

TRADUÇÃO

O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar*

Franz Neumann**

Nos onze anos de existência da Constituição de Weimar, a avaliação dos direitos fundamentais esteve sujeita a oscilações extraordinárias. Em apresentações populares de direito constitucional, eles foram exaltados efusivamente, seu significado foi elevado à desmedida. Por outro lado, de início a jurisprudência negou quase completamente o significado jurídico dos direitos fundamentais, praticamente menosprezou-os por completo, viu neles unicamente frases não vinculantes de proposições programáticas [*Programmsätze*] do legislador constitucional ainda a ser realizadas. Mas na medida em que a burguesia se fortalecia, em que a burguesia combatia as conquistas sociais da época pós-revolucionária, aconteceu uma reversão completa na avaliação dos direitos fundamentais também na teoria burguesa do Estado. Pode-se dizer que, hoje, não são apenas as ações legislativas do parlamento, mas também e acima de tudo ações puramente políticas dos gabinetes (por exemplo, a manifestação do gabinete prussiano sobre a participação dos funcionários na petição de referendo popular) que são juridicamente controladas por meio da utilização dos direitos fundamentais. Esse controle do parlamento e do governo é possibilitado pela ampla expansão do direito de revisão judicial, cuja extensão e importância eu tratei na revista acadêmica do partido (Neumann, 1929, p.517 e seguintes).¹

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

Se fosse mesmo assim, então não seria apenas a Constituição, mas também a

* Neumann, F. (1930). Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung. *Die Arbeit - Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde*. Caderno 9, Berlim, pp.569-582. [N.T.] Tradução de Bianca Tavorari.

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

¹ Também sobre isso, ver o texto de Nörpel (1929, pp.368,513).

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

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

I. Direitos fundamentais e democracia

A primeira questão que surge é sempre a da *compatibilidade dos direitos fundamentais com a estrutura democrática do Reich*, que está prevista na primeira parte da Constituição de Weimar.

De acordo com seu desenvolvimento histórico, os direitos fundamentais provêm da ideia de liberalismo e não da de democracia, tal como indicado na contribuição, infelizmente muito curta, de Hans Planitz, intitulada “Sobre a história das ideias dos direitos fundamentais” (Planitz, 1930, p.597 e seguintes) - até hoje me lembro com alegria de suas aulas sobre história constitucional em Frankfurt. A democracia é, de fato, personalista de acordo com sua origem, baseia-se, de fato, na pessoa

individual, mas ela não quer justificar a liberdade da pessoa individual, mas sobretudo a coerção estatal. Classicamente, isso ganha expressão na famosa proposição de Rousseau de que a pessoa que entra na sociedade renuncia a todos os seus direitos, não mantém quaisquer direitos de liberdade, e Rousseau decididamente caracteriza como tarefa de seu livro justificar não a liberdade individual, mas a coerção estatal. Em várias passagens, ele caracteriza os direitos fundamentais e de liberdade como incompatíveis com a concepção de democracia (Neumann, 1929, p.522; Jellinek, 1919; Rousseau (s/d), p.243 I 6, p.245 I 7, p.336 IV 8). Também Marx apontou para a incompatibilidade dos direitos liberais de liberdade com a concepção socialista de Estado tanto na *Sagrada família* quanto nas *Notas à margem do programa do partido operário alemão* - e não exatamente com palavras gentis (Korsch, 1922).

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

Fossem os direitos fundamentais da Constituição de Weimar também direitos pré-estatais como esses, fossem eles, portanto, por si só invioláveis, então a Constituição de Weimar seria de fato uma constituição liberal em sua essência, que então naturalmente teria que assegurar os interesses da burguesia proprietária, a segurança da *bourgeoisie*, sua propriedade, sua liberdade de contrato, sua liberdade de negócio.

Mas, na verdade, os direitos fundamentais como um todo não são mais construídos a partir de direitos de liberdade pré-estatais. Em nenhuma determinação de direito fundamental da segunda parte é possível encontrar a proposição de que esse ou aquele direito seria inviolável ou sagrado. Mesmo a *propriedade* não é - tal como ainda era na antiga Constituição prussiana - garantida como direito fundamental inalienável, mas ela é “assegurada pela Constituição”. Da mesma forma, todos os outros direitos fundamentais são apenas garantidos pela Constituição, são apenas garantidos pela segunda parte. Como consequência, é incorreta a teoria extraordinariamente engenhosa de Carl Schmitt (1928, p.104 e seguintes) de que determinadas decisões políticas de conjunto [*Gesamtentscheidungen*] - decisões que teriam sido tomadas pelo povo alemão em sua Constituição, mas especialmente aquelas decisões políticas de conjunto que estariam ancoradas nas mais importantes determinações de direito fundamental - tampouco poderiam ser modificadas por

uma alteração constitucional porque senão a Constituição iria revogar [*aufheben*] a si mesma. É com razão que Thoma recusa essa concepção de Carl Schmitt em sua excelente contribuição introdutória sobre “A importância jurídica geral das proposições de direitos fundamentais da Constituição alemã do *Reich*” (Thoma, 1930, p.40). Se a concepção de Carl Schmitt estivesse certa, então uma evolução para além da Constituição de Weimar - seja em direção ao socialismo, seja de volta a um Estado de Direito puramente burguês - não seria possível nas bases do Estado de Direito. A teoria de Carl Schmitt compele à revolução se se deseja um desenvolvimento da Constituição.

II. A igualdade perante a lei

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

Por isso, a seguir será feita apenas a tentativa de apurar a decisão política uniforme da segunda parte da Constituição de Weimar no âmbito da *constituição econômica e da constituição trabalhista*. Será colocada e respondida a questão de *se a Constituição de Weimar se decidiu pelos princípios [Prinzipien] do Estado de Direito burguês - por liberdade e propriedade - ou contra esses princípios [Grundsätze] do Estado de Direito burguês e, se ela os negar, em que medida essa decisão é positiva*.

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

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

A *antiga opinião* vê no mandamento de igualdade [*Gleichheitsgebot*] do artigo 109 apenas e antes de tudo *uma ordem destinada às autoridades executivas [Vollziehungsbehörde]* (Justiça e administração) para tratar todos os cidadãos do Estado de maneira igual perante a lei.² Ela rejeita entrever, no artigo 109, também uma ordem destinada ao legislador, uma ordem que o proibisse de decidir

² Hoje sobretudo Anschütz (1929). *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin.

arbitrariamente, de se conduzir por motivações não pertinentes e a tratar o igual como desigual. A teoria anteriormente dominante invoca, como argumento para defender sua opinião, sobretudo a antiga Constituição prussiana, a qual também continha o direito fundamental da igualdade perante a lei e, a esse respeito, a teoria dominante não duvidava de que o mandamento de igualdade era direcionado apenas às autoridades executivas.

A teoria hoje dominante, que endereça o mandamento de igualdade também ao legislador, justifica seu ponto de vista recorrendo, em especial, à praxis do Estado suíço e americano, além de se valer de ponderações políticas e sociológicas.³

A importância política da questão em disputa é excepcionalmente grande. Se a proposição de igualdade se direciona também ao legislador, então ele está limitado de saída pelo direito fundamental de igualdade; então são impostos entraves à democracia não só por meio dos direitos fundamentais individuais e específicos, mas é estabelecida uma limitação geral por meio do mandamento central de direito fundamental do artigo 109.

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

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

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

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

Discutível é apenas se a *proposição de igualdade* também exige *uma igualdade*

³ Sobre tudo Leibholz, 1925; Eldag, 1925; Poetzsch-Heffter (s/d); Heller, 1929 e muitos outros.

econômica e social positiva ou se ao menos demanda que se comece com a realização da igualdade econômica e social.

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

A igualdade não é, definitivamente e sob hipótese alguma, uma igualdade matemática. Ela não pode ser porque a ordem jurídica precisa, necessariamente, avaliar (Heller, 1929, p.12). Isso foi muito belamente ilustrado pelo antigo ministro francês das relações exteriores, Viviani, em uma das sessões da Liga das Nações, em que se discutia sobre igualdade de gênero. Quando um dos animados participantes em favor da igualdade de gênero negava toda diferenciação jurídica entre homem e mulher em geral, Viviani respondeu que havia, sim, uma pequena diferença e acrescentou: “*Vive cette petite différence!*” A igualdade, portanto, sempre pressupõe diferenças.

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

A democracia pode ser novamente uma democracia liberal, quero dizer: uma democracia cujo âmbito objetivo de operação [*sachliches Arbeitsgebiet*] está apenas na manutenção da segurança burguesa, na proteção da liberdade e da propriedade da burguesia proprietária. Democracia também pode ser uma democracia social, cujo âmbito objetivo de operação esteja na promoção da ascensão do operariado e que proteja a liberdade e a propriedade apenas na medida em que elas não se contraponham à ascensão do operariado.

O conceito negativo de igualdade corresponde à democracia burguesa, ao ideal burguês de Estado de Direito: cada um tem chances iguais no comércio e na troca! Um conceito positivo de igualdade é absolutamente inimaginável no Estado de Direito burguês. Se a igualdade perante a lei fosse materialmente determinada, então faria parte das tarefas do Estado democrático realizar positivamente outros objetivos para além da defesa contra perturbações da liberdade e da propriedade da burguesia proprietária. Assim, surgiria um conflito insolúvel com esses direitos liberais de liberdade, que são santificados como direitos pré-estatais. Isso porque então seria necessário, para que todos - também o quarto estamento - pudessem tomar parte dos bens vitais, intervir, sob certas circunstâncias, na liberdade, na propriedade e na segurança da burguesia. A teoria e a *praxis* estatal americanas, que aceitaram quase

que por completo o conceito puramente formal de igualdade, justificam o conceito quando dizem, por exemplo, que a Declaração de Independência afirma apenas que as pessoas são *criadas* de maneira igual, mas que ela ignoraria a desigualdade que aparece facticamente depois do nascimento das pessoas (Stimson, 1923, p.43).

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

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

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

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

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

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

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

servirem na mesma medida aos interesses do capitalismo. Então se tratam daquelas determinações de proteção ao trabalhador que, como Eduard Heimann as chamou, têm por conteúdo uma “garantia sócio-política do curso da economia” (Heimann, 1929, p.135). Sempre e repetidamente a proposição de igualdade serve, portanto, à proteção do Estado de Direito burguês nas novas teorias do Estado americanas e alemãs. Sempre e repetidamente o critério para responder à pergunta sobre se o legislador poderia tratar desigualmente é basicamente a liberdade do indivíduo - a ideia de liberalismo, portanto.

Esse esvaziamento da ideia de igualdade e, com isso, do conceito de Estado de Direito, se tornou dominante pela primeira vez com a ascensão da burguesia proprietária.⁴ No meio do século 19, Robert von Mohl ainda podia, em sua enciclopédia, rejeitar incisivamente esse conceito formal de Estado de Direito e esse conceito formal de igualdade, que entrevia na manutenção da ordem jurídica seu único objetivo. Na época, ele caracterizava o Estado de Direito da seguinte maneira: “Sua essência consiste no fato de que ele protege e promove o desenvolvimento de todas as forças naturais reconhecidas pelo povo como finalidade da vida do indivíduo e da coletividade. Para esse fim, por um lado ele permite que todas as ações de seus participantes e do poder organizado no governo se deem apenas no quadro de uma ordem jurídica abrangente, e cuida para que o direito não seja violado na totalidade da vida no interior de suas fronteiras, bem como nas relações dos indivíduos entre si, como também nas relações do todo com suas partes; por outro lado, ele promove as diferentes forças e desenvolvimentos e os interesses de seus participantes que daí resultam, na medida em que as próprias forças não forem suficientes para esses interesses e em que o objeto justifique a aplicação da força total. *Assim, estabelecer e manter uma ordem jurídica não é sua finalidade única, nem mesmo sua finalidade mais importante, mas antes o caráter dominador, o lado negativo e inviolável de toda sua conduta*” (von Mohl, 1859, p.106).

Para ele, derivam do princípio de igualdade perante a lei a exigência de consideração das finalidades de vida de todos, de apoio nos casos adequados para tanto, de demanda de todos os capacitados por participação nos negócios públicos e, por fim, de liberdade pessoal - todos esses seriam direitos universais do cidadão estatal (von Mohl, 1859, p.328 e seguintes). Nessas curtas frases está dado, com clareza sem precedentes, o fundamento para a estrutura da ideia material de Estado de Direito.

A luta entre os dois conceitos de igualdade e entre as duas ideias de Estado de Direito é uma luta antiquíssima, cujo caráter foi dado sobretudo pela Revolução Francesa. A luta sangrenta entre os girondinos e o partido da Montanha de Robespierre não é nada além do que o confronto entre a ideia de Estado de Direito da burguesia

⁴ Sobre isso, ver especialmente Heller, 1930.

proprietária e seu ideal negativo de igualdade e a ideia de Estado social de Direito de Robespierre e sua ideia de igualdade material (von Stein, 1921, I, p.279 e seguintes; Bourgin, 1922, p.93 e seguintes). Certamente em uma contradição praticamente insolúvel no que diz respeito à ancoragem dos direitos liberais de liberdade, o partido da Montanha ancorou na Constituição de 1793 sua exigência de limitação à propriedade, segundo o direito de todos os cidadãos ao trabalho e à assistência, segundo o direito universal e igual ao voto. Com a queda de Robespierre, também a Constituição de 1793 se despedaçou. A ideia de igualdade formal venceu. O direito universal ao voto cedeu lugar ao voto censitário, as limitações à propriedade caíram, o direito do cidadão ao trabalho e à assistência deu lugar aos direitos liberais de liberdade que, na nova Constituição, voltaram a estar em primeiro lugar.

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

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

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

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

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

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

O artigo 153, parágrafo 1, garante a propriedade, mas aqui o conteúdo e os

limites derivam das leis. Ele autoriza uma desapropriação, em bases legais, pelo bem da coletividade, e com uma compensação adequada como contrapartida, que pode, no entanto, ser suprimida se uma lei do *Reich* assim determinar.

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

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

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

Mas a Constituição não contém apenas a determinação programática geral de que a ordem da vida econômica deve ter como objetivo a satisfação de todas as necessidades legais. Ela contratualiza essas determinações nos artigos 155 (reforma fundiária), 156 (possibilidade de socialização), 159 (direito de associação), 165 (reconhecimento dos princípios da democracia econômica), 161 (reconhecimento do direito à seguridade social). Essas determinações de direitos fundamentais citadas aqui contêm as bases para a estrutura de um Estado Social de Direito, cujo objetivo é a realização da liberdade social. Liberdade social significa que o operariado quer determinar por si mesmo seu destino de trabalho, que a determinação heterônoma do trabalho por meio do poder de comando do proprietário sobre os meios de produção precisa dar lugar à autodeterminação.⁵

Se observarmos esses direitos sociais de liberdade segundo sua redação, então resulta que, por exemplo, no artigo 159, que trata do *direito de associação*, esse direito social de liberdade é protegido numa medida proporcionalmente

⁵ Fundamentalmente: Heimann, 1929.

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

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

O artigo 165, que estabelece, no parágrafo 1, a base do direito coletivo de associação, tem, como resulta das excelentes explicações de Tatarin-Tarnheyden (1930, p.519 e seguintes),⁶ uma importância central para a estrutura da constituição trabalhista e econômica. Ele assegura sobretudo a existência de associações contra intervenções estatais, ele reconhece a associação, em sua existência e em seu caráter jurídico, como organização de autoajuda autônoma e de direito privado. Com isso não é concedido apenas ao indivíduo um direito fundamental à existência, mas também às associações, ou, se quisermos, também podemos caracterizar esse direito fundamental como garantia institucional, tal como o faz Carl Schmitt. Além disso, o artigo 165 obriga o legislador a dar igualdade de participação às associações dos empregados na estrutura da constituição econômica - a saber, no desenvolvimento de todas as forças produtivas.

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

O Estado de Direito liberal via na garantia da liberdade e da propriedade por meio do aparato coercitivo estatal a única tarefa do Estado. Ele se baseava na ideia de não intervenção do Estado em favor de qualquer classe social - certamente sem reconhecer que, como Carl Schmitt apresenta de maneira muito elegante, não existe uma diferença fundamental entre intervenção e não intervenção, porque, como

⁶ Também como edição aumentada: *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie*, Berlim, 1930.

notou Talleyrand, intervenção e não intervenção significam mais ou menos o mesmo. A não-intervenção do Estado numa sociedade capitalista significa, na verdade, a intervenção em favor da classe dominante, ela significa que o economicamente forte pode ditar as condições de existência do economicamente fraco.

O Estado de Direito liberal não pode conhecer uma constituição econômica. Ele não pode nem mesmo conhecer um direito econômico porque a ideia de constituição econômica e de direito econômico se esgota na proposição do §903 do Código Civil: o proprietário de uma coisa pode tratar da coisa de acordo com sua vontade e pode excluir os outros de terem influência sobre ela. Até hoje, a ciência do direito alemã não conhece qualquer conceito do direito econômico. Até hoje, não existe qualquer sistema de direito econômico.⁷ A razão está no fato de que a ciência do direito continua a se prender à ficção de que a economia só domina leis da natureza e não leis jurídicas. Ela ignora o fato de que a ordem jurídica intervém no curso da economia de forma considerável. Ela ignora sobretudo a segunda parte principal da Constituição, que contém os traços fundamentais para a intervenção estatal e social no assim chamado curso natural da economia. Ela parte do conhecimento de que o conceito de propriedade do direito burguês é um conceito central e indivisível, que poderia ser facilmente comparado com o conceito de soberania. Nisso ela não vê que esse conceito romanístico de propriedade, que não conhece divisão, na verdade não existe e nunca existiu. Ela deixa de ver que o conceito de propriedade apresenta um feixe de funções. Como Karl Renner e Sinzheimer mostraram, é possível reconhecer três funções no conceito de propriedade. A propriedade concede primeiro a *posse da coisa*, dos meios de produção - a posse [*Innehaben*] de fato, portanto. Além disso, a propriedade dá ao proprietário o *direito de administração*. Além disso, a propriedade concede ao proprietário o *direito de uso*. Por sua vez, a função de administrador do proprietário se divide em duas partes: na *administração das coisas* e na *administração sobre as pessoas*, sobre as pessoas trabalhadoras que foram separadas dos meios de produção e sobre as quais o proprietário detém tanto uma força de atração como também o poder de comando.

O *objeto da constituição trabalhista* é a regulação - ou antes a restrição - do poder de comando do proprietário sobre as pessoas trabalhadoras. Os traços fundamentais dessa constituição trabalhista estão previstos na segunda parte da Constituição. A pessoa trabalhadora é antes de tudo protegida do abuso do poder de comando. Isso é feito pela proteção estatal ao trabalhador, prevista no artigo 157. A excelente explicação de Radbruch (1930, p.349) reconhece a importância fundamental desse artigo 157. Além disso, o poder de comando do proprietário nas empresas é restringido pelos conselhos de empresa que estão ancorados no artigo

⁷ Em breve vou me expressar mais detalhadamente sobre a estrutura do direito econômico nessa revista.

165, parágrafo 2. Por fim, o mais importante é que o poder dos proprietários e de suas organizações sobre o mercado de trabalho é limitado pela posição dos sindicatos, cuja existência é protegida pelo direito constitucional no artigo 165, parágrafo 1. Assim, a constituição trabalhista mostra que ela não é estruturada apenas a partir da ideia formal de igualdade, mas que, como mostram as determinações para a proteção trabalhista - em especial a do artigo 165 -, o legislador colocou o peso na proteção da pessoa trabalhadora e na possibilidade de sua ascensão. No âmbito do direito do trabalho, a ideia de igualdade é, portanto, sempre determinada positivamente pelo legislador.

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

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

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

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

IV.

Esses princípios de direito constitucional, sobretudo na medida em que dizem respeito ao direito da constituição econômica, foram torcidos, na teoria do Estado e

no sistema judicial - especialmente no tribunal do *Reich* - para virarem exatamente o contrário, sobretudo a proteção à propriedade do artigo 153 ganhou um sentido inimaginável. Dissertar aqui sobre a expansão da proteção à propriedade nos levaria muito longe, mas isso já foi apontado sobretudo no trabalho bastante convincente de Kirchheimer (1930a), que curiosamente reconhece a importância dos direitos fundamentais neste trabalho.

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

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

Referências

- Anschütz, G. (1929). *Die Verfassung des Deutschen Reichs [Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis]*. Berlim.
- Bourgin, G. (1922). *Die französische Revolution*. Stuttgart: Perthes.
- Commons, J. R. & Andrews, J. B. (1927). *Principles of labor legislation*. Nova York: Harper.
- Eldag (1925). *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Berlim.
- Friedländer, H. (1930). "Artikel 156 - Sozialisierung". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume III. Reimar Hobbing.
- Heimann, E. (1929). *Soziale Theorie des Kapitalismus*. Tübingen: Mohr.
- Heller, H. (1929). *Die Gleichheit in der Verhältniswahl [Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung: ein Rechtsgutachten]*. Berlim: De Gruyter.
- _____. (1930). *Rechtsstaat oder Diktatur?* Tübingen: Mohr.

- Jellinek, G. (1919). *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*. München.
- Kirchheimer, O. (1930). Weimar - und was dann? *Jungsozialistische Schriftenreihe*, Berlin.
- _____. (1930a). *Die Grenzen der Enteignung*. Berlin: De Gruyter.
- Korsch, K. (1922). *Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei*. Berlin.
- Leubuscher, C. (1921). *Sozialismus und Sozialisierung in England*. Jena: Fischer.
- Leibholz, G. (1925). *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. Berlin: O. Liebmann.
- Neumann, F. (1929). Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen. *Die Gesellschaft*, Band 1, Heft 6.
- Nipperdey, H. C. (org.). (1930). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. 3 volumes. Reimar Hobbing.
- _____. (1930). "Artikel 159, Koalitionsrecht". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume III. Reimar Hobbing.
- Nörpel, C. (1929). Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. *Die Arbeit*, 6.
- Planitz, H. (1930). "Zur Ideengeschichte der Grundrechte". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume III. Reimar Hobbing.
- Poetzsch-Heffter, F. (s/d). *Kommentar zur RV. zu Art. 109*.
- Radbruch, G. (1930). "Artikel 157, Abs.1 'Arbeitskraft'". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume III. Reimar Hobbing.
- Renner, K. (1929). *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*. Tübingen: Mohr.
- Rousseau, J. J. (s/d). *Contrat Social*. Paris: Librairie Garnier.
- Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*. München e Leipzig: Duncker & Humblot.
- Stier-Somlo, F. (1930). "Art. 109, Die Gleichheit vor dem Gesetz". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume I. Reimar Hobbing.
- Stimson, F. J. (1923). *The American Constitution as it protects private rights*. Nova York: Charles Scribner's Sons.
- Stoll, H. (1930). "Vertragsfreiheit". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume III. Reimar Hobbing.
- Tatarin-Tarnheyden, E. (1930). "Art. 165, Recht der Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume III. Reimar Hobbing.
- _____. (1930). *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie: ein Kommentar*

zu Artikel 165 der Reichsverfassung. Berlin: Hobbing.

Thoma, R. (1930). "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen". In: Nipperdey, H. C. (org.). *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung*. Volume I. Reimar Hobbing.

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

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

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

Tradução de Bianca Tavorari
(Universidade de São Paulo/CEBRAP, São Paulo, Brasil)

Recebido em: 07.04.2017

Aceito em: 08.06.2017