DIREITOS HUMANOS, IMPÉRIO DA LEI E SOCIALISMO EM *O IMPÉRIO DA LEI* DE FRANZ NEUMANN

HUMAN RIGHTS, RULE OF LAW AND SOCIALISM ACCORDING TO *THE RULE OF LAW* BY FRANZ NEUMANN

José Rodrigo Rodriguez*

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumo: O texto expõe a relação entre império da lei, direitos humanos e o socialismo em *O Império da Lei* (1936) de Franz Neumann. Defende que, de acordo com o diagnóstico de Neumann sobre o direito no capitalismo monopolista, a emancipação humana na direção do socialismo pressupõe o direito liberal burguês. Para demonstrá-lo, reconstrói seu diálogo teórico com Hans Kelsen e Max Weber e mostra como o potencial emancipatório do direito burguês relaciona-se com os direitos econômicos e os direitos sociais.
Palavras-chave: Marxismo. Teoria Crítica. Revolução. Direitos Humanos. Império da Lei.

Abstract: This text exposes the relations between the rule of law, human rights and socialism according to *The Rule of Law* (1936), by Franz Neumann. The text argues that, according to Neumann's interpretation of the law under monopolistic capitalism, human emancipation towards socialism presupposes the rule of law. To demonstrate that, it reconstructs Neumann theoretical dialogue with Hans Kelsen and Max Weber and shows how bourgeois law emancipatory tendencies relates economic rights and social rights.
Key Words: Marxism. Critical Theory. Revolution. Human Rights. Rule of Law.

Introdução

A história das relações entre marxismo e direito, ao contrário do que possa parecer ao senso comum, é problemática e plural. Se tomarmos como ponto de partida a obra de Marx e de Engels, avançando do debate austro-marxista (MARRAMAO, 1985) para o exame da polêmica sobre a social-democracia alemã (WALDENBERG, 1982), passando pelos escritos de Antonio Gramsci (COUTINHO, 1999), pelas reflexões da Teoria Crítica (SHEUERMANN, 1997; RODRIGUEZ, 2004) e pelo debate contemporâneo - protagonizado por pensadores como Norberto Bobbio (BOBBIO, 1991), Nicos Poulantzas (POULANTZAS, 2000) e Jürgen Habermas (HABERMAS, 1998) - encontraremos muito pouca concordância entre autores e teorias.

Trata-se de uma paisagem variada, que, a despeito de sua extrema riqueza conceitual, permanece quase inexplorada pelos estudiosos brasileiros. Mesmo Karl Marx, cuja vulgata lhe imputa a condenação sumária do direito burguês como mera ideologia de classe, pode ser lido com mais sutileza, especialmente no que se refere à sua obra madura (ATIENZA, 1982:207 e ss; GIANNOTTI, 2000a:254 e ss; GIANNOTTI, 2000b:86 e ss). Engels também ressaltou a importância da luta pelo Estado em diversos escritos, especialmente em sua introdução ao texto de Marx, *A luta de*

*Coordenador de Pesquisas e Publicações da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Editor da Revista Direito GV. Pesquisador do Núcleo Direito e Democracia-CEBRAP

classes na França (1848-1850), respondendo ao sucesso da social-democracia alemã (ENGELS, 1980; NEGT, 1982:159-160). No caso do autro-marxismo, a lacuna é descomunal. A extrema densidade e variedade do pensamento de autores como Karl Renner, Otto Bauer e Max Adler fazem espantosa a ausência de estudos sobre suas obras.[1]

Pode-se imaginar que esta ausência se deva, ao menos em parte, a um preconceito histórico contra autores classificados, muito comodamente, como social-democratas e, por isso mesmo, segundo esta caricatura, essencialmente contra-revolucionários. Os ecos da acusação de Lenin a Kautsky e à social-democracia alemã (LENIN, 2005; WALBERG, 1982; FETSCHER, 1982) parecem determinar, até hoje, a interpretação das obras de todos aqueles que se aventuraram a afirmar o direito como instância determinante para a revolução socialista.

Acusações acríticas tomam o lugar da análise dos pressupostos teóricos e históricos que permitiriam colocar o direito nesta posição privilegiada. É como se o debate sobre direito e estado no marxismo estivesse definitivamente resolvido e nos restasse aplicar as análises de Lenin para toda e qualquer sociedade, independentemente de suas condições históricas específicas. Como lembra um importante historiador do marxismo:

Na base dessas divergências e desses contrastes, geralmente bastante ásperos, estavam opiniões, avaliações, prognósticos diferentes, referentes ao processo histórico, ao desenvolvimento da sociedade, à própria essência do capitalismo e do socialismo.(WALBERG, 1982:252).

Este artigo não pretende perseguir historicamente este preconceito da esquerda em relação ao direito. Nosso objetivo é mais modesto. Pretendo examinar o papel dos direitos humanos na obra *O Império da lei* (*The Rule of Law*), escrita em 1937 por Franz Neumann.[2] Trata-se de um pequeno passo na tarefa de recuperar a reflexão marxista sobre o direito e sobre o estado em nosso país.[3] Mas a densidade teórica da obra nos faz crer que esta não é uma tarefa despida de importância.

Os direitos humanos ocupam lugar central em *O Império da lei*, especialmente no que diz respeito a seu papel na construção do socialismo. Como demonstrarei, ao afirmar a centralidade dos direitos humanos para a emancipação da sociedade, Neumann pensa o direito liberal burguês como momento necessário para a passagem para o socialismo, além de elemento destinado a permanecer na sociedade futura. Por isso mesmo, refuta com veemência qualquer forma de instrumentalização do direito, esforçando-se por dar conta de sua racionalidade específica. É no interior do sistema jurídico o lugar de inscrição de uma certa tendência para a emancipação da sociedade na direção do socialismo e, por isso mesmo, a manutenção de sua racionalidade é crucial.

Este texto pretende reproduzir a estrutura de análise de *O Império da lei*. O livro parte das categorias abstratas, apresentando sua trama conceitual para depois expor seu processo de formação. Em alguns momentos, procuraremos relacionar as categorias abstratas com as análises concretas para explicitar sua interdependência. A forma de exposição d' *O Império da lei* será tomada como pressuposto, a ser problematizado em outro lugar. No entanto, podemos afirmar com segurança que a inspiração hegeliano-marxista na estruturação do livro é evidente. Foi anunciada por Neumann logo em seu início (NEUMANN, 1986:11).[4]

O texto está divido em três partes. A primeira, "Direitos humanos e revolução", expõe a relação entre os dois conceitos pre-

sente, em abstrato, na apresentação de *O Império da lei*. Em "O direito do capitalismo competitivo e o problema da aplicação das normas gerais", esta mesma relação será examinada em um nível mais baixo de abstração, a partir da descrição do direito, contemporâneo à escrita de *O Império da lei*. Seu ponto central será o debate com a primeira versão da teoria pura do direito de Hans Kelsen e suas conseqüência para a solução do "problema da aplicação das normas gerais", conforme a formulação de Neumann.

Em seguida, ainda com a finalidade de expor o diagnóstico de Neumann sobre o direito de sua época, apresentarei a crítica que faz a Max Weber, especialmente quanto ao conceito de materialização do direito. A partir da reelaboração deste conceito Neumann, dará uma solução para o problema da aplicação que afirma a racionalidade própria ao direito liberal burguês e aponta para a tendência emancipatória que ele encerra.

Na terceira parte, "Direito e fetichismo da mercadoria", aumentarei o grau de concreção da discussão, mostrando como a tendência à emancipação pôde, segundo Neumann, vir à consciência social, a despeito de não ter sido concretizada. A discussão nesta parte está centrada nos direitos sociais, mais especificamente, no direito do trabalho e seu papel de explicitar a exploração de classe.

Enfim, na última parte, "O direito na passagem para o socialismo", procurarei mostrar como Neumann pensou eventuais mudanças no direito liberal em uma sociedade futura. O autor não antecipou as características deste direito, mas apontou algumas possibilidades de evolução, que procuraremos reconstruir. Nesta parte, será importante mostrar que Neumann nunca abrirá mão da estrutura essencial do direito liberal, centrando sua visão da evolução do direito na mudança de função dos direitos fundamentais, especialmente quanto à regulação da propriedade privada. Neste momento da exposição, a análise dos conceitos em abstrato será relacionada com o diagnóstico do direito da época.

1. Direitos humanos e revolução

Os direitos humanos nasceram como direitos revolucionários. Em seu nome o antigo regime foi destruído, dando lugar às repúblicas burguesas. A burguesia, classe revolucionária de então, promoveu uma reforma das mais radicais nas instituições, acabando com os privilégios da nobreza e do clero. Para que isso fosse possível, foi necessário afirmar teoricamente e institucionalizar um domínio de liberdade em relação à soberania em que todos os homens foram considerados iguais. Além disso, consagrou-se a idéia de que o Estado soberano justifica-se ao atender aos interesses e às vontades de todos os indivíduos e não apenas de uma parcela deles (NEUMANN, 1986: 4-5).

Por isso mesmo, Neumann afirma que o Estado moderno caracteriza-se pela existência da esfera da soberania, além de uma esfera de liberdade em relação à soberania (NEUMANN, 1986:3). Esta é estrutura fundamental institucionaliza-se com as revoluções burguesas e, segundo Neumann, deve permanecer existente, mesmo no socialismo.[5] O que permite a Neumann afirmar, contra certas obras de Marx e vários escritos marxistas (DRAPER, 1977; LÖWYY, 2002; ATIENZA, 1986), que o direito pode deixar de ser mera ideologia de classe e constituir-se em condição necessária para a emancipação?

Antes de enfrentar esta questão, é importante deixar claro que a posição de Neumann tem como antecedentes imediatos Leonard Berstein, Karl Kautsky, além dos austro-marxistas, especialmente Ro-

dolf Hilferding e Karl Renner, todos eles classificados, muito comodamente, como social-democratas. Pode-se afirmar, grosso modo, que todos partilham da opinião de que a abolição do estado não é condição necessária para a revolução socialista, embora justifiquem esta mesma posição com argumentos muito diferentes, alguns deles abandonando claramente qualquer pretensão revolucionária (ATIENZA, 1983:8; MARRAMAO, 1985; SMALDONE, 2000). Evidentemente, a demonstração destas afirmações demandaria um exame detalhado dos escritos de cada um deles, tarefa que não cabe neste espaço.

Um breve parêntese: é interessante notar que *O Império da lei* afasta-se muito radicalmente da discussão de textos voltados para estratégias de ação imediatas. Não encontramos no livro, por exemplo, qualquer menção à controvérsia sobre a social-democracia na Alemanha e aos textos centrais para o debate. Trata-se de uma obra de teoria que escolhe seus interlocutores dentre aqueles capazes de atingir alta densidade conceitual. Para ficar apenas num exemplo, Hilferding, protagonista da queda da República de Weimar da qual foi ministro de Estado, além de autor de diversos textos de intervenção, aparece no livro representado apenas por *O Capital Financeiro*, sua obra capital. Do mesmo modo, Karl Renner é representado no livro por suas *Instituições de Direito Privado* e não por seus textos militantes.

Este procedimento dá o que pensar. O recorte privilegiado por Neumann faz crer que a tarefa inicial de qualquer interessado em dar conta da mal contada história da relação entre direito e socialismo, é tomar uma posição clara sobre o grau de abstração de cada um dos textos citados no que diz respeito à sua determinação pelas necessidades políticas de conjuntura.

O Império da lei figura a "história propriamente dita com um processo diacrônico" pela análise da formação e do funcionamento do sistema capitalista, reconstruído a partir de seu devir, do ponto de vista dos conceitos (GIANNOTTI, 1966:194). Não se trata de uma análise de conjuntura com vistas à ação imediata. Portanto, deve ser lido junto com textos que pretenderam realizar tarefas semelhantes, sob pena de anacronismo. Misturar textos com objetivos diferentes e escritos em circunstâncias históricas diversas é impreciso e contraproducente.

Esclareço que, propositadamente, este texto irá se preocupar com a travação conceitual de *O Império da lei*, deixando em segundo plano os elementos de análise de conjuntura presentes no livro. Em minha opinião, estes elementos estão subordinados à discussão conceitual. Sirva de contraprova do que estamos dizendo a intenção de Neumann de escrever uma história social da república de Weimar, obra nunca levada adiante (SÖLLNER, 1982) na qual, certamente, a análise dos acontecimentos históricos ganharia o centro. Além disso, em *Behemoth*, livro escrito por Neumann em 1942, há claramente uma inversão de perspectivas: a análise conceitual fica em segundo plano (NEUMANN, 1966).

Retomando o fio da meada, pergunto: o que permite a Neumann afirmar que o direito liberal burguês é dotado de potencial emancipatório? Para responder a esta pergunta, Neumann afirma, como já vimos, a função revolucionária do império da lei e mostra como a estrutura do direito burguês pode ser voltada contra os interesses da burguesia. Vejamos como isso se dá.

A defesa da separação entre duas esferas, soberania e liberdade em relação à soberania, juntamente com a afirmação de que o Estado deve servir às necessidades e à vontade dos cidadãos, tem efeitos revolucionários. Permite que a burguesia se afirme como porta-voz de interesses não contemplados pelo Estado e se coloque na

posição de representante da nação (NEUMANN, 1986:5). Ao exigir que seus interesses sejam levados em conta pelo direito e pelo estado, a classe burguesa desnuda a ilegitimidade de instituições que servem a apenas parte da sociedade, a saber, clero e aristocracia. É esta maneira de justificar estado e direito, secularizada e racional, que abre espaço para a ação do proletariado.

So the claims of the burgeoisie to be the nation is met by a parallel claim on the part of the proletariat constituting itself as the nation. In the same way as the bourgeoisie under the slogan "Representation of the Will of the People" has brought down the feudal rule and monarchical absolutism, so will the proletariat on its side represent the will of the people by merging the state into the proletariat after it has become the nation. "The weapons with which the bourgeoisie overthrew feudalism are now turned against the burgeoisie itself" (NEUMANN, 1986:5).

O proletariado, excluído da política, reivindica seus interesses perante o Estado burguês, ou seja, coloca-se na posição da nação e cobra da democracia burguesa o cumprimento de suas promessas. Ao fazer este movimento, exaure o conceito de democracia, pois coloca a sociedade burguesa diante do dilema: satisfazer as reivindicações do proletariado e modificar a distribuição de riquezas ou abandonar a democracia. A solução para este impasse, ao menos à época em que o texto foi escrito; momento de consolidação dos vários fascismos europeus; é bastante conhecida. Tratou-se de abolir a democracia para evitar a satisfação dos interesses do proletariado e sua pressão redistributiva da riqueza social.

The concept of democracy is abandoned, when the masses, newly awakened and aroused to a political self-consciousness during the period of industrialism and world war, demand this democracy for themselves, and when a society feudalized by monopoly-economy is unable to satisfy that demand (NEUMANN, 1986:5).

Este quadro permite a Neumann afirmar que a presença do império da lei em uma sociedade iníqua pode ter efeitos revolucionários. Como já sabemos, a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania abre espaço para a reivindicação de direitos. Ora, é possível que os direitos reivindicados estejam fundados nos interesses proletários, que incluem a abolição da propriedade privada dos meios de produção. Por esta razão, Neumann pode afirmar que a mera existência de normas jurídicas que regulam o comportamento do estado e dos indivíduos, ou seja, a presença do império da lei como forma de sociabilidade, contribui para a desintegração do *status quo* de uma sociedade desigual.[6]

Num quadro de iniqüidade em que o proletariado, cada vez mais poderoso, dirige suas reivindicações ao estado e ao direito, não é possível afastá-las racionalmente sem negar o fundamento de legitimidade sobre o qual a democracia se assenta. Se o estado e o direito devem fundar-se na vontade e no desejo dos cidadãos é preciso incluir os excluídos do sistema de tomada de decisões para que seja aceitável afirmar, racionalmente, que se está sob uma democracia. A recusa da burguesia em acolher as reivindicações do proletariado choca-se frontalmente com a racionalidade do império da lei. Levar adiante tal recusa e manter o poder implica, necessariamente, em abolir o estado de direito e recorrer a formas irracionalistas de legitimação.

The abandonment of democracy is accompanied by a reversal in the system of values in the philosophical sphere. The *ratio* is devaluated, because the justification of the state by the wills of men is shown to be immanently revolutionary. The justification on the basis of the needs of men is not realizable because the increasingly ob-

vious contradictions between promise and fulfillment must necessarily disillusion. So, because of the impossibility of reversing the process of secularization, there remains only the charismatic justification, which is a typical case of an extreme attitude of irrationality (NEUMANN, 1986:6).

Neumann está se referindo, evidentemente, aos fascismos que se formavam na Europa, especialmente na Alemanha e na Itália. Toda a análise de *O Império da lei* funda-se num determinado diagnóstico de tempo, que gira em torno do conceito de capitalismo monopolista defendido por Rudolf Hilferding em *O Capital Financeiro*. (HILFERDING, 1985). Este diagnóstico coloca o direito no centro da reprodução social, palco privilegiado da luta de classes, como veremos adiante. Portanto, quando Neumann afirma que o direito liberal abre espaço para a emancipação social está se referindo a um momento histórico específico. Não se trata de uma afirmação de validade atemporal.

No entanto, fique claro: Neumann recusa uma relação de defesa estratégica ou tática do direito liberal burguês (Preuβ, 2002:99-100). A racionalidade intrínseca ao direito e seu potencial revolucionário advêm do diagnóstico do capitalismo defendido pelo autor. Por esta razão, o direito é determinação necessária da revolução, postas determinadas condições históricas, e não um instrumento a ser usado apenas se favorecer os interesses da classe operária.

Para que isto fique mais claro, é importante reconstituir, ainda que sucintamente, o diagnóstico do tempo de Neumann, mais especificamente, sua visão do sistema jurídico de sua época. Desta forma, poderemos compreender como a possibilidade de emancipação, apresentada em abstrato na introdução do livro, é examinada em concreto. Afinal, não basta mostrar, em abstrato, que a forma direito tem potencial revolucionário. É preciso mostrar porque, em determinado momento histórico, esta possibilidade se faz real ao tornar-se inteligível e, portanto, capaz de esclarecer e fundar uma *práxis* revolucionária.

Posto isso, afinal, o que faz do direito arena privilegiada na luta pelo socialismo? Que determinações permitem tratar esta instância como essencial para a luta e consolidação de uma sociedade socialista? Em outras palavras, o que faz o direito deixar de funcionar como mera ideologia de classe para se tornar um ambiente adequado para a luta emancipatória? Como os direitos humanos passam da condição de mera ideologia, construção simbólica que oculta a dominação de classe, para a posição de pressuposto da emancipação socialista?

2. O direito do capitalismo competitivo e o problema da aplicação das normas gerais

2.1. O problema da aplicação das normas gerais

A existência de direitos humanos positivados não é suficiente para descrever o funcionamento do direito e do estado liberal burguês. Esta é apenas a moldura no interior da qual funcionam as instituições características desta espécie de sistema jurídico. Neumann dedica toda a parte III de *The Rule of Law* a esta tarefa. Tal descrição permitirá identificar o potencial revolucionário do direito de sua época. Passo agora a reconstruí-la.

O direito liberal burguês caracteriza-se pela presença de normas gerais que regulam em abstrato o comportamento da sociedade e do Estado. Estas normas estabelecem um tratamento igualitário entre os cidadãos, além de constrangerem a ação do Estado. Todo ato de poder deve ser derivado delas.

A igualdade perante as normas gerais não é apenas formal. A forma direito

contém um elemento material que lhe é essencial, a saber, a proibição de retroação (NEUMANN, 1986:213). Esta característica das normas gerais é crucial para a estratégia argumentativa de Neumann. Gastemos com ela algum tempo.

Faz parte da idéia mesma de norma geral[7] a proibição de retroação. Uma norma geral visa a regular apenas casos futuros, portanto, não passíveis de individuação antecipada. Uma norma retroativa é sempre individual, pois atinge um número definido de casos já ocorridos, que podem ser identificados por seus sujeitos e pela ação realizada (NEUMANN, 1986:213,222).

Neumann mostra que a irretroatividade das leis foi um dos princípios mais atacados pelos nazistas. Para justificar seus atos, o partido social-nacionalista alemão defendeu que a irretroatividade era um princípio alienígena, não aplicável à tradição do direito germânico, argumento que, diga-se de passagem, Neumann refuta veementemente, por meio de uma minuciosa análise da evolução do ordenamento jurídico de seu país (NEUMANN, 1986: 233).

A irretroatividade das normas tem pressupostos institucionais: a separação de poderes e a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania. Dizer que o Estado legisla por meio de normas gerais equivale a dizer que qualquer intervenção na esfera de liberdade individual precisa basear-se nelas e deve ser controlada por órgãos dotados de poder para aplicar leis e não para criá-las (NEUMANN, 1986: 213). Neumann esclarece que existem várias tradições na discussão das normas gerais, mas, em todas as versões examinadas - francesa, alemã e inglesa - a idéia de retroação lhes é essencial. (NEUMANN, 1986:214 e ss).

Esta estrutura de normas gerais e três poderes coloca a questão da aplicação das normas no centro da discussão:

"If law, and law alone, provides regulations for the relations between individuals and between individuals and the state; if enacted law is the sole means of social change; this naturally does not mean that the written words produce changes, but that the application of these words by organs of state, in the sphere of social relations, fulfils those tasks which are attributed to the law".(NEUMANN, 1986: 224)

O problema da aplicação é central para a descrição do direito por Neumann. É a partir dele que poderemos compreender como as mudanças no funcionamento das instituições liberais abrem espaço para a emancipação social. Para abordar a questão da aplicação, Neumann parte da teoria de Hans Kelsen.[8] Lembremos que *The Rule of Law* foi escrito em 1936, portanto, Neumann dialoga com a primeira versão da *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtlehe*) de Kelsen publicada em 1934 (KELSEN, 2002).

Na reconstrução de Neumann, Kelsen teria demonstrado que o juiz, ao contrário do que dizia Montesquieu, não realiza apenas um ato de reconhecimento ao aplicar a lei. A aplicação não é apenas subsunção dos fatos às normas gerais e, portanto, o conteúdo da decisão não está completamente pré-determinado por elas (NEUMANN, 1986: 225, KELSEN, 2002, 80-81). A decisão do juiz é um ato político. Na verdade, Kelsen não foi o primeiro a constatar isso. A *Teoria Pura do Direito* é tratada por Neumann como a melhor formulação teórica de um fenômeno que já havia sido detectado tanto pela escola do direito livre alemã, quanto pelo realismo americano e a escola francesa da livre interpretação (NEUMANN, 1986: 228 e ss).

Neumann considera que nenhuma das teorias de seu tempo trata adequadamente da questão. Para avançar na solução do problema, nosso autor toma os resultados

da teoria pura como pressupostos. É verdade que o juiz não pratica apenas um ato de reconhecimento ao aplicar a lei. O raciocínio de aplicação é extremamente complexo. Mistura elementos teóricos e práticos, criativos e declaratórios, reprodutivos e produtivos, científicos e supracientíficos, objetivos e subjetivos (NEUMANN, 1986: 232). Até aqui, concordância:

Whoever, therefore, begins a book on the judicial process with the proof that this process does not consist of a mere act of recognition, is proving the obvious.

O problema aparece em outro lugar. Kelsen afirma a natureza política do ato do juiz, mas deseja manter a diferença entre jurisdição e legislação sem, contudo, fornecer elementos que permitam sustentá-la teoricamente (NEUMANN, 1986:233).[9] A defesa da distinção confunde-se com a defesa do império da lei, pois a identificação entre elas equivale à destruição do princípio da retroação. Legislar para o caso concreto, ou seja, sem necessidade de reportar-se a normas gerais, é legislar por exceção. Sem a garantia da irretroatividade das leis, estaria estabelecido um estado de exceção permanente em que a soberania não encontraria nenhuma resistência para suas ações.

Ressalte-se que o poder pode ser obrigado a reportar-se tanto a normas de comportamento quanto a normas de organização. Grosso modo, as primeiras regulam condutas e as segundas visam a assegurar a aplicação das conseqüências jurídicas previstas pelas normas de comportamento, além de regularem a produção de novas normas jurídicas (HART, 1986: p. 104-107; LUMIA, 2003:55). A cada um deste tipo de norma corresponde, abstrato, um certo modo de regular. Ambos podem ser combinados.

Deixemos isso mais claro com a construção de duas situações-modelo. Numa, o órgão aplicador recebe competência para julgar casos com amplo grau de discricionariedade, conforme certa atribuição de competência por normas de organização. Tal autoridade julga o caso concreto se recorrer a padrões abstratos. Noutra, o aplicador deve reportar-se, primordialmente, a normas de comportamento que descrevem, exaustiva e precisamente, vários comportamentos pertinentes a determinada espécie de casos.

Em ambas as situações, o poder está submetido a normas gerais e, portanto, vigora o império da lei. Só há estado de exceção quando não há norma à qual o poder deva reportar-se. "A lei é a vontade do Führer": em uma sociedade que viva sob esta norma, não há estado de direito. Muda a vontade do Führer, mudam as normas, sejam elas de organização ou de comportamento. A soberania achata e suprime a esfera de liberdade e desaparecem os padrões de medida que limitam o poder, exceto aqueles que ele mesmo cria, de modo contingente e precário.

Dizer que o poder soberano é completamente ilimitado não é preciso. Sempre haverá os limites decorrentes de significados e práticas culturalmente consagradas. Nenhuma sociedade está livre delas. No entanto, mesmo em relação a elas, o detentor do poder é o único soberano e juiz. Pode decidir, por sua vontade, o que faz parte da tradição e o que dela deve ser excluído, promovendo a destruição física dos elementos considerados disfuncionais ou degenerados. Uma sociedade organizada desta forma não permite que os dominados tomem parte na definição e reprodução dos padrões de reprodução das instituições. Não há liberdade, senão para o Führer.[10]

Nesse estado de coisas, porque há soberania sem liberdade, não há estado de direito (NEUMANN, 1986: 286 e ss). Na ausência de normas gerais e de seus pres-

supostos institucionais, não pode haver direitos humanos, a não ser como artifício retórico, sem qualquer efetividade. A confusão entre legislação e aplicação abre espaço para a construção de um poder absoluto.

Neumann acredita, ao contrário de Carl Schmitt, que a sociedade burguesa não está condenada ao estado de exceção. Note-se que o conceito de soberania de Schmitt (poder de suspender a constituição e desrespeitá-la) torna o estado um fenômeno não jurídico, transformando a exceção em regra (NEUMANN, 1986:26-27). A partir deste aparelho conceitual, é impossível pensar o exercício do poder como algo normal, a não ser de forma contingente. A idéia de soberania confunde-se com o poder de fato, excluindo o direito como elemento de sua inteligibilidade. Com esta formulação, Schmitt produz um apenas um truísmo grosseiro. Afirmar alguém dotado de poder de fato pode suspender a constituição e romper a ordem jurídica não acrescenta nada à compreensão do papel do direito e do estado. Apenas reafirma uma obviedade (NEUMANN, 1966:45).

Há outra forma de resolver a questão da aplicação, diversa da instalação do estado de exceção como regra, ou seja, diversa da perda da racionalidade do direito. Uma ação previsível do estado, mesmo que opressiva, é preferível a uma ação arbitrária e, portanto, não sujeita a padrões (NEUMANN,1986:32). Como produzir previsibilidade para a ação do estado? Sobre Neumann, afirma William Scheuermann:

"He wants both radical (and explicitly anticapitalist) social and economic reforms *and* all of the virtues of liberal general legal norms. Neumann tries not only to show that social and economic equality and classically liberal legal modes are compatible but that they need each other". (SCHEUERMANN, 1997: 101).

Neumann tem como pressuposto normativo a necessidade de manutenção da distinção entre aplicação e criação das leis. Defender o contrário abre espaço para a degeneração do direito liberal burguês em fascismo. Como afirma Preuβ, a posição de fraqueza da classe operária durante a crise de Weimar (PREUβ,2002:102) fez Neumann perceber o caráter protetivo das normas gerais e, portanto, a necessidade de manter a separação entre aplicação e criação de normas jurídicas. Ao mesmo tempo, Neumann não abre mão do socialismo e da crença na emancipação. A dimensão revolucionária do direito assenta-se na separação soberania e liberdade, mas se alimenta de outra fonte. Vejamos a solução de Neumann para a questão da aplicação e, após, sua teoria sobre a emancipação da sociedade via direito.

2.2. Jurisdição, legislação e o conceito de ciência do direito

Não é possível resolver o problema da aplicação das normas jurídicas sem modificar o conceito de ciência do direito. O problema é radical assim.[11] Kelsen levou às últimas conseqüências sua teoria pura, excluindo o problema da ciência do direito. Para trazê-lo para seu interior é preciso romper com Kelsen. Vejamos como Neumann realiza esta operação.

Para compreender a aplicação das normas é preciso examinar o comportamento do aplicador, determinado pela estrutura social e por suas características pessoais (NEUMANN, 1986: 234). Neumann afirma a necessidade de trabalhos de pesquisa empírica para identificar tais elementos (NEUMANN, 1986: 236). Nesse registro, a diferença entre jurisdição e legislação deve ser compreendida dinamicamente, pelo movimento de todo o sistema jurídico, partindo-se da criação da

norma até os atos de aplicação. Esta visão do sistema jurídico exige um conceito de segurança jurídica que não se limite ao momento da criação normativa. Imaginar que as normas geram previsibilidade e calculabilidade em razão de seu enunciado é ingênuo e incorreto. A segurança jurídica está estreitamente ligada com o problema da aplicação.

Neumann não elabora sistematicamente este novo conceito de segurança jurídica em *O Império da lei*, mas podemos adivinhar alguns de seus traços a partir de certos argumentos presentes no livro. Em uma passagem, o autor afirma que a busca da segurança jurídica completa é um fenômeno da sociedade burguesa, sempre à procura de um ponto de sustentação absoluto com a finalidade de garantir a imobilidade *status quo* (NEUMANN, 1986, 234). Se combinarmos esta afirmação com a crença de que o direito tem o poder de desestabilizar as relações de uma sociedade iníqua, podemos afirmar que a busca de segurança jurídica total visa à manutenção dos privilégios da classe burguesa. Como afirma Gustav Radbruch:

"On pourrait se demander si ce n´est vraiment que l´égalité qui doit céder le pas à la sécurité, si n´est pas la sécurité du grand nombre qui est sacrifiée à celle de la minorité des possédants. N´est-ce pas l´insécurité totale de l´existence, la menace du chômage prochain, l´instabilité d´une semaine à l´autre, qui constituent l´essence de la destinée prolétarienne ? Et l´ont voudrait pouvoir conclure que la sécurité du droit existant ne suffit pas pour créer une sécurité véritable, mais qu´il faut encore une transformation du contenu dans un sens précis, dans un sens socialiste".(RADBRUCH, 1936:98)

Mas é importante notar que Neumann, como Radbruch, não abre mão, em nenhum momento, da forma direito e, conseqüentemente, da necessidade de segurança jurídica (RADBRUCH, 1999,2004). É essencial para o autor encontrar uma solução razoável para o problema da aplicação que não abra espaço para o fascismo, instaurando a descrença na forma direito, pressuposto necessário da emancipação humana. Vejamos como Neumann procura resolver este problema, solução de que depende estreitamente do conceito de segurança jurídica pressuposto pelo autor.

A segurança jurídica não está na supressão da discricionariedade do aplicador, mas em seu controle. Neumann toma como sua a idéia de que administrar é agir sobre os indivíduos sem que exista um conflito entre eles. A jurisdição, de outro lado, é a ação do estado na solução de conflitos entre os cidadãos (NEUMANN, 1986:236). A ação administrativa tem alto grau de discricionariedade:

"We define as administrative disputes those disputes between individuals which are *exclusively or overwhelmingly decided on the basis of legal standards of conduct; that is to say, by free discretion"*. (NEUMANN, 1986: 238).

A definição é propositadamente vaga. Neumann não fornece nenhum critério formal que possibilite, a priori, diferenciar jurisdição de administração. A diferença é sociológica, ou seja, resolve-se no processo de funcionamento das instituições (NEUMANN, 1986: 238) e depende da percepção dos envolvidos neste processo. Nesse sentido, é uma diferença *produzida* pelos inúmeros atos de aplicação. A separação entre jurisdição e administração não está garantida de antemão. É algo pelo qual é preciso zelar. Por isso, Neumann afirma que é papel da pesquisa sociológica vigiar os órgãos de aplicação tendo em vista possíveis reformas legislativas:

"If we discover by a sociological analysis that a certain activity of the state is structurally and functionally administration and not justice, we might postulate in

certain circumstances the allocation of this matter to administration or to administrative tribunals, and not to ordinary courts". (NEUMANN, 1986: 238).

Se considerarmos que pesquisar a ação dos aplicadores do direito nestes termos *não é* fazer ciência do direito, estaremos excluindo do campo jurídico o centro do problema. Nós, juristas, teremos o papel de descrever a estrutura das normas jurídicas sem investigar sua aplicação. A jurisprudência ficaria em segundo plano, bem como o real funcionamento de todas as instituições responsáveis por aplicar normas.

Neumann é obrigado a reelaborar o conceito de ciência do Direito para dar conta deste problema. Para incluir a aplicação no âmbito do direito, afirma que a ciência do direito não é apenas a descrição e a sistematização de normas, mas inclui o estudo do comportamento de aplicadores e destinatários das normas:

"The science of law is just as much a science of norms as of reality. As a science of norms it has as its subject-matter the objective meaning of legal norms. As a science of reality it investigates the relations between legal norms, the social substructure (*Substrat*), the social behavior of the legal subjects, and of legal administrators".(NEUMANN, 1986:13).

Não há espaço para explorar todas as conseqüências desta reformulação do conceito de ciência do direito, que torna problemática a separação entre os domínios da filosofia do direito, sociologia do direito e dogmática jurídica, bem como a separação entre os diversos ramos dogmáticos. Para ficar apenas num exemplo, Neumann dirá que a separação entre público e privado, essencial para a manutenção do império da lei, depende de um exame de toda a ordem jurídica e não pode ser traçada sem a dimensão da aplicação. O Estado decide, em diversas instâncias, quais são os assuntos que devem ficar sob seu controle direto e quais ficam à disposição dos súditos. Portanto, os contornos precisos do limite entre público e privado surgem *a posteriori* (NEUMANN, 1986:21).

Esta maneira de conceber a ciência do direito tem impacto sobre o pensamento dogmático: não é aceitável construir teorias sobre a separação público e privado sem examinar os vários atos de aplicação pertinentes ao problema. Um dogmático que não examine a dimensão da aplicação faz um trabalho parcial que pode se tornar esquizofrênico, caso ignore a efetividade do ordenamento jurídico sob a forma de jurisprudência. Ou seja, caso ignore o direito positivo: sem pesquisar "sociologicamente" a jurisprudência, não há boa dogmática.

Na verdade, o próprio conceito de estado de Neumann é construído para dar conta do problema da aplicação. Para ele, o estado tem uma dimensão jurídica, poder de estatuir normas individuais e normas gerais, e uma dimensão sociológica, o poder de impor suas normas sobre um determinado território. (Neumann,1986:23-24). O estado não se reduz ao direito positivado em abstrato, mas se projeta em suas decisões concretas, tomadas pelos seus poderes e por todas as pessoas, públicas ou privadas, que atuem em nome do estado como universidades, igrejas e corporações, jurados e sindicatos (Neumann, 1986:23). Em todos os casos, estamos falando em objetos de estudo da ciência do direito.

2.3. Contra Max Weber

Um parêntese: a descrição da racionalidade do direito burguês que apresentamos deve ser lida como uma resposta direta a Max Weber, interlocutor explícito de Neumann. Seu objetivo é demonstrar, contra Weber, que a idéia de perda de sen-

tido do direito é equivocada. Para resumir o argumento, Weber afirma que a materialização do direito, ou seja, a incorporação ao direito de conteúdos morais, que demandam raciocínios de aplicação centrados em juízos de valor, ameaça a racionalidade do direito. Uma sociedade capitalista demanda calculabilidade e previsibilidade para que as trocas econômicas funcionem a contento.

Se o direito deixa de submeter-se exclusivamente a raciocínios de subsunção, ou seja, se os aplicadores ganham cada vez mais poder para decidir no caso concreto, esta demanda corre o risco de não ser mais atendida. Em outras palavras, o capitalismo exige do direito uma racionalidade formal, a saber, a presença de normas gerais que prevejam, abstrata e antecipadamente, hipóteses de comportamento com suas respectivas conseqüências jurídicas. O avanço da racionalidade material coloca em risco esta maneira de regular e, portanto, ameaça a reprodução do capitalismo.

O direito material não é intrinsecamente irracional, isso precisa ficar claro. Em Weber, a racionalidade é medida a partir da perspectiva privilegiada pelo intérprete. Uma sociedade que não tenha como valores centrais calculabilidade e previsibilidade certamente poderia considerar irracional um direito formal. A perda de sentido do direito é afirmada a partir dos valores de uma sociedade capitalista (NEUMANN, 1986: 25 e ss).

Estas afirmações de Weber tiveram impacto profundo em Neumann (KELLY, 2003:281) que discorda do diagnóstico da perda de sentido do direito. O direito liberal burguês não inviabilizou as trocas econômicas, muito pelo contrário. O aumento do espaço para a discricionariedade na aplicação da lei, como vimos, pôde ser equacionado por meio de procedimentos decisórios regulados, que também geram previsibilidade e calculabilidade, ainda que de outra forma. Trata-se de *produzir* calculabilidade e previsibilidade. A simples existência do enunciado de normas gerais não é suficiente para efetivar tais valores. Cobrar tal coisa do sistema jurídico significaria desconsiderar ou subestimar o problema da aplicação.

A questão passa a ser: como lidar com os espaços de discricionariedade de modo a torná-los racionais, do ponto de vista das necessidades do capitalismo? Tal possibilidade, presente no próprio ordenamento jurídico liberal burguês, não foi percebida por Max Weber. Para comprovar o que diz, Neumann faz uma afirmação encantadoramente simples:

"In the realm of *rational* law we fist make a subdivision which does not appear in Max Weber's classifications; viz. between adjective and substantive law. The distinction is a simple one. If substantive law is complicated by, for instance, unclear formulations as is often the case where accurate codification is lacking, calculability of judicial decisions can be ensured by the fact that the organization of the judicial machinery has a particular structure". (NEUMANN, 1986:30).

O direito substantivo regula comportamentos e o direito adjetivo procedimentos para a aplicação das normas substantivas.[12] A articulação entre normas substantivas e adjetivas é responsável por imprimir racionalidade ao sistema. O amplo espaço de discricionariedade que se configura com a criação de uma norma substantiva vaga pode ser compensado pela construção de um procedimento decisório rígido.

Discordo muito radicalmente da interpretação corrente sobre nosso autor quanto a este ponto (HASE & RUETE, 1984; RUETE, 1986:xxiii; LEVINE, 1987; SCHEUERMANN,1997; COTTERRELL,1995:176-177; THORNHILL,2000:

pp.96-97; KELLY,2003:285). Sirva de exemplo a seguinte análise:

"Although acknowledging the crucial role played by unharnessed state sovereignty in the emergence of the modern political and economic universe, Neumann tries to suggest how it can be tamed. In his view, modern politics still needs state organs holding a monopoly on the instruments of coercion (and law, unlike morality, must still be backed up by the possibility of state-based force), yet he hopes that this monopoly can take a significantly more acceptable form than it has in the past, and that the state should no longer need to act in a manner incompatible with general legal norms or above and against a system of neatly codifies formal law". (SCHEUERMANN, 1997: 103).

"Neumann's concession that general law can only be of limited significance in contemporary non-homogenous social settings makes his positions, even more peculiar than Weber's intent on emphasizing the ethical significance of the general legal norm, yet having to concede that law today often cannot take a classical structure, Neumann's alternative analysis acquires nothing less than tragic qualities". (SHEUERMANN, 1997:117)

Neumann não quer eliminar o decisionismo da política pela construção de um sistema codificado. Isso significaria retroceder alguns séculos na compreensão do funcionamento de direito, reativando a utopia iluminista de construir códigos perfeitos.[13] A articulação entre normas substantivas e adjetivas fornece a Neumann a base conceitual para pensar uma racionalidade jurídica que não aponte para o passado; adequada a seu momento histórico. E sua formulação do problema continua a ter interesse. Pode-se dizer que Neumann antecipa tentativas posteriores de encontrar uma racionalidade procedimental para o direito (PREUβ, 2002:97; HABERMAS, 1996) sem romper com o objetivo de alterar a regulação da propriedade dos meios de produção.

A possibilidade real de perseguir este objetivo por meio do direito dá a ele potencial revolucionário. Por isso Neumann afirmará que o direito liberal burguês é a realização parcial do ideal socialista, ou seja, tem um conteúdo ético que transcende as necessidades do capitalismo (NEUMANN, 1986: 256). A realização completa do império da lei se dá no momento em que, além de garantir liberdade e segurança para todos, permite a apropriação jurídica dos meios de produção, submetendo a distribuição do excedente social a um juízo político. Analisaremos este ponto adiante.

Retomando o exame da crítica de Schuermann, podemos dizer que ele exagera a influência de Rousseau sobre Neumann. Este, como Rousseau, afirma que as normas gerais têm um significado restrito no capitalismo, ou seja, que a racionalização do direito não se completou. Apenas com o advento de uma sociedade igualitária o direito liberal realizaria todo o seu potencial racional (SCHEUERMANN, 1997:106). De fato, a leitura que Neumann faz de Rousseau na parte II d' *O Império da Lei*, dedicada a traçar a evolução das idéias políticas, corrobora estas afirmações (NEUMANN, 1986:126 e ss). Mas não é razoável imaginar que, em pleno século XX, Neumann compreendesse por "sociedade igualitária" algo semelhante a Rousseau. Como mostra Preuβ,

"Vor disem Hintergrund erst erschlieβt sich die Herausforderung, der sich Neumann gegenübersah. Denn das Problem aller Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts bestand darin, dass sie das Rousseausche Erbe zwar in seinem moralischen Gehalt übernahmenn, es als soziologische Beschreibung der Realität hin-

gegen nicht Ernst nehmenn kontenn. Das Rousseausche Modell einer vormodernen bäuerlichen Gesselschaft – einer Gesselschaft der Kleineigentürmer mit geringen sozialen Unterschieden und weitgehender kultureller Homogenität – konnte zu Beginn des 20. Jahrhundert, zumal nach denn Furor der durch den Ersten Weltkrieg noch eimal vorangetriebenen technisch-industriellen Entwicklung, Urbanisierung und sozialen Entwurzelung breiter Volksmassenm kein soziales Modell für eine zeitgemäβe politische Organisation der Gesselschaft sein". (PREUβ, 2002:100).[14]

A norma geral como expressão da racionalidade interna da sociedade, ou seja, como expressão da vontade geral, não dá conta de uma sociedade dividida em classes (PREUβ, 2002: 100). Neumann toma o argumento de Rousseau sem comprar seu diagnóstico de tempo, seja quanto à sociedade de sua época, seja quanto à configuração do ordenamento jurídico. Por esta razão, se dará ao trabalho de descrever minuciosamente o funcionamento interno do direito liberal burguês sem limitar-se a analisar a estrutura das normas gerais. A realização completa do direito no socialismo, como veremos, não se identifica com a realização da norma geral em Rousseau, que pressupunha homogeneidade moral entre os cidadãos, além da eliminação dos grupos de interesse (NEUMANN, 1986:126).

Neumann afirma, muito claramente que, mais importante do que a substância do contrato social é sua forma, ou seja, a idéia de que a justificação do estado seja secular e racional (NEUMANN:1986,7-8). O *Império da lei* pode ser lido como a demonstração desta tese. Neumann se preocupa em encontrar uma racionalidade para o direito que não pressuponha indivíduos homogêneos e consiga lidar com a complexidade dos monopólios e com a diversidade de grupos sociais. É por esta razão que, de novo, discordo frontalmente de Scheuermann (SCHEUERMANN, 1997: 116-117): Neumann procurou mostrar as possibilidades positivas da materialização do direito, sem adotar uma posição puramente defensiva. A racionalização completa do direito se dá com a abolição da propriedade privada dos meios de produção, que não se confunde com a perda de racionalidade do direito burguês, mas a pressupõe como sua determinação necessária.

Não é por outra razão que nosso autor distingue duas espécies de racionalidade das normas substantivas. Tais normas podem ser *formalmente racionais* caso suas conseqüências jurídicas estejam ligadas a certas características ou a normas gerais abstratas, definidas sem ambigüidades. Serão *materialmente racionais* caso sua aplicação seja baseada em generalizações não lógicas ou em normas pertencentes a domínios como religião, ética e política (NEUMANN, 1986:31).

"The most frequent case of such a material rationality of substantive law is provided by legal standards of conduct (*Generalklausen*) such as provisions to the effect of decisions of judges must be made on the basis of "good faith" (*Treu und Glauben* – Sect.242 of the German Civil Code); or violations of "good morals" renders liable to damage (Sect.826); or that a contract is void if it violates good morals (Sect.138); or that restrictions of free competition which are "unreasonable" or "against public policy" are void and renders liable to damages; in all these cases the legal norms represent "blank norms" (*Blankellnormen*) – they refer to general norms which are not legal norms; i.e. to evaluations which can only be elevated to the position of legally relevant clauses by the roundabout method through the legal standards of conduct (*Generalklausen*)". (NEUMANN, 1986:31).

Neste trecho, Neumann deixa claro que mesmo as normas substantivas materializadas podem ser racionais. A presença de cláusulas gerais não impossibilita a produção de certeza e segurança jurídica, apenas muda a forma de fazê-lo, como vimos acima. A articulação das normas substantivas e adjetivas revela o potencial racional do direito materializado, permitindo que ele conviva com o capitalismo monopolista.

Atribuir a Neumann a melancolia do direito formal é desconsiderar sua análise do direito de sua época. Nosso autor demonstra que capitalismo monopolista demanda a materialização do direito. Para lidar com grandes concentrações de capital o estado precisa editar normas individuais, ainda que abstratas. Além disso, as cláusulas gerais multiplicam-se pelo ordenamento para dar conta da extrema complexidade social e dos conflitos de interesse entre os grupos sociais.

Nesse momento histórico, o direito ocupa posição central para a reprodução do sistema capitalista. Neumann adota como seu o diagnóstico de *O Capital Financeiro* de Rudolf Hilferding. Segundo esta obra, a integração entre capital industrial e capital financeiro provoca a centralização e a concentração do capital. Surgem grandes trustes e cartéis, controlados pelos financistas, os responsáveis pelo financiamento destas atividades. O aumento geral de produtividade em razão da racionalização da produção promovida pelos monopólios elimina o capitalismo dos pequenos empreendedores individuais. Os monopólios dependem da proteção do estado, pois precisam garantir o acesso privilegiado ao seu mercado interno e conquistar e garantir novos mercados, num processo de expansionismo constante (HILFERDING, 1985:342).

Nesse contexto, muda o papel do estado e sua forma de regular, mas nem por isso o direito se torna irracional. Do contrário, sua centralidade para a reprodução do sistema demanda dele cada vez mais calculabilidade e previsibilidade. Neumann procura descrever este processo, ao contrário de Weber, que vê o processo sob a marca da negatividade, diagnosticando a perda de sentido do direito. Podemos dizer que, de acordo com Franz Neumann, o aparelho conceitual weberiano dá conta, como nenhum outro, da relação entre direito liberal burguês e capitalismo concorrencial, mas falha miseravelmente na tentativa de compreender a articulação entre direito e capitalismo monopolista. A materialização do direito não é uma ameaça para a racionalidade do direito liberal, mas sim um movimento de conformação da estrutura jurídica às necessidades do capitalismo.

Tal análise fica ainda mais clara com o exame da descrição neumanniana do nacional-socialismo, regime que, para colocar a questão no registro weberiano, promove a materialização completa do direito, ou seja, promove a supressão do direito. Sob o nacional-socialismo e sem direito, o capitalismo só fez florescer, imerso num espaço completamente aberto para a tomada de decisões economicamente racionais, sem possibilidade de resistência pela sociedade. O governo de uma pequena minoria facilmente controlável (NEUMANN, 1966), que funda suas decisões em cálculos economicamente eficientes, gera mais previsibilidade para as trocas do que um estado democrático, em que diversos grupos sociais têm o direito de questionar, a cada momento, as decisões dos poderosos. A desaparição da distinção entre soberania e liberdade é potencialmente favorável ao incremento da segurança jurídica e, conseqüentemente, ao florescimento do capitalismo.

O império da lei garante uma esfera de liberdade para os cidadãos que, além

de constituir um empecilho para a plena implementação da dominação fascista, permite que a classe trabalhadora, ou qualquer outro grupo que se julgar excluído, organize seus interesses e transforme suas demandas em legislação, via parlamento. No caso do proletariado, demandas de natureza redistributiva que ganharam a forma de direitos, instauraram uma contradição no interior do direito burguês, capaz de apontar para a superação do capitalismo. Veremos adiante como isso deu. Por ora, a identificação desta função ética *transcendente* do direito liberal burguês explicita a insuficiência da construção weberiana, capaz de figurar as mudanças no capitalismo, mas sempre sob a marca da negatividade.

The generality of the law, the independence of the judges and the doctrine of the separation of powers, have, therefore, functions transcending the needs of competitive capitalism, since they secure personal liberty and personal equality. The generality of the law and the independence of judges veil the power of one stratum of society; they render exchange processes calculable and create also personal freedom and security for the poor. All three functions are significant not only as is maintained by critics of liberalism that of rendering economic processes calculable. We repeat, all three functions are realized in the period of competition capitalism, but it is of importance to discriminate between them. If one does not draw these distinctions, and sees in the generality of the law nothing but a requirement of capitalist economy, then, of course, one must infer with Carl Schmitt that the general law, the independence of judges and the separation of powers, must be abolished when capitalism dies (NEUMANN, 1986, 257).

Weber não percebeu a funcionalidade da materialização para o capitalismo, muito menos identificou o cerne material do direito formal. A direção socialista desse "além de si mesmo", inscrito na função ética transcendente do direito, só mostra seu potencial emancipatório com a entrada do proletariado no parlamento. A organização dos trabalhadores em partidos políticos e sindicatos permite que suas demandas tomem a forma de direitos sociais, que visam à redistribuição do excedente social. Este processo coloca a classe burguesa diante do dilema de atender às demandas do proletariado ou abandonar a democracia.

É importante ressaltar que o processo de materialização do direito teve efeitos regressivos claros durante a república de Weimar, que terminou na vitória nazista. Se Weber não percebeu as possibilidades progressistas deste processo, foi capaz de antecipar, como ninguém, suas possibilidades irracionais. Neumann mostra como as cláusulas gerais foram fundamentais para a derrota do proletariado durante a república de Weimar e como foram centrais na estruturação do modo de regulação do não-estado nazista (NEUMANN, 1986:278 e ss). Mas para além desta descrição, nosso autor pretende evidenciar o potencial progressivo que o estado de direito guarda em sua forma, passível de ser ativado desde que presentes determinados pressupostos históricos.

A entrada do proletariado no parlamento num contexto em que a política é central para a reprodução do sistema capitalista, torna perceptível que, por meio da legislação, é possível relativizar e, no limite, promover a completa apropriação do controle sobre os meios de produção pela classe operária. A propriedade privada dos meios de produção é resultado da regulação jurídica e, portanto, a luta por sua apropriação passa pelo direito.

3. Direito e fetichismo da mercadoria

Para que a possibilidade de apropriação dos meios de produção pelo proletariado via direito se torne real, o potencial

emancipatório do direito burguês precisa vir à consciência. O direito liberal e a categoria dos direitos humanos exercem a função de ocultar a dominação de classe. Trata-se de uma representação que figura a igualdade entre burguesia e proletariado para dissimular a apropriação da mais-valia pela burguesia. Ora, se os agentes sociais se movem pelas categorias que representam (GIANNOTTI, 2001:59), isso significa que a forma direito é determinante para dominação da burguesia sobre o proletariado e para a reprodução social. Nesse sentido, como vimos acima, Neumann afirma que o direito exerce três funções numa sociedade capitalista:

a) the general law has a socially and politically protective function. It is equalizing. In this lies the ethical value of the generality of law;

b) the general law has a disguising function. In a class society and in a competitive economic system, a general law conceals the realities. By the postulate that the state may rule only through general laws, the competitive economic system is invested with the dignity of a moral value;

c) the general law in a competitive economic system has finally the function of rendering the exchange processes calculable and predictable. (NEUMANN, 1986:213).

O caráter revolucionário inicial do império da lei desaparece na sociedade burguesa. As normas gerais tornam-se formas de pensamento[15] que dissimulam a dominação de classe. Para que esta função seja desarmada, não basta sua explicitação teórica e posterior comunicação ao proletariado. A forma direito contribui para a reprodução do sistema na condição de forma de pensamento e, portanto, determina tanto proletariado como burguesia. Tomar consciência desta dissimulação exige a modificação dos pressupostos históricos do funcionamento do sistema. É preciso que, de alguma maneira, as formas deixem de coincidir com os conteúdos para que surja espaço para desnaturalizar as figurações determinantes da configuração e reprodução do capitalismo.

As primeiras, as forças produtivas, configuram o conteúdo constituído pelos relacionamentos do homem com a natureza e consigo mesmo e que se torna responsável pelo movimento dessas mesmas forças. Num dado momento de equilíbrio, formas e conteúdos se correspondem. Mas a divisão social do trabalho, depois de quebrado o equilíbrio do comunismo primitivo, abre espaço para a luta pela apropriação do excedente então criado, o que move o desenvolvimento progressivo das forças produtivas até chegar ao limite em que a carapaça das relações de produção venha a explodir. Graças a este processo reflexionante, de condições necessárias essa relação transforma-se então em empecilho. (GIANNOTTI, 2000:60)

A sociedade capitalista aparece para seus agentes como algo diferente do que ela realmente é: "há uma espécie de ruptura interna entre as relações sociais predominantes e a maneira como elas são conhecidas empiricamente" e, por isso, "aquele que estuda cientificamente essa sociedade fica submetido à obrigação de construir a realidade contra as aparências." (GERAS, 2005:193).

Adiante, veremos como Neumann busca antecipar certas características do direito sob o socialismo. Tal antecipação só é possível devido à transformação do direito liberal burguês pela entrada da classe operária no Parlamento. Nesse momento, a dissimulação torna-se aparência, pois esta forma de pensamento deixa de corresponder ao conteúdo figurado. A desigualdade fica estampada na letra da lei sob a forma de compensações materiais, os direitos sociais,

consagrados com a finalidade de redistribuir o excedente social com fundamento num juízo político, realizado no Parlamento.

Segundo Neumann, a invocação do império da lei numa sociedade burguesa dissimula a desigualdade entre as classes porque torna desnecessário nomear a classe dominante, além de revelar a falta de disposição desta classe para a realização de reformas, recobrindo com um ar de correção moral sua dominação.

This, however, implies that the emphasis laid upon the rule of enacted law depends upon the fact that Parliament on the role is a representation of bourgeois interests, that is to say, that the proletariat has not reached the stage of being a political power dangerous to the interests of the bourgeoisie. The functioning of the Parliament is normal, only so long as the propertied classes dominate it. At the very moment in which the working class emancipates itself, becomes politically conscious, the bourgeoisie abandons the belief in the rule of enacted law, and either has recourse to a new "natural" law that cannot be changed by Parliament legislation and which consists in the main, in the existing property order – this, however, only in a transitional period – or it abolishes Parliament and its legislative function altogether. (NEUMANN, 1986:255).

O resultado deste processo é que a propriedade privada dos meios de produção deixa de garantir a apropriação dos lucros obtidos pela sua exploração, que podem ser redistribuídos por força da lei. O fato da propriedade privada dos meios de produção desnaturaliza-se e, portanto, passa a ser possível pensar em uma sociedade que não conte com esta instituição.

Um exemplo pode deixar isso mais claro. N' *O Capital* o contrato de trabalho dá forma contratual a uma troca essencialmente desigual. Para que haja apropriação de mais valia, o salário precisa ser sempre inferior ao valor do trabalho. (MARX, 1984:130). Esta disparidade entre valor do trabalho e valor do salário é dissimulada pela forma contratual, expressão da relação de emprego. Nesse sentido, o trabalho é vendido por seu valor real, pois a dissimulação da desigualdade está funcionando. A troca aparece como igual para trabalhadores e empregadores.

A entrada da classe operária no parlamento transforma a natureza do contrato de trabalho. A iniqüidade da troca torna-se explícita e consciente: os direitos sociais conquistados pelo proletariado na luta parlamentar são compensações, explicitamente consagradas na legislação, criadas para diminuir a fraqueza econômica do trabalhador diante do empregador. O empregado passa a receber, além do salário, outras verbas de natureza salarial que não são pagas como contraprestação pela utilização da força de trabalho. Por exemplo, intervalos de trabalho remunerados como as férias tornam-se conteúdo obrigatório dos contratos de trabalho, impostos por lei. Durante as férias, é devido salário sem a prestação de trabalho. Este instituto deixa claro que o salário não remunera completamente o valor do trabalho prestado: há um excedente que pode ser utilizado para remunerar os períodos de descanso. Por isso mesmo, a exploração do trabalho não está mais oculta sob a forma do contrato, mas explícita na letra da lei.

A entrada da classe operária no parlamento não é o único pressuposto histórico que permite ao direito ocupar posição privilegiada para o processo de emancipação humana. Este movimento coincide com a monopolização da economia que, como vimos, coloca a política no centro da reprodução do capitalismo (NEUMANN, 1986:267). Hilferding afirma que o colapso do capitalismo será político e social e não econômico (HILFERDING, 1985:342).

A centralidade da política e a presença de estados democráticos em que o poder deve ser exercido em função dos desejos e interesses dos cidadãos abrem espaço para que a reivindicação de direitos revele seu potencial desestabilizador do *status quo*. A entrada da classe operária no parlamento muda a natureza do direito liberal ao mesmo tempo em que modifica o sentido da luta pela revolução e, portanto, altera a concepção de *práxis* necessária para realizá-la.

4. O direito na passagem para o socialismo

Neumann pensa a emancipação social na imanência do direito. A exposição anterior mostrou que não há uma ligação necessária entre direito liberal e sistema capitalista, muito pelo contrário. Numa sociedade desigual, a forma direito pode ganhar caráter revolucionário ameaçando a distribuição de riquezas, devido á existência da possibilidade da apropriação dos meios de produção por força de lei.

Neumann aponta algumas dessas mudanças, mas não descreve positivamente o futuro direito socialista. Limita-se a indicar possibilidades de modificação interna do direito liberal na direção da emancipação. Estas mudanças centram-se na função desempenhada pelo direito de propriedade em relação aos demais direitos. Já demonstramos que a forma direito tem potenciais revolucionários em abstrato, na articulação entre soberania e liberdade. Neumann mostra que a materialização do direito tem potenciais regressivos, como se pode ver no nazismo, além de potenciais progressistas, que se assentam na articulação entre normas substantivas e adjetivas.

Nosso autor procura demonstrar como este potencial emancipatório se inscreve no sistema a de direitos fundamentais. Para fazer isso, redescreve as relações entre forças produtivas e relações de produção, tornando ainda mais concreta sua tese sobre a emancipação social via direito. Neumann demonstra como instituições em funcionamento no capitalismo - como a propriedade privada – podem exercer funções diferentes num regime socialista. Para esta argumentação, é fundamental a idéia de mudança de função do direito, cuja fonte é o livro de Karl Renner, *Institutions of Private Law and Their Social Function* (Die Rechtsinstitute dês Privatrechts und ihre soziale Funktion), publicado originalmente em 1905. Vejamos como isso se dá.

Os direitos fundamentais são direitos à liberdade individual, política, econômica e social. Seu pressuposto é que a liberdade em sentido sociológico, compreendida como a possibilidade de escolher entre duas oportunidades de ação, é garantida pelas normas gerais, que recortam um espaço de liberdade em relação à soberania. Só há liberdade de escolha num ambiente juridicizado em que uma esfera de liberdade esteja garantida por lei: tudo o que não é proibido por lei é permitido (NEUMANN, 1986:32-33).

Nesse sentido, podemos afirmar que os indivíduos têm a faculdade de fazer o que quiserem, desde que não desrespeitem as leis; e podem fazer valer esta faculdade perante qualquer pessoa que se oponha ao livre curso de suas ações. Fora deste ambiente temos a força bruta, o mundo da liberdade puramente negativa, ou seja, a ausência completa de impedimentos externos à ação humana, que se identifica com a ausência do império da lei.

A existência da liberdade jurídica, entretanto, não é suficiente para que os homens exercitem a liberdade em sentido sociológico. Para isso, é preciso que, de fato, haja várias opções de escolha para os indivíduos. A realização completa da liberdade só pode

se dar com a emancipação da sociedade, ou seja, com o fim da alienação. Neumann refere-se a esta possibilidade como "concepção concreta de liberdade" de acordo com Hegel, mas não avança no diálogo com o autor, seguindo sua estratégia de não falar positivamente da sociedade futura (NEUMANN, 1986:35). Prefere examinar os direitos fundamentais garantidos pelo estado, concentrando-se no esforço de explicitar seu potencial revolucionário.

É crucial para Neumann lembrar que, ao longo do desenvolvimento histórico, as liberdades tomam a forma de direitos, como resultado do processo de secularização e laicização do estado. Os direitos fundamentais são inteligíveis apenas sob a forma de direitos garantidos em lei (NEUMANN, 1986:35). Portanto, seu exame se dá na imanência do direito positivo. Como já tivemos oportunidade de explicar, a existência destes direitos (também referidos por Neumann como direitos humanos) recorta as esferas da soberania e da liberdade em relação à soberania, tornando possível a legitimação democrática do estado. A dicotomia soberania e liberdade está fundada nas instituições e não em uma instância transcendente ao direito.[16]

A realização completa da liberdade, entendida como capacidade de autodeterminação humana, implica na existência da liberdade jurídica (que garante um espaço de liberdade em relação à soberania) e na efetivação da liberdade sociológica, ou seja, na ampliação do espaço de escolha pelos indivíduos. Isto só é possível com o fim da dominação de classe. Esta, por sua vez, é determinada pela propriedade privada dos meios de produção. Com a entrada do proletariado no parlamento torna-se possível a apropriação jurídica dos mesmos. Tratemos de revisitar este tema em sua relação com os direitos humanos.

Neumann mostra como o processo de emancipação pode se dar sem o rompimento do direito liberal, com a rearticulação das liberdades garantidas por lei. Afinal, se a liberdade jurídica e a liberdade sociológica são pressupostos da realização da liberdade numa sociedade futura, é preciso mostrar como as garantias dos direitos individuais, políticos, econômicos e sociais podem permanecer vigentes mesmo com a reformulação da regulação da propriedade privada. A mudança precisa ser possível a partir da imanência do sistema das liberdades. De alguma maneira, este sistema precisa ter o potencial de se rearticular sem se romper. A solução de Neumann será afirmar que os direitos podem mudar de função[17] conforme as circunstâncias. Vejamos como ele dá conta desta verdadeira quadratura do círculo.

Para começar, nosso autor apresenta sua classificação das liberdades, que corresponde, apenas em parte, à visão clássica dos direitos fundamentais. Em Neumann não temos a superposição dos direitos individuais, políticos, econômicos e sociais, mas um sistema em que cada uma destas espécies relaciona-se com todas as outras.

Os direitos do indivíduo isolado são os direitos de liberdade clássicos, liberdade de religião e consciência, proteção da intimidade, da correspondência e proibição de prisão ilegal. Os direitos políticos são a liberdade de associação, imprensa, reunião e voto secreto. Estes direitos criam uma esfera de liberdade em relação ao estado e permitem a integração democrática de sua vontade. Garantem que as escolhas privadas sejam livres da influência determinante da soberania. Já os direitos econômicos têm como centro a propriedade privada, cujas garantias suplementares estão na liberdade de contratar, negociar e testar. A garantia da propriedade é, em princípio, universal, porque protege o proprietário contra qualquer pessoa que interfira no gozo de seu direito, além de ilimitada, pois o poder do proprietário sobre a coisa

é, também em princípio, absoluto. Enfim, a última categoria de direitos são os direitos sociais, cujo objetivo é a emancipação da classe trabalhadora. São direitos que nasceram dos direitos econômicos. O principal direito social é o direito de associação garantido aos sindicatos (NEUMANN, 1986:36-37).

Notemos em que esta classificação difere das tradicionais.[18] Não encontramos aqui a divisão entre direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais. Neumann apresenta os direitos econômicos como categoria especial, diferenciada dos direitos individuais. Tradicionalmente, a garantia da propriedade privada é vista como um direito deste tipo. Outra diferença é a classificação da liberdade de associação sindical como direito social e não como direito político, como seria de se esperar. Além disso, Neumann afirma que, no capitalismo, a propriedade privada é a instituições dominante, ou seja, todas as outras liberdades funcionam sob sua determinação.

A análise de Neumann neste ponto é bastante sucinta, quase telegráfica. Não somos apresentados ao processo histórico de formação destes direitos, tampouco a um exame detalhado de suas inter-relações. Entretanto, é possível reconstituir parte do raciocínio pressuposto pelo autor a partir de uma afirmação, central para esta análise. Neumann afirma que os direitos econômicos se formaram com o capitalismo competitivo, mas que não determinam completamente as outras três espécies de direitos. Os direitos políticos e individuais existiram antes do capitalismo competitivo e podem continuar a existir sem ele, mesmo que exercendo outra função (NEUMANN, 1986:38). Pode-se inferir, segundo o mesmo princípio, que os direitos sociais podem existir sem a determinação da propriedade privada dos meios de produção e dos outros direitos econômicos.

Os direitos econômicos giram em torno da propriedade privada, direito preexistente ao capitalismo, mas que ganha dimensão central neste regime econômico. Os direitos sociais nascem dos direitos econômicos. Nascem da reivindicação operária de redistribuição do excedente social. Tanto os direitos sociais quanto os econômicos pressupõem a existência de uma esfera de liberdade em relação à soberania e, por isso mesmo, assentam-se na garantia das liberdades individuais e políticas.

Neumann trata os direitos individuas e políticos como o mínimo necessário para a existência do império da lei. Conseqüentemente, os direitos econômicos e sociais são determinações que imprimem ao estado de direito características capitalistas ou socialistas, dependendo de sua articulação com os direitos individuais e políticos, ou seja, conforme a articulação entre o grupo de direitos fundamentais dominantes e os outros direitos.

Esta forma de pensar os direitos humanos fica mais clara com a introdução do conceito de *instituição* (NEUMANN, 1986:38 e ss):

"We understand by a legal institution the establishment of a relationship, intended to endure, either between men, or between properties, or between men and property, for the purpose of regulating social processes, either organized on a hierarchical basis or as a fellowship (*herrschaftlich* or *genossenschaftlich*), and belonging either to public or to private law". (NEUMANN, 1986:38).

As instituições são complexos de direitos e deveres, organizados com o objetivo de regular determinadas relações sociais. Segundo Neumann, a propriedade privada é, além de um direito fundamental, uma instituição. Tem como função garantir a retenção, a administração e a obtenção de lucros pelo proprietário de determinado bem. Numa sociedade capitalista, sua

principal função é a última (NEUMANN, 1986:40).

A retenção garante a posse do bem e a administração o poder sobre seu uso, ou seja, a possibilidade de controlar os meios de produção, pessoas e coisas. Estas duas garantias podem ser juridicamente retiradas do proprietário dos bens e, por via de conseqüência, também a obtenção dos lucros. Neumann mostra que o controle do bem pode ser delegado a um empregado: nem sempre o dono de uma empresa controla pessoalmente seu negócio. Da mesma maneira, sua retenção pode ser transferida aos trabalhadores. Trata-se de uma necessidade da produção que o dono não tenha a posse física dos bens utilizados no processo produtivo (NEUMANN, 1986:40).

O direito de propriedade é plástico. Os direitos e deveres que o constituem podem ser atribuídos a sujeitos diferentes do dono. Não há uma coincidência necessária entre a pessoa do proprietário e os direitos de retenção, controle e obtenção de lucros. Aquele que retém o bem pode não ter seu controle e não gozar dos lucros obtidos com ele. Também o poder de retenção pode ser atribuído aos trabalhadores. Numa grande indústria, o dono perde o domínio físico sobre os meios de produção e, muitas vezes, o controle dos mesmos, atribuídos a um administrador.

Neumann avança sua análise, mostrando que uma instituição depende de instituições auxiliares para servi-la e protegê-la. A propriedade privada precisa da liberdade negocial e da liberdade de contratar para atingir seus objetivos. Para que o dono dos bens possa obter lucro com eles - sua função central - precisa ser capaz de vender, trocar e obter empréstimos, celebrar contratos de trabalho e aluguel, além de contrair hipotecas. Também precisa ter liberdade negocial, que funciona como um meio de seleção natural dos negociantes, excluindo aqueles incapazes de tomar boas decisões econômicas (NEUMANN, 1986:42).

As instituições auxiliares podem servir a funções diversas, conforme variem as circunstâncias. Podem, inclusive, deixar de servir à instituição a que, originalmente, tinham a função de proteger e efetivar (NEUMANN, 1986:43).

"If freedom of trade in a monopolistic economy appears to be leading to diminish profits, the modern twentieth-century state does not hesitate to encroach on these liberties, or even to abolish them by ordering undertakings by administrative act or statute to join cartels, or by prohibiting the floating of new concerns. Regulations belonging to the public law then replace the rights of free contract and trade in their relationship with property in the means of production". (NEUMANN, 1986:43).

Aqui, na imanência do sistema de liberdades, Neumann inscreve a possibilidade de transformar o capitalismo em socialismo. A relação entre instituições auxiliares e principal pode ser subvertida por dentro, por meio de mudanças na regulação, implementadas via parlamento. A propriedade, na condição de instituição dominante em uma sociedade capitalista, pode ser objeto de ações nesse sentido. Pois estamos diante não de uma substância dotada de poderes transcendentes, mas de um conjunto de direitos e deveres, passível de manipulação pela lei.

É possível desarticular a relação entre o dono de um bem e os poderes de retê-lo, controlá-lo e obter lucros, relação que, à primeira vista, aparece como natural. Além disso, é possível atuar sobre as instituições auxiliares, mudando seu sentido. A entrada da classe operária no parlamento desarma a função de dissimulação do direito liberal e permite que estas operações se tornem figuráveis e, portanto, possíveis em potencial.

A partir de sua exposição sobre as instituições em sua relação com os direitos fundamentais, Neumann redescreve a relação entre forças produtivas e relações de produção segundo Marx. A propriedade e suas instituições auxiliares identificam-se com as relações de produção, relações sociais nas quais os indivíduos produzem. Neumann apresenta as forças produtivas como o conhecimento técnico disponível em determinada época, bem como os meios de produção, pessoais e materiais (p. ex., terra, matérias-primas e capital fixo) (NEUMANN, 1986:43).

As relações de produção sofrem mudanças de função em sua relação com as forças produtivas. Se estas se expandem, em razão do avanço técnico, as instituições podem entrar em contradição com elas, passando a constituir um obstáculo para seu avanço. Para Neumann, Marx concentrou-se na análise dos momentos de ruptura de uma ordem social em relação à outra, negligenciando a análise das modificações institucionais internas a determinada ordem social. Por isso, Marx concentra-se no exame das instituições principais, propriedade privada e propriedade comunal dos meios de produção, sem levar em conta as alterações nas instituições auxiliares. Uma longa citação, neste ponto, é inevitável:

"The relationship of such supplementary institutions and liberties to the main institution can suffer a change of function in a like manner. With a certain degree of development of the productive forces *within* that society, the auxiliary institutions and liberties become fetters on and hinder the aims of the principal institutions they hitherto guaranteed. They lose their supplementary character. In a period of relatively free competition, freedom of contract and of trade are means for the realization of profit for the owner of the means or production. In this period the state guarantees their existence (by constitutional or simple legal guarantees of the liberties as such) or their function (for instance, by laws relating to unfair competition).

In a period of monopoly economy the relationship is reversed. Freedom of trade facilitates at the same time the rise of competing undertakings undesired by monopolist: freedom of contract gives outsides the possibility of keeping themselves alien from the monopolist organizations or to quit them at will. Workers are given the possibility of joining trade unions by freedom of association, and in such circumstances when the profits of the monopolists undertakings tend to diminish, it can very well happen that the auxiliary institutions and liberties are abolished in favor of new supplementary statutes and administrative acts more suited to monopoly interests." (NEUMANN, 1986:44).

A articulação entre instituições principais e auxiliares permite descrever as relações entre forças produtivas e relações de produção de dentro das instituições, ou seja, na imanência do direito, compreendido sempre como norma jurídica, atos de aplicação e comportamento dos destinatários das normas. Estas mudanças podem seguir caminhos regressivos, como vimos no trecho acima, mas podem também apontar para a emancipação.

A entrada da classe operária no parlamento abre espaço para que a propriedade privada seja reformada por dentro, bem como suas instituições auxiliares. Os direitos de reter, controlar e obter lucros com os meios de produção podem ser manipulados pela lei. Do mesmo modo, a liberdade de contratar explicita seu fundamento político, desnaturalizando-se. A letra da lei explicita a dominação de classe na forma de direitos sociais. Do mesmo modo, no capitalismo monopolista, a liberdade de negociar torna-se objeto de juízos

políticos, que visam a proteger o mercado interno e conquistar novos mercados para os monopólios.

O resultado deste processo é a explicitação do caráter político de todas instituições capitalistas. Todas elas aparecem como escolhas que não se justificam em si mesmas, mas precisam servir à vontade e aos desejos dos cidadãos. Deste modo, Neumann demonstra que, mantida a separação entre as esferas da soberania e da liberdade, existe a possibilidade de que a classe operária transforme o direito a partir de dentro, promovendo a apropriação coletiva dos meios de produção por força de lei. Por isso mesmo, postas tais e quais condições históricas, o direito passa a ser mediação necessária para a emancipação humana.

Conclusão: por uma Teoria Crítica do Direito

Como vimos, na presença de determinados pressupostos históricos, os direitos humanos, e o direito liberal como um todo, deixam de ser encarados como obstáculo para a emancipação humana, para se tornarem seu pressuposto. Desta perspectiva, o marxismo pode falar de direito de dentro, sem procurar na economia o lugar de sua intelecção.

Para construir uma teoria crítica do direito[19] que pense esta dimensão da realidade conforme sua racionalidade específica e, além disso, que não abra mão do projeto de reformar a estrutura da propriedade privada, é preciso ocupar o lugar de fala recortado por Neumann ou um lugar muito parecido com esse. Esta a maior contribuição d' *O Império da lei* e de todos os revolucionários que pensaram o direito como essencial para a emancipação humana: mostrar que direito e marxismo não são mutuamente excludentes como ainda quer a vulgata de esquerda e de direita.

Nos tempos que correm, pode ser útil voltar a escutar a lição desta heterodoxa tradição da esquerda ocidental. A recusa da mediação do direito não é privilégio da extrema esquerda. A extrema direita afirma a racionalidade econômica contra as instituições e a vontade política dos cidadãos. Diante destes extremos, o diálogo com a obra de Neumann, entre outros autores, pode ser útil para construir uma posição que veja o direito como relevante para explicar o mundo em que vivemos, sem abdicar da capacidade humana para a emancipação. Acima de tudo, é preciso colocar os ensinamentos destes autores em prática e interpretar a realidade. Mas para isso, é preciso assenhorear-se deles, trabalho que, em nosso país, está apenas começando.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel, *Marx y los Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Mesquita, 1982.

BENTHAN, Jeremy, *Pannomial fragments*, http://www.la.utexas.edu/labyrinth, consultado em 06 de setembro de 2006.

_____. *Traités de Legislation Civile et Penale*, Paris: Rey et Gravier Librairies, 1830.

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto, *O Marxismo e o Estado*, Rio de Janeiro: Graal, 1991.

CODATO, A. N. & PERISSINOTTO, R. M., O Estado como instituição: uma leitura das obras históricas de Marx, *Critica Marxista*, São Paulo, v. 13, 2001.

COELHO, Luiz Fernando, *Teoria Crítica do Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COTTERRELL, Roger, *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

COUTINHO, Carlos Nelson, *Contra a corrente*, São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Gramsci*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *Marxismo e Política: a Dualidade de Poderes e Outros Ensaios***, São Paulo, Cortez, 1996.**

_____. *A dualidade de poderes: introdução à teoria marxista do Estado e da Revolução*, São Paulo: Brasiliense, 1985.

_____. *A democracia como valor universal*, São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

ENGELS, Friedrich, Introdução a A luta de classes na França (1848-1850), In: MARX, Karl, ENGELS, Friedrich, *Obras Escolhidas*, São Paulo: Editora Alfa-Ômega, vol.1, 1980.

FAUSTO, Ruy, *Marx: Lógica & Política. Tomo I*, São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. *Marx: Lógica & Política. Tomo II*, São Paulo: Brasiliense, 1987.

FETSCHER, Irvin, Bernstein e o desafio da ortodoxia, In: HOBSBAWM, Eric J. (org.), *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Segunda Internacional (Primeira parte),* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

GERAS, Norman, Essência e aparência: a análise da mercadoria em Marx, In: COHN, Gabriel (org.), *Sociologia: para ler os clássicos*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005.

GIANNOTTI, José Arthur, *Origens da Dialética do Trabalho*, São Paulo: Difel, 1966.

_____. *Certa herança marxista*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

_____. *Marx: Vida & Obra*, Porto Alegre: LP&M, 2000b.

GUASTINI, Riccardo, *Das Fontes às Normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1998.

HART, Herbert L. A, *O conceito de Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HASE, Friedhelm & RUETE, Matthias, Dekadenz der Rechtsentwickilung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtstheorie Franz L. Neumanns, In : PERELS, Joachim (org.), *Recht, demokratie und Kapitalismus. Aktualität und Probleme der Theorie Franz Neumanns*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.

HILFERDING, Rudolf, *O Capital Financeiro*, São Paulo: Abril Cultural, 1985.

HONNETH, Axel, Teoria Crítica, In: GIDDENS, Anthony (org.), *Teoria Social Hoje*, São Paulo: UNESP, 1999.

JAY, Martin, *The Dialectical Imagination*, Berkley: Univesity of California Press, 1996.

KELLY, Duncan, *The State of the Political: Conceptions of politics and the State in the Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann*, New York: Oxford, 2003.

KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 2002.

LEVINE, Andrew, *The End of State*, London: Verso, 1987.

LOPES, José Reinaldo Lima, *Direito e Transformação Social: Ensaio Interdisciplinar das Mudanças do Direito*, São Paulo: Ciência Jurídica, 1997.

LÖWY, Michael. *A teoria da revolução no jovem Marx*, Petrópolis :Vozes, 2002.

LUMIA, Giuseppe, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAILLE, Michel, *Introduction critique au Droit*, Paris: François Maspéro, 1976.

MARRAMAO, Giacomo. "Entre bolchevismo e social-democracia: Otto Bauer e a cultura política do austromarxismo", In: HOBSBAWM, Eric J. (org.), *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Terceira Internacional, A Revolução de Outubro, O Austromarxismo,* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MARX, Karl, *O Capital*, São Paulo: Abril Cultural, v.l., 1984.

NAVES, Macio Binharino, *Marxismo e Direito: um estudo sobre Pashukanis*, São Paulo: Boitempo, 2000.

NEUMANN, Franz, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*, New York: Harper Torchbooks, 1966.

_____. *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society,* Leamington: Berg, 1986.

NOBRE, Marcos, *Teoria Crítica*, Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

PAULSON, Stanley L., Neumanns Kelsen, In: ISER, Matthias & STRECKER, David (orgs), *Kritische Theorie der Politik. Franz L. Neumann – eine Bilanz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

POULANTZAS, Nicos, *O Estado, o Poder, o Socialismo*, Rio de Janeiro: Graal, 2000.

PREUβ, Ulrich K., Formales und materials Recht in Franz Neumanns Rechtstheorie, In: ISER, Matthias & STRECKER, David (orgs), *Kritische Theorie der Politik. Franz L. Neumann – eine Bilanz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

RADBRUCH, Gustav, La securité en droit d´après la théorie anglaise, In : *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie*, Paris : Sirey, 1936.

_____. *Introdução à ciência do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RENNER, Karl, *Institutions of Private Law and Their Social Functions*, London: Routledge, 2001.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo:CEDEC, v. 61, 2004.

RUETE, Matthias, Post-Weimar Legal Theory in Exile, In: *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society,* Leamington: Berg, 1986.

SADER, Emir, *Estado e Política em Marx Estado: para uma crítica da filosofia política*, São Paulo: Cortez, 1993.

SCHEUEMAN, William E., *Between Norm and Exception: The Frankfurt School and The Rule of Law*, Cambridge: MIT Press, 1997.

SMALDONE, William, *Rudolf Hilferding: The Tragedy of a German Social Democrat*, Illinois: Northen Illinois University Press, 1998.

SÖLLNER, Alfons, *Neumnann zur Einfhürung*, Hannover: Soak Verlag, 1982.

SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. Quelques idées sur la constitution aplicables a la Ville de Paris. In : *Oevres de Siéyès.* Paris: Edhis, sdp.

TEUBNER, Günther, *O Direito como Sistema Autopoiético*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THORNHILL, Chris, *Political Theory in Modern Germany – An Introduction*, Oxford: Polity, 2000.

WALBERG, Marek, A estratégia política da social-democracia alemã, In: HOBSBAWM, Eric J. (org.), *História do Marxismo: O Marxismo na Época da Segunda Internacional (Primeira parte),* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, México DF: Fondo de Cultura Economica, 1992.

NOTAS

[1] A exceção é LOPES, 1997.

[2] Franz Neumann (1900-1954) é um representante da Teoria Crítica. Para um estudo detalhado de sua trajetória, veja-se: SCHEUERMANN, 1997. Ainda sobre Neumann, v. RODRIGUEZ, 2004. Sobre a Teoria Crítica, v. JAY,1996; WIGGERHAUS, 1999; HONNETH, 1999 e NOBRE, 2004.

[3] Estudos representativos deste esforço são, entre outros: COUTINHO, 2000, 1999, 1996, 1985, 1980; FAUSTO, 1987; SADER, 1993; NAVES, 2000; CODATO & PERISSINOTTO, 2001.

[4] A discussão sobre o modo de exposição d'*O Capital*, que se confunde com a discussão sobre a relação entre Hegel e Marx, modelo para Neumann em *O Império da lei*, é um tema clássico da bibliografia marxista. No Brasil, as referências, são GIANNOTTI, 1966, 2000a, 2000b e FAUSTO,1983,1987.

[5] Neumann prefere usar o termo "império da lei" no lugar de "estado de direito", mais afeito à tradição romano-germânica, pois o primeiro não se refere apenas às leis do estado, mas abarca as práticas sociais relacionadas com estas normas, especialmente, a sua aplicação e o comportamento de seus destinatários (NEUMANN, 1986: 11 e ss).

[6] Seria interessante investigar sistematicamente a presença desta tensão entre justiça formal e igualdade material na *Sociologia do Direito* de Weber. Ver, p.ex. WEBER, 1992:606-607. Como veremos adiante, Neumann não cita Weber como sua fonte para este argumento, apenas Rousseau.

[7] "By general law we understand, with Carré de Malberg, an abstract rule which does not mention particular cases or individually nominated persons, but which is issued in advance to apply to all cases and all persons in the abstract." (NEUMANN, 1986:213)

[8] Para uma apreciação da leitura de Kelsen por Neumann ver PAULSON, 2002.

[9] A diferença entre legislação e jurisdição continua sendo um problema para a teoria do direito.

Sirva de exemplo a seguinte argumentação, titubeante, de Riccardo Guastini: "Antes de tudo, pode-se indubitavelmente admitir que a interpretação é, num certo sentido, produção de normas, Apesar disso, outra coisa é "produzir uma norma" no sentido de interpretar – isto é, decidir o significado de – um texto normativo preexistente; outro é "produzir uma norma" no sentido de formular um texto normativo *ex novo*. Talvez não haja uma diferença nítida, mas decerto há uma diferença de grau. Ambas as coisas comportam um certo grau de discricionariedade política, é verdade. Mas, para sermos exatos, trata-se de dois graus de discricionariedade. O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim. É ainda verdade que os textos legislativos jamais possuem um significado unívoco, que se presta a diversas e conflitantes interpretações, de sorte a constituírem, para o juiz, um vínculo – ao contrário – débil. Mas mesmo um vínculo débil é um vínculo, um limite: é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – "qualquer" significado ao seu gosto. A atividade legislativa está livre de vínculos deste tipo" (GUASTINI, 2005:221-222).

[10] Está para ser feita a relação entre esta descrição de Neumann e a figura da "liberdade absoluta" d´ *A Fenomenologia do Espírito* de Hegel. As semelhanças são gritantes.

[11] Para uma discussão contemporânea do problema, veja-se *O Direito como Sistema Autopoiético* de Gunther Teubner, obra que elege a questão da aplicação de normas flexíveis como um teste para sua construção teórica. Ver TEUBNER, 1993.

[12] "I°. Lois substantives. 2°. Lois adjectives. Ce dernier est le nom que je donnerais aux lois de procedure, afin de pouvoir designer par un mot correlative les lois principales don't on a souvente besoin de les distinguer. Les lois de procedure ne peuvent ni exister ni même se concevoir sans autres lois qu' elles tendent à faire observer. Qui entend le sens de ces deux mots en grammaire ne peut manquer d' entendre celui que je voudrais leur donner en jurisprudence." (BENTHAN, 1830 :203). "The substantive branch of the law has for its business the giving direction and effect to human conduct; the adjective has for its business the giving execution and effect to substantive law." BENTHAN, Jeremy, *Pannomial fragments*, Cap. II – Consideranda, http://www.la.utexas.edu/labyrinth, consultado em 06 de setembro de 2006.

[13] Algumas formulações do ideal iluminista incluíam a defesa da abolição dos profissionais do Direito – *Gens de Loi*, como dizia Siéyès em seu projeto de criação de júris populares - bem como da Faculdade de Direito. Os códigos deveriam "falar por si": sua construção seria suficientemente racional, simples e clara, a ponto de permitir que qualquer cidadão o aplicasse a um caso concreto. Todo o poder político estaria concentrado no Parlamento, local do assento dos representantes do povo. O projeto de Siéyès, p. ex., fazia de qualquer cidadão um jurado em potencial, abolindo os juízes profissionais da administração da justiça (SIÉYÈS, sdp).

[14] "O desafio com que Neumann se confrontou liga-se a este pano de fundo. Pois o problema de todo o teórico do direito do século XX consiste nisso, que eles adotavam a herança rousseauniana em seu conteúdo moral e não podiam, por outro lado, levá-la a sério como descrição sociológica da realidade. O modelo rousseauniano de uma sociedade pré-moderna e agrária – uma sociedade de pequenos proprietários com poucas diferenças sociais e ampla homogeneidade cultural – não podia constituir um modelo para a organização política da sociedade do começo do século XX, compatível com o seu tempo, sobretudo depois furor do desenvolvimento técnico-industrial, urbanização e desenraizamento social de amplas massas, que receberam novo impulso pela primeira guerra mundial." (minha tradução; agradeço a Flávia P. Püschel pela revisão das traduções do alemão).

[15] "Examinaremos como a dialética marxista se torna possível porque o objeto de sua análise consiste em formas de pensamento (*Gedankenformen*) (*K*, I, 23, 90) que o pesquisador pensa a fim de revelar as formas pelas quais os atores pensam ao se engajarem nas relações sociais de produção." (GIANNOTTI, 2000:33).

[16] Neumann dedica a parte II d' *O Império da lei* à exposição do processo de institucionalização do direito natural, que, na modernidade, toma a forma de direitos humanos.

[17] Neumann deve este conceito a Karl Renner. Ver RENNER, 2001:74 e ss.

[18] BERCOVICI aponta a semelhança entre a classificação dos direitos fundamentais de Neu-

mann e Carl Schmitt em textos anteriores a *O Império da lei* (BERCOVICI, 2004:32). Fica por investigar se a classificação que apresentamos é uma reelaboração destes textos, num debate velado com a classificação schmittiana. Neste ponto de *O Império da lei* , Neumann não traz Schmitt ao centro da discussão.

[19] A mais erudita tentativa de construir uma teoria crítica do direito no Brasil é a de COELHO, 2002. Na França, temos o influente MIAILLE, 1976.