

**Estado de direito sem democracia: um estudo à luz da teoria crítica de Franz
Neumann**

Marina Shessarenko Fraife Barreto
Mestranda em Ciência Política DCP-USP

**Trabalho preparado para apresentação no XII Seminário Discente da Pós-
Graduação em Ciência Política da USP, de 26 a 30 de setembro de 2022**

Resumo

Franz Neumann não é muito estudado, nem como pensador político nem como jurista. Diversos são os estudos que mostram como ele foi ostracizado tanto pela ciência política tradicional quanto pelos círculos de Frankfurt quando ingressou no Instituto de Pesquisa Social em 1936. Como aponta Ingeborg Maus, porém, ele teve papel pioneiro: o autor foi o primeiro de uma tradição de autores marxistas a rejeitar o niilismo legal defendido pelo próprio Marx, e também criticado por Habermas. Neumann introduziu nesse círculo de pensamento a tese de que o direito serve não apenas à dominação, mas também à liberdade. Nesse sentido, ele não seria apenas instrumento das classes dominantes, como também poderia assegurar direitos pela via do formalismo. Para além dessa dimensão teórico-normativa, o autor também realizou vastos estudos sobre o funcionamento do direito no sistema nacional-socialista nas décadas de 1930 e 1940.

No presente artigo, proponho-me a investigar qual a relação que o autor propõe entre a falta de democracia e o estado de direito desde a crise da democracia weimariana e a ascensão do nacional-socialismo. Para tanto, tenho em vista seus estudos desde o final da década de 1920, quando o diagnóstico de "crise" já vinha sendo ventilado nos círculos intelectuais de Weimar, até sua morte precoce em 1954. A contribuição teórica de Neumann para o estudo dessa relação revela uma agenda de pesquisas que, embora tenha sido levada a cabo pela própria Teoria Crítica, não o foi, no mais das vezes, com o devido reconhecimento ao autor pioneiro. Voltar a Neumann, assim, é voltar à gênese de preocupações teórico-críticas posteriores, que se fazem evidentes no projeto de teóricos-críticos contemporâneos.

Franz Neumann não é muito estudado, nem como pensador político nem como jurista. Diversos são os estudos¹ que mostram como ele foi ostracizado tanto da ciência política tradicional quanto dos círculos de Frankfurt² quando ingressou no Instituto de Pesquisa Social (Institut für Sozialforschung)³ – em 1936, já emigrado da Alemanha⁴. Ao contrário dos outros membros do Instituto, que se dedicavam primordialmente à psicanálise, filosofia e ciências sociais, o autor, bem como Otto Kirchheimer⁵, introduziram a análise do Estado, do direito e da política⁶.

Como aponta Maus (1996, p. 826), por outro lado, o autor guarda um papel relevante na tradição de estudos críticos. Ele poderia ser considerado o primeiro de uma tradição de autores marxistas a rejeitar o niilismo legal defendido pelo próprio Marx⁷, e também criticado por Habermas⁸. Segundo Marx, o direito – bem como a democracia – seriam ferramentas ligadas à dominação burguesa. Em outras palavras, representariam ideias das classes dominantes burguesas para subjugar a universalidade de cidadãos⁹.

¹ Cf., por exemplo, Jay (1996 [1973]), Wiggershaus (2015 [1986]), Scheuerman (1994), Honneth (1999), Tavolari (2019), Rizzi (2011), Rodriguez (2009).

² Cf. Tavolari, op. cit., p. 87; Salzborn (2009, p. 14).

³ Para uma discussão sobre a relação entre o Instituto de Pesquisa Social e a “Escola” de Frankfurt, cf. Nobre (2004).

⁴ Wiggershaus (2015 [1986]) aponta que, para ser admitido no instituto, Neumann contou com a mediação de seu orientador de doutorado, Harold Laski, e Karl Mannheim.

⁵ Para uma análise brasileira da obra de Otto Kirchheimer, cf. Rizzi (2011).

⁶ Cf. Wiggershaus (2015 [1986], pp. 669-670, paginação incerta). Por outro lado, Jay (1996 [1973], p. 377, paginação incerta) aponta que, até sua saída do Instituto, em 1942, Neumann tendia a subestimar o impacto da política, em alinhamento com a tradição marxista a que se filia a Teoria Crítica.

⁷ Na formulação da autora, “(...) Marx seems to be the most undialectical philosopher to have expressed an opinion on this subject [teoria do direito]. Notwithstanding his immortal contribution to political economy, Marx's fundamental critique of bourgeois formal law, which insisted that the latter was exclusively repressive in character, failed to recognize the elements of formal law which forged the basis for individual liberty and which were discarded by the systems of Eastern bloc socialism to devastating effect. The great dialectician of political economy failed to perceive that the abstractions of law do not only antagonistically isolate private individuals and their rights from each other, as he criticized, but also keep the state apparatus at bay as a whole, while conversely one and the same formalism of the law ensures that private freedom and public participation can reproduce each other” (MAUS, 1996, p. 829)

⁸ Em *Direito Natural e Revolução*, o autor afirma que Marx “desacredita tão veementemente da própria ideia de juridicidade [*Rechtlichkeit*]” e “da intenção do direito natural enquanto tal para o marxismo”, que foi responsável pela dissolução do “liame entre o direito natural e revolução” (HABERMAS, 2013 [1971], p. 189). Já no prefácio a *Facticidade e Validade*, o autor retoma essa discussão para afirmar que essa posição de Marx seria resultado de uma tentativa de “transpor a filosofia do direito de Hegel em uma filosofia materialista da história” e que, como consequência, teria levado gerações posteriores a creditarem o projeto emancipatório enquanto uma forma de vida concreta do socialismo, em vez de atribuir aos próprios concernidos uma autocompreensão sobre o que essa emancipação significa (HABERMAS, 2020 [1992], p. 28).

⁹ Uma formulação ilustrativa a este respeito, por exemplo, é aquela em que o autor e Engels, em *A ideologia alemã*, apresenta a necessidade de uma doutrina da separação de poderes pela existência da luta pela dominação exercida por diversas classes sociais. Em suas palavras: “As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes (...). Por exemplo, numa época e num país em que o poder

Nos termos de Jay (1996 [1973], posição incerta), “(...) a Teoria Crítica¹⁰ tendeu a ver a política como mais ‘epifenômênica’ que a subestrutura socioeconômica”.

No presente artigo, discuto a posição do autor em relação a um problema clássico da teoria política: aquele da compatibilidade entre o estado de direito e a democracia. Em específico, pergunto se haveria, nos seus termos, a compatibilidade entre um estado de direito e um regime político não democrático. Isso porque, à parte sua teoria política normativa, o autor também realizou estudos empíricos sobre o direito alemão, em especial depois da ascensão do regime nacional-socialista com sua obra *Behemoth*.

Para responder a esta pergunta, utilizo-me de uma chave de leitura proposta por Jürgen Habermas em sua obra *Facticidade e Validade*, de 1992: aquela da relação entre direitos humanos e soberania popular. Ao contrário de Neumann, Habermas – que é visto como herdeiro da tradição da Teoria Crítica¹¹ – tem uma teoria da democracia, o que robustece a resposta que ele proveria à questão que proponho responder. Usar essa chave de leitura é restringir o âmbito de análise dos conceitos implicados na pergunta de pesquisa: o estado de direito é lido pela lente dos direitos humanos – ou, como Neumann geralmente trata, dos direitos fundamentais¹² – e a democracia, pela lente da soberania popular.

Este é um trabalho em curso. Até o momento, respondo à pergunta colocada no quadro dos seguintes textos do autor:

monárquico, a aristocracia e a burguesia lutam entre si pela dominação, onde portanto a dominação está dividida, aparece como ideia dominante a doutrina da separação dos poderes, enunciada então como uma ‘lei eterna’” (MARX; ENGELS, 2007 [1932], p. 47).

¹⁰ “Teoria Crítica” é um conceito tributário das tradições kantiana de filosofia crítica e marxista de crítica da ideologia, como apontam Arato; Gebhardt (1978, p. xi). Nobre (2008, p. 9) ressalta seu objetivo de mostrar a tensão entre o pensamento utópico e o pretensiosamente neutro e objetivo. A Teoria Crítica foi historicamente vinculada ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt. Nobre (2004) nota que o emprego do termo “Escola de Frankfurt” para designar as ideias ou os pensadores vinculados ao Instituto é enganoso, já que o Instituto não foi sediado exclusivamente em Frankfurt e não havia uma única tradição de pensamento desenvolvida, o que remeteria ao conceito de “escola”. Arato; Gebhardt (1978) também defendem a impossibilidade de reunir a geração mais velha de teóricos críticos sob uma “escola” genuína via de regra. Cf. ARATO, Andrew. **Political sociology and critique of politics**. IN: ARATO, Andrew; GEBHARDT, Eike. **The essential Frankfurt School Reader**. Oxford: Basil Blackwell, 1978, p. 3. NOBRE, Marcos (org.). **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. NOBRE, Marcos (org.). **Curso Livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008.

¹¹ Cf. nesse sentido, Nobre (2008).

¹² É possível considerar ambos como sinônimos. Nos dias de hoje, porém, a práxis constitucional nacional tende a empregar o termo ‘direitos fundamentais’, reservando ao âmbito internacional os ‘direitos humanos’.

- (i) Gegen ein Gesetz zur Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen, de 1929 (em tradução livre, ‘contra uma lei para a revisão de constitucionalidade de leis do *Reich*’);
- (ii) Richterliches Ermessen und Methodenstreit im Arbeitsrecht, de 1929 (em tradução livre, ‘discricionariedade judicial e disputa de métodos no direito do trabalho’);
- (iii) O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar, de 1930;

É certo que o autor possui textos ainda do início da República de Weimar. Esses textos não serão abordados, mesmo porque já foram objeto da tese de doutorado de Tavolari (2019). Proponho-me a analisar seus textos posteriores, tendo como marco o ano de 1929, ano do *crash* financeiro nos Estados Unidos e que gerou efeitos na Alemanha posteriormente – uma crise econômica que, como Peukert (1992) propõe, teria consequências de monta para o cenário político de então.

A importância de um tal empreendimento teórico deriva não apenas da sub-recepção da obra de Neumann nos círculos da teoria crítica, como também de dois fatores correlatos. Em primeiro, da premência de sua agenda de pesquisa aos problemas hoje em pauta. São diversos os círculos acadêmicos, jornalísticos, artísticos e civis que apontam a existência de uma “crise da democracia” – a exemplo de Runciman (2019), Levitsky, Ziblatt (2019) e Przeworski (2019) –, ascensão populista – como Urbinati (2019) e Müller (2016) – onda de “autocratização” – termo incorporado, por exemplo, por *think tanks* internacionais sobre qualidade da democracia, como o instituto V-DEM – ou até uma regressão fascista, termo geralmente usado por autores da teoria crítica no debate atual, como aponta Nobre (2022).

E a agenda de Neumann introduz aspectos profícuos para o estudo da relação entre o Estado de direito e a democracia, ora em perspectiva teórico-normativa ora em perspectiva histórico-empírica. Como já esboçado acima, o autor introduziu uma análise marxista do direito que não o rejeitou como mera superestrutura voltada a atender os interesses da classe burguesa. Nesse sentido, ele poderia ser figurativamente entendido

nos termos de uma cabeça de Jano, com duas faces: tanto propulsor da emancipação quanto da dominação.

Para além dessa dimensão teórico-normativa, o autor também realizou vastos estudos sobre o funcionamento do direito no sistema nacional-socialista. Sua obra *Behemoth* é um dos principais resultados desses estudos, para os quais a lente marxista da economia política foi essencial. Com ela, o autor selou uma disputa relevante com Friedrich Pollock e Max Horkheimer, integrantes do “círculo interno” do Instituto de Pesquisa Social, o que será apresentado em momento oportuno e culminou em sua própria expulsão do Instituto em outubro de 1940, postergada para 1942¹³.

Uma de suas maiores contribuições em *Behemoth* é justamente a expansão de uma “análise histórico-econômica extremamente importante sobre a transformação funcional do direito” (MAUS, 1996, p. 827). Essa inclinação a apreender o mundo a partir de interesses econômicos teria sido um dos motivos pelos quais sua agenda de pesquisa não foi nesses termos recapitulada na próxima geração de estudos da teoria crítica, da qual Jürgen Habermas é autor-chave¹⁴. Esse é o fator que conecta tanto a explicação de Habermas para a obliteração de Neumann de sua agenda de pesquisa em *Facticidade e Validade* quanto a explicação de Ingeborg Maus – outra autora da segunda geração da Teoria Crítica – sobre o porquê Habermas não fez menção a Neumann. Nas centenas de páginas da obra referida, Habermas cita Neumann em apenas uma ocasião, em uma nota de rodapé¹⁵.

Respondendo a conferencistas na Benjamin Cardozo Law School em setembro de 1992 sobre seu livro, Habermas afirmou que,

Da mesma maneira que Preuß, também devo estímulos importantes à *contradição* dos “juristas dispostos ao conflito”, sobretudo Hermann Heller, Franz Neumann, Otto Kirchheimer e Wolfgang Abendroth. Claro, esses especialistas do direito público desenvolveram em outra direção a ideia central que Preuß tem razão em destacar: eles seguiram com a “superação” democrática da substância da dominação do poder do Estado, adotando sobretudo o ponto de vista da crítica do capitalismo com o objetivo de transformar a organização socioeconômica da desigualdade, ao passo que desenvolvi a ideia de uma “racionalização” do exercício do poder administrativo, de modo imanente desde o início, pela via de uma reconstrução do teor normativo peculiar ao direito e ao Estado democrático

¹³ Cf. Wiggershaus (2015 [1986], paginação incerta).

¹⁴ Para uma periodização da teoria crítica, cf. Nobre (2008).

¹⁵ O autor o cita apenas para afirmar que, indiretamente, Neumann fez a teoria de Schmitt sobre a generalidade da lei na Alemanha se popularizar. Cf. Habermas (2020 [1992], p. 546, NR 74).

de direito. É isso – e não a proximidade a mestres que de vez em quando nos fazem esquecer o que aprendemos com eles – que pode explicar por que não abordei explicitamente essas fontes” (HABERMAS, 2020 [1992], p. 531).

Assim, o fato de Neumann ter realizado a crítica a dominação pela via da crítica ao capitalismo seria determinante para a omissão de Habermas de sua obra, já que este último autor teria optado pela via da crítica ao exercício do poder administrativo.

Maus (1996, p. 827) apresenta o porquê de Habermas não ter levado adiante a ambivalência do direito tal qual posta por Neumann em termos semelhantes. Segundo a autora, Neumann baseou essa ambivalência em premissas muito heterogêneas e destoantes do quadro reconstrutivo¹⁶ habermasiano. De um lado, Neumann observou a coerção do direito apenas com base em uma “dependência unilateral de fatores econômicos”, não considerando com a devida importância os interesses corporativos do próprio Estado como fatores explicativos para o exercício da coerção. De outro, o autor fundamentou a liberdade em bases éticas insuficientes: “a dimensão adicional que assegura a liberdade no direito (...), e a que ele se referiu como uma dimensão ‘ética’, era um aspecto estranhamente estrangeiro, teoricamente desqualificado”.

Em prefácio à obra de Luiz Repa, Figueiredo (2021, p. 11) também ajuda a compreender o deslocamento habermasiano em direção à administração em detrimento da economia política por outro ângulo. Segundo ele, Habermas começou sua carreira defendendo a perda da eficácia da categoria do trabalho para “estruturar o conjunto das relações sociais”. Além disso, com sua avaliação entre as décadas de 1970 e 1980 de que advento do “capitalismo administrado (...) incorpora e dilui o potencial de negação da luta de classes por meio da integração do proletariado no Estado de bem-estar social”, ele abre a agenda para “o desafio de refletir sobre o peso que a racionalidade burocrática passa a exercer sobre os agentes sociais”.

Essas constatações revelam a segunda razão correlata para a importância do presente estudo. A agenda de Habermas – referência inescapável aos estudos que lhe seguiram na teoria crítica contemporânea –, apresenta afinidades de monta com a agenda neumanniana, embora omita sua herança em boa parte. Para comentadores e teóricos críticos atuais, inclusive, não é clara uma ruptura entre ambos, tal como proposta por Maus e pelo próprio Habermas. Mesmo que ocupem posições teóricas

¹⁶ Para análises sobre o papel da “reconstrução” na obra habermasiana, cf. Nobre, Repa (2012); Repa (2021). Para críticas sobre o “princípio da reconstrução”, cf. Nobre (2018, p. 76).

conflitantes no espectro crítico, tais autores desconsideram essa omissão ou recusa parcial do legado neumanniano por Habermas. Scheuerman (2019 [2017], p. 428), por exemplo, entende que Habermas e Neumann representam um “conjunto importante da literatura crítica”, i.e., representariam uma mesma posição teórica, afinal ambos levaram a sério o papel do direito para a Teoria Crítica. Outros, a exemplo de Silva (2020, p. 114), colocam sua relação em termos de continuidade: Habermas, ao empreender uma “produtiva ‘virada jurídica’”, recuperaria “importantes contribuições até então subvalorizadas (como as de O. Kirchheimer e F. Neumann)”.

O artigo está dividido em três partes, que correspondem aos artigos analisados, fora a conclusão. Em cada uma delas aponto as linhas de resposta que o autor dá à relação entre estado de direito e democracia.

**I. ‘Contra uma lei para a revisão de constitucionalidade de leis do *Reich*’
(no original, „Gegen ein Gesetz zur Nachprüfung der
Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen”)**

Este texto foi publicado em 1929 na revista acadêmica do partido (NEUMANN, 2017 [1930], p. 139). Ele foi publicado em reação à apresentação de um projeto de lei pelo ministro do interior do *Reich* e sua subsequente aprovação, concedendo a possibilidade de ampla revisão judicial às ações legislativas e, “acima de tudo, [às] ações puramente políticas dos gabinetes”, i.e., do poder executivo (NEUMANN, 2017 [1930], p. 139).

Nesse quadro, o autor afirma a “incompatibilidade teórica dos direitos fundamentais com os princípios democráticos”¹⁷ (NEUMANN, 1929a, p. 523). Essa é uma tese que será repetida em seus textos posteriores e tem ecos na teoria política da época, que considerava o embate entre estado de direito e democracia como clássico, sempre presente. Embora o autor reconheça essa incompatibilidade teórica de partida, ele igualmente concede que os direitos fundamentais também não representam necessariamente um perigo para a democracia, porque a construção do estado não se orientaria apenas por ponderações teóricas. Nos termos do autor,

17 No original, „(...) theoretische Unvereinbarkeit der Grundrechte mit demokratischen Prinzipien (...)”.

Da incompatibilidade teórica dos direitos fundamentais com os princípios democráticos não se segue absolutamente o perigo dos direitos fundamentais para uma democracia. Porque a construção de um estado não se orienta apenas por ponderações teóricas e, se o uso da democracia e do socialismo pode se beneficiar da inserção de direitos fundamentais, então eles são aceitos mesmo às custas da beleza estética de uma obra constitucional¹⁸. (NEUMANN, 1929a, p. 523).

Ou seja, mesmo que em âmbito teórico direitos fundamentais possam oferecer perigo à democracia, eles podem ser igualmente instrumentalizados por ela (bem como pelo socialismo) em seu próprio benefício. Direitos fundamentais, assim, assumem a outra face de Jano: não só servem à dominação, podendo igualmente servir à emancipação.

Com essa afirmação, é de se depreender que um dos modelos *default*, se não aquele modelo por excelência, da combinação entre ambos os termos da equação seria justamente entre um estado de direito determinado e a ausência de democracia. Em outros termos, precisamente o exercício de direitos fundamentais em determinados termos colocaria em risco o exercício democrático, não fosse a consideração de que o estado não se orienta apenas por considerações teóricas, incluindo também outros tipos de ponderação.

Os direitos fundamentais por *default* a que o autor faz referência aqui são os direitos liberais. Em suas palavras, “na realidade, a conexão estreita entre a construção de um estado liberal com os direitos fundamentais liberais é extremamente perigosa” (NEUMANN, 1929a, p. 523)¹⁹. Esse padrão está de acordo com a gênese dos direitos fundamentais. Afinal, como concede neste e em outros textos igualmente – bem como faz Habermas ao propor uma gênese lógica dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2020 [1992], p. 171) no capítulo três de *Facticidade e Validade* –, a origem dos direitos fundamentais está na ideia de liberalismo e não naquela de democracia.

¹⁸ No original, „Aus der theoretischen Unvereinbarkeit der Grundrechte mit demokratischen Prinzipien folgt natürlich noch keineswegs die Gefährlichkeit von Grundrechten für eine Demokratie. Denn der Aufbau eines Staates richtet sich nicht allein nach staatstheoretischen Erwägungen, und, wenn der Demokratie und dem Sozialismus Nutzen aus der Einfügung von Grundrechten erwachsen kann, so nimmt man sie selbst auf Kosten der ästhetischen Schönheit eines Verfassungswerkes hin“.

¹⁹ No original, „In der Tat ist die enge Verknüpfung eines demokratischen Staatsaufbaus mit liberalen Grundrechten überaus gefährlich“.

Aliás, não só o autor atribui ao liberalismo a origem dos direitos fundamentais, como também ao *Gedankenwelt* – mundo das ideias em tradução livre – do direito natural. Na verdade, antes mesmo de derivarem da ideia de liberalismo, eles se originam do direito natural e, “como toda ideologia de direito natural, são completamente formais” (NEUMANN, 1929a, p. 523). Sendo assim, “eles podem servir a todo partido político, todo estamento [*Stand*], toda classe [*Klasse*], toda religião, toda comunidade para a justificação de sua ação política” (NEUMANN, 1929a, p. 523).

Essa gênese formal pode ter um papel ambivalente. Se as condições materiais da sociedade (“a estrutura dessa comunidade”) plasmarem o conteúdo abstrato dos direitos fundamentais (“a ideologia dos direitos naturais”), fala-se do emprego uma ideologia expressa [*Ausdrucksideologie*] (NEUMANN, 1929a, p. 523). Em contraste, havendo uma contraposição entre “(...) a fundamentação de direito natural ao conteúdo espiritual da comunidade – como é o caso na democracia social --, então falamos de uma ideologia encoberta [*Verdeckungsideologie*]” (NEUMANN, 1929a, p. 523).

Neste segundo caso, em que a Alemanha da época se situa, a ideologia encoberta serve à proteção de um grupo político específico por meio do liberalismo. No caso, esse grupo seria a burguesia proprietária – cuja ascensão já foi denunciada em texto do ano seguinte como a causa da deterioração do conteúdo material do mandamento de igualdade – que, até meados do século 19, ao menos, detinha um conteúdo político, econômico e social na teoria constitucional, mas teria sido reduzido a um mandamento puramente formal, de asseguarção de iguais oportunidades.

A despeito da especificidade [*Eigentümlichkeit*] genealógica dos direitos fundamentais, as relações sociais forçam o desenvolvimento constitucional em um sentido social. Em outras palavras, os direitos fundamentais não se devem manter fiéis à genealogia. Na verdade, uma das teses que o autor desenvolve em outros textos é precisamente aquela da “mudança de função”, partindo da obra seminal de Karl Renner a este respeito. Isso significa que, embora geneticamente ligados ao liberalismo, os direitos fundamentais se descolaram dele com o desenvolvimento da sociedade de massas e o subsequente engendramento de um estado social de direito.

Essa mudança de função, contudo, não estaria sendo refletida no judiciário: a jurisprudência da época seria conservadora, ao passo que a teoria constitucional,

reacionária. A visão do autor sobre o judiciário, também, é central em outro artigo do mesmo ano, que passo a analisar a seguir.

II. ‘Discrecionariade judicial e disputa de métodos no direito do trabalho’ (no original, „Richterliches Ermessen und Methodenstreit um Arbeitsrecht. Arbeitsrecht”)

Já os segundo dos artigos de 1929 foi publicado no periódico *Arbeitsrecht* e é uma resposta às críticas de um advogado sobre um artigo do autor anteriormente publicado que rejeitava a ideia de uma discrecionariade judicial [*freies Ermessen*] para o julgamento de um problema específico da dogmática trabalhista da época. Nesse artigo, Neumann não discute em abstrato o embate teórico entre a democracia e o estado de direito (ou a soberania popular e os direitos humanos), como faz no artigo anterior. Antes, propõe uma instância específica desse problema: a possibilidade de revisão judicial e o papel dos juízes dentro do quadro institucional democrático.

O problema do papel dos juízes na democracia é onipresente na obra do autor. Desde a revolução alemã que instaurou a República de Weimar após a primeira guerra mundial, o autor diagnosticou uma mudança no posicionamento da burguesia e dos próprios juízes sobre os direitos fundamentais e sua adjudicação em cortes. Antes da primeira guerra, ambos eram contra a ideia de revisão judicial, porque ela era entendida como progressista. Nesse cenário, a classe trabalhadora tinha poucas garantias contra a classe dominante no ordenamento jurídico e tentava tanto no âmbito legislativo como nas cortes assegurar seus interesses (NEUMANN, 1929b, p. 325). Depois da guerra, no entanto, a constituição de Weimar passou a garantir uma plêiade de direitos sociais aos trabalhadores e o judiciário, nesse contexto, passou a negar-lhes sistematicamente direitos fundamentais. Com isso, de progressistas, o judiciário e a *opinio iuris* passaram a ser classificados como reacionários e/ou conservadores.

Como o autor defendeu no artigo anterior, “a jurisprudência tem notadamente um meio legal para dar validade a suas tendências reacionárias: os direitos fundamentais” (NEUMANN, 1929a, p. 522). Um dos meios para essa expressão reacionária seria justamente a discrecionariade dos juízes: ela seria “um dos meios formais, com os quais a classe demandante tenta intimidar a posição dos demandados na

jurisprudência” (NEUMANN, 1929b, p. 325)²⁰. Ou seja, pelo exercício da discricionariedade judicial na aplicação dos direitos fundamentais, dentre outras ferramentas, os juízes exerceriam suas tendências reacionárias, em descrédito à democracia social em emergência.

III. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar

Neste texto, que data de 1930 e foi publicado na revista *Die Arbeit* -- periódico do movimento sindical ligado ao partido social-democrata alemão (SPD)²¹ – Neumann delinea uma posição radicalmente oposta àquela que ele atribui aos “jovens socialistas”, dentre os quais seu colega Otto Kirchheimer. Ao contrário deles, o autor propõe que os direitos fundamentais têm grande significado e importância – em alemão, *Bedeutung* –, e não podem ser reduzidos a uma mera “(...) salada de escolhas políticas de valores irreconciliáveis” (NEUMANN, 2017 [1930], p. 139). Sua tese é a de que, por meio de um método de interpretação sociológico-histórica (e não “dogmática”) é possível extrair, em especial das constituições econômica e trabalhista, contidas na Constituição de Weimar, a escolha política por um estado social de direito – incompatível com um estado burguês de direito, que preza pelo liberalismo cru.

Tendo esse contexto de fundo, é possível dar contornos em três movimentos do autor à pergunta colocada.

Em um primeiro movimento, ele estabelece a questão clássica da teoria constitucional de então: a “(...) da compatibilidade dos direitos fundamentais com a estrutura democrática do Reich” (NEUMANN, 2017 [1930], p. 140). Embora coloque a pergunta já nos termos concretos da estrutura constitucional weimariana, o autor responde a ela em termos de um “desenvolvimento histórico” (NEUMANN, 2017 [1930], p. 140) com cariz universalizante, descolado do contexto alemão de Weimar. Nesse sentido, aponta que os direitos fundamentais são originários da ideia de

²⁰ No original, “Eines der formalen Mittel, mit denen die angreifende Klasse die Position der angegriffenen in der Rechtsprechung zu erschüttern versucht, ist das freie Ermessen des Richters”.

²¹ Cf. Tavorlari (2019, p. 49)

liberalismo e não daquela de democracia e ambas seriam, em abstrato, incompatíveis entre si.

Por um lado, tanto a democracia quanto os direitos fundamentais baseiem-se no indivíduo. Por outro, ambas têm em vista finalidades diversas. A primeira se propõe a justificar a coerção estatal; já a segunda, a liberdade individual. Em outras palavras, a democracia intervém nos âmbitos de vida individuais por princípio, ao passo que o liberalismo lhes concede um salvo conduto contra essa mesma intervenção, ao que se deu o nome de “direitos pré-estatais” (NEUMANN, 2017 [1930], p. 141).

Isso, portanto, leva a uma incompatibilidade de saída. Porém, mesmo nesse primeiro sentido ainda parece cabível – nas linhas do texto – pensar que, em vez de incompatibilidade, haveria uma “divisão de trabalho” entre os campos de incidência dos direitos fundamentais e da democracia, ou, ao menos, uma tentativa nesse sentido. E é possível argumentar que foi a isso que o liberalismo aspirou em alguma medida.

Enquanto circunvia seu âmbito de proteção aos direitos de propriedade, liberdades de comércio e negócio, segurança da pessoa e “outros direitos similares”, a democracia teria um espaço programático reduzido – ao que se poderia ainda questionar a própria justeza da atribuição desse termo, daí porque se retornaria, então, à ideia inicial de incompatibilidade. Seria conceder uma colher de chá a uma política que não é democrática, já que não poderia intervir em prol de direitos não gerados a partir de premissas liberais.

Na sequência desse primeiro movimento, o autor, passa à análise do mandamento de igualdade do artigo 109 da Constituição weimariana, pelo qual “todos os alemães são iguais perante a lei”. Bem como ele, outros artigos das constituições econômica e trabalhista são analisados em seguida, mas não serão aqui tematizados. Neste quadro, ele propõe uma instância concreta da pergunta sobre a compatibilidade do estado de direito e da democracia: seria o mandamento da igualdade aplicável também ao legislador – ou apenas à administração e à justiça? Como coloca,

Se a proposição de igualdade se direciona também ao legislador, então ele está limitado de saída pelo direito fundamental de igualdade; então são impostos entraves à democracia não só por meio dos direitos fundamentais individuais e específicos, mas é estabelecida uma limitação geral por meio do mandamento central de direito fundamental do artigo 109. (NEUMANN, 2017 [1930], p. 143).

A possibilidade de aplicação da disposição da igualdade ao legislador nada mais é do que a injeção da ideia de estado de direito (mais especificamente, dos direitos fundamentais) àquela de democracia. Para responder a isso, o autor recorre ao conceito de “mudança de função”, sugerindo que o desenvolvimento histórico do mandamento de igualdade implicou alterações, seja em referência a quem ele se aplica seja em referência a qual seu conteúdo material. “Sob certas circunstâncias”, afirma, “a proposição jurídica pode permanecer inalterada por séculos no que diz respeito à sua redação e mesmo assim o conteúdo e a importância social [*soziale Bedeutung*]²² de um instituto jurídico podem passar por mudanças decisivas”.

O mandamento de igualdade, nesse contexto, teria expandido seu raio de aplicação, passando a incorporar o legislador, antes excluído de sua incidência sob a Constituição prussiana. Seria igualmente inaceitável tratar o conteúdo material da igualdade como mera igualdade de oportunidades ou ‘igualdade formal’. Como indica a própria gênese da Constituição de Weimar, – afinal, ela seria “(...) em sua parte decisiva, uma obra da classe trabalhadora” – seu mandamento implica uma ideia de igualdade material (NEUMANN, 2017 [1930], p. 148).

As frases condicionais que estabelece, então, devem ser afirmadas. Com efeito, a igualdade também se direciona ao legislador e, portanto, ele está “limitado de saída” [*von vornherein beschränkt*] tanto por “direitos fundamentais individuais e específicos” quanto pelo “mandamento central de direito fundamental do artigo 109”. (NEUMANN, 2017 [1930], p. 143).

O uso da gramática da ‘limitação’ pelo autor pode ser capcioso. Limitar pode ter, ao menos, duas acepções diferentes. Primeiro, pode significar restringir ou reduzir algo – do que se depreende que o autor parte da concepção já esboçada no primeiro movimento do texto de que estado de direito e democracia seriam incompatíveis de partida. Para compatibilizá-los, então, deveria haver uma *restrição* da democracia nos termos dos direitos fundamentais.

Porém, uma segunda acepção do verbo é a de *delimitar* ou *demarcar* algo. Já nesse sentido, perde valência a ideia de perda de tamanho ou abrangência. O que importa não é a perda de algum *locus* de atuação pré-existente, a fixação de uma área de

²² No título do artigo, a mesma expressão é traduzida por ‘significado’ e não ‘importância’ social. Em alemão, a palavra *Bedeutung* significa, de fato, ambas as acepções.

não-intervenção. Antes, o relevante é o estabelecimento de limites positivos, i.e., dentro dos quais se pode desenvolver o exercício da democracia.

Essa diferença pode parecer sutil. E, em um certo sentido, de fato, não faz sentido falar em limites sem mencionar tanto o que está dentro (ênfático na ideia de ‘delimitação’) quanto o que está fora deles (ênfático na ideia de ‘restrição’). Por outro lado, uma diferença crucial entre ambos os sentidos é apontada por Jürgen Habermas em *Facticidade e Validade*. Nessa obra, o autor rejeita expressamente a gramática da limitação, elencando para isso a ideia de que os direitos não restringem o exercício democrático: antes, eles o possibilitam.

Segundo ele, haveria uma cooriginariedade entre os direitos humanos e a soberania popular – entendida como uma metonímia, ou melhor, um fundamento da ideia de democracia. Essa cooriginariedade, segundo Repa (2013, p. 103), é o “o núcleo normativo da teoria habermasiana do direito e da democracia” e significa que ambos os termos exercem “condições recíprocas entre si” de exercício.

Nos termos de Habermas,

(...) torna-se compreensível a interligação entre soberania popular e direitos humanos, quer dizer, a cooriginariedade entre autonomia política e privada. (...) Nada é dado anteriormente à práxis de autodeterminação dos cidadãos, a não ser, por um lado, o princípio do discurso, instalado nas próprias condições de socialização comunicativa, e, por outro, o medium do direito. (...). Mas esses direitos são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; e, como condições possibilitadoras, não podem limitar a soberania do legislador, mesmo que não estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem restrições àquilo que constituem. (HABERMAS, 2020 [1992], pp. 177-178).

Pensar o exercício da democracia como *limitada* pelo estado de direito, assim, seria incorreto: ambos se implicam e exercem mutuamente. Seria inaceitável, em termos normativos, adotar o primeiro sentido apontado por Neumann nos termos de uma limitação: não haveria que se falar em uma restrição entre os conceitos em questão. Por outro lado, em se interpretando a ideia de ‘limite’ nos termos de uma demarcação ou delimitação, parece haver alinhamento entre ambos os autores. Demarcar é estabelecer positivamente o que vale, o que pode ser feito: suas condições de sua possibilidade.

Com esse segundo movimento, uma complexidade maior ao debate é colocada. Se, antes, o autor reconhecia a crua incompatibilidade entre direitos fundamentais liberais e a democracia, agora ele adiciona novos elementos a essa equação que não a

deixam mais nesses puros termos. A um, ele reconhece uma mudança de função dos direitos fundamentais, que não poderiam mais ser interpretados como liberdades burguesas pré-estatais, não passíveis de intervenção do estado. A dois, reconhece a ideia de uma limitação, que tanto poderia significar uma restrição do escopo democrático quanto uma demarcação de sua atuação, tendo em vista a incidência dos mandamentos dos direitos fundamentais (em especial, da igualdade).

A ideia de limitação como restrição parece atender aos anseios do estado de direito burguês: aos direitos fundamentais de propriedade, liberdade de comércio e negócios calcados na inviolabilidade. Já a ideia de limitação como demarcação, por outro lado, pode ser combinada à do estado social de direito— conceito-tese que o autor forja neste texto, sugerindo sua emergência nos termos da Constituição de Weimar. Este estado social de direito, por sua vez, promoveu a mudança de função do mandamento de igualdade, bem como daquela de outros direitos fundamentais.

O terceiro movimento que proponho não está nos quadros do argumento proposto pelo autor, mas sim de minha pergunta de pesquisa. Uma resposta à pergunta sobre a compatibilidade entre um estado de direito e a falta de democracia, para o autor, passa pelo reconhecimento de que há vários modelos possíveis de estado de direito – e de democracia, embora esses últimos ele não desenvolva e, daí, a teoria da democracia de Jürgen Habermas ganhe uma preponderância notória nos quadros da teoria crítica.

Em um primeiro arranjo, do estado de direito burguês, a pergunta parece ter uma resposta mais fácil no sentido positivo. É perfeitamente possível um estado de direito burguês sem democracia. Na verdade, é o normal e esperado de um estado de direito burguês a inexistência da democracia, afinal, o âmbito de inviolabilidade que ele propõe ao exercício de liberdades pré-estatais impede o desenvolvimento de um regime democrático genuíno.

Já em um contexto de estado social de direito, a pergunta parece perder lugar e a resposta muda de lado. Se os direitos individuais e específicos e o mandamento geral da igualdade devem delimitar o perímetro de exercício do regime político, é muito difícil pensá-lo que não em um arranjo democrático. Em outras palavras, não parece fazer sentido falar em um estado social de direito sem democracia, dado que a existência da última é precisamente assegurada pelo exercício do primeiro – o que vai de encontro

frontalmente à ideia de que haveria um estado de direito sem a existência da democracia.

É certo que, em ambos os casos, trata-se de genuínos estados de direito, sejam eles liberais ou sociais. Não se trata de sistemas que não garantem nem um mínimo formal de conteúdo aos direitos fundamentais, ao que se pode evocar o sistema do nacional-socialismo, por exemplo.

IV. Conclusão

A agenda de pesquisa de Franz Neumann tem como seu centro a ideia de um estado de direito. Como aponta William Scheuerman, um de seus maiores comentadores, o autor pode ser entendido como um dos representantes do estudo do estado de direito. Nesse artigo inicial, inclusive, não cheguei a problematizar a própria concepção de ‘estado de direito’ de Neumann, o que ele passa a fazer em 1936 com sua obra magistral *The Rule of Law*, originalmente escrita em inglês, derivada de seu estudo de doutorado sob a orientação do teórico político Harold Laski na Inglaterra. Nessa ocasião, o autor aponta linhas de divergência significativas entre a concepção de *rule of law* inglês e do *Rechtsstaat* alemão – uma linha de estudos que encontra ecos até hoje²³.

Pretendi apenas desenhar algumas linhas de resposta à questão sobre a (in)compatibilidade entre um estado de direito e a falta de democracia. Com os textos de 1929 e 1930, é possível apontar os seguintes delineamentos para o autor:

- (i) Em um âmbito teórico e abstrato, estado de direito e democracia seriam incompatíveis de partida, sendo essa uma questão clássica da teoria política de então;
- (ii) No âmbito concreto do exercício constitucional alemão, é possível, contudo, delinear dois desenvolvimentos possíveis:

²³ Cf. ROSENFELD, Michael. **The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy**. *Southern California Law Review*, v. 74, n. 5, July 2001, p. 1307-1352. KRYGIER, Martin. **Rule of Law**. In: Rosenfeld, Michel; Sajó, András (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 1a ed., 2012. pp. 233-250.

- (iii) primeiro, o estado de direito exercido nos termos liberal-burgueses impediria ('limitação como 'restrição') a incidência da coerção estatal ("democracia") em determinados âmbitos de proteção;
- (iv) segundo, o estado de direito exercido nos termos de um estado social de direito oportunizaria ('limitação' como 'demarcação') o exercício democrático, estabelecendo um perímetro inicial para seu exercício que respeite o mandamento de igualdade, bem como outros direitos fundamentais;
- (v) No primeiro caso, há de se falar em um estado de direito burguês sem democracia, que, no entanto, não corresponde à figura de um estado fascista que será desenvolvida depois (para o autor, nos termos de um "não estado" com um "não direito", como formulado em *Behemoth*). Ao contrário do estado fascista, que nem a alcunha de estado merece, o estado de direito burguês seria um estado de direito genuíno, embora rejeitado pelo autor;
- (vi) No segundo caso, não parece possível falar em um estado de direito sem democracia, afinal, ambos se tornam, na gramática que será desenvolvida posteriormente por Habermas, condições recíprocas ou cooriginários (em termos normativos);
- (vii) A revisão judicial teria se transformado em uma arma reacionária contra o estado social de direito, em especial via o meio formal da discricionariedade judicial na aplicação dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

HABERMAS, J. Facticidade e Validade. Contribuições Para Uma Teoria Discursiva Do Direito E Da Democracia. Trad. Por Rúrion Melo e Felipe Silva. 1ª ed. São Paulo: Unesp, 2020.

JAY, M. The dialectical imagination: a history of the Frankfurt School and the Institute of Social Research, 1923-1950. Berkeley: University of California Press, 1996.

Maus, I. Liberties and Popular Sovereignty: On Jurgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights. *Cardozo Law Review*, 17(Issues 4-5), 825-882; 1996.

NEUMANN, F.; TAVOLARI, B. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 22, n. 1, p. 139, 30 jun. 2017.

NEUMANN, Franz. *Gegen ein Gesetz zur Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen*. 1929a.

NEUMANN, Franz. *O império do direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2013 [1936].

NEUMANN, Franz. *Richterliches Ermessen und Methodenstreit um Arbeitsrecht*. *Arbeitsrecht*, 1929b.

NOBRE, Marcos (org.). *A Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

NOBRE, M.; REPA, L. (EDS.). *Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da teoria crítica Habermasiana*. 1. ed ed. Campinas: Papirus Ed, 2012.

PEUKERT, D. J. K.; DEVESON, R. *The Weimar Republic: the crisis of classical modernity*. 6. print ed. New York: Hill and Wang, 1992.

REPA, L. A cooriginariiedade entre direitos humanos e soberania popular: a crítica de Habermas a Kant e Rousseau. *Trans/Form/Ação*, v. 36, n. spe, p. 103–120, 2013.

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

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

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

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

SCHEUERMAN, WILLIAM E. A teoria crítica frankfurtiana recente: Aversa ao direito? *Dissonância: Revista de Teoria Crítica, Dossiê Desobediência Civil*. v. 3, n. 1, p. 384–436, 1o Semestre de 2019.

SCHEUERMAN, William E. (ed.). *The Rule of Law Under Siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Califórnia: University of California Press, 1996.

SCHEUERMAN, William E. *Between the Norm and the exception. The Frankfurt School and the rule of law*. Cambridge: MIT Press, 1994.

SILVA, F. G. Para além da legalidade: Direito e antilegalismo na teoria crítica recente. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, v. 25, n. 3, p. 113–136, 23 dez. 2020.

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