quais o próprio Marx trata do desenvolvimento jurídico de nossa época e do efeitos recíprocos entre direito e economia" (RENNER, 1930, p. 135).

[40] Para as análises das transformações na economia, Renner se apoia nas investigações econômicas que ele vinha conduzindo desde a Primeira Guerra Mundial (RENNER, 1918; 1924).

um lado, representam possibilidades de ordenação racional e consciente da economia, acentuando o diagnóstico da perda de função da propriedade, e, em certos casos, ganhos em termos de qualidade de vida para o proletariado, por outro, apontam para um novo "modo de funcionamento"[41] (Betriebsweise) do capitalismo, mais organizado e estabilizado.

O primeiro desses fenômenos é o reconhecimento do caráter de Instituição[42] (Anstalt) de certos estabelecimentos privados. O caso paradigmático é o de uma estação ferroviária privada.[43] Todo o serviço é regulado pela coletividade, instituições (Institutionen) complementares do direito público tornam o caráter privado da propriedade secundário: o proprietário não possui poder nenhum em relação ao seu bem, até para desfrutar dele é preciso que ele compre uma passagem como todos os outros (RENNER, 1929a, p. 59-60).

O mesmo ocorreu com a grande maioria de estabelecimentos que vendem bens ou serviços. As leis exigem que todos devem ser atendidos indistintamente e que o preço seja fixado de antemão. Toda ideia de um contrato livre desaparece, ele não passa de uma ficção (*ibid.*, p. 60-61). Em todos esses casos, o desenvolvimento do direito administrativo voltado à gestão da economia (*ibid.*, p. 179) só teria reconhecido uma transformação que já teria ocorrido no substrato (*ibid.*, p. 60).

Também a natureza jurídica do contrato de trabalho foi transformada pelas instituições complementares públicas. Esse instituto jurídico passa de privado à público com as mudanças que tornaram o contrato de trabalho "posto" (Stelle) (*ibid.*, p. 61-62). O que era puramente contratual passa a se referir a direitos e deveres determinados: direito ao salário e à seguridade social, inclusive seguro desemprego, e dever de pagar contribuição sindical e social. Todos esses avanços no direito trabalhista (*ibid.*, p. 179) foram fruto de meio século de lutas dos operários (*ibid.*, p. 61), alterações que reconhecem a inadequação do contrato de trabalho, com toda sua instabilidade, para a satisfação das necessidades contínuas dos trabalhadores – em outras palavras, para a garantia de sua reprodução – e instituem "serviços

---

[41] Trata-se de um termo marxiano distinto de "modo de produção" (Produktionsweise) e sem a mesma solidez conceitual. Em Renner ele parece indicar uma nova configuração do capitalismo que, no entanto, não rompe com esse modo de produção. A tradução literal do termo se aproxima mais de "modo de empresa", no entanto, optei pelo termos utilizado em MARX, 2013 (p. 370) e MARX; ENGELS, 2012, p. 45.

[42] "Uma pessoa jurídica que não é uma corporação, mas uma porção segregada da administração pública (…)" (KAHN-FREUND, 2013b, nota 125, p. 163). Utilizaremos "instituição", em minúscula, para traduzir o termo "Institution" e "Instituição", em maiúscula, para "Anstalt".

[43] A fábrica seria outro estabelecimento que teria se tornado uma Instituição (RENNER, 1929a, p. 54).

públicos financiados por impostos" (*ibid.*, p. 129): uma forma de pagamento coletivo à classe trabalhadora (*ibid.*, p. 127-130).

Ao lado desse avanço do Estado sobre a economia, acontece também uma transformação intraeconômica impelida principalmente pelas mudanças no processo produtivo que resultam na necessidade de grandes investimentos da parte de empresas privadas. Isso leva a uma dependência crescente do capital industrial em relação ao capital mercantil e, principalmente, em relação ao capital financeiro, dependência essa que é só uma expressão da conexão e dependência social das unidades produtivas parciais (*ibid.*, p. 167-168).

A predominância do capital financeiro gera uma contrarreação dos capitalistas produtivos que passam a se associar. Através das figuras do direito societário, os capitalistas se constituem juridicamente como classe, da mesma forma como a seguridade social e os serviços público atuam em relação aos trabalhadores (*ibid.*, p. 170). São principalmente essas associações e a relação entre capital financeiro e industrial que levam o capitalismo a uma nova configuração: o "capitalismo organizado" (*ibid.*, p. 170, n. 1).

Por fim, a financeirização e a concentração fazem surgir uma "classe de dirigentes econômicos" (*ibid.*, p. 84). Estes realizam todas as funções do capitalista atuante sem entretanto possuir qualquer título ao capital que eles administram. Esses managers são, juridicamente, assalariados, submetidos ao contrato de trabalho, mas realizam função de comando do processo produtivo.

Mas os fenômenos de associação e financeirização, que apontam para uma tendência de concentração de toda a economia e a consequente redução de todos os proprietários a meros donos de títulos a dividendos ou juros, encontram contratendências (*ibid.*, p. 164-165). Tanto a ordenação de sucessão da sociedade capitalista, que distribui as empresas de maneira totalmente irracional e aleatória através da herança (*ibid.*, p. 134-141 e 168), quanto a natureza do capital, sua cisão em capital industrial fixo, circulante e variável no ciclo de sua realização (*ibid.*, p. 169-170), impedem que a concentração se realize até às últimas consequências.

Esses acréscimos à segunda edição do livro tornam evidente que Renner compartilha o diagnóstico de Hilferding de uma passagem de fase do capitalismo do liberalismo e da concorrência para um capitalismo organizado (MARRAMAO, 1990, p. 161-168; EUCHNER, 1991, p. 105-107; LOPES, 1997, p. 119-120). Essa nova configuração histórica

do capitalismo implica em uma alteração no papel do Estado, uma nova configuração das classes e uma hegemonia do capital financeiro. Renner, assim como Hilferding (MARRAMAO, 1990, p. 161; EUCHNER, 1991, p. 105-107), entendia que o capitalismo avançado já antecipava algumas estruturas do socialismo, mas, ao mesmo tempo, significava uma forma de funcionamento mais estável e resistente a crises.

Além disso, é preciso ressaltar que Renner não considera que as tendências de socialização mencionadas se confundem com ou levam automaticamente ao socialismo, como quer Kinsey (1983, p. 27). Renner dispõe de um conceito preciso de capitalismo que lhe permite, apesar dessas mudanças, e por mais significativas que sejam, continuar falando de uma sociedade e uma economia capitalistas. Isso porque a lei do valor como forma de organização do processo econômico e a consequente apropriação privada do mais-valor enquanto exploração do trabalho assalariado se mantém constantes (RENNER, 1902; SAAGE, 2016, p. 100).

3. Fundamentação normativa

A investigação de Renner mostrou que, com a mudança de função dos institutos jurídicos, tanto se estabelece a dominação fetichista do capital sobre a sociedade e a exploração do trabalho assalariado quanto, na medida em que os institutos conexos à propriedade passam a desempenhar as funções socialmente úteis que ela antes realizava, criam as condições objetivas para a abolição da propriedade privada sem pôr em risco a continuidade da sociedade. Dito de outro modo, o processo de mudança de função já aponta para aqueles institutos jurídicos que podem formar o centro de um ordenamento jurídico socialista. Esse potencial emancipatório é ainda reforçado pela constatação da passagem de fase do capitalismo liberal para o capitalismo organizado.

Esse diagnóstico de tempo de Renner é apresentado na forma de uma crítica do direito burguês que visa apontar os potenciais e bloqueios à emancipação inscritos no real e, por isso, traz à tona a questão do fundamento normativo dessa crítica. O modelo crítico de Renner se baseia explicitamente em uma atualização da crítica do capitalismo e da política da fase madura de Marx. N'*O Capital* o desenvolvimento histórico passa a ser explicado pelo conflito entre forças produtivas e relações de produção imanentes a cada modo de produção, de sorte que, assim como ocorreu com os modos de produção passados, a superação do capitalismo só pode se dar com base no desenvolvimento e na reapropriação

das forças produtivas (MELO, 2013, p. 53-169). Essa perspectiva sistêmica traz inúmeras consequências já que a crítica imanente passa a ser "estabelecida segundo a lógica categorial e de acordo com as contradições internas do sistema" (*ibid.*, p. 81). Em primeiro lugar, a teoria da crise – tomada na maioria das vezes como teoria do colapso – adquire importância central para a possibilidade de emancipação uma vez que a economia passa a ser compreendida como totalidade sistêmica e, com isso perde-se de vista interferências exógenas, fazendo com que a possibilidade de superação do capitalismo passa a precisar se fundamentar na própria lógica do processo econômico (*ibid.*, p. 90-100). Outra consequência central decorre da integração desse modelo com a dinâmica da luta de classes, o que vai levar a que a própria práxis revolucionária passe a se identificar com o progresso produtivo (*ibid.*, p. 151-164). A práxis, enquanto "ação corretamente orientada" (*ibid.*, p. 74), passa a retirar seu potencial emancipatório do fato de "acompanhar o desenvolvimento da lógica de produção capitalista" (*ibid.*, p. 75). E, por fim, leva à crítica desmascaradora da sociedade civil com base na economia política que aponta como a coesão social é garantida pelas relações de produção e para a forma apolítica por meio da qual a dominação se dá no capitalismo, a propriedade privada dos meios de produção (*ibid.*, p. 101-117).

Entretanto, Renner não pode recorrer ao modelo base-superestrutura - ou seja, à redução de todos os âmbitos das relações sociais a epifenômenos, superestrutura ideológica que se ergue sobre e é determinada pela base da esfera produtiva organizada para a produção de mercadorias - para fundamentar normativamente sua crítica do direito burguês diretamente em uma crítica sistêmica do capitalismo. Em primeiro lugar, a própria autocompreensão metodológica que está na base do trabalho lhe veda um procedimento que não parta de uma análise empírica do direito no capitalismo.

Além disso, os resultados de sua investigação revelam os limites do potencial explicativo do modelo base-superestrutura. Se o desenvolvimento do capitalismo continua a ser explicado com base na análise marxiana, a contradição entre desenvolvimento das forças produtivas e relações de produção, ao ser vista da perspectiva das funções dos institutos jurídicos, adquire um novo sentido. A mudança de função dos institutos jurídicos causada pelo desenvolvimento econômico - isto é, das forças produtivas - aponta para uma certa plasticidade das relações de produção. Plasticidade essa que encontra seu limite na dimensão normativa do direito, que aparece então como o elemento enrijecedor das relações sociais, como mostra sua interpretação de Marx:

> eu acredito que Karl Marx observou e descreveu conscientemente cada fenômeno da época capitalista neste contexto de um desenvolvimento contínuo da sociedade humana baseada em um sistema jurídico herdado, rígido, retrógrado e fossilizado (RENNER, 1929a, p. 172).

Se isso é assim, o paradigma base-superestrutura perde plausibilidade e potencial explicativo uma vez que é o próprio direito que garante a permanência das relações de produção capitalistas: ele é demasiadamente unilateral para dar conta de uma relação que é de interdependência mútua entre ambos os componentes.

Todavia, é preciso ressaltar que o modelo base-superestrutura continua a apreender adequadamente a determinação *imediata* das funções dos institutos jurídicos pela economia.[44] E isso traz grandes consequências para a compreensão da mudança de função e sua relação com a aplicação do direito. Sob o peso desse paradigma explicativo, desaparece qualquer traço de uma compreensão da aplicação do direito que reconheça sua dimensão interpretativa, ou seja, que não a reduza a um processo lógico-mecânico cujo resultado já está contido na própria norma. O modelo base-superestrutura tem como consequência necessária uma redução funcionalista que ofusca aquela dimensão na qual o sentido da norma é disputado por indivíduos e grupos.

Soma-se a isso tudo a constatação de um novo modo de funcionamento (Betriebsweise) do capitalismo que antecipa elementos socialistas e, por isso mesmo, é mais estável. O diagnóstico de um capitalismo organizado impede a identificação dos potenciais emancipatórios com elementos endógenos ao sistema econômico, rompendo o elo entre teoria da crise, enquanto crise sistêmica, e emancipação. A "crise" do capitalismo organizado não pode mais aparecer na forma de uma teoria do colapso.

Na medida em que o direito não pode mais ser simplesmente reduzido a epifenômeno da economia e que, com o diagnóstico de um "capitalismo organizado", o horizonte de superação da dominação capitalista não se deixa mais vislumbrar da perspectiva de sua crise sistêmica, o centro de gravidade da crítica do capitalismo precisa deixar de se apoiar exclusivamente na economia. Ao revelar o direito como o elemento enrijecedor que garante a permanência das relações de produção capitalistas e como o *medium* através do qual se

[44] O próprio uso da expressão "substrato", usado na tradição metafísica como sinônimo para essência, para designar a economia já aponta para o fato de que se trataria de uma dimensão mais "real".

estabelece a dominação fetichista do capital sobre a sociedade, Renner aponta para a centralidade de uma crítica do direito burguês para a crítica do capitalismo.

N'*Os institutos...* convivem em tensão elementos que possibilitam duas compreensões radicalmente distintas da fundamentação metodológica dessa crítica do direito burguês que repousam sobre estratégias opostas de vinculação do direito às necessidades da sociedade, uma versão antropológica, explicitamente formulada, e outra, implícita, que opera segundo o paradigma da crítica da ideologia (*Ideologiekritik*).

a) Versão antropológica

A versão antropológica da crítica ao direito burguês renneriana está fundamentada normativamente naquele vínculo genético entre direito e as necessidades naturais dos homens. Uma vez que a gênese do direito na história da espécie é explicada a partir do reconhecimento e da realização consciente das necessidades que derivam da constituição natural dos homens, ele já surge com uma função pré-determinada e a-histórica, de assegurar a continuidade do "processo social de produção e reprodução da vida material (tendencialmente) em escalas cada vez maiores", e, consequentemente, da própria sociedade. Aqui é essa instrumentalidade antropologicamente determinada do direito que é tomada como padrão normativo.

Em comparação com ele, o direito burguês representa um desvio patológico na medida em que, com o desenvolvimento das forças produtivas, passa a representar um empecilho ao processo econômico, colocando em risco a sobrevivência material da espécie: ao invés de um controle consciente da coletividade que garante a satisfação de suas necessidades naturais, o direito burguês instaura o domínio do capital sobre o processo econômico e a distribuição irracional de seus frutos. A abolição da propriedade privada aparece nesse quadro como a reapropriação do controle sobre o processo econômico pela coletividade na medida em que o liberta das amarras das relações de produção capitalistas. O direito socialista social representaria, então, uma reconciliação entre a regulação jurídica do processo econômico e a natureza humana.

b) Ideologiekritik

Embora a versão antropológica seja aquela explicitamente formulada n'*Os Institutos...*, também é possível compreender sua crítica do direito burguês nos termos de uma crítica da ideologia (*Ideologiekritik*).[45] Segundo essa leitura, a crítica renneriana apontaria para o fato de que a dominação heterônoma do capital sobre o processo social de produção e reprodução se estabelece por meio de um direito fundado e legitimado normativamente enquanto autolegislação universal da coletividade sobre si mesma. Ou seja, opera com base em critérios normativos imanentes ao direito moderno.

Autonomia - compreendida de saída, em razão das ligações naturais entre os homens, como tendo por seu sujeito a coletividade, ou seja, em oposição à autonomia individual burguesa (RENNER, 1929a, p. 29-30) - e universalidade, os princípios normativos constitutivos do direito moderno, tanto fundamentam sua autocompreensão normativa quanto possuem efetividade prática. O direito burguês aparece formalmente e se legitima enquanto manifestação da vontade coletiva, conscientemente estabelecido por ela para regular uma determinada configuração histórica da sociedade. Com o desenvolvimento do capitalismo, essa regulação jurídica fundada na propriedade privada se torna inadequada em relação ao estágio alcançado de desenvolvimento das forças produtivas, a consequência disso é que os institutos jurídicos burgueses passam a desempenhar novas funções por meio das quais se estabelece a dominação heterônoma e particularista do capital sobre o processo social.

A análise funcional dos institutos jurídicos burgueses, ao revelar o nexo entre a regulação jurídica baseada na propriedade privada e a dominação do capital sobre a sociedade, torna a contradição interna do direito burguês discernível. A efetivação dos princípios normativos que fundamentam a autocompreensão do direito burguês contradiz seu conteúdo normativo: a autonomia de uma coletividade que legisla conscientemente de modo a regular a si mesma e o processo por meio da qual ela se reproduz se transforma na heteronomia da dominação fetichista do capital; a universalidade de um ordenamento jurídico posto em nome de todos os cidadão, na particularidade de uma vontade coletiva surda ao "lamento dos despossuídos" (*ibid.*, p. 38). Não se trata de uma simples não-realização ou realização deficiente das normas, mas de uma realização sistematicamente

[45] Sobre o conceito de crítica da ideologia e seu modo de operação, Cf. JAEGGI, 2008; 2013, p. 277-301; GEUSS, 1981, p. 26-44; STAHL, 2013, p. 19-51; 2015.

contraditória desses princípios uma vez que qualquer regulação jurídica fundada no princípio da propriedade privada precisa necessariamente, nas condições históricas dadas postas, levar à dominação do capital sobre a sociedade .

A investigação de Renner expõe a crise interna do direito moderno que afeta tanto sua forma histórica concreta quanto os fundamentos de sua autocompreensão normativa e cuja superação demanda uma transformação prática de ambos os termos. Mas ela também identifica, simultaneamente, os potenciais existentes para sua superação ao apontar uma situação na qual, sem qualquer prejuízo à preservação da sociedade, a abolição da propriedade privada e a passagem ao socialismo se tornaram possíveis.

No entanto, aqui a emancipação e o direito socialista não aparecem como reconciliação entre regulação jurídica e natureza humana, mas como realização integral das promessas normativas inscritas no direito moderno. A regulação jurídica socialista permite fazer coincidir a vontade coletiva com a "vontade geral ou *volonté générale*" (*ibid.*, p. 4) e realizar plenamente a autonomia coletiva uma vez que submete a economia ao controle consciente e racional da coletividade.

Entendida como crítica da ideologia, o diagnóstico de tempo renneriano aparece como uma crítica do direito burguês enquanto forma histórica deficiente de um direito especificamente moderno, que se apresenta "como posto pelo Estado em nome do conjunto dos cidadãos" (*ibid.*, p. 4). Em função disso, torna-se possível entender a vinculação do direito às da sociedade em termos normativos, desligando a crítica do quadro de referências antropológicas. No entanto, o peso do pressupostos antropológicos de Renner impediram-no de seguir essa via. A partir de sua compreensão do direito instrumentalista do direito,[46] o acesso àquele conteúdo normativo do direito moderno que poderia oferecer pontos de apoio para vincular sua crítica do direito burguês permaneceu bloqueado,[47]

[46] Para os problemas de uma concepção instrumentalista do direito, Cf. TAMANAHA, 2006.

[47] Esse é o principal problema enfrentado pela proposta de Saage (2016, p. 204-214) de entender o lugar da segunda edição d'*Os institutos…* em relação a *Wege der Verwirklichung* (RENNER, 1929b).

FECHO

MUDANÇA DE FUNÇÃO COMO CRÍTICA DA IDEOLOGIA

O objetivo deste capítulo final é propor, como hipótese, uma nova leitura para a gênese da teoria crítica do direito como um campo que teria começado a tomar forma já em meados da década de 1920 na República de Weimar a partir da recepção e atualização da sociologia do direito marxista originalmente desenvolvida por Karl Renner no livro *Os institutos jurídicos do direito privado e sua função social* por um grupo de autores organizados em torno da figura de Hugo Sinzheimer – Otto Kahn-Freund, Ernst Fraenkl e Franz Neumann. Apesar dessa tradição, delimitada por uma concepção mais ou menos compartilhada de sociologia do direito crítica e empiricamente orientada, que começava a se constituir na produção weimariana desses autores ter se perdido enquanto tradição com a ascensão do nazismo e a consequente emigração forçada de seus representantes, ela se prolongaria nos trabalhos individuais de Neumann (2013, 2014) pelo menos até o final da década de 1930, período no qual ele já estaria vinculado ao Instituto de Pesquisa Social.[48]

Essa recepção e atualização de Renner seria marcada por dois deslocamentos paralelos. O primeiro ocorre no nível da fundamentação normativa da crítica, a passagem de um modelo de crítica antropologicamente enraizado para um outro que opera como crítica da ideologia. O segundo se refere aos pressupostos teórico-sociais implícitos dos diferentes autores e, tomando de empréstimo os termos de Axel Honneth (2013), pode ser caracterizada como a passagem de uma teoria do poder e de uma compreensão da integração social baseadas em um "funcionalismo marxista" para outras que se apoiam, se não em uma teoria social alternativa explicitamente formulada, em "impulsos antifuncionalistas" que apontam para uma dimensão da práxis social que não pode ser reconduzida ao processo produtivo.

Comprovar todas essas hipóteses acerca da constituição de um campo da teoria crítica do direito a partir da recepção de Renner já em Weimar, isto é, ir além de sua

[48] Trata-se, no entanto, de uma gênese parcial já que ela não busca abarcar a outra figura vinculada ao Instituto de Pesquisa Social que se debruçou sobre o direito e que também foi muito influenciado pela obra de Karl Renner, Otto Kirchheimer. Todavia, a apresentação de sua recepção particular da obra renneriana em seus textos de Weimar ou sua influência nos textos posteriores exige um trabalho à parte uma vez que Kirchheimer vai partir de um diagnóstico da Constituição de Weimar e de ordem social inaugurada por ela radicalmente distinto e em oposição àquele de Kahn-Freund, Fraenkl e Neumann (TAVOLARI, 2019, p. 161-185), o que vai impor pressões distintas às formulações originais de Renner e, por isso, levar uma condicionar uma atualização própria que torna impossível agrupá-lo com os outros três autores.

influência em cada autor individualmente, exigiria um estudo detalhado do conjunto da produção weimariana de cada um desses autores e dos trabalhos de Neumann até o fim da década de 1930. O presente texto se propõe um objetivo mais modesto: o de apontar a plausibilidade dessa leitura. Para tanto apresentaremos, em contraste com o modelo crítico e o diagnóstico de tempo de Renner, aqueles desenvolvidos por Kahn-Freund em *A mudança de função do direito do trabalho*. Esse texto, publicado em 1932 na prestigiosa *Archiv für Sozialforschung*, é a recepção e atualização mais bem-acabada do método de Renner no conjunto da produção weimariana dos três autores mencionados e reúne exemplarmente diferentes traços característicos dessa produção, permitindo assim a identificação dos contornos de sua compreensão compartilhada da sociologia do direito.

Partimos do pressuposto de que todos os textos em questão se situam no campo da teoria crítica, seja em sentido estrito, para o caso das obras de Neumann posteriores à sua vinculação aos Instituto de Pesquisa Social, ou em sentido amplo, no campo do marxismo.[49] Isso significa lê-los como modelos críticos distintos vinculados a diagnósticos de tempo presente que buscam apontar os potenciais e bloqueios à emancipação inscritos no real. Com isso estamos aplicando conscientemente a todos eles uma compreensão da tradição do marxismo que é particular à Teoria Crítica e que só seria nativa à produção de Neumann após sua vinculação ao Instituto.

1. A mudança de função do direito do trabalho: o modelo crítico e o diagnóstico de tempo de Kahn-Freund

Em *A mudança de função do direito do trabalho* Kahn-Freund busca apresentar um diagnóstico de tempo do ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de Weimar através de uma análise das mudanças de função do direito do trabalho alemão entre os anos de 1919 e 1931. O que está em jogo é o destino de uma concepção alargada de democracia, a qual ele denomina de Coletivismo, institucionalizada na nova ordem constitucional.

O texto se divide em seis seções. A primeira apresenta as concepções de sociologia do direito e de norma jurídica das quais o autor parte. Esses pressupostos são seguidos por um panorama do direito do trabalho no período do pré-guerra (seção II) e pela

[49] Para a distinção entre Teoria Crítica em sentido estrito e em sentido amplo cf. NOBRE, 2011.

exposição das mudanças normativas pelas quais este ramo do direito passa a partir da primeira Guerra Mundial, culminando com a Constituição de Weimar (seção III). A partir daí ele pode apontar as mudanças de função pelas quais o direito do trabalho passa – principalmente no que se refere à estrutura contratual coletiva (seção IV) e dos conselhos de empresa (seção V) – e que vão culminar, em grande medida, com uma reversão à situação do pré-guerra. A última seção é composta por um breve balanço dessas transformações e indagações acerca de suas causas estruturais.

O texto abre com uma apresentação do objeto da sociologia do direito que faz referência direta a *Os institutos do direito privado e sua função social*: as relações entre norma jurídica e realidade social. Isso significa analisar, por um lado, os efeitos sociais do ordenamento jurídico, sua função social, e, por outro, a influência da realidade social e política no conjunto das normas (KAHN- FREUND, 1966a, p. 211). Mas ambas as tarefas e a relação entre elas ganham outro sentido em virtude de um conceito de direito radicalmente distinto do de Renner.

A primeira grande mudança é a passagem de um conceito de norma jurídica pautado em uma forma específica para um conceito que valoriza a compreensão dos agentes sociais, baseado no conceito de validade weberiano (WEBER, 2014, p. 21). Vale como norma jurídica, para a sociologia do direito, "todas as regras de comportamento às quais as pessoas se subordinam na crença de sua validade jurídica" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 211), independentemente de suas fontes. Se o conceito permanece não-estatal, ele se torna consideravelmente mais distante do paradigma do direito positivo posto pelo Estado. O elemento da coerção desaparece, ao menos explicitamente,[50] da definição: as normas jurídicas deixam de ser imperativos coercitivamente garantidos e passam a ser regras representadas pelos agentes sociais como juridicamente válidas. Além disso, a norma jurídica é desligada de uma vontade unitária, seja ela coletiva ou individual.

Em estrita conexão com essa compreensão não-estatal do direito, está o reconhecimento explícito da diferença entre prescrição legal, o texto da lei, e norma jurídica (*ibid.*, p. 211). Kahn-Freund escreve em um momento no qual a ideia do "positivismo integral" já havia sido em grande parte abandonada e, com ela, a imagem da atividade do juiz como um processo lógico e livre da influência de seus valores pessoais

[50] Apesar do elemento da coerção não aparecer mais no conceito de norma, todos os exemplos de direito mencionados por Kahn-Freund ao longo do texto possuem algum tipo de garantia.

(*ibid.*, p. 228-229). Em outras palavras, a aplicação do direito deixa de ser "aproblemática" e passa a depender de uma atividade interpretativa em relação à qual a norma jurídica não é anterior, mas produto.

Com esses deslocamentos, o conjunto das normas jurídicas passa a precisar ser encarado como "produto das relações sociais de poder" (*ibid.*, p. 211) que as transformam constantemente não só via o sistema político oficial, mas através de sua influência na prática contratual, na atuação dos tribunais e da administração e por meio das lutas e concordatas entre as forças sociais. O direito aparece como "arena de conflito", na célebre caracterização de Thompson (2013, p. 202-210), e a ordem jurídica como cristalização momentânea do resultado das disputas entre diferentes grupos sociais, uma compreensão que tem nos contratos coletivos o seu paradigma.

Esse conceito de direito mobilizado por Kahn-Freund impossibilita a manutenção da separação rígida entre mudança normativa e mudança funcional. Pelo contrário, uma passa a se referir à outra: a mudança de função não pode mais ser produto imediato das transformações econômicas e sociais, ela só pode ocorrer mediante mudanças interpretativas que respondem ao novo contexto. Com isso a subdivisão da "ciência social do direito" operada por Renner colapsa em si mesma: ambas as formas de investigação são inseparáveis (KAHN- FREUND, 1966a, p. 212). O estudo da mudança de função passa a depender da investigação da emergência de novas normas jurídicas, principalmente no processo de aplicação do direito, e a análise das mudanças das normativas só se completa ao se tomar nota das funções desempenhadas pelas novas normas.

Na medida em que a aplicação do direito se torna problemática e a interpretação passa a constituir uma mediação entre o direito e a realidade social, ou seja, passa a ser central para a investigação das mudanças funcionais e normativas, ela não pode mais deixar de ser objeto da sociologia do direito. Torna-se necessário se debruçar sobre as disputas em torno da metodologia jurídica (Methodenstreit) e pelo sentido das normas que agora aparecem como lutas políticas que se desenrolam segundo a lógica específica da dogmática jurídica. Uma vez que os juízes são atores privilegiados nessas lutas, a sociologia do direito precisa ser também uma sociologia da jurisdição e uma sociologia do judiciário.

Por fim, a compreensão do direito de Kahn-Freund também representa um

abandono da gênese do direito esboçada por Renner. Com isso o direito perde sua vinculação genética com as necessidades naturais humanas e a noção de função social passa a deixar de se referir apenas ao papel desempenhado pelas normas jurídicas no processo material de produção e reprodução da sociedade, e passa a designar simplesmente seu efeito, qualquer que seja, na sociedade.[51]

É a partir desses pressupostos que Kahn-Freund se volta ao seu objeto: as mudanças sofridas pelo conjunto das normas trabalhistas alemãs enquanto parte da ordem jurídica inaugurada com a Constituição de Weimar. Sua intenção é a de apresentar o movimento geral deste ramo do direito e as tendências que se deixam apontar a partir dele por meio da análise empírica do desenvolvimento de institutos jurídicos e normas que os expressem exemplarmente (KAHN- FREUND, 1966a, p, 212). Mas para apontar essa transformação é preciso antes, assim como no caso de Renner, estabelecer um ponto de partida.

A legislação trabalhista do período pré-revolucionário era produto de uma constelação de forças que opunha a grande burguesia aos grandes proprietários de terras aliados ao funcionalismo público conservador. Isso significou a participação tanto da ideologia liberal quanto do pensamento social-conservador na formação do direito do trabalho alemão do período. No campo jurídico, isso correspondeu à disputa entre as escolas "romanista" e "germanista", a apreensão obrigacional e de direito pessoal da relação de trabalho (KAHN- FREUND, 1966a., p. 212-213).

O resultado foi um direito do trabalho não-unitário, "expressão da diferença na participação de cada ramo econômico no poder político" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 213). Se, por um lado, os interesses do grande capital foram atendidos com a regulação da relação de trabalho como um contrato de prestação de serviço baseado no acordo livre de vontades, por outro, seus desejos foram contrariados na medida em que aquelas determinações que reconheciam a relação de dependência do trabalhador e se voltavam a dar-lhe alguma proteção foram impostas somente ao ramo da indústria, excluindo de seu escopo os trabalhadores rurais e do setor público.

A marca dessa legislação trabalhista, tanto no que se refere aos dispositivos liberais quanto aos social-conservadores, era a apreensão do trabalhador não como membro de uma classe, mas como indivíduo isolado: como sujeito de um contrato individual ou como objeto

[51] É isso que vai permitir que Kahn-Freund fale, por exemplo, de uma função social ideológica.

de assistência e proteção. Ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico buscava suprimir a formação da vontade coletiva negando proteção jurídica aos sindicatos e coibindo sua atuação (KAHN- FREUND, 1966a, p. 214-215).

Outra característica central desse direito do trabalho e que será decisiva para seu desenvolvimento futuro era a distinção entre trabalhadores (Arbeiter) e funcionários (Angestellten), especialmente através da instituição de uma seguridade específica para os funcionários.[52] Como aponta Kahn-Freund, a função social dessa medida específica foi a de reforçar a diversificação no interior do operariado em um momento no qual "o desenvolvimento econômico e social ameaçava fazer aflorar uma consciência de massa e de classe nos funcionários" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 215).

No entanto, a regulação jurídica trabalhista do período não se dava exclusivamente pelo direito estatal, mas crescentemente por normas jurídicas de fontes sociais, os contratos coletivos. Apesar de não reconhecidos pelo Estado e, portanto, faltarem-lhe a força de lei – a irrenunciabilidade por meio de acordos individuais –, esses contratos eram impostos pelos sindicatos a partir de sua força organizatória, isso é, através de uma espécie de execução social (KAHN- FREUND, 1966a, p. 216-217). Entretanto, importa para os desenvolvimentos posteriores que os contratos coletivos, naquele momento, abarcavam apenas marginalmente os funcionários, que só teriam contato mais intenso com o direito coletivo do trabalho em um momento no qual o Estado já aparecia como seu garantidor (KAHN- FREUND, 1966a, p. 217).

Com o advento da Primeira Guerra Mundial a correlação de forças no interior da sociedade se modificou. A maior demanda por trabalhadores e a necessidade de manter o seu apoio político representou um aumento da força social e política dos empregados, um movimento que culmina na Assembleia Constitucional de 1919, que refletiu, em sua composição, um equilíbrio temporário do poder entre burguesia e proletariado, e que trouxe mudanças legislativas como o reconhecimento constitucional das organizações coletivas sindicais e patronais como fatores produtores de direito, a irrenunciabilidade dos contratos coletivos e a instituição dos conselhos de empresa (KAHN- FREUND, 1966a, p. 217-218). Em seu conjunto, essas medidas significaram uma transformação radical: o Estado passava

[52] Trata-se de uma separação que diferenciava um estrato superior dos empregados, geralmente aqueles que necessitavam saber escrever para realizar sua atividade, e os submetia a regulações específicas (HROMADKA, MASHMANN, 2008, p. 49-51).

a se abster de regular diretamente as condições de trabalho e a reconhecer "o resultado momentâneo da disputa social entre os empregados e o patronato coletivamente organizados como direito" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 218).

Um tal sistema implicava uma relação específica entre o Estado e as organizações coletivas: ele precisava apoiá-las de um modo limitado, sem retirar delas seu caráter extra-estatal, e, simultaneamente, servir-se delas para garantir um mínimo de política social própria. Os mecanismos jurídicos pelos quais o Estado as fomentava eram a irrenunciabilidade dos contratos coletivos, os conselhos de empresa com grande influência sindical, a declaração de vinculação geral de contratos coletivos, isto é, sua extensão a todos os empregados de determinado setor, entre outras. Por outro lado, ele se servia das organizações para formação dos seus órgãos e para execução de contratos coletivos estatais compulsórios (staatliche Zwangstarife) (KAHN- FREUND, 1966a, p. 219-222).

Com essas transformações, o direito do trabalho passou a se fundamentar na ideologia coletivista. A paridade dos coletivos substituiu a paridade dos indivíduos contratantes e o centro de gravidade da política social se deslocou do sistema político oficial, no qual a disputa se dava com base na força política de cada grupo, para a arena social, na qual a força organizatória é decisiva. Com isso não só cada momento da disputa social cristalizada nas regulações trabalhistas, mas o próprio sistema coletivista, aparecia para os envolvidos como um estágio de transição, seja para o socialismo, no caso dos trabalhadores, seja para um retorno ao sistema liberal-conservador, no caso dos empregadores (KAHN-FREUND, 1966a, p. 218-219).

Em resumo, a Constituição de Weimar inaugurou um sistema no qual a luta de classes foi regulamentada de modo a ser transformada em fonte do direito reconhecida pelo Estado. Uma ordem institucional cujo centro político não se localizava mais exclusivamente no sistema político oficial, mas também naquela esfera social na qual ocorriam as disputas entre trabalhadores e empregadores coletivamente organizados. A democracia política era complementada por uma forma de democracia social, o Coletivismo.[53]

A institucionalização de uma compreensão alargada de democracia abriu a possibilidade para uma transição democrática e pacífica para o socialismo, impelida não só pelo Estado, mas também pela criação do direito pelas forças sociais. Nesse novo arranjo, o

[53] A principal influência por trás dessa compreensão da constituição de Weimar é Hugo Sinzheimer (1976; TAVOLARI, 2019, p. 51-86; VITA, 2018).

direito do trabalho passa a constituir, ao menos, um dos elementos centrais[54] de um sistema jurídico no qual a transição para o socialismo já não aparece mais primariamente como a abolição direta da propriedade, mas como uma restrição gradual dos poderes dos capitalistas em direção a um controle democrático sobre a produção.

Entretanto, um arranjo institucional como esse pressupõe a existência de uma certa igualdade entre as partes de modo a garantir tanto a continuidade das lutas e dos acordos entre as forças sociais quanto que os resultados produzidos por eles fossem minimamente legítimos. No capitalismo, a propriedade dos meios de produção gera uma preponderância natural dos empregadores que só pode ser compensada pelos trabalhadores com os instrumentos da luta trabalhista quando existe uma alta demanda por mão-de-obra (KAHN-FREUND, 1966a, p. 222-223).

Com a crise de 1929, o Coletivismo já não podia mais contar com essa pressuposição. Em razão da diminuição da força dos empregados, a disputa coletiva não produzia mais resultados aceitáveis, o que obrigou o Estado a reassumir o papel de protagonista no campo das regulações trabalhistas e da seguridade social. Esse movimento foi um dos principais fatores por trás da mudança de função do direito do trabalho (KAHN- FREUND, 1966a, p. 224).

Essa transformação pela qual o direito do trabalho passou abarcou todas as suas partes (*ibid*., 239), mas aparece exemplarmente na mudança de função experimentada pelo contrato coletivo e pelos conselhos de empresa. A primeira delas se iniciou com os desenvolvimentos da estrutura arbitral (Schlichtungswesen).

Segundo sua intenção original, a estrutura arbitral era um instrumento pelo qual o Estado amparava as partes do conflito trabalhista naquelas situações em que o próprio conflito deflagrado impedia um acordo. No entanto, essa mesma regulação jurídica teria ido além desse intenção ao prever a possibilidade de uma "declaração de vinculação" (Verbindlicherklärung) que permitia estender os efeitos de uma sentença arbitral para além das partes envolvidas sempre que isso correspondesse à "equidade" (Billigkeit) e "fosse necessário por razões econômicas e sociais" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 224-225). Na prática da arbitragem, essa "equidade" passou a corresponder aos interesses do Estado no campo da política social, o que levou ao fato de que, na ausência de um acordo voluntário

[54] NEUMANN, 1928, 1930 e 1931 e FRAENKL, 1999f [1932].

entre as organizações laborais, a regulação das condições de trabalho fosse determinada pela política social estatal (KAHN- FREUND, 1966a, p. 225-226).

A crise econômica trouxe consigo um avanço tão significativo das sentenças arbitrais, especialmente aquelas declarados vinculantes, em relação aos contratos coletivos na regulação das condições de trabalho que a prática da estrutura arbitral, ou seja, a política social estatal, passou a ser uma influência mais decisiva sobre as negociações coletivas que a relação de força social entre as partes (KAHN- FREUND, 1966a, p. 226). Essa situação se agravou na medida em que, na crise, a política social estatal se voltava a fins exclusivamente econômicos, no caso, a redução salarial para fomentar exportações (KAHN- FREUND, 1966a, p. 226-227), e a sentença arbitral não possuía apenas os efeitos normativos dos contratos coletivos – a irrenunciabilidade –, mas também os obrigacionais – a vinculação das partes (KAHN- FREUND, 1966a, p. 227-228). O resultado disso foi a mudança de função da estrutura arbitral, transformada em um instrumento pelo qual as organizações eram postas a serviço da execução da política estatal de redução salarial, respondendo por isso com seus patrimônios.

O segundo grande fator por trás da mudança de função do contrato coletivo foi a influência de um determinado ideal social[55] no desenvolvimento jurisprudencial do direito do trabalho. Esse ideal social era um produto necessário não só da "tendência geral despolitizante de todo o funcionalismo público" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 230), mas principalmente da posição do judiciário em uma sociedade cindida em classes e da relação entre o juiz e a lei no início do século XX (KAHN- FREUND, 1966a, p. 228-230).

Com a derrocada do "positivismo integral" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 228), para o qual a atividade do juiz se resumiria a um processo lógico, e a indisponibilidade do recurso a um direito natural, a questão central passa a ser a da fonte daqueles valores que tem um papel decisivo no momento de ato de vontade da jurisdição. A disputa se dava em torno de duas posições. A primeira – denominada "justiça de classe" (Klassenjustiz)[56] – sustentava que tais valores seriam uma expressão da ideologia da classe à qual o juiz é próximo. A segunda – "nacional-relativista" – tomava-os como manifestação de um determinado espírito

[55] Aqui o autor apresenta uma versão resumida do argumento desenvolvido por ele em *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgericht* (KAHN-FREUND, 1966b), mas só que com uma diferença central: aqui o ideal social do judiciário alemão é classificado como conservador e conforme à ideologia do funcionalismo pública, lá como fascista.

[56] O conceito foi formulado originalmente por Fraenkl (1999e [1927]).

do povo (Volksgeist), isso é, como gerais e universais em relação a determinada comunidade, mas não necessariamente absolutos (KAHN- FREUND, 1966a, p. 229).

"No interesse da autopreservação psicológica (geistig) e da crença na própria profissão (Berufsglauben)" (KAHN- FREUND, 1966a., p. 229-230), o judiciário tendia majoritariamente à segunda posição. Mas para poder tomar os ideais decorrentes de sua ideologia como expressão da consciência do povo, os juízes precisavam suprimir as tensões e a dinâmica conflitiva da sociedade, ou seja, uma estrutura social que necessariamente produz valores contraditórios em favor de uma imagem da sociedade estática e fundada na paz, na ordem e no consenso, na qual valores fixos e de validade geral poderiam ser possíveis (KAHN- FREUND, 1966a, p. 229-231).

É esse ideal social, e não a disputa entre as organizações coletivas, que a justiça do trabalho toma como ponto de orientação para o desenvolvimento do direito trabalhista, como fica evidente em uma série de decisões do Tribunal do Trabalho do *Reich*. A primeira delas foi uma decisão que determinou que as disputas trabalhistas que não se voltassem a fins econômicos reconhecíveis seriam contrárias aos bons costumes (Sittenwidrig) e por isso ilegais, uma decisão que vai além da regulação da forma e dos meios da disputa coletiva, buscando determinar até seus fins (KAHN- FREUND, 1966a, p. 231-232). Quando o Tribunal do Trabalho do *Reich* foi instado a se manifestar sobre a natureza jurídica das organizações coletivas, ele as tomou como instituições públicas às quais foi transferido o poder contratual coletivo (Tarifgewalt) no interesse jurídico-público (KAHN- FREUND, 1966a, p. 232). Além do mais, quando se trata de identificar aquelas organizações com capacidade contratual coletiva (Tariffähigkeit), ou seja, legitimadas a estabelecer contratos coletivos, o tribunal não tomou a "capacidade e a vontade de luta como características conceituais da capacidade contratual coletiva (Tariffähigkeit)" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 232-233).

Se nas decisões sobre direito coletivo do trabalho a tendência dominante do tribunal era de pacificação social, reduzindo as organizações a instituições públicas a serviço do Estado, ao se debruçar sobre conflitos individuais do trabalho, preponderava uma visão assistencialista (KAHN- FREUND, 1966a, p. 233). A supressão da luta entre empregados e empregadores, entendida como perturbação da ordem, não como fonte do direito, e a redução da política social de defesa coletiva dos próprios interesses à assistência estatal foram os

reflexos de um ideal social em completa contradição com o coletivismo e a ideologia que lhe serve de base na jurisprudência trabalhista.

Outro elemento por trás da transformação funcional dos contratos coletivos foi a aplicação de sua vinculação geral. Criada para possibilitar a compensação da vantagem no mercado dos trabalhadores não organizados sobre os sindicalizados em razão da oferta de mão-de-obra a um preço mais baixo, ela já trazia em si o risco de desestimular a organização coletiva ao estender a todos os trabalhadores os benefícios decorrentes da sindicalização (KAHN- FREUND, 1966a, p. 233-234).

Essa ambiguidade foi reforçada pela forma de aplicação da vinculação geral. Apesar da exigência legal da importância decisiva do contrato coletivo para determinado ramo da economia para que ele fosse declarado como de vinculação geral, na prática, inúmeros contratos que abarcavam apenas uma pequena parcela de empregados de um setor tiverem seus efeitos estendidos (KAHN- FREUND, 1966a, p. 234). Isso ocorreu especialmente para os funcionários, o grupo de empregados menos sindicalizados, fazendo com que, para eles, o direito coletivo do trabalho aparecesse como mera "continuação da política social puramente estatal do pré-guerra" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 235).

Essas três tendências que se afastam do Coletivismo em direção a um sistema de fixação das condições de trabalho pelo Estado têm sua culminação na legislação dos decretos de emergência de 1930 e 1931, especialmente nos Decretos para a Garantia da Economia e das Finanças (KAHN- FREUND, 1966a, p. 235). O decreto do fim do ano de 1930, que criava um direito de rescisão extraordinário para os empregadores públicos, foi a primeira intervenção estatal em contratos coletivos vigentes (KAHN- FREUND, 1966a, p. 236). Alguns meses depois, com o decreto de cinco de julho de 1931, todos os contratos coletivos do setor público ainda válidos foram prorrogados. Até aqui, as intervenções tinham se restringido ao setor público e ao menos a ficção de um acordo voluntário tinha sido preservada, mas tudo isso foi abandonado com o decreto de oito de dezembro de 1931, que determinava a redução de todos os salários regulados por contratos coletivos, exceto aqueles acordados individualmente, e a prorrogação dos contratos coletivos por ao menos quatro meses, vinculando as partes aos termos alterados do contrato por mais tempo (*ibid*., p. 236-238). Com isso foi completada a mudança de função dos contratos coletivos que passaram de expressão jurídica da correlação de forças sociais a instrumentos da política salarial (KAHN- FREUND, 1966a, p. 238).

A mudança de função do direito do trabalho no período analisado também é ilustrada pelos desenvolvimentos dos conselhos de empresa. Segundo sua intenção original, o conselho de empresa deveria ser uma peça central do sistema coletivista. Em virtude da participação dos sindicatos em sua composição, ele deveria servir para estender a influência das organizações coletivas para o interior da empresa, isto é, para o espaço onde se desenrolam as questões decisivas para os trabalhadores individuais. É por isso que um poder de revisão limitada das demissões foi atribuído a ele. Além disso, o conselho deveria organizar e representar os empregados para que pudessem confrontar seu empregador em condições de maior igualdade. Por fim, foi atribuída aos conselhos de empresa uma função político-econômica: eles deveriam servir como ponto de partida para a socialização ao participarem de modo limitado na direção empresarial no interesse do fim (Zweck) específico da empresa – ou seja, de um fim distinto daquele do empresário, a busca pelo lucro (KAHN- FREUND, 1966a, p. 239-240).

Entretanto, na medida em que a socialização nunca foi levada a cabo, a função político-econômica dos conselhos de empresa foi transformada em seu oposto pela jurisprudência, novamente sob a influência daquele ideal social descrito acima. Isso ocorreu na medida em que "empresa" passou a ser definida pelo Tribunal do Trabalho do *Reich* como uma "comunidade de produção e trabalho entre empresário e empregados" (KAHN-FREUND, 1966a, p. 241), ou seja, como um terceiro suprapartidário, uma entidade que abarcava tanto empregados quanto empregador e com um interesse próprio. Mas essa "empresa" foi, além disso, situada nos limites do sistema capitalista, fazendo com que, na prática, o fim da empresa (capitalista) se identificasse com o fim do empregador. Foi com base nessa compreensão que o tribunal passou a proibir a defesa unilateral dos interesses dos empregados por parte de seus representantes no conselho de empresa, exigindo que os interesses da "empresa" fossem levados igualmente em conta. O resultado foi a transformação funcional de um instituto jurídico que deveria servir como "ponto de partida da socialização em uma limitação do coletivismo" (KAHN- FREUND, 1966a, p. 240) e da atuação do conselho de empresa.

O mesmo conceito de empresa foi mobilizado pelo judiciário para fundamentar a possibilidade de uma obrigação de trabalho para além da jornada legalmente estabelecida no interesse da empresa e para alocar parte dos riscos da empreitada aos empregados (KAHN-FREUND, 1966a, p. 241). O tema comum que aparece nessas decisões é a ideia de que, no

interior da relação de trabalho, a “boa-fé (Treu und Glauben) deve assumir a configuração específica de que ambas as partes têm que cooperar no interesse da ... ‘empresa’” (KAHN-FREUND, 1966a, p. 241). Se Kahn-Freund está novamente apontando para o efeito, na jurisdição, das tensões que decorrem de relação do juiz com a lei em uma sociedade cindida em classes, aqui sua explicação vai um passo além ao detalhar um dos meios do qual o judiciário se servia para lidar com as ambiguidades decorrentes de sua posição social: trata-se de uma “forma de pensamento” (Denkform) que ele chama de “reificação de fins” (KAHN- FREUND, 1966a, p. 241). Na medida em que a defesa pura e simples de um interesse particular em detrimento dos outros por um juiz é incompatível com o Estado de Direito burguês, ele precisa transformar estas finalidades particulares em valores supostamente objetivos (KAHN- FREUND, 1966a, p. 241-242). O conceito de “empresa” mobilizado pelo judiciário é um desses fins objetivados por meio do qual uma posição particular é disfarçada como ideal universalmente aceito por determinada comunidade.

As transformações do conselho de empresa se completaram com a mudança de função do processo de protesto de demissão. Segundo sua intenção original, ele deveria garantir um direito de revisão limitado das demissões ao conselho de empresa, mas três diferenças decisivas entre o projeto de lei que deveria regulamentar esse processo e a lei aprovada significaram seu enfraquecimento já na origem: a inserção da separação entre trabalhadores e funcionários, que submeteu cada grupo de empregados a uma representação distinta no processo; a transferência da titularidade da competência para iniciar o procedimento do conselho de empresa para o empregado individual; e, por fim, a possibilidade de que o empregador se livrasse da obrigação de recontratar o empregado mediante o pagamento de uma indenização (KAHN- FREUND, 1966a, p. 242-243).

Com uma mudança legislativa posterior que alterou o procedimento pelo qual o protesto de demissão deveria ser decidido de um processo inquisitório conduzido por um órgão administrativo para um processo judicial comum, submetido ao direito processual civil, somada ao fato de que o protesto de demissão foi utilizado majoritariamente pelos funcionários, um grupo de empregados pouco sindicalizado, esse instituto perdeu qualquer vínculo com o sistema coletivista, tanto do ponto de vista do ordenamento jurídico quanto na consciência dos empregados (KAHN- FREUND, 1966a, 243-244). O resultado foi a transformação do protesto de demissão, de um direito coletivo que deveria garantir o posto

de trabalho, em um direito individual a uma compensação financeira suplementar para o empregado demitido.

A mudança de função do contrato coletivo e do conselho de empresa por meio da qual ambos se tornam instrumentos para a determinação das condições de trabalho pelo Estado é ilustrativa do movimento geral do direito do trabalho entre os anos de 1919 e 1931: a completa reversão de sua função para aquela do período anterior à Revolução Alemã de 1919. Essa transformação se deu em razão das dificuldades com as quais o sistema coletivista se deparou e que estavam fundadas na própria natureza do capitalismo e na constituição sociológica do proletariado alemão. O problema colocado pelo sistema capitalista para uma regulação das relações de trabalho através da disputa coletiva aparece na medida em que ele não consegue garantir duradouramente as condições para que essa luta se desenvolva e produza resultados minimamente aceitáveis para os envolvidos (KAHN- FREUND, 1966a, p. 244-245). Por outro lado, a diferenciação do operariado na República de Weimar, que se manifestava na separação entre trabalhadores e funcionários, tanto impediu a formação de um polo de oposição unificado dos empregados em contraposição aos empregadores, agravando a desigualdade de forças entre as duas classes, quanto levou à crescente importância da atuação regulatória estatal nas relações de trabalho à medida que crescia a importância dos funcionários, um grupo com cuja força nos partidos políticos era muito maior que sua força social, na legislação trabalhista (KAHN- FREUND, 1966a p. 245). Em ambos os casos, o resultado foi uma intervenção crescente do Estado na política social.

Se, como afirma Kahn-Freund (KAHN- FREUND, 1966a, p. 246), o sistema coletivista era atravessado por uma tensão determinada pelo fato de que o Estado reconhecia a luta de classes e buscava transformá-la em fonte do direito, mas se abstinha de tomar partido nessa disputa, os desenvolvimentos do direito trabalhista weimariano mostram que, no momento em que ele foi chamado a atuar mais decisivamente, essa "neutralidade" se mostrou ilusória: não era possível intervir ativamente na política social sem tomar partido na luta. Na medida em que, nesse movimento, as instituições e instrumentos jurídicos que deveriam tornar a luta de classes produtiva para uma regulação jurídica de baixo para cima das relações trabalhistas foram transformadas em ferramentas da política salarial estatal, o centro político do sistema foi retransferido da arena social para o sistema político oficial. O diagnóstico resultante é o de uma desarticulação do

Coletivismo e, com isso, do bloqueio dos potenciais emancipatórios inaugurados pela Constituição de Weimar.

Como no caso de Renner, também aqui o conceito de mudança de função articula um diagnóstico de tempo que assume a forma de uma crítica do direito. No entanto, os deslocamentos operados no conceito de direito por Kahn-Freund, impedem-no de recorrer a um padrão normativo derivado da constituição natural dos seres humanos. Ao mesmo tempo, por não carregar os pesados pressupostos rennerianos, ele pode recorrer a uma análise da emergência da ordem constitucional da República de Weimar que lhe permite lançar mão de um modelo de crítica da ideologia cujo esteio vai além dos fundamentos do direito moderno em geral, localizando-se no vínculo concreto entre direito e uma concepção alargada de democracia institucionalizado pela Constituição de Weimar.

O direito do trabalho weimariano, enquanto elemento central do sistema coletivista, é criticado porque seu desenvolvimento contradiz aquela concepção alargada de democracia institucionalizada por sua própria ordem constitucional, restringindo-a a uma democracia centrada no sistema político e pouco permeável ao poder social. A função daquelas formas jurídicas que originalmente serviam a uma autodeterminação radical, realizada de baixo para cima por meio da disputa social extraparlamentar, foi transformada em seu oposto na medida em que o Estado passa a se servir delas para intervir ativamente na política social, elas passam a atuar como instrumentos para a política estatal. Na medida que o Coletivismo só pode existir como forma de transição, esse foi, além disso, um desenvolvimento necessário uma vez que o sistema foi mantido nos limites da economia capitalista, que não consegue garantir a longo prazo os pressupostos necessários ao seu funcionamento.

2. Teoria crítica do direito weimariana

É incontroverso que a concepção de sociologia do direito de Franz Neumann, Ernst Fraenkl e Otto Kahn-Freund se formou – por influência de Hugo Sinzheimer – por meio de sua recepção da obra de Karl Renner. No entanto, essa influência comum não basta para que se possa falar da constituição de um campo da teoria crítica do direito na República de Weimar. Para tanto seria preciso demonstrar a existência de uma compreensão compartilhada pelos três autores da sociologia do direito. Se comprovar essa hipótese está além dos limites do presente trabalho, o objetivo desta seção é apontar os contornos dessa

compreensão compartilhada que se deixam vislumbrar exemplarmente nos deslocamentos operados por Kahn-Freund em relação ao modelo crítico original de Renner. Além disso, indicaremos como, em contraste com um certo "funcionalismo marxista" de Renner, a produção weimariana dos três autores já antecipa aqueles "impulsos antifuncionalistas" que Honneth (2013, p. 46-49) vai identificar na obra tardia de Neumann e Kirchheimer.

O fundamento normativo da crítica de Kahn-Freund é extraído de uma análise do direito de Weimar que só se torna possível a partir do abandono da gênese antropologicamente fundamentada das normas jurídicas. Com isso, a emergência da ordem constitucional pode ser reconduzida, em uma análise que é compartilhada também por Neumann (1978), a um compromisso entre os diferentes grupos sociais em uma situação de equilíbrio das forças de classe, ou seja, na qual nenhum deles podia simplesmente impor a sua vontade ao outro. Enquanto produto de um acordo entre grupos sociais antagônicos, a Constituição de Weimar pode ser reconhecida, por todos os três autores (FRAENKL 1999a, 1999b; NEUMANN, 1978, SÖLLNER, 1979, p.100), como institucionalizando uma compreensão alargada da democracia, que vai além da liberal-burguesa.

Essa compreensão da ordem institucional da República de Weimar mostra que já neste momento, a produção intelectual dos três autores apresentava aqueles "impulsos antifuncionalistas" que Honneth vai identificar na teoria do poder dos trabalhos de Neumann e Kirchheimer após sua vinculação ao Instituto de Pesquisa Social (HONNETH, 2013, p. 46-49). Em ambos os casos, as "estruturas da sociedade não são nada além da fixação momentânea dos acordos sociais" (*ibid.*, p. 48).

Do mesmo modo que Kahn-Freund se afasta da compreensão renneriana da gênese do direito, ele também abandona sua compreensão "aproblemática" da aplicação do direito. Como a indeterminação e a atividade interpretativa passam a mediar a relação entre direito e a realidade social, a mudança de função não pode mais ser concebida como resultado imediato de transformações na economia e na sociedade. Ela passa a se reportar a mudanças na interpretação do direito. O direito aparece então – não só para ele, mas também para Fraenkl e Neumann (FRAENKL 1966: 189-199; NEUMANN 1929a, 1930; TAVOLARI 2019: 199-204) – como uma arena na qual as lutas políticas são conduzidas sob a forma de disputas em torno da metodologia jurídica (Methodenstreit) e pelo sentido das norma e se desenrolam de acordo com a lógica do discurso jurídico, uma lógica própria que pode tanto

servir de base para a crítica desses disputas quanto ser transformada por elas (NEUMANN 1929b; TAVOLARI 2019: 137-155).

Como o juiz possui um papel decisivo na aplicação do direito e, portanto, nas lutas travadas nessa arena, a investigação da atividade jurisdicional e do judiciário passam a ser componente fundamental da análise sociológica do direito. Com o abandono de uma compreensão "aproblemática" da aplicação do direito, a atividade do juiz aparece como influenciada de modo decisivo por aquelas convicções e valores que conformam sua imagem da sociedade – seu "ideal social"[57] –, que diz respeito tanto ao que a sociedade é quanto ao sentido do desenvolvimento que ele deveria tomar. É justamente sobre essa compreensão que aparece como pano de fundo das decisões judiciais e sua origem a partir da posição social dos juízes e de sua socialização que Kahn Freund (1966b) e Fraenkl (1999e) vão se debruçar.

Essa sociologia da jurisdição pressupõe que as convicções morais e as orientações normativas são geradas em práticas comunicativas intragrupais. Um processo de socialização no qual os indivíduos participam com as suas performances interpretativas e no qual os grupos sociais estabelecem relações entre as suas necessidades e a ordem social existente. Ainda que esse processo seja condicionado pela posição social do grupo em questão, ele possui uma lógica própria que não pode ser reconduzida imediatamente ao processo produtivo e por meio da qual o conteúdo das experiências é integrado em imagens coerentes do mundo.

Nos deslocamentos realizados por Kahn-Freund em relação a Renner é possível, portanto, reconhecer os contornos de uma compreensão da sociologia do direito crítica e empiricamente orientada que permite a identificação de um campo da Teoria Crítica do direito já na República de Weimar e do qual fariam parte, além de Kahn-Freund, ao menos Fraenkl e Neumann. Além disso, é possível identificar já na produção weimariana desses três autores "impulsos antifuncionalistas" análogos aos que Honneth vai identificar na obra tardia do próprio Neumann e de Kirchheimer e que conformam uma compreensão da sociedade em cujo centro não se encontra um processo econômico, mas sim um "processo global de comunicação entre grupos".

[57] Para uma atualização contemporânea do conceito, cf. HABERMAS, 1998: 468-537.

BIBLIOGRAFIA

ADLER, Max. **Die Staatsauffassung des Marxismus**. WIen: Wiener Verlag für Sozialforschung, 2016.

BARON, Julius. Jurisprudenz und Nationalökonomie, In: **Kritische Vierteljahresschrift**, v. 19, 1887, p. 272-401.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. O conceito weberiano de direito. Estudo introdutório. In: Pissarra, Maria Constança; Fabbrini, Ricardo Nascimento. (Org.). **Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007, v. , p. 109-127

BAUER, Otto. What is austro-marxism (excerto). Trad. Tom Bottomore e Patrick Goode. In: BOTTOMORE, Tom; GOODE, Patrick (Eds.). **Austro-marxism**. Oxford: Clarendon, 1978, p. 45-48.

BENZ, Wolfgang. Von der Entrechtung zur Verfolgung und Vernichtung. Jüdischen Juristen unter dem nationalsozialistischen Regime. In: HEINRICHS, Helmut *et al* (eds.). **Deutsche Juristen jüdischer Herkunft**. München: Beck, 1993, p. 813-852.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. Márcia Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BUCKEL, Sonja. **Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechtes**. Weitland: Velbrueck, 2008.

DUSCHENES, Friedrich. Eigenthum. In: DUSCHENES, Friedrich; BĚLSKÝ, Wenzel von; BARRETA, Carl (Org.). **Oesterreichisches Rechtslexikon**. Prag: Höfer & Klouček, 1895, v. 2, p. 234–235.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2019.

EUCHNER, Walter. Rudolf Hilferding (1877-1941). In: EUCHNER, Walter (Org.). **Klassiker des Sozialismus**, v. 2. München: Beck, 1991, p. 99-111.

FAUSTO, Ruy. Para uma crítica da apresentação marxista da História: sobre a sucessão dos modos de produção. In: FAUSTO, Ruy. **Marx: Lógica e política. Investigação para uma reconstituição do sentido da dialética**, t. II. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 11-133.

FLOßMANN, Ursula. **Österreichische Privatrechtsgeschichte**. 6. ed. Wien, New York: Springer, 2008.

FRAENKL, Ernst. Karl Renner: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. In: BUCHSTEIN, Hubert (Org.). **Gesammelte Schriften**, v. 1. Baden-Baden: Nomos, 1999a [1929], p. 365–369.

FRAENKL, Ernst. Rechtssoziologie als Wissenschaft. In: BUCHSTEIN, HUBERT (Org.). **Gesammelte Schriften**, v. 1. Baden-Baden: Nomos, 1999b [1929]. v. 1. p. 370–379.

_____. Kollektive Demokratie. In: BUSCHSTEIN, Hubert (ed.). **Gesammelte Schriften**, v. 1. Baden-Baden: Nomos, 1999c [1929].

_____. Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts. In: BUSCHSTEIN, Hubert (ed.). **Gesammelte Schriften**, v. 1. Baden-Baden: Nomos, 1999d

_____. "Zur Soziologie der Klassenjustiz". In: BUCHSTEIN, HUBERT (Org.). **Gesammelte Schriften**, v. 1. Baden-Baden: Nomos, 1999e [1927]. v. 1. p. 177–211.

_____. Die politische Bedeutung des Arbeitsrecht. In: BUCHSTEIN, HUBERT (Org.). **Gesammelte Schriften**, v. 1. Baden-Baden: Nomos, 1999f [1932]. v. 1. p. 469–480.

GEUSS, Raymond. **The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1981.

GUBER, Franz. **Das Selbstbestimmungsrecht in der Theorie Karl Renners**. Würzburg: Creator, 1986.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.

HECKER, Rolf. Einfache Warenproduktion. In: HAUG, Wolfgang Fritz. **Historisch-Kritisches Wörterbuch des Marxismus**, v. 3. Hamburg: Argument, 1997 119–126.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. Trad. Edgard Malagodi e Ronaldo Cunha. In: BENJAMIN, Walter et al. **Os Pensadores: Textos Escolhidos**. São Paulo: Abril Cultura, 1980.

JAEGGI, Rahel. Rethinking Ideology. In: BRUIN, Boudewijn de; ZURN, Christopher (Org.). **New Waves In Political Philosophy**. Basingstoke England ; New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 64–86.

_____. **Kritik von Lebensformen**. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2013.

KAHN-FREUND, Otto. Der Funktionswandel Des Arbeitsrechts. In: RAMM, Thilo (ed.). **Arbeitsrecht und Politik**. Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1966a [1932]. p. 211–244

_____. Das Soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts. In: RAMM, Thilo (ed.). **Arbeitsrecht und Politik**. Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1966b [1931], p. 149–210

_____. Introduction. In: RENNER, Karl. **Institutions of private law and their social functions**. Abington: Routledge, 2013a [1949], p. 1-43.

_____. Notes. In: RENNER, Karl **Institutions of private law and their social functions**. Abington: Routledge, 2013b [1949], p. 60-68, 77-80, 95-103, 159-194, 209-214, 221-226, 237-240, 247-250, 260-264,273-274, 279-280, 287-288, 300-302.

_____. Postscript In: LEWYS, Roy; CLARK, John (Eds.) *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*. Oxford: Blackwell, 1981.

KAUFMANN, Erich. **Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie**. Aalen: Scientia, 1964.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934**. Tübingen 2008.

KINSEY, Richard. Karl Renner on socialist legality. In: SUGARMAN, David (org.) **Legality, Ideology and The State**. London: Academic Press, 1983, p. 11-42.

KRÄTKE, Michael. Austromarxismus und Kritische Theorie. In: BITTLINGMAYER, Uwe H.; DEMIROVIĆ, Alex; FREYTAG, Tatjana (Org.). **Handbuch Kritische Theorie**. Wiesbaden: Springer, 2018.

KNOLL, Reinhold; MAJEE, Gerhard; WEISS, Hilde; WIESER, Georg. Der österreichische Beitrag zur Soziologie von der Jahrhundertwende bis 1938. In: **Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie**, Sonderheft 23/1981(Soziologie in Deutschland und Österreich). Opladen: Rainer Lepsius, 1981, p. 59-101.

LESER, Norbert. Der Austromarxismus als Theorie und Praxis. In: **Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie**, ano 20, 1968, p. 471-501.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças do direito**. São Paulo: Ciência Jurídica, 1997.

LÖW, Raimund. Theorie und Praxis des Austromarxismus. In: LÖW, Raimund; MATTL, Siegfried; PFABINGEN, Alfred. **Der Austromarxismus: eine Autopsie**. Frankfurt: isp, 1986, p. 9-77.

LUKÁCS, Georg. A reificação e a consciência do proletariado. In: **História e consciência de classe**. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 193-411.

MANNHEIM, Karl. **Ideologie und Utopie**. 9. ed. Frankfurt: Klostermann, 2015

MARRAMAO, Giacomo. Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo.In: HOBSBAWN, Eric (org.) **História do marxismo**, Vol. V. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Luiz Sérgio N. Henriques e Amélia Rosa Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p.p 277-343.

_____. **O político e as transformações**.Trad. Roberto Bertelli. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

MARX, Karl. **O Capital**. Trad. Regis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Abril, 1983.

_____. Prefácio. In: KARL, Marx. *Os Pensadores: Marx*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Abril Cultural, 1999a, p. 49-54.

_____. Introdução [à Crítica da economia política]. In: KARL, Marx. *Os Pensadores: Marx*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Abril Cultural, 1999b, p. 25-48.

MELO, Rúrion. **A ampliação do conceito de político: para uma outra recepção da teoria crítica de Marx**. In: *Cadernos de filosofia alemã*, n. 13, 2009, p. 59-82.

_____. ***Marx e Habermas: teoria crítica e os sentidos da emancipação.*** São Paulo: Saraiva, 2013.

MENGER, Anton. **Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1908.

MOZETIČ, Gerald. Einleitung. In: MOZETIČ, Gerald (Org.). A**ustromarxistische Positionen**. Wien, Köln, Graz: Böhlau, 1983, p. 7-28.

NEUMANN, Franz. **Rechtsphilosophische Einleitung zu einer Abhandlung über das Verhältnis von Staat und Strafe**. Tese de doutorado – Universidade deFrankfurt. Frankfurt: 1923.

_____. Der Kampf um den Zwangstarrif. In: **Die Arbeit**, ano 2, v. 11, 1925, p. 694–703

_____. Gesellschaftliche und staatliche Verwaltung der monopolitischen Unternehmungen. In: **Die Arbeit**, 1928. v. 7. p. 393–406.

_____. Richterliches Ermessen und Methdonstreit im Arbeitsrecht. In: **Arbeitsrecht**. year 6. Stuttgart: Hess, 1929a. v. 6. p. 321–332.

_____. **Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung**. Berlin: Laubsche, 1929b.

_____. Der Entwurf eines Kartell und Monopolgesetzes. In: **Die Arbeit**, year 7, v. 12, 1930, p. 773–791.

_____. Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Witschaftsverfassung. In: **Die Arbeit**, year 8, v. 8, 1931, p. 588–606.

_____. Império do direito. Trad. Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. Mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. Trad. Bianca Tavolari. In: **Revista de Estudos Políticos**, N. 109, 2014, p. 13-87

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. São Paulo: Zahar, 2011.

_____. How Practical Can Critical Theory Be? In: LUDOVISI, Stefano Giacchetti (Org.). **Critical Theory and the Challenge of Praxis: Beyond Reification**. Farnham, Burlington: Routledge, 2015, p. 159–172.

OGOREK, Regina. ***Aufklärung über Justiz***. Frankfurt: Klostermann, 2008.

PFIZER. Eigenthum. In: HOLTZENDORFF, Franz von (Org.). **Rechtslexikon. Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1875, v. 1. p. 447–450.

POSENER, Paul. Eigentum. In: POSENER, Paul (Org.). **Rechtslexikon. Handwörterbuch der Rechts- und Staatswissenschaften**. Berlin: Erich Weber, 1909, v. 1. p. 407–409.

REHBINDER, Manfred. **Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich**. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

RENNER, Karl [Rudolf Springer]. ***Staat und Parlament. Kritische Studie über die österreichische Frage und das System der Interessenvertretung***. Wien: Wiener Volksbuchhandlung, 1901

_____. [O. W. Payer]. **Mehrarbeit und Mehrwert**. Wien: Wiener Volksbuchhandlung, 1902.

_____. [Joseph Karner]. **Die soziale Funktion der Rechtsinstitute besonders des Eigentums**. Wien: Ignaz Brand, 1904.

_____. **Marxismus, Krieg und Internationale. Kritische Studien über offene Probleme des wissenschaftlichen und des praktischen Sozialismus in und nach dem Weltkrieg**. Stuttgart: Dietz, 1918.

_____. **Die Wirtschaft als Gesamtprozess und die Sozialisierung. Populärwissenschaftlich dargestellt nach Karl Marx'System**. Berlin: Dietz, 1924.

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

_____. **Wege der Verwirklichung**. Berlin: Dietz, 1929b.

_____. Ein Buch vom juristischen Überbau. In: **Zeitschrift für soziales Recht**, n. 3, ano 2, 1930, p. 135-145.

_____. **Mensch und Gesellschaft – Grundriss einer Soziologie**. Wien: Wiener Volksbuchhandlung, 1952

_____. Einige Erfahrungen praktischen Klassenkampfes. In: MOZETIČ, Gerald (Org.). A**ustromarxistische Positionen**. Wien, Köln, Graz: Böhlau, 1983a, p. 31-48.

_____. Ist der Marxismus Ideologie oder Wissenschaft! In: MOZETIČ, Gerald (Org.). A**ustromarxistische Positionen**. Wien, Köln, Graz: Böhlaub, 1983, p. 74-90.

SAAGE, Richard. ***Der erste Präsident: Karl Renner - eine politische Biografie.*** Wien: Paul Zsolnay, 2016.

_____. In: FISAHN, Andreas; SCHOLLE, Thilo; CIFTCI, Ridvan (Orgs.). **Marxismus als Sozialwissenschaft. Rechts- und Staatsverständnis im Austromarxismus**. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 77-87.

SINZHEIMER, Hugo. “Die Zukunft der Arbeiterräte” In: KAHN-FREUND, Otto; RAMM,Thilo (eds.). **Arbeitsrecht und Rechtssoziologie**, v. 1. Frankfurt: Europ. Verl.-Anst., 1976, p. 351-354.

SILVA, Felipe Gonçalves. **Liberdades em disputa**. **A reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas.** São Paulo: Saraiva, 2016.

STAHL, Titus. *Immanente Kritik: Elemente einer Theorie sozialer Praktiken*. Frankfurt am Main: Campus, 2013.

_____. Ideologiekritik. In: QUANTE, Michael; SCHWEIKARD, David P. (Orgs.). **Marx-Handbuch: Leben – Werk – Wirkung**. Stuttgart: J.B. Metzler, 2016, p. 238–256.

STAMMLER, Rudolf. **Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung: eine sozialphilosophische Untersuchung**. Leipzig: Veit, 1896.

TAMANAHA, Brian Z. **Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2006.

TAVOLARI, Bianca. **Origens da juridificação: direito e teoria crítica**. 2019. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

VITA, Leticia. Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. In: **Historia Constitucional**, n. 19, 2018, p. 565-591.

WAGNER, Adolf. **Grundlegung der politischen Oekonomie**. v. 2. 3 ed. Leipzig: Winter'sche, 1894.

WEBER, Max. R. Stammlers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung. In: WEBER, Max. **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre.** 7. ed.Tübingen: Mohr, p. 291-359.

_____. Nachtrag zu dem Aufsatz über R. Stammlers "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung In: WEBER, Max. **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre.** 7. ed.Tübingen: Mohr, p. 360-383.

_____. GEPHART, Werner (ed.); HERMES, Siegfried (ed.). **Wirtschaft und Gesellschaft. Teilband: 3: Recht.** Tübingen: Mohr, 2004.

WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit**. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2016.

WILLOWEIT, Dietmar. Dominium und Proprietas. In: **Historisches Jahrbuch**, v. 94, 1974, p. 131–156.

ANEXO

Erstes Kapitel
RECHTSINSTITUT UND WIRTSCHAFTSEINRICHTUNG

1. Abschnitt
DIE GESTELLTE AUFGABE

1. Die Normen

1 | [1] Das Rechtsleben unserer Zeit erscheint vergegenständlicht in einer unabsehbaren Massen von Gesetzbüchern, von einzelnen Gesetzen und Verordnungen, von Verfügungen der Behörden und Urteilen der Gerichte, von Verträgen und sonstigen Willensakten der Privaten. Das, was rechtens sein soll, halten Schrift und Druck fest und rücken es aus dem verschwimmenden, bloß subjektiven Dasein im Bewußtsein des Einzelnen heraus in die Welt der Objekte. Schrift und Druck objektivieren auf diese Art Bewußtseinstatbestände, machen sie beständig und entziehen sie so dem Individuum, dessen Seelenregungen ja unendlich wandelbar sind. Das Recht erscheint als etwas Festgelegtes, Statuiertes, Gesetztes, als Gesetz.

[2] Betrachten wir zunächst die sprachliche Form dieser Festlegung, so finden wir in den Gesetzbüchern die mannigfachste Ausdrucksweise. In der heutigen Gesetzessprache herrscht der Indikativ vor, sei es in Form der Behauptung („die Familienverhältnisse werden durch Ehevertrag begründet“ § 44 öst. AbGB) oder der Definition („als ein Recht... ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und

Primeiro Capítulo
INSTITUTO JURÍDICO E ORGANIZAÇÃO [EINRICHTUNG] ECONÔMICA

1. Seção
A TAREFA POSTA

1. As normas

[1] A vida jurídica de nosso tempo aparece objetificada em uma massa imensa de códigos, de leis e decretos individuais, de disposições de repartições públicas e sentenças de tribunais, de contratos e outros atos de vontade de privados. Aquilo que deve ser direito é retido e trazido da existência nebulosa e meramente subjetiva na consciência dos indivíduos ao mundo dos objetos pela escrita e impressão. Escrita e impressão objetivam, dessa maneira, fatos da consciência, tornam-os duradouros e os subtraem ao indivíduo, cujas emoções são infinitamente mutáveis. O direito aparece como algo fixado, estatuído, posto, enquanto lei.

[2] Se encaramos primeiramente a forma linguística dessa fixação, então encontramos nos códigos formas de expressão as mais variada. Na linguagem da lei de hoje predomina o indicativo, seja na forma da afirmação (“as relações familiares são estabelecidas pelo contrato de casamento” § 44 AbGBª austr.), da definição (“enquanto direito… a propriedade é a faculdade de dispor de acordo com seu arbítrio da substância e dos usos de uma coisa e

jeden anderen davon auszuschließen“ § 354 ebenda) oder eines Bedingungssatzes („Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird... wegen Mordes mit dem Tode bestraft“ § 211 RStrG). Der so aufgestellte „Rechtssatz“ trägt die Gestalt einer Regel
2 | wie etwa die naturwissenschaftliche Regel „wenn die Temperatur sinkt, fällt die Quecksilbersäule im Thermometer“. Naturgesetz und Rechtsgesetz geraten dadurch in eine formale Analogie, wonach das eine die Beziehungen der Naturdinge, das andere die Beziehungen der Menschen untereinander ordnet und wobei beide als höhere, übermenschliche Macht zu wirken scheinen. Das Rechtsgesetz (und neben ihm das Sittengesetz) stünde sonach auf dem einen, das Naturgesetz auf dem anderen Pole des Kosmos, der in ein Natur- und Vernunftreich zerfällt; beide Gesetze werden nach der Ueberlieferung als unmittelbarer Ausfluß einer übermenschlichen oder göttlichen Gewaltgdacht.[1]

1 Immanuel Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Inselausgabe, 5 Bd., Seite 71: „Eine Welt vernünftiger Wesen (*mundus intelligibilis*) als ein Reich der Zwecken“. – „Ein Reich der Zwecke ist also nur möglich nach der Analogie mit einem Reiche der Natur, jenes aber nur nach Maximen, d.i. sich selbst auferlegter Regeln, diese nur nach den Gesetzen äußerlich genötigter wirkenden Ursachen.“ Naturreich und Vernunftreich stehen einander gegenüber, der Mensch als natürliches und zugleich vernünftiges Wesen steht in beiden zugleich, „einmal sofern es zur Sinnenwelt gehört, unter Naturgesetzen (Heteronomie), zweitens als zur intelligiblen Welt gehörig, unter Gesetzen, die von der Natur unabhängig, nicht empirisch, sondern bloß in der Vernunft begründet sind“. (Autonomie.) – Diese ganze Vorstellungsweise der Rechtswelt als einer „allgemein einer Naturordnung ähnlichen Gesetzmäßigkeit der Handlungen“ bei Kant beruht auf einer geschichtlich überaus engen Abstraktion, die aus der Gesellschaft bloß durch Wettbewerb und Vertrag verbundener Privateigentümer abgezogen ist. Daher auch Kants Definition des Rechts:

excluir os outros disso” § 354 *ibidem*) ou de uma proposição condicional (“quem dolosamente matar uma pessoa, será… punido com a morte por homicídio” § 211 RStrG[b]). O “dispositivo jurídico” [Rechtsatz] construído desta maneira traz a feição de uma regra como a regra da ciência da natureza “quando a temperatura baixa, cai a coluna de mercúrio do termómetro.” Lei da natureza e lei jurídica entram com isso em uma analogia formal segundo a qual uma ordena as relações das coisas naturais e a outra as dos seres humanos entre si e na qual ambas parecem funcionar como poder superior e sobrehumano. A lei jurídica (e ao lado dela a lei moral[c] [Sittengesetz]) estariam em um pólo e a lei da natureza em outro de um cosmos que se divide em um reino da natureza e outro da razão; ambas as leis são pensadas, de acordo com a tradição, como emanação imediata de um poder sobrehumano ou divino.[1]

1 KANT, Immanuel. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Inselausgabe V. 5, p. 71: “Um mundo de seres racionais (*mundus intelligibilis*) como um reino dos fins.” - “Um reino dos fins, portanto, só é possível segundo a analogia com um reino da natureza, aquele, porém, apenas segundo máximas, isto é, regras impostas a si mesmo, esta apenas segundo leis de causas eficientes necessitadas externamente.” Reino da natureza e reino da razão estão frente a frente, o homem enquanto ser natural e, ao mesmo tempo, racional está, ao mesmo tempo, em ambos, “primeiro, na medida em que pertence ao mundo sensível, sob as leis da natureza (heteronomia), segundo, enquanto pertencente ao mundo inteligível, sob leis que, independentes da natureza, sejam, não empíricas, mas fundadas na razão apenas.” (autonomia) – Todo esse modo de representar o mundo jurídico como “conformidade das ações a leis, semelhante de modo geral a um ordem natural” em Kant se baseia em uma abstração historicamente muito restrita, retirada de uma sociedade de proprietários privados vinculados meramente através da concorrência e do contrato. Daí também a definição de direito de Kant:

[3] Prüft man indessen die Rechtsnormen eingehend, so verwandelt sich dieser Indikativ in die Befehlsform: Jener § 211 RStrG sagt dem Individuum: „Du sollst nicht töten!“ und sagt weiter: „Hast du vorsätzlich getötet, so sollst du selbst den Tod erleiden!“ Die biblische Imperative „Steinigt ihn! Kreuzige ihn!“ sind in einer Regel umschrieben. Und jener § 354 öst. AbGB sagt dem Eigentümer: „Du darfst mit der Substanz und den Nutzungen deiner Sache nach Willkür schalten“ und richtet zugleich an die Rechtsgenossen den Befehl „Niemand von euch soll den Eigentümer in dieser Willkür stören oder beschränken!“ Jede Norm die in ihrer indikativischen Form einen fetischartigen, dem Walten des Naturgesetzes verwandten und überindividuellen, übermenschlichen, ja göttlichen Charakter annimmt, gewinnt sofort ein natürlicheres, wenn auch lange nicht selbstverständliches Aussehen, wenn sie aufgelöst wird in die Imperative, die sich an das Individuum richten und ihm zurufen: Du sollst und du sollst nicht! Du

„Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“ Nachdem die Gesellschaft in Atome zerschlagen ist, verbindet die Atome das einem „Naturgesetz“ analoge Gesetz der Gesellschaft – dieses Philosophem ist hangreiflich [sic] ideologische Ueberbau der einfachen Warenproduktion.

[3] No entanto, ao se examinar pormenorizadamente as normas jurídicas, esse indicativo se transforma, então, no imperativo: aquele § 211 RStrG diz ao indivíduo: “você não deve matar!” E continua: “se você matou dolosamente, então você mesmo deve sofrer a morte!” Os imperativos bíblicos “apedrejem-no! Crucifiquem-no!” são reformulados na forma de uma regra. E aquele § 354 AbGB austr. diz ao proprietário: “você pode dispor da substância e dos usos da sua coisa de acordo com seu arbítrio” e dirige simultaneamente aos consortes jurídicos a ordem “nenhum de vocês deve estorvar ou limitar o proprietário nesse arbítrio!” Cada norma, que em sua forma indicativa assume um caráter de fetiche, aparentado ao modo de funcionamento da lei natural, supraindividual e sobrehumano, até divino, ganha um aspecto mais natural, ainda que longe de autoevidente, quando ela é reduzida ao imperativo que se dirige ao indivíduo e clama a ele: você deve e você não deve! Você

“O direito é o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade.” Depois que a sociedade foi quebrada em átomos, uma lei da sociedade análoga a uma “lei da natureza” une os átomos - esse filosofema é evidentemente a superestrutura ideológica da produção simples de mercadoria. [As traduções de Kant foram retirados, respectivamente, das seguintes edições: Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009, pp. 277, 279 e 369-371 e KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes.* Trad. de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 36, esta última com uma pequena alteração (a supressão do “portanto” na frase “O direito, portanto, é…”) para adequá-la à citação que Renner faz do texto de Kant. O termo “evidentemente”, na última frase, traduz “hangreiflich” que entendemos ser um erro tipográfico, a supressão do “d” da palavra *handgreiflich* (NT)].

darfst, du kannst...! Die Analogie mit dem Naturgesetz verliert damit jeden Vergleichspunkt, die Natur kennt keinen beherrschenden Gesamt- und keinen beherrschten Individualwillen.

[4] Die alten Völker, die ihre Normen in Stein und Erz, auf Papyrus und Pergament festgelegt haben, sprechen noch in aller Regel in direkten Imperativen: So das Gesetzbuch Hamurabis, die zehn Gebote des Moses, die XII Tafeln in Rom.[2]

[5] Die Elemente der Rechtsordnung sind diese Imperative, die sich an das Individuum richten und Befolgung heischen. Sie kehren sich an dessen Wollen, beschränken oder erweitern, brechen oder steigern seinen Eigenwillen

2 Es ist für die Alten charakteristisch, daß sie in ihrer Sprache den Imperativ weit besser ausgebildet haben als wir, daß er beinahe ebensoviele Formen – nicht nur im Aktivum sondern auch Passivum – aufweist wie der Indikativ. So besonders im Griechischen. Völker, deren Wirtschaftsleben auf der antiken Familie, diesem kleinen Sklavenstaat unter dem Hausherrn (dem „Despotes“) und somit auf unmittelbarem persönlichem Befehl und Gehorsam sich aufbaut, brauchen den Imperativ weitaus mehr als wir, die wir ihn unpersönliche „Regeln“ wandeln. „Das Fabrikstor wird täglich um ¾ 6-6 Uhr früh geöffnet“ – eine Behauptung, die, ohne Bezug auf ein Subjekt ausgesprochen, nicht berechtigt ist, es sei denn, sie tritt als Prophezeiung auf, an sich ebenso sinnlos wie die Behauptung des § 211 RStrG „Wer tötet, wird mit dem Tode bestraft“. – Faktisch gelingt diese Bestrafung nur bei einem Teil der Mörder. Wie jenem Strafrechtssatz Imperative zugrunde liegen, so dieser Regel vom Fabrikstor: „Portier, du sollst täglich frühestens vor ¾6 Uhr öffnen und um 6 Uhr Schließen! Arbeiter, ihr sollt täglich Schlag 6 Uhr die Arbeit antreten!“ Die Norm als Regel läßt befehlende und gehorchende Individuen verschwinden, der Imperativ hebt sie hervor. Daher haben die alten Gesetze, die im Imperativ sprechen, eine wunderbare Plastik des Ausdrucks, die neuen Gesetze lieben eine dunkle Ausdrucksweise, aus der der Gehorsamspflichtige seine Person und seine Pflicht oftmals erst herausinterpretieren muß.

tem licença para, você pode… ! A analogia com a lei natural perde qualquer ponto de comparação, a natureza não conhece nenhuma vontade coletiva [Gesamtwille][d] dominante e nenhuma vontade individual dominada.

[4] Os povos antigos, que fixaram suas normas na pedra e no bronze, no papiro e no pergaminho, ainda falavam, via de regra, em imperativos diretos: assim o código de Hamurabi, os dez mandamentos de Moisés, as XII tábuas de Roma.[2]

[5] Os elementos da ordem jurídica são esses imperativos que se dirigem ao indivíduos e exigem obediência. Eles se voltam ao seu querer, limitam ou ampliam, rompem ou intensificam sua vontade própria

2 É característico dos antigos o fato de que eles desenvolveram muito melhor o imperativo em sua língua do que nós, que ele apresente quase tantas formas - não só no ativo como também no passivo - quanto o indicativo. Assim especialmente no grego. Povos cuja vida econômica se ergue a partir da família antiga, esse pequeno Estado escravista sob o senhor da casa (o “déspota”), e, com isso, a partir da ordem e da obediência imediatas e pessoais, usam o imperativo muito mais do que nós, que o transformamos em “regras” impessoais. “O portão da fábrica é aberto diariamente das 5:45-6 horas da manhã” - uma afirmação que, pronunciada sem referência a um sujeito, não é válida, a não ser que ela apareça como profecia, em si tão sem sentido quanto a afirmação do § 211 RStrG “quem matar será punido com a morte.” - Factualmente, essa punição só tem sucesso em relação a uma parte dos assassinatos. Assim como nessa norma penal, um imperativo também está na base da regra do portão da fábrica: “porteiro, você deve abrir diariamente o portão não antes das 5:45 e fechá-lo às 6 horas! Trabalhadores, vocês devem iniciar o trabalho diariamente às 6 horas em ponto!” A norma enquanto regra escamoteia os indivíduos que comandam e que obedecem, o imperativo os salienta. Por isso as leis antigas, que falam no imperativo, possuem uma plástica da expressão maravilhosa e as novas leis amam uma forma de expressão obscura da qual, muitas vezes, aquele que deve obediência precisa primeiro extrair interpretativamente seu sujeito e sua obrigação.

(Autonomie) und treten ihm daher entgegen als fremder Wille (Heteronomie). Diese Willensbeziehung ist für das Recht grundlegend, sie hat durchaus nichts Geheimnisvolles, Metaphysisches, Gespenstisches oder Göttliches. Der Räuber, der den Passanten im Walde mit dem Alternativimperativ „Das Geld oder das Leben" überfällt, versucht, was den psychischen und physischen Vorgang betrifft, ebenso eigenen Willen dem fremden aufzuerlegen (zu imponieren), wie das das Gesetz mit dem bereiten Erfüllungszwang oder mit der Strafdrohung und dem bereiten Straf vollzug tut. Heteronomer Wille wird dem autonome Willen imponiert durch Lockung und Drohung, durch Ueberredung und Einschüchterung, durch Betrug, durch psychischen (Hypnose usw.) und durch physischen Zwang. Das Phänomen ist alltäglich.

[6] Der geheimnisvolle unterschied liegt darin, daß in unserer Zeit alles Recht vom Staat im Namen der Gesamtheit der Staatsbürger gesetzt erscheint, daß also nicht der Wille des einen Individuums dem anderen, sondern ein Gesamtwille dem Individualwillen imponiert wird. Woher dieser „Gesamtwille" stammt (der ja sichtbarlich nicht allgemeiner Wille oder *volonté générale* ist), das ist eines der Grundprobleme der Rechtswissenschaft.

[7] Diesem haben wir indessen in der vorliegenden Betrachtung nicht nachzugehen. Wir nehmen für deren Zwecke ungeprüft, als augenscheinliche Gegebenheit hin, daß der Staat das Recht setzt, daß dieses Recht als Gesamtwille dem Einzelwillen gegenübertritt und Befolgung heischt.

(autonomia) e, com isso, confrontam-no enquanto vontade alheia (heteronomia). Essa relação de vontades é fundamental para o direito, ela não tem nada de secreto, metafísico, fantasmagórico ou divino. O ladrão que assalta os passantes na floresta com o imperativo alternativo "o dinheiro ou a vida," tenta, no que se refere ao processo psíquico e físico, impor (infligir), da mesma forma, vontade própria à alheia, assim como o faz a lei com a coerção ao cumprimento ou com a ameaça de sanção e a pronta execução da pena. Vontade heterônoma é imposta à vontade autônoma através de aliciamento ou ameaça, de convencimento ou intimidação, de fraude, coação psíquica (hipnose etc.) ou física. O fenômeno é cotidiano.

[6] A diferença misteriosa está no fato de que em nosso tempo todo direito aparece como posto pelo Estado em nome da coletividade (Gesamtheit) dos cidadãos, que, então, não a vontade de um indivíduo é imposta ao outro, mas uma vontade coletiva à vontade individual. De onde essa "vontade coletiva" provém (que visivelmente não é vontade geral [allgemeiner Wille] ou *volonté générale*), este é um dos problemas fundamentais da ciência do direito [Rechtswissenschaft].

[7] Todavia não nos ocuparemos deste na presente consideração. Para seus fins aceitaremos, sem exame, como dado evidente que o Estado põe o direito, que esse direito confronta a vontade individual enquanto vontade coletiva e demanda obediência.

Wir lassen uns auf dieser Stelle noch nicht darauf ein zu untersuchen, ob der Staat in dieser Hinsicht real, eine wirkliche Einheit ist, eine Person, und ob diese Einheit des Staates irgendwie eine reale Einheit der Gesellschaft, die der Staat innerhalb seiner Grenzen einschließt, wiedergibt.[3] Es genügt zu wissen, daß die Rechtsordnung als einheitlicher Gesamtwille den Einzelwillen der Bürger tatsächlich auferlegt ist, daß sie als Einheit real wirkt. Aber wir erkennen, daß es eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtswissenschaft ist, zu erklären wie aus einem Chaos der widerstreitender Einzelwillen ein einheitlicher Gesamtwille entsteht, obschon eine solche Erklärung an dieser Stelle nicht unsere Aufgabe ist.

[8] Der andere Teil der Rechtswissenschaft interessiert uns eher; der Teil, den ich als Jurisprudenz oder Rechtskunde bezeichnen und als einen Teil der Rechtswissenschaft abgrenzen möchte, als einen Teil, aber immerhin als Wissenschaft mit besonderer Aufgabe und Methode. Die Jurisprudenz hat nicht zu untersuchen, woher der Gesamtwille komme, was seine Wesenheit sei, wie er werde und vergehe; sie findet die Rechtssätze in der Summe Gesetzesbestimmungen vor, analysiert sie, ordnet sie nach ihrer inneren Natur und bringt sie ins System. Die chaotische Masse der Normen vermag sie ja nicht zu erfassen und darstellen, auch nicht zu lehren und anzuwenden, ohne sie zu gruppieren. Sie gruppiert sie nach ihren juristischen, das ist nach

3 "Die Gesellschaft als ein einziges Subjekt zu betrachten, heißt, sie... falsch betrachten spekulativ." (Karl Marx, *Neue Zeit*, XXI. Jahrgang, I. Band, Seite 718).

Não nos meteremos a investigar, neste momento, se o Estado, a esse respeito, é real, uma verdadeira unidade, uma pessoa, ou se essa unidade do Estado reproduz de alguma forma uma unidade real da sociedade que o Estado encerra em suas fronteiras.[3] Basta saber que a ordem jurídica é de fato imposta como vontade coletiva unitária à vontade individual do cidadão, que ela atua efetivamente como unidade. Mas nós reconhecemos que explicar como surge uma vontade coletiva unitária de um caos de vontades individuais conflitantes é uma das tarefas mais importantes da ciência do direito, ainda que tal explicação não seja nossa tarefa neste momento.

[8] A outra parte da ciência do direito nos interessa mais; a parte que eu gostaria de designar de dogmática jurídica [Jurisprudenz][e] ou doutrina jurídica [Rechtskunde] e delimitar enquanto uma parte da ciência do direito, enquanto uma parte, mas ainda assim enquanto ciência com tarefa e método particular. A dogmática jurídica não tem que investigar de onde viria a vontade coletiva, qual seria sua essência [Wesenheit], como ela vem a ser e passa; ela encontra os dispositivos jurídicos [Rechtssätze] na totalidade das determinações legais, analisa-as, ordena-as segundo sua natureza interna e as integra no sistema. Ela não é capaz de apreender e apresentar, ou também ensinar e aplicar a massa caótica de normas sem as agrupar. Ela as agrupa de acordo com suas características jurídicas, isto é, de acordo com aquelas

3 "Encarar a sociedade como um sujeito único significa… encará-la de maneira falsa, especulativa" (Marx, Karl. *Neue Zeit*, ano XXI, v. 1, p. 718).

jenen Merkmalen, die ihnen als Normen zukommen. Sie ordnet sie in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche, die ersteren in sachrechtliche, obligatorische, familien- und erbrechtliche Bestimmungen, immer nach ihrer Eigenschaft als Willensbeziehungen. Das Darlehen zum Beispiel ist der Jurisprudenz immer eine Willensbeziehung zwischen zwei Personen, dem Gläubiger und dem Schuldner, und betrifft Hin- und Rückgabe einer Sache; ob dabei der Gläubiger den Schuldner ökonomisch ausbeute (wie in der Regel) oder der Schuldner den Gläubiger (wie auch nicht selten), ob das Darlehen eine Kavalierschuld oder eine kaufmännische Kreditgewährung betreffe, immer hat die Jurisprudenz nur die Aufgaben, den Bestand von Rechtssätzen, der auf den Fall zutrifft, herauszuarbeiten und auf den Fall anzuwenden. Damit ist ihre Aufgabe als Jurisprudenz erschöpft. Welche Rückwirkungen Darlehensgeschäfte dieser Art, als juristische Massenerscheinung, auf die Oekonomie, auf die einzelnen Klassen oder auf die ganze Gesellschaft haben, die soziale Wirksamkeit jener Norm liegt jenseits ihrer juristischen Beschaffenheit und geht den Oekonomen und Soziologen an, wie interessant sie dem Juristen auch nebenher sein mag, sie liegt also auch jenseits der juristischen Systematik, genau so wie die ökonomische Verwendung der Tabakblätter jenseits der Botanik liegt.

2. Die Rechtsinstitute und ihr Normenbestand

[9] Die juristische Systematik beurteilt darum jede Norm anders als die politische Oekonomie, sie fragt, ob sie

características que lhes cabem enquanto normas. Ela as ordena em direito privado e público, as primeiras em determinações reais, obrigacionais, de família e de sucessão, sempre de acordo com suas características enquanto relações de vontade. O empréstimo, por exemplo, é para a dogmática jurídica sempre uma relação de vontade entre duas pessoas, o credor e o devedor, e diz respeito à entrega e devolução de uma coisa; se com isso o credor explora economicamente o devedor (como acontece em regra) ou se o devedor, o credor (como também não raramente), se o empréstimo diz respeito a uma dívida de cavalheiros ou a uma concessão de crédito comercial, a dogmática jurídica tem sempre apenas as tarefas de identificar o conjunto dos dispositivos jurídicos que dizem respeito ao caso e aplicá-lo ao caso. Com isso se esgota sua tarefa enquanto dogmática jurídica. Quais repercussões contratos de empréstimo desse tipo, enquanto manifestações jurídicas de massa, tem na economia, em cada classe ou no conjunto da sociedade, os efeitos sociais daquela norma, estão para além de sua qualidade jurídica e dizem respeito ao economista e ao sociólogo; por mais que eles possam interessar lateralmente ao jurista, eles estão para além da sistemática jurídica, assim como o emprego econômico da folha de tabaco está para além da botânica.

2. Os institutos jurídicos e seu conteúdo normativo

[9] A sistemática jurídica julga, por isso, cada norma de maneira diferente da economia política, ela pergunta se ela

subjektive Rechte begründe, ob diese absoluter oder relativer Natur, ob sie persönlich oder dinglich seien und so fort. In der Klassifikation der Rechte entscheidet also ihre juristische Natur, ihr Lebensprozeß ist Erwerb, Verfolgung gegen widerstrebende Dritte, Verlust des Rechtes: die normale, ungestörte Ausübung des Rechtes ist nicht mehr Gegenstand der Jurisprudenz, und gerade diese entfaltet erst den Wert des Rechtes im Leben.

[10] Ob ein Grundeigentümer auf seinem Boden Getreide oder Tabakpflanzen baut oder ihn brachliegen läßt, in allen Fällen übt er sein Recht aus und diese Ausübung gibt der Jurisprudenz und ihren Sachwaltern, den Anwälten und Richtern, keinen Anlaß, sich mit dem Manne zu beschäftigen. Kein Vertrag, kein Prozeß, kein Urteilsspruch hat mit der normalen, ungestörten Ausübung des Rechtes zu schaffen. Und gerade sie ist das volkswirtschaftlich und soziale Interessante. Erwerb, Störung und Schutz, Erlöschen des Rechtes – was des Juristen Normalfall ist – geht den Oekonomen höchstens als Krankheitserscheinung, als Abnormalität an, die im Anhang zu behandeln ist. Ein und dasselbe Grundeigentumsrecht, das die Jurisprudenz nicht zu scheiden vermag, wird bei verschiedener Ausübung ökonomisch und sozial ganz verschieden wirken und der Oekonom wird gezwungen sein, Kategorien anderer Art zu machen, er wird von Parzellenbäuerlichem Mittel – und Latifundienbesitz und von deren Wirkungen auf

estabelece direitos subjetivos, se esses possuem natureza absoluta ou relativa, se são pessoais ou reais e assim por diante. Sua natureza jurídica é, então, decisiva na classificação dos direitos, seu processo de vida é aquisição, processo contra terceiros relutantes, perda do direito: o exercício normal e não perturbado do direito não é mais objeto da dogmática jurídica e precisamente ele revela o valor do direito na vida.

[10] Se o proprietário de um imóvel cultiva trigo, plantas de tabaco ou o deixa improdutivo, em todo caso ele exerce seu direito e essa exercício não dá à dogmática jurídica e aos seus operadores, os advogados e juízes, nenhum pretexto para que eles se ocupem com a pessoa. Nenhum contrato, nenhum processo, nenhuma sentença tem que ver com o exercício normal e não perturbado do direito. E exatamente ele é o interessante político-economicamente [volkswirtschaftlich] e socialmente. Aquisição, perturbação e proteção, extinção do direito – o caso normal para os juristas – diz respeito ao economista no máximo enquanto fenômeno patológico, enquanto anormalidade a ser tratada no apêndice. O mesmo direito de propriedade imobiliária, que a dogmática jurídica não é capaz de decompor, vai funcionar, com exercícios diferentes, econômica e socialmente de maneira completamente distinta e o economista será forçado a produzir categorias de outro tipo, ele vai falar de pequena propriedade[f] rural [Parzellenbäuerlichembesitz], propriedade média [Mittelbesitz] campesina e propriedade latifundiária [Latifundienbesitz] e de seus efeitos na

Bevölkerungsdichte, auf die Arbeitsverhältnisse, auf Export und Import usw. sprechen. Dar Parzellenbesitz, der Bauernhof, der Großgrundbesitz sind ihm Wirtschaftseinrichtung. Zu der Wirtschaftseinrichtung des Bauernhofes wird als Normalbestand auch das Ausgedingte der Eltern gehören – es ist juristisch ein ganz anderes Rechtsinstitut. Rechtsinstitut und Wirtschaftseinrichtung decken sich nicht.

[11] Die Jurisprudenz faßt eben Normenkomplexe nach formaljuristischen Markmalen als Einheit zusammen zu dem Rechtsinstitut; sie ist dabei völlig im Recht, wenn sie die wirtschaftliche und soziale Wirksamkeit des Institut beiseite läßt, denn sie folgt dabei der ihr eigentümlichen, der ihr gebotenen Methode. Der Nationalökonom dagegen faßt menschliche Verkehrungen einheitlicher Wirtschaftsbestimmtheit als Wirtschaftseinrichtung, zum Beispiel als Einrichtung des Bauernhofes, auch dann, wenn dieser ausnahmsweise einmal nicht vom Eigentümer selbst bewirtschaftet, sondern verpachtet ist und also teilweise unter ein anderes Rechtsinstitut fällt. Im praktischen Leben wird oft zutreffen, daß eine und dieselbe Bezeichnung ohne Unterscheidung bald für das Rechtsinstitut, bald für die Wirtschaftseinrichtung angewendet und dadurch Verwirrung geschaffen wird.

[12] Es gibt nun nicht wenige und darunter namhafte Oekonomen, welche von den Juristen mit Vorliebe die Ineinandermengung der ökonomischen und der juristischen Methode fordern und auf ihrem eigenen Gebiete auch üben.

densidade populacional, nas relações de trabalho, nas exportações e importações, etc. A pequena propriedade [Parzellenbesitz], a fazenda, a grande propriedade fundiária [Großgrundbesitz] são organizações econômicas [Wirtschaftseinrichtungen]. À organização econômica da fazenda pertence como parte normal também o *Ausgedinge*[g] dos pais - ele é, juridicamente, um instituto jurídico completamente distinto. Instituto jurídico e organização econômica não são idênticos.

[11] A dogmática jurídica reúne, justamente, complexos de normas em uma unidade no instituto jurídico de acordo com características jurídico-formais; ela está completamente justificada se nisso ela deixa de lado os efeitos econômicos e sociais do instituto, pois com isso ela segue o seu método particular e indicado. O economista, em contrapartida, apreende relações [Verkehrungen] humanas de determinação econômica unitária enquanto organização econômica, por exemplo como organização da fazenda, também quando ela não é explorada pelo próprio proprietário uma vez excepcionalmente, mas antes é arrendada e portanto cai parcialmente sob outro instituto jurídico. Na vida prática será muitas vezes caso de a mesma designação ser empregada sem distinção ora para o instituto jurídico, ora para a organização econômica e que com isso seja causada confusão.

[12] Ora, não há poucos, e entre eles ilustres, economistas que pedem dos juristas, com predileção, a mistura do método econômico e do jurídico e também a praticam em seu próprio campo.

[13] Das Eigentumrecht der „Zivilisten“, das „römisch-rechtliche“, starr-individualisctische, absolute Eigentum, das Eigentum als Herrschaftsbegriff usw. erweckt ihren lebhaften Unmut.[4] Wie dem bürgerlichen Oekonomen alles Wert ist – das Glas Wasser in der Wüste, der Bariton in der Oper und die Leistung der Kaufliebe –, so ist ihnen alles „Eigentum“: Forderungen, Urheber- und Patentrechte usw., selbst ein Eigentum an „Verhältnissen“ und an „Rechten“ soll in der Definition des Eigentums Platz finden.[5] Kann man dabei auf mittelalterliches deutsches Recht verweisen, so hat man treffend die „Einseitigkeiten der heutigen Privatrechtwissenschaft“ aufgezeigt, die so töricht ist, das heutige Privatrecht auslegen zu wollen, wie es von Gesetz wegen da ist.

[14] Unsere Jurisprudenz begeht ja noch mehr derartige scheinbare Einseitigkeiten: es gibt bekanntlich ein Zivil-, ein Straf- und ein Verwaltungsrecht des Eigentums – die Jurisprudenz, ja der Gesetzgeber selbst zerschlägt ein Rechtsinstitut hier in drei Teile. Das zivile Recht des Eigentums ist außerdem nur ein Phantom ohne den Zivilprozeß, dieses sein wichtigstes öffentlichrechtliches Komplement. Die Rechtslehre

4 Vgl. Adolf Wagner, *Grundlegung*, 3. Auflage, II., 1-3, Seite 185 und § 126 ff.

5 Vgl. Adolf Wagner, *Grundlegung*, 3. Auflage, II., 1-3, Seite 268 - Was so als Eigentum bezeichnet werden soll ist die Gesamtheit der subjektiven Rechten des Individuums, die Vermögenswert haben. Julius Offer hat in seinem Sachenrecht diese Gesamtheit glücklich als das „Suum“ des Individuums bezeichnet und von dem engeren Begriff Eigentum geschieden. Vgl. auch Kant, *Allgemeine Rechtslehre*, I Teil, „Das rechtliche Meine.“

[13] O direito de propriedade dos “civilistas,” a propriedade “do direito romano,” rigidamente individualista e absoluta, a propriedade enquanto conceito de dominação, etc. desperta neles um desgosto intenso.[4] Assim como ao economista burguês tudo é valor – o copo d’água no deserto, o barítono na ópera e a prestação do amor comprado –, tudo para eles é “propriedade:” créditos, direito de autor e de patente, etc., mesmo uma propriedade de “relações” e “direitos” deve encontrar lugar na definição da propriedade.[5] Se juntamente se pode remeter ao direito alemão medieval, então comprovou-se acertadamente a “unilateralidade da dogmática privatista [Privatrechtswissenschaft] contemporânea,” que é tão tola a ponto de querer interpretar o direito privado atual como a lei o estabeleceu.

[14] Nossa dogmática jurídica comete ainda mais dessas aparentes unilateralidades: há, como se sabe, um direito civil, um direito penal e um direito administrativo da propriedade - a dogmática jurídica, até o próprio legislador, despedaça aqui um instituto jurídico em três partes. O direito civil da propriedade é além disso apenas um fantasma sem o processo civil, este seu mais importante complemento de direito público. A teoria do direito

4 Cf. WAGNER, Adolf. *Grundlegung* [*der politischen Oekonomie,* (NT)], 3 ed., II, 1-3, p. 185 e § 126 ss.

5 Cf. WAGNER, Adolf. *Grundlegung*, 3 ed., II, 1-3, p. 268. - O que, então, deve ser designado como propriedade é a totalidade dos direitos subjetivos do indivíduo que possuem valor patrimonial. Julius Offer, em seu direito das coisas, designou afortunadamente essa totalidade de “Suum” do indivíduo e o separou do conceito mais restrito de propriedade. Cf. também KANT, Immanuel. *Allgemeine Rechtslehre*, Parte I., “Das rechtliche Meine.”

hat für diese Disziplinscheidung ihre guten methodischen und praktischen Gründe. Sollen daher in den zivilistischen Begriff des Eigentums die verwaltungsrechtlichen Beschränkungen und Verbindlichkeiten der Eigentümer, die Grundsteuerpflicht usw. einbezogen werden? In der Tat verlangt Adolf Wagner, daß die privatrechtliche Definition „deswegen die Eventualität von gesetzlichen Beschränkungen der Verfügungsbefugnisse der Eigentümer und selbst von Verpflichtungen zu einem Tun“ mit in sich aufnehmen soll. Dieses Ansinnen ist in den Augen eines jeden Juristen eine Monstrosität, denn er weiß, daß jedes subjektives Recht verliehen ist durch das objektive, durch das Gesetz, daß es vor ihm nicht da ist, und daß dieses Gesetz der Person des Eigentümers eventuell Verpflichtungen, dem Objekt des Eigentums Lasten auferlegen kann, da es ja alle Untertanen zu einen Tun verbinden und alle Sachen innerhalb des Staatsgebietes belasten kann. Soll darum der Rechtslehrer in jeder Definition eines Rechtsinstituts zugleich die Grundsätze der Staats- und Rechtslehre *expressis verbis* wiederholen?

[15] Wie denn gar, wenn in einem Lande wie Deutschland die Verfassung selbst, was die Weimarer Verfassung im Art. 153 auch tut, die Sätze aufnimmt: „Eigentum verpflichtet! Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste“! Abgesehen davon, daß ein solcher Programmsatz der Verfassung einen Imperativ nicht an den Staatsbürger, sondern bloß an den Gesetzgeber enthält, diese Verpflichtung erst zu normieren, und dem Bürger direkt bloß einen Ratschlag erteilt –

[Rechtslehre] possui boas razões metodológicas e práticas para essa separação disciplinar. Deveriam, por conseguinte, ser incluídas no conceito civilista de propriedade todas as limitações e obrigações administrativas do proprietário, a tributação imobiliária, etc.? De fato, Adolf Wagner exige que a definição do direito privado incorpore “por isso a possibilidade de limitações legais das faculdade de disposição do proprietário e mesmo de obrigações de fazer.” Esse exigência é uma monstruosidade aos olhos de qualquer jurista, pois ele sabe que todo direito subjetivo é conferido pelo direito objetivo, pela lei, que antes dela ele não existe e que essa lei pode, eventualmente, impor obrigações à pessoa do proprietário e ônus ao objeto da propriedade, já que ela pode vincular todos os súditos a um fazer e onerar todas as coisas dentro do território do Estado. Deve, por isso, todo professor de direito repetir *expressis verbis* os fundamentos da teoria do Estado [Staatslehre] e do direito em cada definição de um instituto jurídico?

[15] E como seria se em um país, como a Alemanha, a própria constituição, como a Constituição de Weimar no art. 153 também o faz, acolher as frases: “a propriedade obriga! Seu uso deve também estar a serviço do bem comum”! Abstraindo do fato de que um dispositivo programático [Programmsatz] da constituição não contém um imperativo dirigido aos cidadãos, mas apenas ao legislador de, primeiro, normatizar essas obrigação e dá diretamente ao cidadão apenas um conselho –

wird das Sachenrecht Eigentum durch die Untertanspflicht des Eigentümers berührt?[6]

[16] Oder würde durch solche Formulierung des Begriffes in Wahrheit unser geltendes Privateigentum soziales Eigentum? Was kann denn anders damit bewiesen werden, als daß der Eigentümer nicht Souverän, sondern immer noch Staatsuntertan ist? Das Eigentum ist absolut in der Sphäre des Privatrechts und also der Privatwirtschaft und darum ist gerade diese Absolutheit die auch für den Oekonomen relevante Eigenschaft. Verwische ich sie, so verschwimmt die privatkapitalistische Wirtschaftsordnung in jenes unbestimmte Chaos von Einerseits und Anderseits, aus dem die Verteidiger der Privatwirtschaft ihre Grundlegungen, Grundrisse und Lesebücher für Kaufleute und Studierende gestalten.

[17] Nichts verlegt den Weg zum Erkenntnis mehr als der Synkretismus aller Methoden. Rechtsinstitute empfangen als solche, das heißt als Normenkomplexe, ihre Individuation durch die Einheitlichkeit der sie bildenden Normen. Etwas ganz anderes aber ist ihre Wirkung auf die Tatsachen des Lebens welche jenseits der Norm liegt. Unsere Studie wird dies an zahlreichen Fällen anschaulich machen. Hier nur noch der eine oder andere Beleg. Die eine Rechtsform des Vertrages dient einer unendlichen Reihe von ökonomischen und außerökonomischen Zwecken,

6 Diese Ablehnung der Methodenvermengung bestreitet nicht, daß zwischen dem Privateigentum und bestimmten öffentlichen Institutionen ein funktioneller Zusammenhang besteht: diesen gilt es abgesondert zu erforschen, nicht aber durch eine Sammeldefinition zu verwischen. Siehe unter S. 177 ff.

o direito real propriedade é afetado pelos deveres de súdito do proprietário?[6]

[16] Ou nossa propriedade privada vigente foi transformada em propriedade social através desta formulação do conceito? O que pode ser demonstrado com isso além do fato de que o proprietário não é soberano, mas sim súdito do Estado? A propriedade é absoluta na esfera do direito privado e, portanto, da economia privada, e justamente por isso esse caráter absoluto é a característica relevante também para o economista. Se a obscureço, então a ordem econômica capitalista privada se dissipa em um caos indeterminado de por um lado... e por outro..., a partir dos quais os defensores da economia privada formam suas fundamentações, compêndios e manuais para negociantes e estudantes.

[17] Nada atrapalha mais o caminho ao conhecimento do que o sincretismo metodológico. Apreender institutos jurídicos enquanto tais, isto é, enquanto complexos de normas, sua individuação através da unidade das normas que os formam. Seus efeitos sobre os fatos da vida, entretanto, são uma coisa completamentamente diferente, que está para além da norma. Nosso estudo explicitará isso em um grande número de casos. Aqui apenas uma ou outra prova. A forma jurídica do contrato serve a uma infindável série de fins econômicos e extraeconômicos,

6 Esta rejeição da confusão metodológica não contesta a existência de um nexo funcional entre a propriedade privada e determinadas instituições públicas: este deve ser investigado separadamente, não obscurecido por uma definição cumulativa. Ver abaixo pp. 177 e ss.

der Ehe so gut wie der Kaufliebe, das Darlehen speziell dient der „karitativen Wirtschaft“ wie der Bewucherung. Umgekehrt kann der ganz gleiche ökonomische Zweck durch verschiedene Rechtsinstitute realisiert werden so der Teilbau in der Form der Gesellschaft und eines Lohnvertrages, bei dem die Entlohnung *in natura* durch ein Teil des Produktes vereinbart wird. Das Institut der befristete Gutsübergabe unter Lebenden ersetzt die testamentarische Erbfolge ökonomisch. Aus dieser Verschiedenheit des Rechtsinstituts und seiner von ihm ausgehenden, außer ihm liegenden Wirksamkeit erklärt sich die Wirkungslosigkeit oder Ueberflüssigkeit mancher Gesetze. So erhält sich bei der rechtlicher Freiteilbarkeit die höferechtliche Ordnung des ländlichen Grundbesitzes dort, wo sie haltbar ist, ohne Höferecht einfach durch das Testament. Aus dieser Differenz, aus der fortwährenden Scheidung von Rechtsnorm und sozialer Wirksamkeit erklärt sich, wie wir sehen werden, erst die Entwicklung des Rechtes.

[18] Wir werden darzutun haben, daß aus der ungleichen Entwicklung von Rechtsinstitut und Wirtschaftseinrichtung, aus dem außerrechtlichen Wandel der sozialen Funktion der Rechtsinstitute und die hinterher durch dieses Wandel erzwungene in ihrem Normenbestand die geschichtliche Entwicklung des Rechtes, das Werden und Vergehen der Gesetze folgt. Dieser Prozeß des Entstehens und des Unterganges der Rechtsordnung kann niemals klar eingesehen werden, wenn man Rechtsinstitut und Wirtschaftseinrichtung

ao casamento tão bem quanto à prostituição, o empréstimo, especificamente, serve tanto à “economia beneficente” quanto à usura. Inversamente, o mesmo exato fim econômico pode ser realizado através de diferentes institutos jurídicos, assim a parceria [Teilbau] na forma da sociedade ou de um contrato de trabalho no qual é acordada a remuneração *in natura* de uma parte do produto. O instituto da transmissão limitada de bens entre vivos substitui economicamente a sucessão testamentária. Desta heterogeneidade dos institutos jurídicos e dos efeitos que partem deles, mas que estão para além deles, se explica a ineficácia ou a redundância de certas leis. Assim, mesmo onde o livre parcelamento é lícito, a ordenação de acordo com o *Höferecht*[h] [höferechtliche Ordnung] da propriedade imobiliária rural se conserva, onde ela é sustentável, sem *Höferecht*, simplesmente através do testamento. O desenvolvimento do direito se explica, como veremos, somente a partir desta diferença, desta cisão contínua entre norma jurídica e efeitos sociais.

[18] Será nossa tarefa demonstrar que do desenvolvimento desigual do instituto jurídico e da organização econômica, da mudança extrajurídica da função social dos institutos jurídicos e da posterior transformação, compelida por essa mudança, dos institutos jurídicos em seu conteúdo normativo, resulta o desenvolvimento histórico do direito, o vir a ser e o perecimento das leis. Esse processo de surgimento e declínio da ordem jurídica nunca poderá ser claramente compreendido se se deixa instituto jurídico e organização econômica

in dem Nebel psychologisch-ethischer Phrasen zusammenfließen läßt. Dabei ist zu warnen davor, in dem Rechtsinstitut die bloße Form und ein Produkt der Formaljurisprudenz, in der ökonomischen Funktion aber den Inhalt, die Materie zu sehen, wie es seit Stammlers Untersuchungen naheliegt.[7] Der wahre Inhalt des Rechtsinstituts sind eben die Normen, die es bilden, und einen anderen Inhalt dessen gibt es nicht. Für den Oekonomen ist die juristische Bestimmtheit der Wirtschaftseinrichtung, etwa der übliche Pachtvertrag des Parzellenbauern, keineswegs bloße „Form". Die juristische Bestimmtheit des Begriffes Rechtsausübung gibt auch ihren materiellen Inhalt wieder. Es ist zum mindesten absolut nichtssagend, die sehr allgemeine Kategorie von Form und Materie dort anzuwenden, wo man klar und deutlich Rechtsinhalt und Rechtsausübung unterscheiden kann.

[19] Wahr ist allerdings, daß die Rechtsinstitute dadurch, daß sie zugleich nach ihrem Normenbestand und nach ihrer sozialen Funktion beurteilt werden können und müssen, einen ebenso zwieschlächtigen Charakter erhalten wie so ziemlich alles in dieser bürgerlichen Welt.[8] Juristisch sind sie

7 Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*. 2. Auflage, 1906, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911.

8 Die bloß juristische, von der sozialen Funktion absehende Betrachtungsweise kann mit Anwendung der populären Sprechweise dann ohne Schaden auch formaljuristisch genannt werden, insoferne man versteht, daß die Stammlersche Unterscheidung darunter nicht gemeint ist. In unserem Sinne ist jede rechte und echte Jurisprudenz formaljuristisch; die gesamte „Wissenschaft vom Rechte" allerdings darf es nicht sein.

se confundirem na névoa de um palavreado ético-psicológico. Com isto é preciso advertir contra enxergar no instituto jurídico a mera forma e um produto da dogmática jurídica formal [Formaljurisprudenz], na função econômica o conteúdo, a matéria, o que se tornou natural desde as investigações de Stammler.[7] O verdadeiro conteúdo do instituto jurídico são justamente as normas que o formam, outro conteúdo não há. Para o economista, a determinação jurídica da organização econômica, como o contrato de arrendamento [Pachtvertrag] habitual do agricultor de lote, não é de modo algum mera "forma." A determinação jurídica do conceito exercício de direito reproduz também seu conteúdo material. Empregar as categorias muito gerais de forma e matéria onde se pode distinguir clara e precisamente conteúdo jurídico e exercício de direito, no mínimo não acrescenta absolutamente nada.

[19] Contudo é verdade que os institutos jurídicos,uma vez que eles podem e devem ser avaliados ao mesmo tempo por seu conteúdo normativo e sua função social, adquirem um caráter tão híbrido quanto quase tudo neste mundo burguês.[8] Juridicamente eles são

7 STAMMLER, Rudolf. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2 ed., 1906; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911.

8 A consideração meramente jurídica, que abstrai da função social, pode então, sem prejuízos, também ser designada, de acordo com a expressão popular, de jurídico-formal, contanto que se compreenda que com isso não se está referindo à distinção stammleriana. Em nosso sentido, toda a dogmática jurídica autêntica e verdadeira é jurídico-formal; no entanto o conjunto da "ciência do direito" [Wissenschaft vom Rechte] não o pode ser.

paragraphierte, auf geduldiges Papier gedruckte oder geschriebene, mehr minder gut stilisierte Sätze, Normen oder objektivierte Imperative; sie führen neben den realwollenden Menschen von Fleisch und Blut ein ebenso abstraktes Dasein wie das reale, liegende und rollende Material der Eisenbahn in der papierenen Aktie oder wie das reale Barrengold in der papierenen Banknote. Dieselbe Gesellschaft, welche die Lohnarbeit des Bergarbeiters ökonomisch umsetzt in Börseneffekten, setzt sie juristisch um in Paragraphen eines Gesetzesblattes oder einer Vertragsurkunde. Wir sollen noch sehen, daß dieser Vergleich nicht auf einer mystischen Verballhornung des Tatbestandes beruht. Wie der Fetisch Ware neben der Naturtatsache Gebrauchswert, so steht der Fetisch Gesetz neben den faktischen Beziehungen von Menschen zu Menschen.

[20] Juristisch oder, wenn man will, formaljuristisch ist jedes Rechtsinstitut Normenkomplex, eine Summe von Imperativen. So das Eigentum, dessen oberste Imperative lauten: „Niemand soll die Sache, die dem A zusteht, seiner Verfugung entziehen, niemand den A im ruhigen Besitze derselben stören usw.“ Ueberall, wo der gleiche Inbegriff von Normen vorliegt, sieht der Jurist dasselbe Institut Eigentum, ob nun die Sache ein Grundstück, ein Jagdhund, ein Laib Brot oder ein ökonomisch ganz wertloses Familienbild ist. In der technischen Bewältigung, systematischen Erfassung, logischen Verarbeitung und praktischen Anwendung des ganzen Normenmaterials ist die Aufgabe der Jurisprudenz beschlossen und erschöpft. Sie ist

frases, normas ou imperativos objetificados, paragrafados, mais ou menos bem estilizados, impressos ou escritos no papel que tudo aceita; eles levam uma vida tão abstrata ao lado dos seres humanos reais, de carne e osso, que tem vontades quanto o material real fixo e rolante da ferrovia nos papéis de título acionário ou as barras de ouro reais no papel da nota bancária. A mesma sociedade que converte economicamente o trabalho assalariado do mineiro em resultados na bolsa, positiva-o [setzt] juridicamente em parágrafos de um diário oficial ou em um documento contratual. Veremos que essa comparação não repousa em um abastardamento místico dos fatos. Como o fetiche mercadoria ao lado do fato natural do valor de uso, também o fetiche lei está posto ao lado das relações fáticas entre homens.

[20] Juridicamente, ou se se preferir, formal-juridicamente, todo instituto jurídico é um complexo de normas, uma soma de imperativos. Assim a propriedade - cujo sumo imperativo diz: “ninguém deve subtrair a coisa que pertence a A à sua disposição, ninguém deve perturbar o A em sua posse mansa, etc.” Em todo lugar onde existe o mesmo conjunto de normas, o jurista vê o mesmo instituto propriedade, seja a coisa um imóvel, um cão de caça, um pão ou um retrato familiar sem nenhum valor econômico. No domínio técnico, apreensão sistemática, trabalho lógico e aplicação prática da totalidade do material normativo se encerra e esgota a tarefa da dogmática jurídica. Ela é

notwendig historisch wie ihre Terminologie, ihr Begriffsarsenal; sie ist notwendig empirisch, wie das *Corpus juris civilis*, der Sachsenspiegel oder das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich empirische Dinge sind.

[21] Aber das Rechtsinstitut regelt tatsächliche Beziehungen lebender Menschen und aufeinanderfolgender Menschengeschlechter, sich stetig wandelnde Tatsachen, und das Rechtsinstitut ist, wie das Recht überhaupt, nichts als eine Seite ihres Daseins. Wenn die Menschen und Dinge stetig sich wandeln, – bleibt das Rechtsinstitut starr und fest und unveränderlich? Es scheint zunächst so! Denn „Recht muß Recht bleiben". Durch Jahrhunderte wurde das Recht als göttlich, als unveränderlich und unwandelbar wie die Gottheit selbst empfunden und die bloße Vorstellung, daß Menschen sich unterfangen könnten, das Recht ändern zu wollen, erschien ein Frevel! Selbst derjenige, der in die Welt kam, um die ganze menschliche Ordnung zu wandeln, glaubte von sich sagen zu müssen: „Ich bin nicht gekommen, das Gesetz aufzuheben, sondern es zu erfüllen." Aller Rechtswandel hat sich durch Jahrtausende hindurch in der Form vollzogen, daß man meinte, das alte Recht nur endlich richtig auszulegen! Es ist eine Errungenschaft der allerletzten Jahrhunderte, daß die allgemeine Ueberzeugung durchdrang, die Menschen selbst könnten Recht schaffen, die menschliche Gesellschaft selbst sei die Schöpferin ihres Rechts. Die Theorie, daß die Menschen, zunächst in der Form des staatlichen Parlamentarismus und in dem engen Rahmen ihrer jeweiligen

necessariamente histórica, como sua terminologia, seu arsenal conceitual; ela é necessariamente empírica, como o *Corpus Iuris Civilis*, o *Sachsenspiegel*, ou o Código Civil do Império Alemão são coisas empíricas.

[21] Mas o instituto jurídico regula relações fáticas de seres humanos vivos e de linhagens humanas sucessivas, fatos em transformação contínua, e o instituto jurídico é, assim como o direito em geral, apenas um lado da sua existência. Quando os homens e as coisas se transformam continuamente, o instituto jurídico permanece rígido, fixo e imutável? Parece assim à primeira vista! Pois "direito deve permanecer direito." Por séculos o direito foi tido como divino, invariável e imutável como a própria divindade e a mera ideia de que os homens poderiam se atrever a querer modificar o direito se apresentava como um sacrilégio. Mesmo aquele que veio ao mundo para transformar a totalidade da ordem humana acreditava ter que dizer acerca de si: "eu não vim para revogar a lei, mas para cumprí-la." Toda mudança jurídica se deu durante séculos na forma da crença de se estar apenas finalmente interpretando o antigo direito corretamente! É uma conquista dos últimos séculos que a convicção geral de que os próprios homens poderiam criar direito, de que a própria sociedade é a criadora do seu direito se impôs. A teoria de que os homens, por ora na forma do parlamentarismo estatal e nos limites estreitos de suas respectivas

Staatsgrenzen, Recht schöpfen können, hat sich allmählich durchgesetzt und heute weiß jedes Kind, daß Parlamente dazu da sind, Gesetze zu geben. Aber noch ist wissenschaftlich nicht im entferntesten erklärt und praktisch noch völlig umstritten, wieso denn Parlamente das Recht der Gesetzgebung besitzen, und wenn sie auf Grund des Verfassungsrechtes auch alle Gesetze schaffen, wer ihr Recht schaffe! Sie üben es aus im Namen der Allgemeinheit, also der Gesellschaft, sie sind dabei, sagt man, nur ein Organ, ein Ausdrucksmittel der Gesellschaft selbst. Wie aber bildet diese Gesellschaft selbst ihr neues Recht? Hier, in diesem Punkte ist die Norm nicht mehr – wie für den Bereich der Jurisprudenz – Anfang, Inhalt und Ende der Geistesarbeit, hier ist sie das Ende eines Prozesses, der abermals außerhalb ihrer selbst liegt, auf dem Felde des werdenden Rechts. Und dieses Feld ist das Gegenstück von der Lehre, die wir vorzutragen haben, die die soziale Funktion der Rechtsinstitute zum Gegenstand hat. Für diese Lehre ist die Norm und das Rechtsinstitut der fertig gegebene Anfang und nicht mehr. Das Rechtsinstitut liegt also in der Mitte zwischen dem Prozeß des Rechtwerdens und der sozialen Funktion des Rechtes. Und diese beiden Felder ergänzen erst das Mittelfeld der Rechtskunde zum vollen Bereich der Rechtswissenschaft.

[22] Und diese Rechtswissenschaft, als Ganzes dreier Zweige, ist gleichfalls eine empirische und keine spekulative Wissenschaft, aber der Gegenstand ihrer Empirie ist nicht ein *Corpus juris*, eine Charte,

fronteiras estatais, podem criar direito se impôs gradualmente e hoje toda criança sabe que os parlamentos existem para legislar. Mas ainda nem de longe foi cientificamente explicado e praticamente ainda é inteiramente contestado porque os parlamentos possuem o direito de legislar e, se eles criam todas as leis em razão da constituição, quem cria o seu direito! Eles o exercem em nome do público [Allgemeinheit], portanto, da sociedade, com isso eles são, diz-se, apenas um órgão, um meio de expressão da própria sociedade. Mas como essa sociedade forma ela mesma seu novo direito? Aqui, neste ponto, a norma não é mais - como no âmbito da dogmática jurídica - início, conteúdo e fim do trabalho intelectual, aqui ela é o fim de um processo que, outra vez, está para além dela mesma, no campo do direito emergente. E esse campo é a contraparte da teoria [Lehre] que devemos expor, a que tem a função social dos institutos jurídicos como objeto. Para esta teoria, a norma e o instituto jurídico são o início dado e acabado e nada mais. O instituto jurídico se encontra então no meio entre o processo do vir a ser do direito e da função social do direito. E esses dois campos complementam o campo intermediário doutrina jurídica para formar o âmbito completo da ciência do direito.

[22] E essa ciência do direito, enquanto todo de três ramos, é igualmente uma ciência empírica, não especulativa, mas o objeto de sua empiria não é um *Corpus juris*, um documento jurídico [Charte],

der empirisch vorliegende, positive Gesetzestext. Faßte man sie im Sinne der bloßen Jurisprudenz, dann gälte mit Fug von ihr das anders gemeinte Motto Kants: „Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädras Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade, daß er kein Gehirn hat".[9] Wo also die Jurisprudenz anfängt und aufhört, vor und hinter ihr liegt die soziale Wissenschaft vom Rechte, die es in den Zusammenhang aller nich trechtlichen Teile unseres Lebens setzt und als ein Rädchen in das gesamte Triebwerk des gesellschaftlichen Geschehens einordnet.

3. Die ökonomische und die soziale Funktion der Rechtsinstitute

[23] Gegenstand unserer Untersuchung sind also nicht Probleme der Rechtskunde oder Jurisprudenz, die das Rechtsinstitut betreffen; dieses Feld ist ja auch wohlbestellt. Noch auch die Probleme der Rechtsschöpfung, das sind die Fragen, wie der Normenbestand des Instituts geworden, wie aus der Oekonomie die Norm hervorgewachsen ist, welches also die ökonomischen Ursachen der rechtlichen Norm sind; dieses Feld ist zwar unbestellt, aber wir haben es hier nicht zu betreten. Wir haben die ökonomische und soziale Wirksamkeit der Norm, nachdem sie einmal besteht und in Geltung ist, und unter der Voraussetzung, daß sie unverändert bleibt, zu untersuchen.

9 *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Einleitung in die Rechtslehre. B.

o texto da lei positiva empiricamente existente. Tomemos-na no sentido da mera dogmática jurídica, então valeria com toda razão para ela o lema de Kant, expresso com outro sentido: "uma teoria do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro."[9] Onde, então, a dogmática jurídica se inicia e acaba, antes e depois dela se encontra a ciência social do direito [soziale Wissenschaft vom Rechte], que o insere no contexto de todas as partes não-jurídicas de nossas vidas e o ordena enquanto engrenagem no mecanismo global do acontecimento social.

3. A função econômica e social dos institutos jurídicos

[23] Objeto de nossa investigação não são problemas da doutrina jurídica ou da dogmática jurídica que afetam os institutos jurídicos, esse campo, além disso, já está bem servido. Nem também os problemas da criação do direito, essas são questões sobre como o conteúdo normativo do instituto veio a ser, como a norma brotou da economia, quais são, então, as causas econômicas da norma jurídica; é verdade que esse campo não está bem servido, mas nós não entraremos nele aqui. Nós devemos investigar os efeitos econômicos e sociais da norma após ela passar existir e valer e sob a condição de que ela permaneça inalterada.

9 *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Einleitung in die Rechtslehre, B. [Citação, modificada, retirada KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Trad. de Clélia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 36, modificada para garantir a uniformidade da tradução do termo "Rechtslehre" (NT)]

[24] Der in der sozialistischen Literatur Bewanderte erkennt sofort, daß wir das wechselseitige Verhältnis von Oekonomie und Recht zum Gegenstand genommen haben. Dieses Verhältnis wird überlieferterweise von der Schule Karl Marx so aufgefaßt, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse als „Unterbau“, die juristischen Einrichtungen als „Ueberbau“ behandelt werden. Die Bezeichnungen Unterbau und Ueberbau sind bildhafte Ausdrücke, aus der Architektur herübergenommen, dienen offenbar zur Veranschaulichung des Zusammenhanges, nicht zu seiner begrifflichen Umschreibung. Da nach dem bekannten Ausspruch von Marx[10] nicht nur die rechtlichen, sondern auch alle sittlichen und kulturellen, alle *ideologischen* Verhältnisse zum Ueberbau gehören, so hat die Ausdrucksweise nebst den rechtlichen noch viele andere Tatbestände zu decken, deren ganze Struktur von den juristischen Tatbeständen völlig verschieden und

10 Vorwort zu Marxens *Kritik der politischen Oekonomie*: „Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Ueberbau erhebt“. – Friedrich Engels, Vorwort zu Marxens *Der achtzehnte Brumaire*, 3. Auflage, Hamburg 1885: „Das Gesetz, wonach alle geschichtlichen Kämpfe, ob sie auf politischem, religiösem, philosophischem oder sonstigem ideologischem Gebiete vor sich gehen, in der Tat nur der mehr oder weniger deutliche Ausdruck von Kämpfen gesellschaftlicher Klassen sind, und daß die Existenz und damit auch die Kollisionen dieser Klassen wieder bedingt sind durch den Entwicklungsgrad ihrer ökonomischen Lage, durch die Art und Weise ihrer Produktion und ihres dadurch bedingten Austausches.“ – Und an vielen anderen Stellen, Vgl. auch Note 1 auf Seite 123.

[24] Aquele versado na literatura socialista reconhece imediatamente que tomamos por objeto a relação recíproca entre economia e direito. Essa relação é tradicionalmente apreendida pela escola de Karl Marx de forma que as relações econômicas sejam tratadas como “base” [Unterbau], as organizações jurídicas, como “superestrutura” [Ueberbau]. As designações base e superestrutura são expressões plásticas, tomadas de empréstimo à arquitetura, servem evidentemente à ilustração do contexto, não a uma descrição conceitual. Uma vez que, segundo o famoso dito de Marx,[10] não só as relações jurídicas, mas também todas as relações morais e culturais, todas as relações *ideológicas*, pertencem à superestrutura, então a expressão tem que dar conta, além dos fatos jurídicos, de muitos outros fatos cuja estrutura inteira é completamente distinta dos jurídicos e

10 “Vorwort” à *Kritik der politischen Oekonomie* de Marx: “A totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política.” [Citação, retirada de MARX, Karl “Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 52 (NT)]. - ENGELS, Friedrich. “Vorwort” ao *Der achtzehnte Brumaire*, 3a. Ed., Hamburg, 1985 de Marx: “A lei segundo o qual todas as lutas históricas sejam elas travadas no âmbito político, religioso, filosófico ou em qualquer outro campo ideológico são de fato apenas a expressão mais ou menos nítida de lutas entre classes sociais, a lei segundo a qual a existência e, portanto, também as colisões entre essas classes são condicionadas, por sua vez, pelo grau de desenvolvimento da sua condição econômica, pelo modo da sua produção e pelo modo do seu intercâmbio condicionado pelo modo de produção.” [Citação, retirada de ENGELS, Friedrich. “Prefácio à 3a edição.” In: MARX, Karl. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte.* Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 22, modificada para melhor se adequar ao texto original (NT)] - E em muitas outras passagens. Cf. também nota 1, p. 123.

ganz anders zu beschreiben ist. Offenbar wird das Ueberbauverhältnis „Philosophie einer Epoche“ zu der „Oekonomie“ dieser Epoche an ganz anderen Begriffen hängen als an den Begriffen Rechtsnorm, Rechtsausübung und so fort. Man muß es daher aufgeben, das von Marx so bezeichnete Ueberbauverhältnis im allgemeinen begrifflich definieren zu wollen, und endlich daran gehen, für jede einzelne gesellschaftliche Erscheinung abgesondert die spezifische Natur eines Verhältnisses herauszuarbeiten, das von Marx im Gemeinsamen ganz glücklich durch einen Vergleich veranschaulicht wird. Wir unternehmen diesen Versuch in Bezug auf das Recht.

[25] Schon nach den bisherigen Darlegungen ist es offenbar, daß hier nicht einfach das Verhältnis von Ursache und Wirkung vorliegt, wonach der Unterbau der Oekonomie Normen bewirke, und damit fertig. Eine solche Annahme würde erstens nur von drei Feldern des Wissens das erste Feld, das der Rechtsschöpfung betreffen, und gerade dieses Feld, die Art, wie die Oekonomie als Ursache das Recht als Wirkung hervorbringen soll, ist ganz undurchsichtig und vorläufig noch ununtersucht, ist aber wahrscheinlich kein Vorgang, der durch irgendeine oberste Abstraktion sofort verständlich würde. Denn er ist dadurch in keiner Weise durchleuchtet und klargestellt, daß man auf ihn das primitive Schema „Ursache-Wirkung“ anwendet, ebensowenig klargestellt wie durch die Stammlersche Formel „regelnde Form und geregelte Materie.“ Das zweite Feld, das der Jurisprudenz,

deve ser descrita de uma maneira inteiramente diferente. A relação superestrutural da “filosofia de uma época” com a “economia” dessa época vai depender, evidentemente, de conceitos muito diferentes que os de norma jurídica, exercício de direito e assim por diante. Deve-se, por isso, desistir de querer definir conceitualmente a, por Marx denominada, relação superestrutural em geral e finalmente meter-se a desenvolver, separadamente, para cada fenômeno social particular, a natureza específica dessa relação que é, no conjunto, afortunadamente ilustrada por Marx através de uma comparação. Nós empreenderemos essa tentativa no que se refere ao direito.

[25] Pelo que já foi exposto é evidente que não se trata aqui simplesmente da relação de causa e efeito, segundo a qual a base da economia causa as normas e pronto. Tal suposição só diria respeito ao primeiro dos três campos do saber, o da criação do direito, e justamente nesse campo, o modo pelo qual a economia, enquanto causa, deve produzir o direito, enquanto efeito, é completamente obscura e, por enquanto, ainda não investigada, mas provavelmente não é um processo que seria imediatamente compreensível através de qualquer suma [oberste] abstração. Pois ele não é de modo algum iluminado e esclarecido ao se aplicar o esquema primitivo “causa-efeito”; tão pouco esclarecido quanto através da fórmula stammleriana “forma reguladora e matéria regulada.” O segundo campo, o da dogmática jurídica,

kann mit den Begriffen Ursache und Wirkung überhaupt wenig anfangen, da es sich dort offensichtlich um Motiv, Mittel und Zweck dreht, um teleologische und nicht um kausale Erklärung. Wollte man den „Ueberbau“ des Rechtes auf dem dritten Felde, auf dem der ökonomischen und sozialen Wirksamkeit der Normen, ausschließlich als Wirkung des sozialen Unterbaues der Oekonomie bezeichnen, so könnte man sofort *ab absurdum* geführt werden durch Tatsachen.

[26] Daß Gesetze ändernd auf die Wirtschaft einwirken, also Anstoß ökonomischer Folgen sein können, ist eine platte Wahrheit, die selbstredend Marx am allerwenigsten in Abrede gestellt: „Der Einfluß der Gesetze zur Festhaltung von Distributionsverhältnissen und danach ihre Einwirkung auf die Produktion sind besonders zu bestimmen.“ (*Neue Zeit*, Seite 744.) Gesetze werden gegeben just in der Absicht, daß sie ökonomische Wirkungen haben, und sie haben sie auch in aller Regel. Man sieht, so einfach ist das soziale Leben nicht, daß es sich wie eine Nuß zwischen den zwei Hebeln der Zange „Ursache und Wirkung“ fassen, zerdrücken und im Kerne bloßlegen ließe. Marx ist, obschon viel mit rechtswissenschaftlichen Problemen befaßt, nie dazu gekommen, „den Einfluß der Gesetze (wie oben) zu bestimmen,“ aber er hat das Problem deutlich geschaut. Das beweist insbesondere der methodische Wink, der in der folgenden Stelle gegeben wird: „Der eigentlich schwierige Punkt, der hier zu erörtern ist, ist aber der, wie die Produktionsverhältnisse als Rechtsverhältnisse in ungleiche Entwicklung treten, also zum

tem pouco uso para os conceitos de causa e efeito uma vez que ele obviamente gira em torno de motivo, meio e fim e da explicação teleológica, não causal. Se se pretender descrever a “superestrutura” do direito no terceiro campo, no campo dos efeitos econômicos e sociais das normas, exclusivamente como efeito da base social da economia, então se poderia ser levado imediatamente *ab absurdum* pelos fatos.

[26] Que as leis atuam de modo a modificar a economia, ou seja, que podem ser impulso para consequências econômicas é uma verdade trivial que, naturalmente, Marx seria o último a negar: “a influência das leis para a preservação das relações de distribuição e, portanto, sua ação sobre a produção, devem ser determinadas especificamente”[i] (*Neue Zeit*, p. 744). Leis são dadas justamente com a intenção de que tenham efeitos econômicos e, via de regra, elas os têm. Vê-se que a vida social não é tão simples a ponto de poder ser envolvida, como uma noz, entre os dois cabos do alicate “causa e efeito”, esmagada e revelada em seu núcleo. Marx, ainda que tenha se ocupado muito com problemas da ciência do direito, nunca chegou a determinar “a influência das leis” (como acima), mas viu claramente o problema. Isso é comprovado principalmente pela indicação metodológica dada na seguinte passagem: “o ponto propriamente difícil que deve ser discutido aqui, no entanto, é aquele de como as relações de produção enquanto relações jurídicas, entram em um desenvolvimento desigual, assim,

Beispiel das Verhältnis des römischen Privatrechts [...] zur modernen Produktion.“ (Ebd. S. 779.) Wir folgen diesem Wink in unserer Problemstellung: 1. Bestehendes und gleichartig fortdauerndes Recht – veränderte ökonomische Verhältnisse. 2. Geänderte ökonomische Verhältnisse — neue Normen, neues Recht. Von diesem Problem behandeln wir allerdings in dieser Studie nur den ersten Teil.

[27] Nehmen wir zunächst eine konkrete Rechtsordnung mit ihrer konkreten ökonomischen Unterlage in einem bestimmten Zeitpunkte. Alle wirtschaftlichen Einrichtungen sind zugleich Rechtsinstitute, alle wirtschaftlichen Handlungen sind zugleich entweder selbst Rechtsgeschäfte, zum Beispiel Kauf und Verkauf, oder bloße Ausübung subjektiver Rechte, zum Beispiel Bestellung des eigenen Ackers, oder rein faktische außerrechtliche Tätigkeiten, die immerhin unter konkreten rechtlichen Voraussetzungen vorgehen, wie die Arbeit eines Spinners an der Maschine. Rechtsgeschäft und Wirtschaftshandlung decken sich, wie man sieht, nicht. Die Konsumtion eines Nahrungsmittels ist zugleich physiologischer, ökonomischer und Willensprozeß, aber doch nicht Willensprozeß von der Art eines Rechtsgeschäftes. Nichtsdestoweniger vollzieht sie sich unter rechtlichen Voraussetzungen.

[28] Die Warenzirkulation geht in der kapitalistischen Gesellschaft vor sich in der Form des Rechtsgeschäftes „Kauf und Verkauf“ und seiner Derivaten, in den Formen des Obligationsrechts. Die Produktion aber ist an sich nicht Rechtsgeschäft: Beim Bauer ist sie bloße Ausübung seines

por exemplo, a relação entre o direito privado romano [...] e a produção moderna.” (*ibid.*, p. 779).[j] Seguiremos essa indicação na formulação de nosso problema: 1. direito existente e que perdura na mesma forma - relações econômicas modificadas 2. Relações econômicas alteradas - novas normas, novo direito. Desse problema, porém, apenas a primeira parte será tratada neste estudo.

[27] Tomemos, primeiramente, uma ordem jurídica concreta com seu suporte [Unterlage] econômico concreto em um determinado ponto no tempo. Todas as organizações econômicas são, ao mesmo tempo, institutos jurídicos, todas as ações econômicas são, ao mesmo tempo, ou negócios jurídicos, por exemplo a compra e venda, ou mero exercício de direitos subjetivos, por exemplo, cultivo do próprio campo, ou atividades puramente fáticas e extrajurídicas que ainda assim acontecem sob pressupostos jurídicos concretos, como o trabalho de um fiandeiro na máquina. Como se vê, negócio jurídico e ação econômica não coincidem. O consumo de um alimento é, simultaneamente, um processo fisiológico, econômico e de vontade [Willensprozeß], mas não um processo de vontade do tipo de um negócio jurídico. Ainda assim, ele se consuma sob pressupostos jurídicos.

[28] A circulação de mercadorias sucede em sociedades capitalistas na forma do negócio jurídico “compra e venda” e seus derivados, nas formas do direito das obrigações. A produção, no entanto, não é em sí negócio jurídico: no caso do fazendeiro ela é mero exercício de seu

Eigentumsrechtes, in der kapitalistischen Fabrik jedoch zugleich Ausübung des Eigentumsrechtes an Fabrik und Maschinen von seiten des Kapitalisten und Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit (Leistung auf Grund des Lohnvertrages) von seiten des Arbeiters, somit zum Teile Rechtshandlung (Leistung), zum Teile nicht (Ausübung). Die einfache ökonomische Kategorie stellt sich als Kombination mehrerer juristischer dar, es decken sich die Kategorien also nicht. Einem einzigen, nach den Gesichtspunkten der ökonomischen Wissenschaft abgegrenzten und so individualisierten Prozeß dienen mehrere, aber immer bestimmte Rechtsinstitute, und diese ihre Rolle nenne ich die ökonomische Funktion dieser Rechtsinstitute.

[29] Jeder einzelne ökonomische Prozeß, den ich so theoretisch isoliert betrachte, ist aber seinerseits wieder nur ein in Gedanken losgelöster Teil des gesamten gesellschaftlichen Produktions- und Reproduktionsprozesses. Im Zusammenhang mit diesem Ganzen gesehen wird die ökonomische zur sozialen Funktion des Rechtsinstituts.

[30] Niemand hat vor- und nachher in jedem Punkte der Oekonomie, in jedem kleinsten Teilprozesse so bewußt und erschöpfend die Funktion der in Betracht kommenden Rechtsinstitute erfaßt und geschildert wie Karl Marx in seinem Hauptwerk *Das Kapital*. Kein ökonomisches System gibt, wie wir sehen werden, solche Aufschlüsse über den Zusammenhang von Wirtschaft und Recht wie das seine – haben doch Vorgänger und Nachfolger das Problem entweder nicht gesehen oder

direito de propriedade, na fábrica capitalista, todavia, simultaneamente exercício do direito de propriedade da fábrica e das máquinas da parte do capitalista e adimplemento de uma obrigação contraída (prestação em razão de um contrato de trabalho) da parte do trabalhador, portanto, em parte negócio jurídico (prestação), em parte não (exercício). A categoria econômica simples se apresenta como combinação de várias categorias jurídicas, portanto, elas não coincidem. Vários, mas sempre determinados, institutos jurídicos servem a um único processo, delimitado a partir do ponto de vista da ciência econômica e, assim, individualizado, e esse seu papel eu chamo de função econômica desses institutos jurídicos.

[29] Cada processo econômico singular, que eu contemplo assim teoricamente isolado, é, por sua vez, apenas um pedaço mentalmente desvinculado do processo social total de produção e reprodução. Visto no contexto desse todo, a função econômica se torna a função social do instituto jurídico.

[30] Ninguém, nem antes nem depois, apreendeu e descreveu tão consciente e exaustivamente em cada ponto da economia, em cada um dos menores processos parciais a função dos institutos jurídicos em questão quanto Karl Marx em sua obra principal, *O capital*. Como veremos, nenhum sistema econômico oferece explicações sobre o nexo entre economia e direito tais como o seu - precursores e sucessores ou não viram o problema ou

doch nicht voll gewürdigt!

[31] Betrachtet man eine bestimmte Gesellschaftsordnung ruhend, gleichsam in einem Zeitpunkt fixiert, so kann man nur von einer wechselseitigen Abhängigkeit und Indienststellung der Rechtsnormen und des Wirtschaftsprozesses sprechen, beide erscheinen in der Wirtschaftseinrichtung als dasselbe Ding, das erstemal gesehen aus dem Gesichtspunkte der subjektiven Willensbildung, als Willensrelation, das anderemal als äußerlicher, technisch-natürlicher Vorgang. Wir bezeichnen diesen äußerlichen, technisch-natürlichen Vorgang als das Substrat der Norm.[11] Sehr begreiflich – am ruhenden Stein lassen sich die Gesetze des freien Falles ebensowenig studieren, wie man vom Koche, den der Spindelstich in Dornröschens Finger in Schlaf versenkt hat, die Kochkunst lernen kann. Was wir im ruhenden Zustande nur erfahren, ist, daß sich Wirtschaftseinrichtung und Rechtsinstitut, Substrat und Norm, zwar nicht decken, aber zwei unauflöslich miteinander verknüpfte Seiten einer Sache sind. Dieses Nebeneinander ist zunächst festzuhalten und zu beschreiben.

[32] Aber diese Betrachtung konstatiert bloß die Tatsache der wechselseitigen Bestimmtheit, gibt aber noch keinerlei Einsicht in die Natur dieser Tatsache, in die kausale Seite derselben. Wir müssen den Prozeß in historischer Folge studieren, den Uebergang von der so beschriebenen Gesellschaftsordnung zu der nächsten schrittweise beachten. Erst in dieser Bewegung, in der historischen Abfolge der

11 Ueber den Begriff des Substrats später Näheres, siehe Seite 32, Note 1; Seite 34, Seite 143 ff.

não o apreciaram completamente!

[31] Consideremos uma determinada ordem social em repouso, como que fixada em um ponto no tempo, então só se pode falar de uma dependência e incumbência recíproca das normas jurídicas e do processo econômico, ambos aparecem na organização econômica como a mesma coisa, vista, uma vez, do ponto de vista da formação da vontade subjetiva, enquanto relação de vontade, e, na outra, como processo exterior e técnico-natural. Designamos esse processo exterior e técnico-natural de substrato da norma.[11] Muito compreensivelmente - tão pouco quanto na pedra em repouso se deixam estudar as leis da gravidade, pode-se apreender a arte de cozinhar de um cozinheiro que foi mergulhado em um sono de Bela Adormecida [Dornröschen] pela picada do fuso de uma roca de fiar. Só o que aprendemos no estado de repouso é que organização econômica e instituto jurídico, substrato e norma, não são idênticos, mas são dois lados, ligados indissoluvelmente um ao outro, de uma coisa. Essa justaposição deve ser primeiramente registrada e descrita.

[32] Mas essa observação constata apenas o fato da determinação recíproca, não oferece nenhum entendimento acerca da natureza do fato, de seu lado causal. Precisamos estudar o processo na sequência histórica, observar passo a passo a passagem da ordem social assim descrita à próxima. Somente nesse movimento, na sequência histórica das

11 Mais sobre o conceito de substrato abaixo, ver p. 32 n. 1, p. 34, pp. 143 ss.

wirtschaftlichen und rechtlichen Verfassungen kann sich die Gesetzmäßigkeit des Geschehens offenbaren. Wähle ich nun zwei beliebige aufeinander folgende Epochen, so sind die Resultate zwar für diese Uebergangsepoche zutreffend, aber darum noch nicht allgemein gültig. Auf die Frage: Welche Funktion erfüllt das Recht überhaupt? kann ich keine endgültige Antwort geben, außer wenn ich auf alle in historischer Folge gegebenen Gesellschaftsordnungen, von der primitivsten bis zur höchsten, induziere. Ich gewinne so die allgemeine Abstraktion der Gesellschaftsordnung und zugleich die allgemeinen Funktionen des Rechts.

[33] Dieses Vorgehen widerspricht in keiner Weise der Einsicht, daß jede einzelne Entwicklungsstufe ihre ganz spezifische Beschaffenheit und Gesetzmäßigkeit hat. Marx weist oft auf das Dasein und die Berechtigung dieser allgemeinen obersten Abstraktionen hin: „Alle Epochen der Produktion haben gewisse Merkmale gemein, gemeinsame Bestimmungen. Die Produktion im allgemeinen ist eine Abstraktion, aber eine verständige Abstraktion, insoferne sie wirklich das Gemeinsame hervorhebt, fixiert und uns daher die Wiederholung erspart.“ „... eine Einheit, die schon daraus hervorgeht, daß das Subjekt, die Menschheit, und das Objekt, die Natur, dasselbe sind.“ (*Neue Zeit*, 21. Jahrgang, Seite 712.) Nichtsdestoweniger spricht Marx häufig wegwerfend genug von diesen allgemeinen Bestimmungen der Wirtschaft, um die Bedenken gegen sie zu steigern. Der Grund, der ihn bewegt, ist erstens die bislang nicht völlig beseitigte Manier der

constituições econômicas e jurídicas, a lei do acontecimento pode se revelar. Se escolho duas épocas quaisquer que se seguem uma à outra, então os resultados valem para esta época de passagem, mas por isso ainda não possuem validade geral. Não posso dar uma resposta definitiva à pergunta: qual função o direito realiza no geral? a não ser por indução a partir de todas as ordens sociais dadas, da mais primitiva à mais alta, em sequência histórica. Assim obtenho a abstração geral da ordem social e, ao mesmo tempo, as funções gerais do direito.

[33] Esse procedimento não contradiz de maneira alguma o entendimento de que toda etapa específica do desenvolvimento possui sua qualidade e regularidade [Gesetzmässigkeit] inteiramente específicas. Marx aponta frequentemente a existência e justificação dessas abstrações superiores: “todas as épocas da produção tem certas características em comum, certas determinações comuns. A produção em geral é uma abstração, mas uma abstração razoável, na medida em que, efetivamente sublinha e fixa os traços comuns, poupa-nos a repetição.” “... uma unidade, a qual decorre já do fato de que o sujeito, a humanidade, e o objeto, a natureza, são os mesmos”[k] (*Neue Zeit*, ano 21, p. 712). Não obstante, Marx fala frequentemente o suficiente com desdém dessas determinações gerais da economia para fortalecer as dúvidas contra elas. O motivo que o move a isso é, em primeiro lugar, a ainda não completamente superada mania dos

Oekonomen, die Kategorien der kapitalistischen Ordnung als ewig hinzustellen und diese so geradezu zu kanonisieren, zweitens die eigene Aufgabe, die sich Marx gestellt hat, die eine Einzelepoche zu erforschen und darzustellen: dann aber ist „gerade das, was ihre Entwicklung ausmacht, der Unterschied von diesem Allgemeinen und Gemeinsamen.“ Hätte Marx, um die gegenteilige Annahme zu machen, gerade nur das Besondere, Konkrete statisch erhoben, er hätte eine Deskription geliefert wie etwa ein Fakultätsseminarist, die Entwicklungsgesetze der Gesellschaft wären ihm doch verborgen geblieben. Er aber sucht bei jedem Stadium der Untersuchung die spezifisch historische Form als bloße Einzelerscheinung des Allgemeinen neben den vorhergegangenen Einzelformen und findet so den Zusammenhang der Entwicklung.

[34] So, um hier nur vorweg ein Beispiel zu geben: „Die Mehrarbeit ist eine allgemeine gesellschaftliche Erscheinung, sobald die Produktivität der menschlichen Arbeitskraft über den unmittelbaren Lebensbedarf hinausgeht, aber sie stellt sich in der feudalen Epoche anders dar als in der kapitalistischen – dort als Robot, hier als Mehrwert.“ (*Kapital*, I., Seite 476.)

[35] Wir können bei dieser Untersuchung eine allgemeine Uebersicht über die Funktionen der Rechtsinstitute nicht missen: jede historisch bedingte Einzelfunktion hat ihre Stellung in der Gesamtheit und erfährt erst durch sie volle Beleuchtung, das Schema der Funktionen hat also zum mindesten Orientierungswert. Wie soll eine konkrete Einzelheit anders dargestellt werden als

economistas de apresentar as categorias da ordem capitalista como eternas e, assim, verdadeiramente canonizá-las, outro motivo é a própria tarefa que Marx se colocou, investigar e apresentar uma época específica: mas então “justamente o que constitui seu desenvolvimento é o que a diferencia desses elementos gerais e comuns.”[l] Se Marx, assumindo o oposto, tivesse justamente destacado estaticamente apenas o particular, o concreto, então ele teria fornecido uma descrição como alguém que apresenta um seminário na faculdade, mas as leis de desenvolvimento da sociedade teriam permanecido ocultas a ele. Entretanto, ele busca em cada estágio da investigação a forma histórica específica enquanto mera manifestação específica, ao lado das formas específicas precedentes, do geral e encontra assim o contexto do desenvolvimento.

[34] Assim, apenas para dar antecipadamente aqui um exemplo: “o sobretrabalho [Mehrarbeit] é uma manifestação social geral tão logo a produtividade da força de trabalho humana ultrapasse as necessidades vitais imediatas, mas ela se apresenta de maneira diferente na época feudal e na capitalista - alí como corvéia [Robot], aqui como mais-valor [Mehrwert]” (*Kapital*, I, p. 476).

[35] Não podemos prescindir de um panorama geral das funções dos institutos jurídicos nesta investigação: cada função específica historicamente condicionada possui seu lugar na totalidade e apenas nela é completamente elucidada, o esquema das funções possui, então, ao menos valor de orientação. Como uma individualidade concreta deve ser apresentada se não

durch reflektierende Beziehung auf die Allgemeinheit? „Das Konkrete ist konkret, weil es die Zusammenfassung vieler Bestimmungen ist, also Einheit des Mannigfachen, Im Denken erscheint es daher als Produkt der Zusammenfassung, als Resultat.“

2. Abschnitt
GLIEDERUNG UND ZUSAMMENHANG DER FUNKTIONEN

[36] Voraussetzung jeder Gesellschaftsordnung ist der vergesellschaftete Mensch, das heißt der Mensch auf jener Stufe, wo erstens die Sprache und das Werkzeug (Franklins *toolmaking animal*!) bereits in der Horde entwickelt sind und zweitens die Horde schon einer ihrer selbst bewußte Gesamtheit geworden ist. Bezeichnen wir eine solche Gesamtheit als Organisation. Das Wort drückt die Bewußtheit des Zusammenwirkens, indem es sich von dem Begriffe des Organismus abhebt, deutlich aus.

[37] Die Tiergesellschaft ist verbunden durch physiologisch-biologisches Gesetz, durch Naturgesetz. Wie sich der Mensch des die Horde verbindenden Naturgesetzes in der Form bewußt wird, daß die Horde kollektiv das, was sie kraft des Naturgesetzes muß, bewußt tut, wird das Naturgesetz Maxime des kollektiven Handelns. So erscheint die älteste Familienverfassung angewandtes Naturgesetz der Zuchtwahl und Vererbung.[12]

12 Hierfür zahlreiche Belege in Engels, *Ursprung der Familie, des Eigentums und des Staates*.

através da relação refletida com a totalidade? “O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, portanto, unidade do diverso. Por isso ele aparece no pensamento como produto da síntese, como resultado.”[m]

2. Seção
ESTRUTURA E NEXO DAS FUNÇÕES

[36] O pressuposto de toda ordem social é o homem socializado [vergesellschaftete Mensch], isto é, o homem naquele estágio em que, primeiro, a linguagem e a ferramenta (o *toolmaking animal* de Franklin!) já foram desenvolvidos na horda [Horde] e, segundo, a horda já se tornou uma coletividade [Gesamtheit] autoconsciente. Chamamos uma tal coletividade de organização. A palavra exprime nitidamente a consciência da cooperação na medida em que se distingue do conceito de organismo.

[37] A sociedade animal é unida através da lei fisiológico-biológica, através da lei natural. Quando o homem se torna consciente da lei natural que une a horda de tal forma que a horda faz conscientemente aquilo que ela precisa fazer por força da lei natural, a lei natural se torna máxima do agir coletivo. Assim, a mais antiga constituição familiar aparece como lei natural da seleção e hereditariedade aplicada.[12]

12 Para isso, inúmeras provas em ENGELS, Friedrich. *Ursprung der Familie, des Eigentums und des Staates*.

Wie diese Anwendung vor sich geht, wie die erkannten Naturgesetze der Arterhaltung gesellschaftliche Norm und endlich Satzung werden, wie das gesellschaftliche Gesetz sich immer mehr vom Naturgesetz in Form und Wirkung abhebt, wie es endlich seine eigene Entwicklung gewinnt, mit der fortschreitenden Arbeitsteilung und allgemeinen Differenzierung antagonistische Formen annimmt, diese Prozesse darzustellen, ist das Problem des anderen Studienfeldes. Genug – die Satzung als die Formulierung kausaler Notwendigkeiten in bewußter, metastasierter Form, in teleologischer Form, in Imperativen, welche sich an die Individuen im Namen der Gesamtheit wenden und ihre Handlungen eben so sicher bestimmen wie vordem Instinkt und vererbte Anlage, die Satzung bildet die Ordnung der Gesellschaft und formiert erst die Gesellschaftsordnung.

[38] Ist die Arterhaltung das Naturgesetz jeder Gesellschaftsordnung, so hat jede wirtschaftliche Institution und also jedes Rechtsinstitut eine Funktion der Arterhaltung – die Arterhaltung ist nichts anderes als die Marx-Engelsche Produktion und Reproduktion des materiellen Lebens auf (der Tendenz nach) immer erweiterter Stufenleiter,[13] das ist die Produktion und

13 *Kapital*, I., Seite 528: „Welches immer die gesellschaftliche Form des Produktionsprozesses, er muß kontinuierlich sein oder periodisch stets von neuen dieselben Stadien durchlaufen. So wenig eine Gesellschaft aufhören kann zu konsumieren, so wenig kann sie aufhören zu produzieren. Im Zusammenhang betrachtet ist jeder gesellschaftliche Produktionsprozeß daher zugleich Reproduktionsprozeß.“ – [*Kapital*] I., Seite 561: „In den verschiedensten ökonomischen Gesellschaftsformen

Apresentar esse processo, como essa aplicação acontece, como as leis naturais de preservação da espécie reconhecidas se tornam norma social e, por fim, estatuto [Satzung], como a lei social se destaca cada vez mais, em relação à forma e atuação, da lei natural, como ela finalmente ganha seu próprio desenvolvimento, como, com a progressiva divisão do trabalho e diferenciação geral, assume formas antagônicas, é o problema do outro campo de pesquisa. Basta - o estatuto enquanto formulação de necessidades causais na forma consciente e metastaseada [metastasierter], na forma teleológica, em imperativos que se dirigem aos indivíduos em nome da coletividade e determinam suas ações de modo tão seguro quanto antes o instinto e disposição herdada, só o estatuto forma a ordem da sociedade e organiza a ordem social.

[38] Se a preservação da espécie é a lei natural de toda ordem social, então toda instituição econômica e, portanto, todo instituto jurídico têm uma função de preservação da espécie - a preservação da espécie não é outra coisa que não a produção e reprodução da vida material (tendencialmente) em escala cada vez maior marx-engelsiana,[13] isto é, a produção e

13 *Kapital*, I, p. 528: - I, p. 561: “Seja qual for a forma social do processo de produção, ele tem de ser contínuo ou percorrer periodicamente, sempre de novo, os mesmos estágios. Assim como uma sociedade não pode deixar de consumir, tampouco pode deixar de produzir. Portanto, considerando do ponto de vista de uma interdependência contínua e do fluxo contínuo de sua renovação, todo processo social de reprodução é simultaneamente processo de reprodução.” [Tradução retirada de MARX, Karl. *O capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 641, modificada para melhor se adequar ao original (NT)] – [*Kapital*], I., p. 561: “Nas formas sociais econômicas mais diversas

Reproduktion sowohl der menschlichen Individuen wie ihrer Existenzbedingungen.[14] Alle Rechtsinstitute haben in ihrem Zusammenhange die eine Funktion, die alle zusammenfaßt, die Funktion der Arterhaltung.

1. Die organisatorischen Funktionen

[39] Die wichtigsten, deutlich abgegrenzten Stadien dieses Prozesses der Artreproduktion können wir der heutigen Wirtschaftsordnung entnehmen. „Die bürgerliche Gesellschaftsordnung ist die entwickeltste und mannigfaltigste historische Organisation der Produktion. Die Kategorien, die ihre Verhältnisse ausdrücken, das Verständnis ihrer Gliederung gewährt zugleich Einsicht in die Gliederung und die Produktionsverhältnisse aller untergegangenen Gesellschaftsformen.“ (*Neue Zeit*, ebenda Seite 776.)

[40] Betrachten wir den Prozeß der Artreproduktion zunächst statisch,

findet nicht nur einfache Reproduktion statt, sondern, obgleich auf verschiedenem Maßstab, Reproduktion auf erweiterter Stufenleiter.“ – Engels, *Ursprung*, Seite VIII, 4.Auflage: „Nach der materialistischen Geschichtsauffassung ist das in letzter Instanz bestimmende Moment in der Geschichte: die Produktion und Reproduktion des unmittelbaren Lebens.“

14 „Einerseits die Erzeugung von Lebensmitteln..., andererseits die Erzeugung von Menschen selbst, die Fortpflanzung der Gattung.“ Engels, ebd.

reprodução tanto dos indivíduos humanos quanto das condições de sua existência.[14] Todos os institutos têm, em seu conjunto [Zusammenhang], aquela uma função que os reúne, a função da preservação da espécie.

1. As funções organizatórias

[39] Podemos tomar os mais importantes e precisamente delimitados estágios desse processo de reprodução da espécie da ordem econômica atual. “A ordem social burguesa é a organização histórica da produção mais desenvolvida e mais diferenciada. As categorias que exprimem suas relações, a compreensão de sua estrutura permite, ao mesmo tempo, penetrar na organização e nas relações de produção de todas as ordens sociais desaparecidas” (*Neue Zeit*, *ibidem*, p. 776).[n]

[40] Analisemos primeiro o processo de produção da espécie estaticamente,

deparamo-nos não só com a reprodução simples, mas, ainda que em grau diferente, com a reprodução em escala ampliada.” [Tradução retirada de MARX, Karl. *O capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 673, modificada para melhor se adequar à reprodução errada que Renner faz do texto marxiano, trocando formações sociais econômicas (Gesellschaftsformationen), do original, por formas sociais econômicas (Gesellshaftsformen) (NT)] - Engels, *Ursprung*, p. VIII, 4 ed.: “Segundo a concepção materialista da história, o momento que, em última análise, determina a história é: a produção e reprodução da vida imediata. [Tradução retirada de ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo,2019, p. 19, modificada para melhor se adequar ao original (NT)].

14 “Por um lado, a geração de víveres…, por outro, a geração dos próprios seres humanos, a procriação do gênero” ENGELS, Friedrich, *ibidem*. [Tradução retirada de ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo,2019, p. 19, modificada para melhor se adequar ao original (NT)]

als bloße Produktion, in zeitlicher Koexistenz, etwa einer Generation. Dann erscheint er uns als ein Doppeltes: als physiologisch-technischer Lebensprozeß selbst, wie er etwa in einem Bienenstock vor sich geht, und zweitens, da er zugleich im Bewußtsein der Einzelnen und der Gemeinschaft vor sich geht, in Gestalt wechselnder Willensverhältnisse.[15]

[41] Auf welcher Entwicklungsstufe immer die Menschen sich aufeinander beziehen, immer muß die Gesellschaft, der Gesamtwille, den Einzelwillen sich unterordnen, die Gesellschaft muß in irgendwelche Art die Verfugung über die Arbeitskraft der Einzelnen besitzen.[16] Jede Gesellschaft ist Arbeitsgemeinschaft und hat als solche ihre Arbeitsordnung; diese ist rechtlich Unterordnung des Individualwillens unter den Gesamtwillen.[17]

15 Vgl. dazu neben anderen Stellen. folgende: „Dieses Rechtsverhältnis, ob nun legal entwickelt oder nicht, ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis widerspiegelt. Der Inhalt dieses Rechts- und Willensverhältnisses ist durch das ökonomische Verhältnis gegeben.“ *Kapital*, I., Seite 50. In unserer Ausdrucksweise: Das ökonomische Verhältnis ist das Substrat des Rechtsverhältnisses.

16 Direkt oder indirekt – durch direkten Rechtszwang oder indirekte Nötigung kraft anderer Institutionen – wie in der kapitalistischen Gesellschaft durch Eigentumslosigkeit der Lohnarbeiter.

17 Nur die kapitalistische Wirtschaftsordnung erweckt den sophistischen Schein, als gäbe es in ihr keine Arbeitsordnung, als wäre die Arbeit freier autonomer Wille – der Fabrikant weiß es besser, er schlägt die Arbeitsordnung innerhalb der Fabrik an die Wände der Werkstatt, jedermann sichtlich – lange aber von den bürgerlichen Rechtsgelehrten nicht beachtet. Die Rechtsordnung innerhalb der Fabrik

enquanto mera produção no tempo de coexistência de cerca de uma geração. Então ele aparece como um duplo: enquanto próprio processo de vida fisiológico-técnico, como ele sucede em uma colmeia, e, também, uma vez que ele sucede simultaneamente na consciência do indivíduo e da comunidade, na forma de relações de vontade cambiantes.[15]

[41] Qualquer que seja a etapa de desenvolvimento na qual os homens se relacionem uns com os outros, sempre a sociedade, a vontade coletiva, precisa subordinar as vontades individuais a si, a sociedade precisa dispor de alguma forma da força de trabalho dos indivíduos.[16] Toda sociedade é uma comunidade de trabalho e possui, enquanto tal, sua ordem do trabalho [Arbeitsordnung]; essa é, juridicamente, subordinação da vontade individual sob a vontade coletiva.[17]

15 Cf. sobre isso, ao lado de outras passagens, a seguinte: “Essa relação jurídica [...], seja ela juridicamente desenvolvida ou não, é uma relação de vontade na qual a relação econômica se reflete. O conteúdo dessa relação jurídica e de vontade é dado pela relação econômica,” *Kapital*, I, p. 50 [Tradução retirada de MARX, Karl. *O capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 159, modificada para melhor se adequar ao original e à reprodução que Renner faz do texto marxiano, trocando um “ou” (oder) por um “e” (und) (NT)]. Em nossas palavras: a relação econômica é o substrato da relação jurídica.

16 Direta ou indiretamente - através da coerção jurídica direta ou da coação indireta por força de outras instituições - como na sociedade capitalista através da ausência de propriedade por parte dos trabalhadores assalariados.

17 Só a ordem econômica capitalista suscita a aparência sofística de que não existiria nela nenhuma ordem do trabalho, como se o trabalho fosse vontade livre e autônoma - o industrial sabe melhor, ele prega a ordem do trabalho na parede da oficina dentro da fábrica para que todos possam a ver - por muito tempo não levado em consideração pelos juristas burgueses. A ordem jurídica dentro da fábrica

[42] Aber der Gesamtwille führt keine metaphysische Existenz, er befiehlt nicht wie eine Stimme aus den Wolken – obgleich die Menschen drei Jahrtausende daran geglaubt – er kommt zur Welt als gewalthabender Individualwille wie der gesellschaftliche Tauschwert in der Inkarnation als Geld. Wo die Gesamtheit befiehlt, – und sie befiehlt in jeder Gesellschaft –, dort befiehlt sie durch Individuen als Organe ihrer Gewalt. Es gibt keine Gesellschaft ohne Gewaltenordnung.[18]

[43] Soweit die Gesellschaft die Individuen nicht über- und unterordnet, ordnet sie dieselben einander bei – stellt sie sie rechtsgleich. Aber Beiordnung ist nur möglich durch Ordnung.

[44] Außer der Gesellschaft, in einem angenommenen ungeselligen Zustand[19] gibt es keine Gleichheit, sie ist ein Geschöpf der Gesellschaft und des Rechtes.

[45] Rechtsinstitute der Arbeits-, Gewalten- und Beiordnung haben organisatorische Funktion, da sie

[42] Mas a vontade coletiva não possui nenhuma existência metafísica, ela não ordena como uma voz das nuvens – ainda que os homens tenham acreditado nisso por três milênios - ela vem ao mundo enquanto vontade individual detentora do poder [gewalthabender], assim como o valor de troca social na encarnação dinheiro. Onde a coletividade ordena - e ela ordena em toda sociedade -, lá ela ordena através de um indivíduo enquanto órgão de seu poder. Não existe sociedade sem ordem do poder [Gewaltenordnung].[18]

[43] Enquanto a sociedade não superordena e subordina os indivíduos, ela os coordena [ordnet bei] - coloca-os como juridicamente iguais. Mas coordenação só é possível através de ordenação.

[44] Fora da sociedade, em um suposto estado selvagem,[19] não existe igualdade, ela é uma criação da sociedade e do direito.

[45] Institutos jurídicos das ordens do trabalho, do poder e da coordenação possuem função organizatória, uma vez que eles

ist in dem Vierteljahrhundert seit dem ersten Erscheinen dieser Schrift von der Rechtswissenschaft in ihrer Rechtsnatur begriffen worden.

18 Der Anarchist kann die Freiheit nicht denken ohne Beseitigung jeder Ordnung, vor allem der Gewaltenordnung. Die anarchische Freiheit, die wohl zu unterscheiden ist von der politischen, ist die Negation der Gesellschaft selbst: „Das Menschenrecht der Freiheit basiert nicht auf der Verbindung des Menschen mit dem Menschen, sondern vielmehr auf der Absonderung des Menschen von dem Menschen. Es ist das Recht dieser Absonderung, das Recht des beschränkten, auf sich beschränkten Individuums.“ (*Nachlaß*, I., Seite 418.)

19 Den die Naturrechtslehrer, obwohl er wider die Natur des Menschen ist, *status naturalis*, Naturzustand genannt haben.

foi apreendida pela ciência do direito em sua natureza jurídica no último quarto de século desde o surgimento desse texto.

18 O anarquista não consegue pensar a liberdade sem a superação de toda a ordem, especialmente da ordem do poder [Gewaltenordnung]. A liberdade anárquica, que deve ser distinguida da política, é a negação da própria sociedade: “O direito humano da liberdade não se baseia não na vinculação do ser humano ao outro, mas antes na separação entre um ser humano e outro. É o direito dessa separação, o direito indivíduo limitado, imitado a si” *Nachlass, I*, p. 418 [Tradução retirada de MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 49, modificada para melhor se adequar ao original (NT)].

19 Que os jusnaturalistas chamaram de *status naturalis*, estado de natureza, ainda que ele seja contrário à natureza dos homens.

die Eingliederung der Einzelnen in die Gesamtheit bewirken.

[46] In alle älteren Rechtsordnungen ist die direkte Eingliederung des Einzelwillens in den Gesamtwillen, die Gewalten- und Arbeitsordnung offensichtlich.[20] Herr und Sklave, Grundherr und Leibeigener sind Charaktere vergangener Arbeitsordnungen und sie sind direkt, höchst persönlich, einander über- und untergeordnet. „Wie man immer die Charaktermasken beurteilen mag, worin sich die Menschen hier gegenübertreten, die gesellschaftlichen Verhältnisse der Personen in ihren Arbeiten erscheinen jedenfalls als ihre eigenen persönlichen Verhältnisse und sind nicht" – wie in der kapitalistischen Gesellschaft – „verkleidet in gesellschaftliche Verhältnisse der Sachen." Die bürgerliche Gesellschaft hat es zuwege gebracht, sich einzubilden, arbeiten sei keine

20 Die sachliche Verteilung der Gewalt auf die hierzu berufenen Individuen (Gewaltenordnung), die sachliche Aufteilung der gesellschaftlich notwendige Arbeit auf die verpflichteten Individuen (Arbeitsordnung), dann die persönliche Auswahl und Bestellung der Individuen zu beiden Aufgaben (Berufungsordnung) ist in den meisten Gesellschaftsverfassungen, die wir kennen, *publici juris*: Die organisierte Gesellschaft als Gesamtwille besorgt sie direkt und die dadurch hervorgerufenen Beziehungen der Ueber- und Unterordnung, der Beiordnung, der Nachfolge der Individuen treten eben sichtlich, wie Marx es nennt, als ihre eigenen persönlichen Verhältnisse auf und sind daher nicht verkleidet in gesellschaftliche Verhältnisse der Sachen. So sind zum Beispiel Lehensbesitz und Lehensnachfolge in der Höhezeit der Feudalität völlig *publici juris*, ja in dieser Zeit verschwindet beinahe der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht, fast alles und jedes Institut ist öffentlich-rechtlich. (So erst gar im Kirchenrecht.) Nur die völlig unvermeidlichen Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur werden in den Anfangszeiten kapitalistischer Wirtschaft im Wege von komplementären Institutionen des öffentlichen Rechts zum Privatrecht hinzugefügt.

realizam a integração do indivíduo na coletividade.

[46] Em todas as ordens jurídicas mais antigas, a integração direta da vontade individual na vontade coletiva, a ordem do poder e a ordem do trabalho, é aparente.[20] Senhor e escravo, senhor feudal [Grundherr] e servo [Leibeigener] são personagens [Charaktere] de ordens do trabalho passadas e elas são superordenadas e subordinadas de maneira direta e personalíssima. "Julgue-se como se queira as máscaras de personagem [Charaktermasken] com as quais os seres humanos aqui se confrontam, as relações sociais das pessoas em seus trabalhos aparecem, em todo caso, como suas próprias relações pessoais e não são" – como no caso da sociedade capitalista – "travestidas em relações sociais de coisas."[o] A sociedade burguesa conseguiu se fazer acreditar que trabalhar não seria uma

20 A distribuição material do poder aos indivíduos nomeados para isso (ordem do poder), a distribuição material do trabalho socialmente necessário aos indivíduos obrigados (ordem do trabalho) e depois a escolha e nomeação pessoal dos indivíduos para ambas as tarefas (ordem da vocação) é *publici juris* na maioria das constituições sociais que conhecemos: a sociedade organizada enquanto vontade coletiva as providencia diretamente e as relações de superordenação e subordinação, de coordenação, de sucessão dos indivíduos provocadas por ela se apresentam manifestamente, como Marx as chama, como suas próprias relações pessoais e, por isso, não são travestidas em relações sociais de coisas. Assim, por exemplo, a posse [Lehensbesitz] e sucessão do feudo [Lehensnachfolge] são completamente *publici juris* no ápice do feudalismo, nessa época até mesmo quase desaparece a oposição entre direito público e privado, quase todo e qualquer instituto é de direito público. (Assim como no direito canônico.) Nos inícios da economia capitalista, apenas as prescrições totalmente indispensáveis de natureza público-jurídica são acrescentadas ao direito privado via instituições (Institutionen) complementares de direito público.

Gesellschaftspflicht, sondern Privatsache, sie bedürfe keiner Arbeitsordnung. Es ist eines der Verdienste von Marx, nachgewiesen zu haben, daß die Freiheit des Eigentums und des Arbeitsvertrages, die allgemeine Beiordnung der Individualwillen, faktisch zur Willensunterordnung und zum Arbeitszwang der Fabrik wird, deren innere Verhältnisse außerrechtlicher Natur waren oder wenigstens als außerrechtlich galten. Erst das letzte Vierteljahrhundert hat die Imperative, die der Antreiber der Fabrik dem Arbeiter an der tosenden Maschine ins Ohr brüllt, eine Rechtssphäre, in welche das bürgerliche Recht sich lange nicht vorgewagt hat, in ihrer Rechtsnatur erkannt: Dort wird tagtäglich durch den lebendigen Imperativ „Recht geschöpft" und gerichtet! Wie klar waren dagegen die „unmittelbaren Herrschafts- und Knechtschaftsverhältnisse" (*Kapital*, I., Seite 46) vorkapitalistischer Zeiten!

[47] Fassen wir den Arterhaltungsprozeß der Gesellschaft in zeitlicher Folge als Reproduktionsprozeß im Wandel der Gene rationen, so erfordert zunächst die formelle Kontinuität des Betriebes, daß für jedes gewalthabende und arbeitende Mitglied, welchem das Szepter oder das Werkzeug entfällt, ein neues eintritt, ihm substituiert wird, ihm sukzediert. Jedes Rechtssystem bat seine Sukzessions- oder Berufungsordnung, hat Rechtsinstitute mit sukzessorischer Funktion. So das bürgerliche System das Erbrecht.

[48] Es erfordert die Arterhaltung aber nicht nur diese juristische Fortsetzung, sondern auch die leibliche Fortpflanzung, Aufzucht,

obrigação social, mas um assunto privado, que ela não necessitaria de uma ordem do trabalho. É um dos méritos de Marx ter comprovado que a liberdade da propriedade e do contrato de trabalho, a coordenação geral das vontades individuais, torna-se, faticamente, sujeição da vontade e coerção ao trabalho na fábrica, cujas relações internas eram de natureza extrajurídica ou, ao menos, eram tidas como extrajurídicas. Só o último quarto de século reconheceu a natureza jurídica dos imperativos que o supervisor da fábrica berra no ouvido do trabalhador ao lado da máquina retumbante, uma esfera jurídica sobre a qual o direito burguês por muito tempo não se atreveu a avançar: lá se "cria direito" e se julga cotidianamente através do imperativo vivo! Quão claros não eram, em comparação, as "relações imediatas de dominação e servitude" (*Kapital*, I, p. 46) de épocas pré-capitalistas!

[47] Se apreendemos o processo social de preservação da espécie em sequência histórica, como processo de reprodução na transição das gerações, então a continuidade formal da empresa [Betrieb] exige, em primeiro lugar, que, para cada membro detentor de poder que deixe cair o cetro e para cada trabalhador que deixe cair a ferramenta, outro entre, substitua-o, suceda-o. Todo sistema jurídico possui sua ordem da sucessão ou vocação [Sukzessions- oder Berufungsordnung], possui institutos jurídicos com função sucessória. Assim, o sistema burguês possui o direito sucessório.

[48] A preservação da espécie exige não só a continuidade jurídica, mas também a reprodução biológica, a criação,

Erziehung und Bildung der heranwachsenden Generation. Dieses war das erste Sozialinteresse, das älteste Wirksamkeitsgebiet normativer Schöpfung der Gesellschaft. Die Gentilverfassung stellt das älteste geschlossene Rechtssystem dar. An den Rechtsinstituten populatorischer Funktion hat sich die Menschheit selbst aus der Horde zur Gesellschaft entwickelt.

2. Die ökonomischen Funktionen im engeren Sinne

[49] Die so organisierte Gesellschaft, ein Ganzes eingegliederter Sonderwillen, richtet ihre tausend Arme auf die Natur. „Die Arbeit ist zunächst ein Prozeß zwischen Mensch und Natur, ein Prozeß, worin der Mensch seinen Stoffwechsel mit der Natur durch seine eigene Tat regelt und kontrolliert. Er tritt dem Naturstoff selbst als eine Naturmacht gegenüber.“ (*Kapital*, I., Seite 140, 9.) Der vergesellschaftete Mensch bezieht sich indessen nicht als natürliches Individuum, also natürlich, sondern gesellschaftlich zur Natur, das heißt die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit verfügt immer über das von ihr okkupierte Stück Erde und die von ihr losgetrennten, assimilierten Stoffe. Nie und nimmer kann eine geordnete Gesellschaft die Verfügungsgewalt über die Güter preisgeben, die zu ihrer Selbsterhaltung unentbehrlich sind, aber sie kann diese Güter nicht anders an sich nehmen und halten als in den Händen der sie bildenden Individuen, die sie in ihrem Namen, als Treuhänder, verwenden. Welche Gesellschaftsordnung bestehe, soll der Produktionsprozeß ungestört und stetig vor sich gehen, so muß die Verfügung über

educação e formação da nova geração. Esse foi o primeiro interesse social, o mais antigo campo de ação da criação normativa da sociedade. A constituição gentílica representa o mais antigo sistema jurídico fechado. Com os institutos jurídicos de função populatória, a humanidade evoluiu da horda à sociedade.

2. As funções econômicas em sentido estrito

[49] A sociedade assim organizada, um todo de vontades particulares integradas, dirige seus mil braços à natureza. “O trabalho é, antes de tudo, um processo entre o homem e a natureza, um processo no qual o homem, por sua própria ação, regula e controla seu metabolismo com a natureza. Ele próprio confronta a matéria natural enquanto potência natural”[p] (*Kapital*, I, pp. 140, 9). O homem socializado não se relaciona com a natureza enquanto indivíduo natural, isto é, naturalmente, mas socialmente, isso significa que a sociedade em sua coletividade dispõe sempre sobre os pedaços da terra ocupados e a matéria separada e assimilada por ela. Jamais uma sociedade organizada pode renunciar ao poder de disposição sobre os bens que são indispensáveis para sua autopreservação, mas ela não pode tomar para si e manter esses bens de outra forma que não pelas mãos dos indivíduos que a formam e os utilizam em seu nome enquanto fiéis depositários [Treuhänder]. Qualquer ordem social que exista, se o processo de produção deve acontecer sem perturbações e continuamente, então a disposição sobre

alle okkupierten und assimilierten Güter als Recht von Personen über die Sachen in der Ordnung der Gesellschaft geregelt sein. Jede Wirtschaftsstufe hat ihre Güterordnung, wie sie ihre Arbeitsordnung hat. Rechtsinstitute, welche diese Güterordnung bewirken, unterstellen die Sachenwelt stückweise der Willensmacht je einzelner Individuen – die Gesamtheit ist nur durch die Einzelnen da – sie geben sie in die Detention der Individuen, so daß diese über die Dinge verfügen, sie haben, innehaben, detinieren. Selbst das Gemeinschaftseigentum ist immer in Händen von Individuen wie die Regimentsfahne in den Händen des Fahnenträgers. Wir finden in der Rechtssprache keine bessere Bezeichnung hierfür als Detention, der deutschrechtliche Ausdruck „Gewere" ist leider außer Gebrauch gekommen. Das *Habere*, *Detinere* ist eine allgemeine und notwendige Rechtsform jeder Gesellschaftsordnung und daraus leitet die bürgerliche Welt gerne einen Rechtsgrund für das „Eigentum" ab. Aber das Innehaben tritt, wie wir sehen werden, nur in den Intermundien großer Weltepochen als Privateigentum auf. Rechtsinstituten, welche diese Güterzuteilung, die gesellschaftliche Güterordnung bewirken, schreiben wir detentorische Funktionen zu.[21] Was für den Innehabenden Detention, ist für die Rechtsordnung Zuweisung oder Assignation, diese Funktion läßt sich daher

21 Es sei nicht vergessen, daß Detention in der Rechtssprache die bloße Innehabung ohne Ansehung jeglicher rechtlichen Qualifikation bedeutet, während wir sie hier als Innehabung im Auftrag der Gesellschaft behandeln, diese jedoch ohne alle Unterscheidung der sonstigen juristischen Qualifikation.

todos os bens ocupados e assimilados precisa ser regulada na ordem da sociedade enquanto direito de pessoas sobre coisas. Cada etapa econômica tem sua ordem dos bens, assim como tem sua ordem do trabalho. Institutos jurídicos que realizam essa ordem dos bens subordinam o mundo das coisas parcialmente ao poder da vontade de cada indivíduo - a coletividade só está presente através dos indivíduos –, eles o entregam à detenção [Detention] dos indivíduos para que estes disponham sobre as coisas, tenham-nas, hajam-nas [innehaben], detenham-nas. Mesmo a propriedade comunitária está sempre nas mãos de indivíduos, como a bandeira do regimento nas mãos do porta-estandarte. Não encontramos nenhuma expressão melhor para isso na linguagem jurídica do que detenção, a expressão do direito germânico *Gewere*[q] infelizmente caiu em desuso. O *habere*, *detinere*, é uma forma jurídica geral e necessária de toda ordem social e o mundo burguês gosta de deduzir disso um fundamento jurídico para a "propriedade." Mas o haver só se apresenta enquanto propriedade privada, como veremos, nos intermúndios das grandes épocas do mundo. Aos institutos jurídicos que realizam essa partilha dos bens, a ordem social dos bens, atribuímos funções detentórias.[21] O que para aquele que tem a coisa [Innehabenden] é detenção, é, para a ordem jurídica, atribuição ou conferência, por isso essa função

21 Não deve ser esquecido que a detenção, na linguagem jurídica, significa, o mera haver sem qualquer qualificação jurídica, enquanto nós a tratamos aqui como haver por incumbência da sociedade, todavia, sem fazer qualquer distinção relativa a qualificações jurídicas.

ebenso richtig als assignatorische bezeichnen.

[50] Die Arbeits- und Güterordnung, als die Regelung der Verfügungsgewalt über Arbeitskraft und Produktionsmittel, geben dem Arterhaltungsprozeß seine rechtliche Bestimmtheit. In seinem technischen Flusse unterscheidet man allgemein drei Stadien, Produktion, Distribution und Konsumtion, und so haben Rechtsinstitute auch drei verschiedene Funktionen, produktorische, distributorische und konsumtorische. Wir wählen diese fremdsprachigen Bezeichnungen in Ermangelung so kurzer, eindeutiger Fachausdrücke im Deutschen.

[51] Jedes Glied der Gesellschaft muß, wenn auch noch so kümmerlichen Anteil am Jahresprodukt haben, ohne Rücksicht darauf ob es in der Produktion tätig gewesen ist oder nicht, es kann diesen Anteil, seinen Konsumtionsfonds, nur durch Rechtsinstitute vermittelt erhalten. Diese konsumtorische Funktion erfüllen heute zum Beispiel neben dem Eigentum der Nießbrauch (*usus fructus*), der bäuerliche Altenteil, neuerdings die Arbeiterversicherung und subsidiär, wo alle Rechtsinstitute versagen, das Armenrecht.

[52] Die Distribution vollzieht sich heute in Form der Warenzirkulation, also in der Rechtsform der *emtio-venditio*, sie vollzog sich im Mittelalter ganz anders, in Rechtsformen wie Robot und Zehent.

[53] Die produktorische Funktion erfüllt heute neben zahlreichen anderen Rechtsinstituten überwiegend Eigentum und Lohnvertrag, im Mittelalter Hörigkeit und

pode ser designada, com a mesma precisão, de atributiva.

[50] As ordens do trabalho e dos bens, enquanto regulação do poder de disposição sobre força de trabalho e meios de produção, conferem ao processo de preservação da espécie sua determinação jurídica. Em seu decurso técnico pode-se distinguir três estágios - produção, distribuição e consumo - e, portanto, os institutos jurídicos também possuem três funções diferentes - produtiva, distributiva e consumptiva. Nós escolhemos essas denominações de língua estrangeira na falta de termos técnicos tão curtos e inequívocos no alemão.

[51] Sem levar em consideração se ele atuou na produção ou não, cada membro da sociedade precisa ter uma parte, ainda que miserável, do produto anual, ele só pode pode receber essa parte, seu fundo de consumo, por meio de institutos jurídicos. Essa função consumptiva é realizada hoje, ao lado da propriedade, por exemplo, pelo usufruto (*usus fructus*), pelo *Altenteil*[r] campestre, mais recentemente pela seguridade social [Arbeiterversicherung] e, subsidiariamente, onde todos os institutos jurídicos falham, pela lei dos pobres [Armenrecht].

[52] A distribuição ocorre hoje na forma da circulação de mercadorias, ou seja, na forma jurídica da *emtio-venditio*, na Idade Média ela ocorreu de maneira completamente distinta, em formas jurídicas como a corvéia e o dízimo.

[53] A função produtiva é realizada hoje, ao lado de inúmeros outros institutos jurídicos, principalmente pela propriedade e pelo contrato de trabalho, na Idade Média pela servidão [Hörigkeit] e

Leibeigenschaft, im Altertum die Sklaverei.

[54] Allen drei hier erörterten Funktionen ist die Detention gemeinsam, alle drei sind gesondert betrachtete Elemente der Güterordnung. Im Fortgang unserer Untersuchung werden wir finden, daß sich aus diesen allgemeinen auch einzelne Teilfunktionen absondern. Einstweilen genügt diese Uebersicht.

3. Der Begriff der sozialen Funktion

[55] Dieses also unser oberstes Schema der Funktionen der Rechtsinstitute: es umfaßt oberste allgemeine Abstraktionen, die ebenso berechtigt sind wie die Abstraktionen Produktion, Konsumtion, Gesellschaftsordnung überhaupt. Selbstverständlich erfolgt auf jeder Entwicklungsstufe einer konkreten Gesellschaft Produktion, Distribution und Konsumtion in besonderer Form, das ist vermittels besondeter [sic] wirtschaftlicher Einrichtungen, also in besonderen technischen Prozessen und zugehörenden Rechtsinstituten. Aber nunmehr können wir diese besondere Form und den Wandel der Dinge erst mit dem gemeinsamen allgemeinen Merkmal bezeichnen und ohne fortwährende Wiederholungen kurz benennen.

[56] Selbstverständlich gehen die Funktionen ineinander über: Die Zuweisung (Assignation) eines Grundstückes der Kolonie an den ausgedienten römischen Legionär ist zugleich Universalsukzession nach dem getöteten oder in Gefangenschaft geschleppten und als Sklaven verkauften Eingeborenen. Der Uebergang eines Bauerngutes vom Vater auf den Sohn unter Lebenden oder im Erbgange dient der

villainage [Leibeigenschaft][s], na antiguidade pela escravidão.

[54] Todas as três funções aqui discutidas têm em comum a detenção, todas as três são elementos da ordem dos bens examinados isoladamente. Na decurso de nossa investigação descobriremos que funções parciais individuais também se separam dessas funções gerais. Por enquanto basta esse panorama.

3. O conceito de função social

[55] Este é nosso sumo esquema das funções dos institutos jurídicos: ele abrange as abstrações mais gerais que são tão legítimas quanto as abstrações produção, consumo e ordem social no geral. Evidentemente produção, distribuição e consumo acontecem em cada etapa do desenvolvimento de uma sociedade concreta em formas específicas, isto é, por meio de organizações econômicas específicas, portanto, em processos técnicos específicos e institutos jurídicos correspondentes. Mas daqui em diante podemos indicar essa forma específica e a mudança das coisas por meio das características gerais comuns e nomeá-las de maneira breve e sem a necessidade de repetições constantes.

[56] Evidentemente as funções se sobrepõem uma à outra: a atribuição (conferência) de um terreno da colônia a um legionário romano reformado é simultâneamente sucessão universal do nativo morto ou levado em cativeiro e vendido como escravo. A transferência de uma fazenda de pai para filho entre vivos ou como herança serve à

Berufung eines Nachfolgers für den ausscheidenden Bewirtschafter und zugleich der Erhaltung der Bevölkerung, ist also zugleich sukzessorisch und populatorisch; da der Nachfolger zugleich der Herr über Knechte und Mägde wird, so wirkt sie auch organisatorisch. Fasse ich unter einem alle einzelnen Wirksamkeiten eines Rechtsinsti tuts auf die gesamte Gesellschaft ins Auge, so verschmelzen alle einzelnen Teilfunktionen zu der einen sozialen Funktion.

[57] Ein Rechtsinstitut ist ein Normenkomplex. Ist dieser im Wandel der Wirtschaftsordnungen konstant geblieben, hat sich aber dessen Funktion geändert, erweitert, verengert oder ist sie ausgefallen, so liegt Funktionswandel vor. So können wir uns denken, daß der ganze Rechtskreis der Vestalinnen, die für alle Herde der Gemeinde ständig Feuer in Gang zu halten hatten, bis zu ihrem Verschwinden gleich war, daß in den sie betreffenden Normen kein Wandel erfolgt ist, während inzwischen die Erfindung und allgemeine Verwendung des Feuerzeugs alle ihre ökonomischen Funktionen ersetzt hat. Dann können wir wohl mit Fug aussagen, daß die wirtschaftliche Umwälzung – die Erfindung war ja ein außerrechtlicher Akt – das Rechtsinstitut seiner sozialen Funktion beraubt, damit in Abgang gebracht und endlich beseitigt hat.

[58] Wir können uns umgekehrt vorstellen, daß ein Rechtsinstitut dieselbe Funktion behält, also in seiner ökonomischen Bedeutung keinerlei Wandel vor sich gegangen ist, daß aber der Normbestand des Instituts sich verändert hat, somit Imperative zugewachsen, weggefallen oder anders geworden sind, ohne

vocação do sucessor daquele que explorava economicamente e que sai de cena e, ao mesmo tempo, ao sustento da população, é portanto simultaneamente sucessória e populatória; uma vez que o sucessor se torna simultaneamente senhor sobre servos e criadas, ela também atua de maneira organizatória. Se contemplo todos os efeitos específicos de um instituto jurídico sobre o conjunto da sociedade, então todas as funções parciais individuais se amalgamam na sua função social.

[57] Um instituto jurídico é um complexo de normas. Se este permanece constante na mudança das ordens sociais, mas sua função se modificou, expandiu, retraiu ou perdeu, então ocorreu uma mudança de função. Assim podemos imaginar que toda a esfera jurídica das vestais, que tinham que manter aceso o fogo para todos os fogões da comunidade, se manteve igual até o seu desaparecimento, que não houve mudança nas normas relativas a ela, enquanto que a invenção e o uso geral, no meio tempo, da pederneira substituiu todas as suas funções econômicas. Então podemos afirmar com toda razão que a transformação econômica - a invenção é um ato extrajurídico - roubou do instituto jurídico sua função social, levou-o ao declínio e finalmente o eliminou.

[58] Podemos imaginar o contrário também, que um instituto jurídico mantém a mesma função, ou seja, que não aconteceu nenhuma mudança em seu significado econômico, mas que, entretanto, o conteúdo normativo do instituto se alterou, portanto, que imperativos tenham sido acrescidos, suprimidos ou alterados, sem

daß das Befohlene sich geändert hätte. Es ist ja auch das nicht undenkbar und unhistorisch: So hat der Wechsel alle seine ökonomischen Funktionen behalten, aber die persönliche Schuldhaft abgestreift. So ist die Institution der Todesstrafe in ihren Funktionen gleich geblieben, obwohl die Normen zur Qualifikation derselben, die Verstümmelung des Leibes, Vierteilung usw., weggefallen sind.

[59] Wir finden also eine zweifache Möglichkeit der Rechtsentwicklung: den Normwandel und den Funktionswandel. Und nun hat die Rechtswissenschaft zu untersuchen: In welcher Weise finden beide statt, wie bedingt einer den anderen, welche Gesetzmäßigkeit der Entwicklung liegt hier vor?

[60] Wie ferner die Funktionen der Rechtsinstitute wandeln mögen, nie kann eine Funktion dauernd unerfüllt bleiben, ohne die Gesellschaft selbst aufzuheben. Für jede ausfallende Funktion eines Rechtsinstituts muß ein anderes eintreten, es gibt kein Vakuum der Rechtsordnung. Wir werden sehen, daß Rechtsinstitute sich innerhalb gewisser Schranken vertre
26 | ten können.[22] In der Regel aber sind neue Rechtsinstitute nötig. Woher entspringen diese? In welcher Weise leisten sie Ersatz?

[61] Die Tatsache, daß die Gesamtheit aller Rechtsinstitute einer Epoche alle allgemeinen Funktionen erfüllen muß, daß also das Recht ein

22 So kann das dingliche Recht der Wasserschöpfgerechtigkeit (*servitus aquaehaustus*) durch die obligatorische Verpflichtung des Eigentümers auf Duldung des Wasserschöpfens zur Not ersetzt werden usw.

que o que é ordenado tenha se modificado. Isso também não é impensável ou a-histórico: a troca manteve todas as suas funções econômicas, mas a responsabilidade corporal pela dívida foi abolida. A instituição da pena capital permaneceu igual no que se refere à sua função, ainda que as normas para sua qualificação tenham sido suprimidas, a mutilação corporal, esquartejamento, etc.

[59] Encontramos, portanto, uma possibilidade dupla de desenvolvimento do direito: a mudança da norma e a mudança de função. E agora a ciência jurídica deve investigar: como ambas ocorrem, como uma condiciona a outra, qual a lei do desenvolvimento?

[60] Por mais que as funções dos institutos jurídicos possam mudar, nunca uma função pode ficar continuamente sem ser realizada sem abolir a própria sociedade. Para cada função de um instituto jurídico que deixa de ser realizada, um outro o precisa suceder, não existe vácuo na ordem jurídica. Veremos que os institutos jurídicos podem se substituir dentro de certos limites.[22] Mas em regra são necessários novos institutos. De onde estes se originam? De que modo eles fazem essa substituição?

[61] Chamo o fato de que o conjunto de todos os institutos jurídicos de uma época precisa realizar todas as funções gerais, que, portanto, o direito é um

22 Assim o direito real de buscar água na nascente do terreno vizinho (*servitus aquaehaustus*) pode ser substituído pela obrigação do proprietário de tolerar a retirada da água em caso de necessidade, etc.

gegliedertes, durch die Bedürfnisse der Gesellschaft bestimmtes Ganze ist, nenne ich den organischen Charakter der Rechtsordnung. Jedes Rechtsinstitut als Teil derselben steht demnach in dem Verhältnis näherer oder fernerer Konnexität zu allen übrigen, und diese Konvexität liegt nicht in seinem Normenbestande, sondern in seiner Funktion.

[62] Die organische Natur der Rechtsordnung schließt weiters [sic] in sich, daß alle Rechtsinstitute des Privatrechts mitsamt ihren Konnexinstituten zugleich auch im Zusammenhang mit dem öffentlichen Rechte stehen, ohne dieses nicht wirksam sein und ohne Bedachtnahme auf das öffentliche Recht nicht völlig erfaßt werden können. So ist das Eigentum unwirksam ohne Zivilprozeß und dieser ohne Gerichtsverfassung, und niemals voll wirksam, da das öffentliche Recht ihm Schranken und Lasten auferlegt wie etwa die Steuern. Jedes Privatrechtsinstitut hat seine komplementären öffentlichen Einrichtungen, über die am geeigneten Orte einiges zu sagen sein wird. In der herrschenden Auffassung der kapitalistischen Geschichtsepoche aber dienen die komplementären Institutionen des Staates bloß dazu, die freie Wirksamkeit der Privatinstitute zu gewährleisten, keineswegs aber aufzuheben oder abzulenken. Und darum können und müssen wir sogar, soweit die kapitalistische Wirtschaftsweise beschrieben wird, von ihnen abstrahieren. Sie treten erst dort in den Vordergrund, wo die Rechtsentwicklung über das kapitalistische System hinausführt.

[63] Trotz diesem organischen Charakter der gesamten Rechtsordnung, trotz der

todo integrado e determinado pelas necessidades da sociedade, de o caráter orgânico da ordem jurídica. Cada instituto jurídico, enquanto parte dela, se encontra, assim, em uma relação de conexidade mais ou menos distante com todos os restantes e essa conexidade não reside no seu conteúdo normativo, mas antes na sua função.

[62] A natureza orgânica da ordem jurídica implica ainda que todos os institutos jurídicos do direito privado, juntamente com seus institutos conexos, também se encontram em um nexo com o direito público, sem o qual não são eficazes, e não podem ser totalmente apreendidos sem levá-lo em consideração. A propriedade é ineficaz sem o processo civil e ele, sem a organização dos tribunais, e nunca completamente eficaz, já que o direito público impõe a ela limites e ônus, como por exemplo os impostos. Cada instituto do direito privado possui suas organizações [Einrichtungen] complementares públicas, sobre as quais diremos algumas palavras no momento adequado. Mas na compreensão dominante da época histórica capitalista, as instituições [Institutionen] complementares do Estado servem apenas para garantir a livre atuação dos institutos privados, de modo algum para revogá-los ou dirigi-los. E por isso podemos e até precisamos abstrair delas na descrição do modo de funcionamento da economia [Wirtschaftsweise] capitalista. Eles surgem em primeiro plano apenas onde o desenvolvimento do direito conduz para além do sistema capitalista.

[63] Apesar desse caráter orgânico do conjunto da ordem jurídica, apesar da

Konvexität aller einzelnen Privatrechtsinstitute zeigt uns die Geschichte eine unablässige Veränderung derselben, einen unaufhörlichen Norm- und Funktionswandel der Rechtsinstitute. Wir müssen zunächst ein klares Bild von der Größe und Tragweite der Umwälzungen erhalten, die sich ganz außerhalb des Gesetzes und seiner Gebote, ganz oder zum Teile unterhalb des Kollektivbewußtseins der Gesellschaft abzuspielen vermögen, wir müssen eine Wanderung durch die Wirtschaft unternehmen, um so die Wirkungsweise des Rechtes uns anschaulich zu machen, die Grenzen seiner Macht kennenzulernen und unser Auge für das Problem des Normwandels zu schärfen.

[64] Außerdem erhalten wir so Einsicht in die Rechtsordnung unserer Zeit. Noch ist ihr grundlegendes Institut das Eigentum, wir haben uns vor allem diesem zuzuwenden. Indem wir dabei vornehmlich die Wirkungsweise des heutigen Eigentums beachten, seinen bisherigen Wandel begreifen lernen, arbeiten wir der Erkenntnis seiner künftigen Entwicklung.

conexidade de cada instituto do direito privado, a história nos mostra uma mudança ininterrupta dos mesmos, uma mudança de norma e de função sem fim dos institutos jurídicos. Nós precisamos, primeiramente, obter uma imagem clara da dimensão e do alcance das transformações que se dão completamente fora da lei e de seus mandamentos, que podem se passar completa ou parcialmente abaixo da consciência coletiva da sociedade, precisamos empreender uma viagem através da economia para assim tornar compreensível, para nós, o modo de funcionamento do direito, conhecer os limites de seu poder e aguçar nossa visão para o problema da mudança das normas.

[64] Além disso, assim obteremos conhecimento sobre a ordem jurídica de nosso tempo. A propriedade ainda é seu instituto fundamental, devemos nos voltar principalmente a ele. Na medida em que com isso nos atentamos principalmente para o modo de funcionamento da propriedade hoje, aprendemos a compreender sua mudança até aqui, trabalhamos o conhecimento de seu futuro desenvolvimento.

Notas do tradutor

a) Sigla para *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil Geral, o código civil austríaco.

b) Sigla que parece se referir ao *Reichsstrafgesetzbuch*, Código Penal do *Reich*, o código penal alemão.

c) Optamos por traduzir "Sittengesetz" como lei moral, ainda que contra a tradução brasileira já consolidada dos conceitos kantianos, em razão do fato de que Renner, apesar da referência a Kant no fim do parágrafo, não faz um uso kantiano do conceito. Isso porque, em Kant, *Sitten* - que costuma ser traduzido como "costumes" -, engloba tanto o direito quanto a moral, portanto a "lei dos costumes" não poderia estar ao lado da "lei jurídica".

d) Optamos por traduzir "Gesamtwille" como vontade coletiva, não vontade geral, para marcar a distinção que Renner estabelece, abaixo (§6), entre essa vontade coletiva e a "vontade geral (allgemeiner Wille) ou *volonté générale*," em uma clara referência a Rousseau. Ao mesmo tempo, optamos por vontade geral, não vontade de todos, tendo em vista que a oposição entre vontade coletiva (Gesamtwille) e vontade geral (allgemeiner Wille) não parece se dar nos mesmos termos que aquela entre *volonté générale* e *volonté de tous*, estabelecida pelo filósofo francês, e que não encontramos nenhuma ocorrência da expressão *Gesamtwille* para traduzir o conceito de *volonté de tous*, que sempre aparece como *Wille aller*, em todas as edições alemãs consultadas d'*O contrato social*, bem como nos comentários ao livro da canônica série *Klassiker Auslegen* publicada pela Akademie Verlag.

e) Optamos por seguir a tradição já estabelecida no campo do direito e traduzir *Jurisprudenz* por dogmática jurídica, não por jurisprudência, que costuma ser usado para se referir, em português, a decisões reiteradas de tribunais.

f) Neste trecho optamos por traduzir *Besitz*, cuja tradução literal e juridicamente precisa seria a de posse, por propriedade, mas em um sentido amplo e juridicamente impreciso. Essa escolha mantém o sentido geral de mobilização de um termo jurídicos por um não-jurista - especificamente, um economista - sem criar dificuldades adicionais à compreensão do trecho já que faria pouco sentido falar de "pequena posse rural", "posse média" ou "posse latifundiária".

g) Termo que se refere ao conjunto de direitos vitalícios que um camponês ou fazendeiro reserva para si ao transferir sua propriedade ao sucessor no momento de sua aposentadoria e que abrange direitos potestativos, direitos a prestação de serviços e ônus reais. Trata-se de um instituto que serve, normalmente, à garantia de um direito de residir no imóvel e ao pagamento de uma parcela da produção, de aluguéis, etc.

h) Trata-se de um direito especial que, enquanto parte do direito agrário, regula a sucessão da fazenda (Hof) e segundo o qual a transmissão da propriedade indivisa da fazenda deve-

ria se dar em favor do herdeiro masculino mais velho. O objetivo dessa regulação era a de garantir a continuidade produtiva e um tamanho mínimo da fazenda.

i) Tradução retirada de MARX, Karl "Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 38, modificada para melhor se adequar ao original.

j) Tradução retirada de MARX, Karl "Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 47, modificada para melhor se adequar à citação que Renner faz do texto de Marx.

k) Traduções retiradas de MARX, Karl "Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 27, modificadas para melhor se adequar ao original.

l) Trata-se de uma citação de Marx que provém da mesma obra - *Para a crítica da economia política* - e página das citações anteriores. Tradução retirada de MARX, Karl "Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 27, modificada para melhor se adequar ao original.

m) Trata-se de mais uma citação de Marx que provém da mesma obra - *Para a crítica da economia política*. Tradução retirada de MARX, Karl "Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 39-40, modificada para melhor se adequar ao original.

n) Tradução retirada de MARX, Karl "Prefácio [à *Para a crítica da economia política*]. In: *Os pensadores*. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 43, modificada para melhor se adequar ao original.

o) Tradução retirada de MARX, Karl. *O capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 159, modificada para melhor se adequar ao original.

p) Tradução retirada de MARX, Karl. *O capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 255, modificada para melhor se adequar ao original e para melhor se adequar à reprodução que Renner faz do texto marxiano, suprimindo a palavra "medeia" (vermittelt) no trecho "...no qual o homem, por sua própria ação, medeia, regula e controla…".

q) No campo do direito, usa-se, normalmente, a palavra alemã para se referir à *Gewere*, entre outras razões, em vista da longa e ainda não resolvida discussão em torno desse conceito jurídico proveniente do antigo direito germânico. Tendo em vista as traduções para o inglês (*seisin*), o francês (*saisine*) e o latim (*vestitura* e *investitura*), um possível equivalente em português poderia ser o "empossamento". Para *Gewere*, cf. GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht*, v. II. Leipzig: Duncker & Humblot, 1905 pp. 187 e ss e, em português, ALVES, José Carlos Moreira. (1967). A "Gewere" - Um instituto do antigo direito

germânico. In: *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 63*. 1967, pp. 193-228.

Segundo Kahn-Freund, Renner cometeria uma imprecisão nesta passagem, embora originalmente o conceito jurídico de *Gewere* tenha se referido à posse física da coisa, ele se descolou cada vez disso em seu desenvolvimento pela dogmática medieval e ganhou um sentido mais amplo que o de posse. KAHN-FREUND, Notes. In: RENNER, Karl. *Institutions of Private Law and their Social Function*. Trad. Agnes Schwarzschild. London, New York: Routledge, 1949, pp. 78-79, nota 47.

r) Sinônimo de *Ausgedinge*, cf. nota do tradutor 6.

s) *Hörigkeit* e *Leibeigenschaft* são duas formas distintas de servidão, na primeira a vinculação do servo ao senhor se dá indiretamente, por meio da vinculação do servo à terra (feudo), já no segundo caso, a vinculação do servo ao senhor é pessoal.