

UMA CRÍTICA RADICAL À NOÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO. KARL LARENZ E A DOCTRINA JURÍDICA NACIONAL-SOCIALISTA

*A RADICAL CRITIQUE OF THE CONCEPT OF SUBJECTIVE RIGHTS. KARL
LARENZ AND THE NATIONAL SOCIALIST LEGAL THEORIES*

MASSIMO LA TORRE

Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Hull (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte). Professor de Filosofia do Direito na Universidade "Magna Græcia" de Catanzaro (Itália). Professor visitante de Direito Europeu na Universidade de Tallinn (Estônia). Doutor em Direito – Instituto Universitário Europeu de Florença (Itália).
mla_torre@hotmail.com

Traduzido por

PATRICIA CÂNDIDO ALVES FERREIRA

Doutora e Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo.
patricia.calfer@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

RESUMO: O artigo tem por objeto a análise das ideias de subjetividade jurídica e direito subjetivo elaboradas por Karl Larenz a partir dos anos 1930, quando tornou-se professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Kiel e teórico ativo e influente na formação da teoria e ideologia jurídica do nacional-socialismo, bem como na construção do novo ordenamento jurídico preconizado pelo nacional-socialismo. Para isto, serão analisadas a teoria do "abuso do direito", desenvolvida por Wolfgang Siebert e referida expressamente na obra de Larenz, analisando-se também o conceito de posição jurídica (*Rechtsstellung*) e, em sequência, será realizada uma comparação entre a teoria de Larenz sobre as posições jurídicas subjetivas e a concepção de

ABSTRACT: The paper aims to analyze the ideas of subjectivism in Law and subjective rights that were coined by Karl Larenz in the 1930s, when he was admitted as an adjunct professor at Kiel University Faculty of Law, and later became an influent thinker who actively contributed to the formation of legal theories and the ideology of national socialism, as well as to the drafting of national socialist legislation. For this purpose, the paper shall analyze the "abuse of law" doctrine that was created by Wolfgang Siebert and later mentioned by Larenz, as well as the doctrine of *Rechtsstellung* ("legal status") and Hering's view on subjective right as an interest that is protected by legislation. Finally, the paper concludes that in the legal system developed by

lhering sobre o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Por fim, conclui-se que no sistema jurídico idealizado por Karl Larenz, a luta não é engajada "a favor", mas sim "contra" o direito subjetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito subjetivo – Karl Larenz – Nacional-socialismo – Teoria do Direito – História do Direito.

Larenz, the struggle is not in favor of subjective rights, but rather against such concept.

KEYWORDS: Subjective rights – Karl Larenz – National socialism – Legal theory – Legal history.

SUMÁRIO: 1. Premissa. 2. Abuso do direito e direito subjetivo como função social. A teoria de Wolfgang Siebert. 3. Subjetividade jurídica e "posição jurídica" do particular. A doutrina de Karl Larenz. 4. *Reichsbürgerschaft* e *Staatsbürgerschaft*. A capacidade jurídica "por graus". 5. A "posição jurídica" do indivíduo como posição de membro da comunidade. 6. A "posição jurídica" do particular como posição jurídica em relação aos outros membros. 7. A espécie "para" e a espécie "contra" o direito subjetivo. Concessão conflitualística e teoria integracionista do direito em sentido subjetivo.

1. PREMISSA

Neste estudo, pretendo apresentar as ideias em torno da subjetividade jurídica e do direito subjetivo elaboradas por Karl Larenz a partir do início da década de trinta do século XX. Larenz estudou na Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, onde se doutorou e se habilitou para a docência universitária. Em Göttingen, Larenz teve como mestre Julius Binder, cujo "idealismo absoluto"¹ exerceu forte influência sobre seu pensamento. Depois, Larenz, na metade dos anos 1930, foi chamado para ser professor adjunto na Faculdade de Direito da Universidade de Kiel, onde se reuniam os juristas envolvidos na denominada "renovação jurídica alemã" empreendida pelo regime nacional-socialista². Ele foi um dos teóricos mais ativos e

1. Sobre o "idealismo absoluto" de Binder, cf. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. ed. ampl. Berlin-Heidelberg-Nova Iorque: Springer, 1979. p. 110 ss.; BOBBIO, N. *La filosofia del diritto di Julius Binder*. In: *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*. Milão: Giuffrè, 1943. p. 87 e ss.; e PALAZZOLO, V. *La filosofia del diritto di Julius Binder*. Milão: Giuffrè, 1947. Relevantes, ainda, as contribuições de KIESEWETTER, H. *Von Hegel zu Hitler. Eine analyse der Hegelschen Machtstaatsideologie und der politischen Wirkungsgeschichte des Rechtshegelianismus*, Hamburgo: Hoffmann und Campe, 1974. p. 267 e ss.; e de TOPITSCH, E. *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie*. II. ed. Série Piper, Munique, 1981. p. 86 e ss.
2. Cf. THOSS, P. *Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht*. Frankfurt-Main: Europäische Verlagsanstalt, 1968, *passim*.

influentes da “Escola de Kiel”, a qual contava com estudiosos de direito público e doutrina do Estado, como Ernst Rudolf Huber, estudiosos de direito penal, como Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, e estudiosos de direito privado, como Wolfgang Siebert e Karl Michaelis³. Na verdade, pode-se afirmar que Larenz foi o filósofo do direito da referida escola⁴.

As ideias de Larenz são, pois, duplamente relevantes. São relevantes para a compreensão da teoria e da ideologia jurídica do nacional-socialismo, sob o plano da história do pensamento jurídico. As ideias de Larenz são ainda relevantes sob outro perfil: tiveram um impacto imediato na construção do novo ordenamento jurídico preconizado pelo nacional-socialismo. A referência a elas pode ser útil, portanto, para quem deseja estudar o efetivo funcionamento da máquina jurídica desse regime.

Meu debate ocorrerá do modo a seguir. Primeiramente, examinarei a doutrina denominada “abuso do direito” desenvolvida na Alemanha por Wolfgang Siebert, jurista a cuja obra Larenz se refere expressamente⁵, com elaboração teórica que constitui uma espécie de *trâit d’union* entre algumas instâncias anti-individualistas presentes na dogmática jurídica a partir do fim do século passado⁶ e o radical anti-individualismo dos juristas nazistas. No terceiro parágrafo, exporei a teoria da subjetividade jurídica de Karl Larenz, sobrelevando a diferença desta em relação à doutrina tradicional de origem iluminista. No quarto parágrafo, apresentarei a doutrina nazista da capacidade jurídica e, em particular, algumas teses de Karl Michaelis, outro autor ao qual

-
3. Para um panorama do conjunto das posições desses juristas, cf. DAHM, G.; HUBER, E. R.; LARENZ, K.; MICHAELIS, K.; SCHAFFSTEIN, F.; SIEBERT, W. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlim: Junker & Dünnhaupt, 1935.
 4. Isso é explicitamente afirmado, por exemplo, por Erik Wolf em uma resenha do *Methodenstreit* na doutrina penalística nazista e, em particular, pela polêmica entre a chamada escola de Marburgo (representada principalmente por Schwinge e Zimmerl) e a escola de Kiel (cujos representantes no direito penal eram Dahm e Schaffstein). Ver: WOLF, E. *Der Methodenstreit in der Strafrechtslehre und seine Überwindung. Bemerkungen zu der Schrift von Erich Schwinge “Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft”*. In: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 4, 1939. p. 174. Sobre essas duas escolas, cf. BARATTA, A. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall’inizio del secolo al 1933. Milão: Giuffrè, 1966. p. 70 ss.
 5. Cf. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*. In: DAHM, G. et al. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 230.
 6. Uma teoria do direito notoriamente anti-individualista é aquela elaborada por Léon Duguit, que adota como alvo principal de sua crítica exatamente a noção de direito subjetivo. Cf. DUGUIT, L. *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*. Paris: Felix Alcan, 1912.

Larenz se refere frequentemente em sua obra do período nazista⁷. Nesse parágrafo, concentrar-me-ei ainda nas implicações relacionadas à política de direito da teoria nazista da capacidade jurídica. Passarei, em seguida, no quinto parágrafo, a tratar da concepção da chamada *Rechtsstellung*, ou “posição jurídica”, elaborada por Larenz. No sexto parágrafo, centrarei minha atenção sobre um tipo particular de “posição jurídica” teorizado por Larenz que corresponde, *grosso modo*, ao direito subjetivo relativo da doutrina jurídica tradicional.

Arrematará este estudo uma comparação entre a teoria de Larenz sobre as posições jurídicas subjetivas e a concepção de Ihering sobre o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido.

2. ABUSO DO DIREITO E DIREITO SUBJETIVO COMO FUNÇÃO SOCIAL. A TEORIA DE WOLFGANG SIEBERT

Um dos juristas mais citados por Larenz em seus escritos nacionais-socialistas, quando trata dos temas da subjetividade jurídica e do direito subjetivo, é Wolfgang Siebert. Este foi – como Larenz – docente na Universidade de Kiel, além de fervoroso defensor da *Deutsche Rechtserneuerung*. Os estudos de Siebert interessam a Larenz, uma vez que correspondem a teses para superar a doutrina tradicional do direito subjetivo segundo uma perspectiva rigorosamente nazista, mas com atenta e inteligente consideração da doutrina (até mesmo internacional) e da jurisprudência. Siebert oferece, assim, materiais e ideias úteis a Larenz na crítica radical do conceito liberal-iluminista de direito e na elaboração da sua teoria da *Rechtsstellung*.

Siebert começa pelas teorias francesas do chamado “abuso dos direitos” (*abus des droits*)⁸. Estas, uma vez aceita a definição do direito subjetivo como poder concedido ao sujeito para a realização de um interesse ou de um escopo, reformularam a ideia sobre este último na direção de um interesse ou escopo “sério e legítimo”, às vezes vinculado a alguma função social⁹. O exercício do direito, por conseguinte, veio, pela via de teóricos franceses, conectado estritamente à persecução do escopo “legítimo”. Qualquer outro exercício do direito, isto é, um exercício que não se propusesse

7. Cf. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 227. Sobre a relação de amizade entre Michaelis e Larenz, cf: LARENZ, K.. Vorwort. In: *Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970*. PAWLOWSKI, H. M.; WIEACKER, F. (Ed.). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1972.

8. Siebert refere-se em particular à obra de JOSSERANDL. *De l'esprit des droits et leur relativité*. Théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 1927.

9. Nesse ponto, tais teorias retomavam um motivo caro a Duguit, cf. DUGUIT, L. op. cit., p. 20 e ss.

a um escopo “sério e legítimo”, era considerado como um abuso por *défaut d'intérêt*, sobretudo por falta de um *motif légitime*¹⁰. Essa concepção é desenvolvida por Siebert por meio de duas operações teóricas: a) o escopo “sério e legítimo” da teoria francesa é transformado em um escopo tipificado, ligado sempre a uma determinada função social; b) o conteúdo do direito subjetivo, que coincide com a função social atribuída no caso concreto, é completamente “relativizado” e submetido à avaliação (à decisão) do juiz.

Siebert critica, em primeiro lugar, a concepção tradicional do direito subjetivo como poder absoluto da vontade. Segundo essa doutrina, a relação jurídica constitui-se entre dois sujeitos, um dos quais tem apenas direitos e o outro tem apenas deveres¹¹. Direito subjetivo e dever são, conforme esse tradicional ponto de vista, separados e contrapostos. Para tal modo de conceber o direito subjetivo e a relação entre o sujeito do direito e o sujeito do dever, qualquer limitação imposta ao exercício do direito subjetivo somente pode surgir como exceção à situação normal de ausência de limitação ao poder do sujeito. Logo, segundo a doutrina que parte da afirmação do poder de vontade do sujeito como conteúdo do direito subjetivo, as eventuais limitações impostas por lei ao exercício do direito pelo indivíduo são consideradas extrínsecas ao próprio direito. É o que Siebert define como *Außentheorie*, a qual sustenta precisamente que os limites ao exercício do direito são postos *a partir de fora* da esfera de liberdade do sujeito, não sendo de todo inerentes a esta¹².

Siebert pontua que, a partir do fim do século XIX, houve uma reação, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, contra a teoria da propriedade (considerada o direito subjetivo por excelência) como domínio absoluto, como incontestado e incontestável poder do particular. A respeito, Siebert junta-se às teorias francesas do *abus des droits* e à crítica demolidora da noção de direito subjetivo de Duguit¹³. Essa nova atitude contra o direito de propriedade – recorda ainda Siebert – foi sancionada pelo art. 153 da Constituição de Weimar, que no seu último parágrafo afirma: “A propriedade obriga.

10. Cf. JOSSERAND, L. op. cit., p. 362 e ss. (sobre o “*défaut d'intérêt légitime*”) e p. 375 e ss. (sobre o “*motif légitime*”).

11. Cf. FALZEA A. *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*. Milão: Giuffrè, 1947. p. 50 e ss.

12. Cf. SIEBERT, W. Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs. Über die konkrete Gestaltung der Rechte. In: DAHM, G. et al. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 195. Sobre a teoria da “*äußere Rechtsbeschränkung*”, cf. SIEBERT, W. *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur *exceptio doli* (§§ 226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG). Marburg in Essen: N. G. Elwert, 1934. p. 85 ss.

13. Cf. DUGUIT, L., op. cit., p. 9 ss.

O seu uso, não somente como bem privado, deve ser voltado ao bem comum”. Assim, aceitava-se a ideia de que certos limites ao exercício da propriedade não eram fixados “a partir de fora”, mas derivavam do próprio conteúdo do direito de propriedade. Siebert, todavia, não se satisfaz com essa evolução do conceito de direito de propriedade por, pelo menos, duas razões. *a)* por um lado, tal concepção considera, em essência, de direito público os limites postos ao exercício do direito subjetivo, de modo que fica mantida a contraposição entre direito público e direito privado, vale dizer – segundo Siebert – entre a esfera da comunidade e uma esfera ainda toda individual. *b)* por outro lado, tal concepção evolutiva do direito de propriedade visa a um equilíbrio harmônico de interesses, os quais, contudo, permanecem contrapostos, de modo que ainda não se ultrapassa a visão de esferas de interesse de caráter eminentemente individual, delimitados pelo interesse prevalecente, mas não omnicomprensivo, da comunidade. Para um pensamento como o de Siebert, que tende a uma recomposição orgânica da sociedade e à anulação da própria distinção entre interesse individual e interesse coletivo, a teoria do *abus des droits* não é ainda suficiente¹⁴.

A propósito da chamada *Außentheorie*, que postula os limites externos ao exercício do direito subjetivo, Siebert escreve:

“A ideia de que esses limites, por sua natureza, trazem *exceções* ou *compensações* relativas ao titular do direito, as quais não afetam o direito ‘em si’, baseia-se em um pensamento de decomposição (*Trennungsdenken*) tipicamente individualístico-normativo. Como ponto de partida, de um lado está – em virtude da norma ‘autorizante’ (*kraft der ‘gewährenden’ Norm*) – o particular com seu direito; ao qual então se contrapõe a norma limitante (*die beschränkende*), e assim se chega necessariamente à ideia de um direito subjetivo em si mesmo livre, mas limitado por uma contranorma (*Gegennorm*)”¹⁵.

Esse é – segundo Siebert – o resultado necessário de uma doutrina que parte da ideia de um indivíduo autônomo e distinto da coletividade, de uma dimensão individual distinta da coletiva.

Se em vez disso, como propõe esse jurista, se coloca o ponto de vista da “comunidade”, do povo inteiro, da família, da classe (*Stand*), se estes (a classe, a família, a “comunidade”) são assumidos como o ponto de partida e de chegada da reflexão jurídica, como a causa primeira e o fim do direito e como o fundamento natural da existência do particular e de seu direito subjetivo, então não poderá ocorrer a contradição de normas contrapostas, típica, segundo Siebert, do ponto de vista individualista. “A doutrina das normas e contranormas é superada mediante uma *formação*

14. Cf. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, op. cit., p. 196.

15. Ivi, p. 201. Coloco o destaque do texto em itálico.

*unitária (einheitliche Gestaltung)*¹⁶. As necessidades e demandas da comunidade dirigidas ao particular, que limitam o exercício do seu direito, são, conforme Siebert, “limites naturais” que residem no interior do direito subjetivo e integram imediatamente o conteúdo desse direito. No que diz respeito ao direito subjetivo, afirma, “conteúdo e limitação não devem ser postos um contra o outro”¹⁷. Desse modo, Siebert acredita ter “superado” o conceito tradicional de direito subjetivo. “Assim é superado – ele escreve – o ‘direito subjetivo’ que durou até agora; em seu lugar, entra no direito da comunidade popular a autorização do companheiro do povo (*die volksgenössische Berechtigung*)”¹⁸.

O conteúdo da *volksgenössische Berechtigung* é determinado, na doutrina de Siebert, pela “posição concreta de companheiro do povo (*Volksgenosse*)”¹⁹, segundo uma concepção da posição jurídica subjetiva como *status* e função social que é retomada e desenvolvida por Karl Larenz. Siebert extrai da concepção da *volksgenössische Berechtigung* como “direito” condicionado pela posição efetivamente ocupada pelo membro da comunidade um princípio de grande importância na teoria jurídica nacional-socialista e de notável relevância prática: o princípio da *relatividade* da posição jurídica ativa do sujeito, ou da *volksgenössische Berechtigung*. A “relatividade” (*Relativität*) aqui tratada – explica Siebert – não é aquela implicada por uma teoria relativista do conhecimento e da aceitação consequente do pluralismo de opiniões. A relatividade dos “direitos” não significa, na concepção do jurista alemão, a impossibilidade de alcançar uma determinação segura e objetiva dos “direitos”. A relatividade mencionada deriva do fato de a *volksgenössische Berechtigung* não ser concebida como um poder formal, abstrato e geral, mas como a situação concreta do membro da comunidade e como a função social que tal comunidade lhe atribuiu. A *volksgenössische Berechtigung*, portanto, não é uma constante, como ocorre com o direito subjetivo, o qual exprime uma situação abstrata de titularidade do sujeito, aplicável a uma qualquer *fattispecie*. A *volksgenössische Berechtigung* depende, ao contrário, inteiramente da função concreta cumprida pelo sujeito, é inerente ao seu conteúdo, não pode separar-se formalmente deste, é “relativa” a este. Consequentemente, a *volksgenössische Berechtigung* assume diferentes conteúdos a depender da função social a ela correspondente em uma dada situação. Também essa ideia será retomada e desenvolvida por Karl Larenz na sua teoria da *Rechtstellung*, noção muito similar à

16. Idem. Coloco o destaque do texto em itálico.

17. SIEBERT, W. Auflockerung und Umbruch im “bürgerlichen” Recht. In: “*Deutsches Recht*”, v. 3, ano 5, 10 fev., 1935. p. 56.

18. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs*, cit., p. 201. Coloco o destaque do texto em itálico.

19. Cf. *ivi*, p. 202.

volksgenössische Berechtigung de Siebert, com características ainda mais acentuadamente coletivistas e organicistas.

A configuração da *Berechtigung*, do “direito”, como “relativo” (no sentido acima explicado) tem, como já destacado, importantes consequências práticas, destacando-se, em primeiro lugar, a insegurança constante quanto à titularidade e ao modo de exercício do “direito”.

“Uma tal relatividade – escreve o jurista alemão – isto é, o fato de estar concretamente condicionado, implica que todo afastamento da ‘função social’ do direito, todo uso do direito com intuito anticomunitário (*zu gemeinschaftswidrigen Zwecken*), não é mais protegido pelo conteúdo do direito, e, logo, representa uma *transgressão do direito (Rechtsüberschreitung)*”²⁰.

Segundo Siebert, “o abuso do direito também é uma verdadeira transgressão do direito, um ato sem direito”²¹. Mais precisamente, de acordo com esse jurista, o abuso do direito difere-se de outras formas de transgressão do direito, porquanto, no caso do abuso, se está diante de uma situação *aparentemente* legítima. A presença do direito aparenta, nesse caso, garantir a licitude do ato (do exercício do direito). A presença do direito – vale dizer, de uma norma formal que confere uma *Berechtigung* – não basta, contudo, na visão de Siebert, para determinar a juridicidade da situação na qual esse direito é exercido. No caso concreto, é necessário avaliar se esse direito corresponde a uma função efetiva na comunidade e se ele busca um fim admitido pela comunidade dentro de seus valores.

“O fato de se concluir, de modo geral, por essa diferença entre o conteúdo aparente (‘formal’) e o conteúdo verdadeiro (‘material’) de um direito depende da formulação abstrata e tipificante das disposições jurídicas, coisa que não mais se pode evitar por meio de técnica legislativa”²².

Para ir do conteúdo aparente (“formal”) ao real (“material”) da *Berechtigung*, é preciso uma “atenta interpretação da lei”²³.

Siebert, tal como Larenz²⁴, é um crítico rigoroso da jurisprudência dos interesses. “Pela *transformação radical (Umbruch)* do nosso direito privado, no sentido da

20. Ivi, p. 203. Coloque o destaque do texto em itálico.

21. Ibidem. Cf. SIEBERT, W. *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 90.

22. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs*, cit., pp. 203-204.

23. Ivi, p. 203, cf. também p. 211.

24. Cf. LARENZ, K. *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. 2. ed., Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1935. p. 20 ss.; e também LARENZ, K. *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*.

concepção nacional-socialista do direito, essa doutrina do interesse não mais bastará”²⁵. Acontece que ela é, ao viso de Siebert, muito racionalista, concentrada no tocante ao conceito de fim individual e, portanto, impelida a fazer uso de uma metodologia analítica. A “jurisprudência dos interesses” atribui ao juiz a missão de averiguar, individualizar e conciliar os interesses em jogo numa controvérsia. Quer dizer, ainda se diferencia o objeto da regulamentação jurídica da regulação propriamente dita, *Gegenstand* e *Maßstab*²⁶. Ao assim fazer, porém, perde-se – conclui ele – a visão orgânica da comunidade, da *einheitliche und ganzheitliche Gestaltung*²⁷ e da harmonia e unidade dos interesses incorporados pela comunidade.

Em particular, Siebert reputa inadequada e insuficiente a concepção do abuso de direito elaborada pela “jurisprudência dos interesses”. Esta última considera que o “abuso do direito” ocorre no caso de desproporção entre o direito e o interesse, ou melhor, de uma desproporção entre o próprio interesse (perseguido por meio do exercício do direito) e os interesses contrapostos a ele²⁸. Desse modo, para Siebert, o ponto de partida da consideração do fenômeno jurídico permanece sendo, na *Interessenjurisprudenz*, aquele individualístico da doutrina tradicional, ou seja, o interesse do particular. Mesmo que se admita que o interesse individual deve em dadas situações ceder aos interesses contrapostos, não se aparta de uma perspectiva essencialmente individualística. E esta não se harmoniza com a *Weltanschauung* coletivística e organicística do nacional-socialismo²⁹. “Deve-se rejeitar, logo, o conceito de interesse como critério decisivo para a formação do conteúdo do direito e, conseqüentemente, para a determinação e aplicação da ideia de abuso do direito”³⁰.

Em vez de conceito de interesse, Siebert utiliza o conceito de *dever*. Este é compreendido “como a força que, surgindo da ordem da vida (*Lebensordnung*) concreta

Eine Erwiderung. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 143, 1937. p. 257 e ss., escrito em resposta a HECK, Ph. Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz. In: *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 143, 1937. p. 129 e ss.

25. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs*, cit., pp. 206-207. Coloco o destaque do texto em itálico.
26. Cf. SIEBERT, W. *Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung*. In: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 1, 1936. p. 25.
27. Idem.
28. Cf. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs*, cit., p. 207.
29. Sobre a “*nationalsozialistische Weltanschauung*”, cf. SIEBERT, W. *Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht*. In: FRANK, H. (Ed.). *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*. Munique: Franz Eher, 1935. p. 957 ss. Sobre o caráter anti-individualista do nacional-socialismo, interessantes as páginas de: WALINE, M. *L'individualisme et le droit*. Paris: Domat-Montchrestien, 1945. p. 64 e ss.
30. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs*, cit., p. 208.

da comunidade, e, assim, da responsabilidade e da atuação política, molda o direito do particular”³¹. Direito e dever, nessa concepção, não mais estão apartados, não mais representam posições jurídicas diferentes e contrapostas, e sim se estruturam sobre uma só posição jurídica, na qual prepondera, no entanto, o elemento do dever, da responsabilidade perante a comunidade³² e do “serviço” a esta. “Em vez da proteção do interesse individual, é posto o *serviço à comunidade*”³³.

A fim de estabelecer o conteúdo concreto dessas posições jurídicas subjetivas, das *volksgenössische Berechtigungen*, é necessária – conforme Siebert – a intervenção do juiz. De fato, as *volksgenössische Berechtigungen*, sendo condicionadas por sua efetiva função social, não se inferem somente pelo silogismo a partir de uma norma geral, que vincula a uma certa causa um certo efeito jurídico. Pelo contrário, essas *Berechtigungen* serão submetidas à apreciação do juiz, caso a caso. Tal controle não deve seguir critérios formalísticos, e sim fazer referência constante às denominadas *Generalklausen*, a conceitos como “boa-fé” (*Treu und Glauben*) e bons costumes (*gute Sitten*). São esses princípios que estabelecem, no entendimento de Siebert, o conteúdo concreto dos “direitos”. Haja vista as *Generalklausen* representarem, para o jurista alemão, a tradução dos valores fundamentais da *Volksgemeinschaft* e do nacional-socialismo na seara jurídica, o conteúdo do direito será definido a partir delas³⁴.

As *Generalklausen* – aduz Siebert – não revelam valores voltados a corrigir o conteúdo da *Berechtigung*, ou seja, valores externos a esta, não limitam o conteúdo da *volksgenössische Berechtigung*, e sim dão forma a esse conteúdo. Nessa chave, a adoção do critério das *Generalklausen* não significa uma reedição da *Aufsentheorie* acima descrita.

“Temos, portanto, o resultado – escreve Siebert – segundo o qual, a fim de determinar adequadamente para a comunidade o conteúdo do direito subjetivo conforme a ideia de dever, são necessários fundamentos globais e, simultaneamente,

31. Idem.

32. Cf. SIEBERT, W. *Subjektives Recht, Berechtigung, Pflichtenordnung*, cit., p. 26 e ss.

33. SIEBERT, W. *Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht*, cit., p. 960; coloco o destaque do texto em itálico. Cf. também SIEBERT, W. *Auflockerung und Umbruch im “bürgerlichen” Recht*, cit., p. 56.

34. O quarto princípio da prática jurídica ditado por Carl Schmitt logo depois da conquista do poder pelo partido nazista, a NSDAP, estabelecia o seguinte: “Os princípios do nacional-socialismo compõem o imediato e exclusivo critério para aplicação e utilização das cláusulas gerais (*Generalklauseln*) pelo juiz, pelo advogado, pelo operador e pelo docente do direito” (SCHMITT, C. *Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis*. In: “*Deutsches Recht*”, 15 dez. 1933. p. 202). Cf. também SCHMITT, C. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, Dritte, unveränderte Auflage*, Hanseatische Verlagsanstalt. Hamburgo, 1935. p. 43.

concretos. Isso é feito pelo direito privado *ora* em vigor por meio de cláusulas gerais, as quais proveem o fundamento indispensável para a formação concreta dos direitos na comunidade do povo e, logo, não são utilizadas *iuris civilis adiuvendi causa* nem *supplendi* ou *corrighendi causa*, e sim *iuris civilis impliendi causa*³⁵.

Recapitulo as passagens essenciais da teoria de Siebert acerca do direito subjetivo.

a) O direito subjetivo e o dever não podem ser considerados como duas posições jurídicas distintas do sujeito, e sim precisam concentrar-se em uma única posição jurídica subjetiva. Retomando ideias e uma terminologia de Niklas Luhmann, é possível dizer que Siebert aguarda o retorno da posição jurídica subjetiva da “complementariedade”, característica dos direitos subjetivos à “reciprocidade” típica do *status*³⁶. O direito subjetivo concebe, efetivamente, uma situação jurídica ativa à qual está correlacionada, ao menos de modo complementar, uma posição jurídica passiva (o dever, a obrigação^{N-T1}), relacionada a um sujeito que não coincide com o titular do direito subjetivo ao qual corresponde o dever em debate. À diferença, o *status* é uma posição jurídica subjetiva concomitantemente ativa (fonte de “direitos”) e passiva (fonte de “deveres”). O *status* é a conexão recíproca entre “direitos” (em sentido *lato*) e deveres referentes ao mesmo sujeito.

b) Conforme Siebert, o “direito do membro do povo” (a chamada *volksgenössische Berechtigung*) corresponde à função ou à posição social concretamente ocupada pelo sujeito. É no âmbito dessa função que são estabelecidos os limites dentro dos quais se pode exercitar legitimamente aquele “direito”. Os limites ao exercício do direito são, portanto, internos ao conteúdo do direito. “Todo direito contém em si certas limitações correspondentes à sua função social”³⁷. Logo, “o conteúdo dos direitos deve ser determinado a partir do ordenamento concreto na qual se dá a autorização (*Berechtigung*) de ‘direito privado’ do companheiro do povo”³⁸.

35. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch*, cit., p. 211. Coloco o destaque do texto em itálico.

36. Cf. LUHMANN, N. *Zur Funktion der subjektiven Rechte*. In: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, v. 1, 1970. p. 321 e ss., agora em LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt-Main: Suhrkamp, 1981. p. 360 e ss.

^{N-T1}. Massimo La Torre empregou, no original, a expressão “obbligo”, e não “obbligazione” como relação jurídica obrigacional típica. No contexto, a “obbligo” diz respeito à situação jurídica subjetiva na qual seu titular deve ter determinada conduta (dar, fazer ou não fazer) em relação e no interesse do outro titular do direito subjetivo correspondente, podendo este exigi-la. [N. do T.]

37. SIEBERT, W. *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 87.

38. SIEBERT, W. *Vom Wesen des rechtsmissbrauchs*, cit., p. 210.

c) A *volksgenössische Berechtigung*, o “direito” em sentido subjetivo, é relativa. Refere-se à função de fato assumida pelo seu titular no âmbito da comunidade³⁹. O conteúdo do “direito” “depende das circunstâncias do caso particular”⁴⁰. Tal “direito” é, assim, mutável, sempre diverso caso a caso.

d) A “relatividade” (*Relativität* ou, ainda, *Bedingtheit*) da *volksgenössische Berechtigung*, ou seja, o fato de seu conteúdo ser determinável somente com referência ao caso concreto, exige que esse conteúdo seja examinado caso a caso por via de uma atividade interpretativa. Esta – para Siebert – deve assumir como critérios normativos superiores os princípios da boa fé e dos bons costumes. “Todo direito – ele escreve – cumpre, segundo o seu conteúdo, os fins permitidos pelos bons costumes e pela boa fé. Quem extrapola esse limite vai além do seu direito e age, pois, sem direito”⁴¹. “Apenas aqueles atos praticados nos limites da boa-fé correspondem ao conteúdo e à realização do direito”⁴². Siebert até propõe, *de lege ferenda*, inserir no início do novo código civil preconizado (mas nunca realizado) pelos juristas nazistas esta disposição: “Ninguém poderá apelar para o exercício de um direito quando o comportamento resultante contrariar os bons costumes ou a boa fé”⁴³.

e) A boa fé e os bons costumes devem ser entendidos como os princípios pelos quais os novos valores carreados pelo nacional-socialismo são inseridos no velho ordenamento jurídico⁴⁴. Boa fé e bons costumes, e em geral todas as *Generalklauseln*, devem ser, portanto, interpretados segundo a *Weltanschauung* nacional-socialista⁴⁵.

Essa concepção da posição jurídica subjetiva, da *volksgenössische Berechtigung*, tem uma consequência prática relevante. O conteúdo do “direito subjetivo”, se se aceitar a concepção de Siebert, será sempre incerto e dependerá inteiramente da decisão do juiz⁴⁶, o qual deve decidir em conformidade com os ditames ideológicos e

39. A respeito da “relatividade” da *volksgenössische Berechtigung* “no sentido de uma relatividade do conteúdo do direito subjetivo”, cf. SIEBERT, W. *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., p. 89.

40. *Idem*.

41. *Ivi*, p. 152.

42. *Ivi*, p. 91.

43. *Ivi*, pp. 157-158.

44. Cf. SIEBERT, W. *Vom Wesen des rechtsmißbrauchs*, cit., p. 199.

45. Cf. *ivi*, pp. 198-199.

46. Cf. *ivi*, p. 211. Já na doutrina francesa do “abuso do direito” os poderes do juiz eram consideravelmente extensos. “Persuadindo o juiz a se preocupar com a finalidade dos direitos e a confrontá-la com as motivações do titular, não se lhe estaria atribuindo um poder enorme?”. Assim se questionava significativamente Louis Josserand (JOSSERAND, L. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., p. 326), que, todavia, respondia negativamente ao questionamento.

políticos do nacional-socialismo⁴⁷. A doutrina de Siebert contribui, desse modo, para a instauração de um clima de incerteza jurídica e de medo, funcional para o projeto político do novo regime⁴⁸, e prepara o terreno para o desenvolvimento ainda mais radical do ataque nacional-socialista às noções de direito subjetivo e de sujeito de direito transmitidas pela doutrina jurídica iluminista⁴⁹.

3. SUBJETIVIDADE JURÍDICA E "POSIÇÃO JURÍDICA" DO PARTICULAR. A DOCTRINA DE KARL LARENZ

Fazer parte do ordenamento jurídico não significa – segundo Larenz – estar em uma relação com outros sujeitos⁵⁰, mas, principalmente, ter uma posição determinada, uma *função* própria⁵¹, um *status* próprio. Para esse jurista, a posição jurídica do indivíduo é “o seu lugar de atuação (*Betätigungsort*) na comunidade”⁵². A comunidade – nessa visão – não é uma esfera diferente da privada, mas com esta se identifica, bem como com as relações entre seus membros. O indivíduo é visto como perfeitamente integrado à estrutura social, podendo confundir-se com ela. É proclamada, com ênfase, a “unidade do indivíduo com seu povo”⁵³.

Da concepção “comunitarista” do ordenamento jurídico, e da subjacente visão organicista da relação entre sociedade e indivíduo, derivam importantes consequências para a doutrina da subjetividade jurídica e do direito subjetivo. Segundo Larenz,

-
47. Cf. SIEBERT, W. *Vom Wesen des rechtsmissbrauchs*, cit., p. 190 e pp. 198-199.
48. Cf. ROTTLEUTHNER, H. Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus. In: ROTTLEUTHNER, H. (Ed.). *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden: F. Steiner, 1983. p. 22 e ss.
49. A respeito, de um lado, da conexão entre as noções dogmáticas de sujeito de direito e de direito subjetivo e, de outro, do pensamento liberal e iluminista, cf. BARCELLONA, P. *I soggetti e le norme*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 76 e ss.; e PREUSS, U. K. *Die Internalisierung des Subjekts*. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts. Frankfurt-Main: Suhrkamp, 1979. p. 15 e ss.
50. É essa, por exemplo, a concepção de Georg Jellinek, cf. JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte, zweite durchgesehene und vermehrte Auflage*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1905. p. 41 e ss.
51. Relembro, a esse propósito, que, para Jorge Luis Borges, um traço típico das concepções anti-individualistas é a visão de “um cosmos, no qual cada um corresponde intimamente à *função* que exercita” (BORGES, J. L. *Otras inquisiciones*. Madri: Alianza Editorial, 1981. p. 41, destaque meu).
52. LARENZ, K. Gemeinschaft und Rechtstellung. In: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 1, 1936. p. 39.
53. LARENZ, K. Sitte und Recht. In: *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, v. 5, 1939. p. 254.

a subjetividade jurídica não pertence a todo indivíduo em virtude da condição de ser humano, mas somente a quem é membro da *Volksgemeinschaft*.

“Não é como indivíduo, como homem ou como portador de uma razão universal abstrata – ele escreve – que eu tenho direitos e deveres e a possibilidade de formar relações jurídicas, e sim como membro de uma comunidade que, para o direito, desenvolve sua própria forma de vida, como membro da comunidade do povo. O indivíduo tem uma personalidade concreta somente como ser que vive em comunidade, como *Volksgenosse*”⁵⁴.

É sujeito jurídico – nessa perspectiva – não mais qualquer homem, o “mero homem” (*der Mensch schlechthin*), mas o homem que ocupa uma determinada posição na comunidade. Ocupar essa posição implica a qualidade de membro (*Glied*) do organismo, da comunidade. E é membro da “comunidade do povo” – afirma Larenz – somente quem é de sangue alemão. “Membro da comunidade jurídica (*Rechtsgenosse*) é unicamente aquele que é membro da comunidade do povo (*Volksgenosse*); membro da comunidade do povo é apenas aquele de sangue alemão”⁵⁵.

Somente o verdadeiro alemão é *Volksgenosse*, literalmente “companheiro do povo”, e somente o *Volksgenosse* é *Rechtsgenosse*, isto é, sujeito de direito⁵⁶. Todos os outros são seres juridicamente incapazes ou não plenamente capazes. A personalidade jurídica deixa de ser um atributo do homem como tal, tornando-se um privilégio (*ein Vorrecht*) do *Volksgenosse*. Quem está fora da “comunidade do povo” também está fora do ordenamento jurídico e, portanto, não é *Rechtsgenosse*, não pode ser sujeito de direito.

“Somente o membro da comunidade jurídica (*Rechtsgenosse*) participa plenamente da vida jurídica da comunidade do povo. Ele ocupa determinadas posições jurídicas (*Rechtstellungen*), as quais lhe determinam deveres e até mesmo direitos, e nas quais ele encontra sua função na comunidade e, portanto, sua honra pessoal”⁵⁷.

54. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 241.

55. Ainda, são vistos estes outros trechos nos quais a comunidade vem identificada com a *estirpe* ou com a *raça*: “Os deveres decorrentes desta posição jurídica são, primeiramente, deveres relativos à comunidade (ao povo, à *estirpe* (*Sippe*))” (LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., p. 246); “O povo, tal como a família, repousa sobre vínculo de sangue (a *raça*)” (LARENZ, K. *Sitte und Recht*, cit., p. 253).

56. Cf. também LANGE, H. *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1933. p. 35. A doutrina jurídica nazista defende uma concepção do sujeito de direito bastante similar àquela vigente na Europa medieval antes de Bartolo introduzir a diferença entre “estatuto pessoal” e “estatuto real” do homem (sobre essa distinção, cf. FASSÒ, G. *Storia della filosofia del diritto*, v. 1, III ed. Bolonha: Il Mulino, 1974. pp. 283-284).

57. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 241. Destaque meu.

Ser pleno sujeito de direito – na doutrina nacional-socialista de Larenz – advém do fato de ocupar uma determinada posição na sociedade, a saber, de desempenhar nesta, e para esta, uma determinada função. É a função, a responsabilidade social que o sujeito desempenha na comunidade, que o qualifica juridicamente.

“Observemos a posição jurídica do agricultor, do titular de um poder hereditário (*Erbhof*), ou do pai como detentor do pátrio poder, e veremos que a comunidade lhes confere uma *tarefa* cujo conteúdo essencial é constituído pelo cuidado com a terra ou com os filhos”⁵⁸.

Condição preliminar para chegar a essas “posições” (de pai ou de agricultor, por exemplo) e ao seu reconhecimento jurídico é o indivíduo ter sido aceito como *Volks-genosse*. Dessas posições, seguramente, originam-se deveres, e *até mesmo* direitos, mas sempre para o fim de cumprir a função transmitida pela estrutura social. “Para o fim de execução da função, a posição jurídica confere poderes (*Befugnisse*), os quais não podem, contudo, apartar-se da referida posição nem se tornar, mesmo que somente em teoria, independentes dos deveres respectivos”⁵⁹. Portanto, direito e dever, tanto para Larenz quanto para Siebert, não são duas situações jurídicas distintas, complementares, como diria Luhmann, e sim conectadas uma à outra em uma *mesma* posição jurídica. Direito e dever não ocorrem, nessa perspectiva, senão contemporânea e “reciprocamente”. Isso não quer dizer que a todo direito corresponde um dever, e vice-versa, em uma relação que se pode definir como de “complementaridade”, e sim que o titular de um direito, pelo simples fato de sê-lo, vincula-se a determinado dever. Sobreleve-se, ainda, que Larenz também relaciona ao exercício da função conferida ao particular pela *Rechtsstellung* a dignidade e a “honra” do sujeito. A dignidade ou honra do ser humano residem – conforme Larenz – no exato cumprimento da função que cada um tem como parte integrante da sociedade⁶⁰.

O jurista alemão, todavia, não nega completamente a subjetividade jurídica dos indivíduos que não são *Rechtsgenosse*, vale dizer – como já visto – *Volks-genosse*, ou seja, “de sangue alemão”. O estrangeiro, portanto, não é considerado “objeto” do direito; ele é sujeito jurídico, é-lhe atribuída capacidade jurídica, mesmo que limitada. “Assim, o estrangeiro não é membro da comunidade jurídica, ainda que ele permaneça sob a proteção do nosso direito e participe, em grande medida, do trânsito jurídico e de seus mecanismos, sendo respeitado como hóspede”⁶¹. Por outro lado, o alemão

58. Ivi, p. 245. Coloque o destaque do texto em itálico.

59. Ivi, p. 246.

60. Essa também é a opinião de Binder. Cf. BINDER, J. *Philosophie des Rechts*. Berlim: G. Stilke, 1925. p. 445.

61. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., p. 242.

que não é cidadão alemão – o emigrado, por exemplo, ou o pertencente a grupos de língua alemã instalados desde tempos imemoriais em outras nações (Larenz cita o caso dos alemães da Transilvânia, *Siebenbürgen*) – pode sempre tornar-se *Rechtsgenosse* devido ao vínculo de sangue que o une à comunidade do povo.

Uma vez considerado que a capacidade jurídica do cidadão é restaurada à posição que ele ocupa dentro da comunidade, à sua posição de “membro” da *Volks-gemeinschaft* (a denominada *Gliedstellung*), surge o problema do fundamento da capacidade jurídica do estrangeiro (o qual não poderá dizer-se membro da “comunidade”), que ainda é reconhecida pelo “novo” direito alemão. O estrangeiro pode, com efeito, mesmo no “Terceiro Reich”, celebrar negócios jurídicos, reivindicar direitos de crédito, reclamar o ressarcimento de danos etc. Se a capacidade jurídica do indivíduo se fundar, porém, sobre o pertencimento à comunidade, como se poderá sustentar que o estrangeiro – o qual, por definição, não pertence a essa comunidade – é sujeito de direito? Como se poderá “justificar” a capacidade – mesmo que incompleta e sujeita a consideráveis reduções – do estrangeiro, do estranho à *Volks-gemeinschaft*? Dever-se-á – dirão os críticos da teoria da *Gliedstellung* – recorrer novamente a um conceito de sujeito como ser humano e pessoa moral; será necessário reconduzir a subjetividade jurídica ao simples fato da existência do homem. Larenz capta essa dificuldade teórica e busca superá-la sem fazer qualquer concessão ao jusnaturalismo e ao liberalismo, mantendo-se rigorosamente no âmbito de uma visão orgânica e anti-individualista. A capacidade do estrangeiro repousa – segundo o jurista – também na qualidade de membro de uma comunidade, que é distinta daquela na qual ele opera, uma comunidade que não é a *Volks-gemeinschaft*, cuja juridicidade é, todavia, reconhecida pelo direito alemão.

“Somos levados – escreve Larenz – a reconduzir a posição jurídica do estrangeiro no novo direito alemão ao fato de ele ser equiparado, grandemente, aos verdadeiros membros do povo, como membro de um outro povo, devido ao reconhecimento recíproco dos povos como comunidade jurídica ou devido ao direito de hospitalidade”⁶².

Nem todos os povos, porém, serão reconhecidos pelo “novo” direito alemão se – como Larenz se apressa em dizer – “compararmos outras realidades jurídicas com a nossa somente dentro dos limites da cultura europeia desenvolvida pelos povos de origem ariana”⁶³.

62. LARENZ, K. *Die Aufgabe der Rechtsphilosophie*. In: *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, v. 4, 1938. p. 236. Coloco o destaque do texto em itálico.

63. Ivi, p. 241.

A subjetividade jurídica, contudo, não se estende a todos os homens, e tampouco terá conteúdo idêntico para aqueles que a possuem. Se a capacidade jurídica decorre da efetiva posição que o sujeito desempenha na comunidade, e esta é formada por comunidades mais restritas, por famílias, por profissionais, por classes (*Stände*), a subjetividade jurídica do *Volksgenosse* será diferente, terá conteúdos distintos conforme sua família, seu trabalho ou sua classe. Na verdade, “o *Volksgenosse* não é somente membro da *Volksgemeinschaft*, mas também membro de uma comunidade mais restrita, de uma família, de uma classe”⁶⁴. A capacidade jurídica – de acordo com Larenz – não é mais a capacidade para todos os deveres e direitos concebíveis dentro do ordenamento em questão, mas sempre a capacidade de ocupar determinado *status* no âmbito da *Volksgemeinschaft*, o qual, em parte, é concedido a todo *Rechtsgenosse* e, noutra parte, está conectado a ulteriores pressupostos. A capacidade jurídica está sujeita, portanto, a alargamentos e restrições, dependendo da atividade concretamente desenvolvida pelo particular. O “traidor”, por exemplo, sofre a perda total da capacidade jurídica⁶⁵, ao passo que o agricultor gozará de especial capacidade de, precisamente, ser agricultor. Em síntese:

“[S]er *Rechtsgenosse* não é algo universal-abstrato, e sim algo concreto; o seu conteúdo é sempre definido pela posição de membro (*Gliedstellung*) tanto na *Volksgemeinschaft* quanto nas comunidades mais restritas nas quais ela se articula, e é estreitamente ligado à honra do *Volksgenosse*. A capacidade jurídica, que é graduada de acordo com determinadas capacidades, revela-se, portanto, uma capacidade concreta”⁶⁶.

Nesse ponto, Larenz faz uma ligeira retificação. Com efeito, as capacidades jurídicas especiais poderiam desarticular a unidade do ordenamento jurídico, que esse jurista continua a perseguir. O jurista alemão esclarece, então, que essas capacidades especiais, que – a seu ver – compõem a capacidade jurídica, não têm existência autônoma, independente da capacidade jurídica geral, mas são apenas especificações e extensões desta última. A capacidade abstrata de todo humano de ser “pessoa”, sujeito de direito, vale dizer, titular potencial de todos os possíveis direitos ou – como diria Hannah Arendt – titular do “direito de ter direitos”⁶⁷, é substituída – de acordo

64. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., p. 242.

65. Sobre a figura do traidor (*Verräter*) e seu tratamento jurídico, cf. LARENZ, K. *op. ult. cit.*, p. 243.

66. *Idem*.

67. Cf. ARENDT, H. Es gibt nur reine einziges Menschenrecht. In: STERNBERGER, D. (ed.). *Die Wandlung*, ano IV, Heidelberg, 1949. p. 754 e ss., agora in: HÖFFE, O.; KADELBACH, G.; PLUMBE, G. (Eds.). *Praktische Philosophie/Ethik*, v. 2. Frankfurt-Main: Fischer, 1981. p. 152 e ss.

com Larenz – pela capacidade concreta do *Volksgenosse*, cujo âmbito é definido pelas diferentes capacidades individuais de ocupar posições específicas dentro da organização da “comunidade do povo”.

Na concepção de Larenz, a capacidade jurídica apresenta duas limitações fundamentais. De um lado, nem todo ser humano é titular dela, mas somente um sujeito particular, o *Volksgenosse*; de outro, ela não consiste em uma potencial titularidade de todas as situações jurídicas subjetivas (no “direito de ter direitos”), mas tão somente na titularidade de determinadas e limitadas “posições jurídicas” (*Rechtsstellungen*). Na doutrina tradicional do direito privado, a subjetividade jurídica é um pressuposto, um *prius*, em relação às situações jurídicas nas quais essa capacidade se manifesta, e assim é porque esta, de um lado, está radicada no próprio *ser* do homem, desde seu nascimento, e, de outro, se projeta como capacidade abstrata e *general* (capacidade, em princípio, de participar de *todas* as relações jurídicas possíveis em determinado ordenamento). Na doutrina de Larenz, pelo contrário, a capacidade jurídica não é um pressuposto de situações jurídicas que se especificam sucessivamente, e sim um produto de situações jurídicas que já se apresentam como específicas – estas (as situações jurídicas) emanam daquela (a capacidade jurídica) não como um campo de aplicação, mas como fonte. Assim, para essa última doutrina, a subjetividade jurídica não é a capacidade de ter direitos subjetivos, mas tão somente a de estar em particulares “posições jurídicas”⁶⁸. Enquanto para a doutrina tradicional é possível ser capaz de direito mesmo quando não se é titular de posição jurídica subjetiva, o mesmo não pode ocorrer no ordenamento teorizado pelo jurista nazista. Neste ordenamento, a subjetividade jurídica é construída para coincidir com a titularidade *atual* (e não potencial) de específicas posições jurídicas. Para a doutrina nacional-socialista, capacidade jurídica e titularidade efetiva da posição jurídica não são distintas, como entende a dogmática tradicional, e sim devem fundir-se, no sentido de que a capacidade jurídica resulta somente no momento no qual o sujeito é de fato titular da *Rechtsstellung*. Nessa perspectiva, não existe o sujeito de direito de uma lado e o titular da “posição jurídica” do outro, mas o primeiro se satisfaz com o segundo⁶⁹. Unicamente se é sujeito de direito quando e apenas quando se é titular de uma *Rechtsstellung*.

Ora, ser titular de uma “posição jurídica” significa – afirma Larenz – estar em um ordenamento concreto e nele ocupar uma posição particular. A titularidade de tal posição, que resulta do fato objetivo de se estar em um certo “lugar”, em um certo “papel”, ou “classe”, ou “posto”, não pode – segundo esse autor – ser arbitrariamente subtraída do sujeito, sem que se viole o “ordenamento de vida” da comunidade.

68. Cf. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., p. 244.

69. Cf. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmissbrauches*, cit., pp. 208-209.

Isso, de certo modo, parece assegurar uma certeza jurídica e um sólido fundamento (objetivo) à subjetividade jurídica. Não é, porém, assim. Larenz, depois de haver sustentado a objetividade da titularidade da *Rechtsstellung*, que se funda sobre a *Gliedstellung* do particular, acrescenta que a “sua continuidade depende também da conformidade do próprio comportamento do membro com a comunidade (*vom dem eigenen, gemeinschaftsmäßigen Verhalten des Gliedes*)”⁷⁰. Vale dizer, a posse da *Rechtsstellung* está ligada à fidelidade política ao regime nazista.

Ocupar uma *Rechtsstellung* significa essencialmente ter deveres perante a “comunidade”, e apenas por derivação – *um dieser Pflichten willen* –, e unicamente em relação aos outros membros da comunidade (e não em relação à comunidade como um todo), ser também titular de situações jurídicas ativas (*Berechtigungen, Befugnisse*), “as quais são algo completamente diferente dos ‘direitos subjetivos’”⁷¹. Está postulado um dever de caráter geral do particular, e estabelece-se sua subordinação à sociedade como um todo (e especialmente em relação ao *Führer* que aquela sociedade “encarna”⁷²). O sujeito não mais tem deveres, porque ele se obriga voluntariamente, mas tem, sobretudo, um dever geral de subordinação à comunidade que prescinde de qualquer ato de vontade de sua parte, pelo simples fato de viver naquela determinada comunidade.

Larenz refuta radicalmente a figura do direito subjetivo público⁷³ e todos os seus possíveis substitutos e residuais, reduzindo o direito subjetivo privado à dimensão muito mais modesta da *Rechtsstellung*. Esta difere, em todo caso, profundamente do direito subjetivo. Ela não assegura qualquer autonomia ao indivíduo, não é senão um modo de concretizar o direito objetivo (“*eine Konkretionsweise des objektiven Rechts*”⁷⁴), ou seja, do ordenamento comunitário. Note-se a afinidade desta concepção com as teses do positivismo jurídico, e em particular com Kelsen, quando proclama a “redução do direito subjetivo ao direito objetivo”⁷⁵, com ressalva da

70. LARENZ, K. *Vom Wesen der StraÙe*. In: *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, v. 2, 1936. p. 33.

71. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., p. 244. Cf. também LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, cit., p. 33.

72. Cf. LARENZ, K. *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1934. p. 44.

73. V. também MAUNZ, T. *Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts*. In: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, v. 96, 1936. p. 71 e ss.; e HÖHN, R. *Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat*. In: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 1, 1936. p. 49 e ss. A respeito, cf. PIERANDREI, F. *I diritti pubblici subiettivi nell'evoluzione della dottrina germanica*. Turim: Giappichelli, 1940. p. 252 e ss.

74. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Rechts*, cit., p. 244.

75. Cf. KELSEN, H. *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*. In: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, v. 66, 1931. p. 449 e ss.

diferença quanto à mística da *Volksgemeinschaft*, depurada pela fraseologia populista e comunitarista. Para Larenz, e para os juspositivistas subsequentes, como Kelsen, a situação jurídica subjetiva tradicionalmente denominada “direito subjetivo” é considerada uma especificação do direito objetivo, que é apenas lei ou comando do Estado, uma espécie de materialização da norma abstrata, e exatamente por isso não é mais sequer rotulada como “direito subjetivo”, mas sim como “direito em sentido subjetivo”. Kelsen, no entanto, diferentemente de Larenz, não se propõe a “remodelar” o direito privado existente nem deseja liquidar o direito subjetivo como mecanismo jurídico positivo. Kelsen pretende, antes, operar ao nível da ideologia dos juristas e reformar a concepção da relação entre direito subjetivo e direito objetivo, herdada do jusnaturalismo iluminista, que afirmava a igual dignidade desses dois “direitos” vistos como fontes normativas e que sugeria a superioridade do direito subjetivo (natural) sobre o direito objetivo (positivo). O ataque de Larenz à noção de direito subjetivo é muito mais radical e desdobra-se tanto no plano ideológico (onde apresenta certas afinidades com as teses de Kelsen) quanto no plano da política do direito (onde, ao contrário, diverge profundamente da doutrina kelseniana), no sentido de uma reestruturação do ordenamento jurídico que liquide o mecanismo do direito subjetivo (sobretudo naquilo que concerne aos denominados direitos “absolutos” e aos direitos de liberdade).

O conteúdo da “posição jurídica” consiste essencialmente – segundo Larenz – não em um *poder*, uma *posse*, uma *permissão*, mas em um *dever ser* que decorre de fazer parte da *Volksgemeinschaft*⁷⁶. A *Rechtsstellung* “é uma atribuição, uma função, uma participação”⁷⁷. “Pode-se dizer – acrescenta o referido autor – que ela [a *Rechtsstellung*] é uma investidura (*ein Amt*)”⁷⁸. O elemento caracterizador da “posição jurídica” do sujeito é o *dever*, do qual talvez se possa extrair uma espécie de “direito” (*Berechtigung*). Para o autor, conseqüentemente, a “posição jurídica” subjetiva não é, como na doutrina tradicional, o feixe de direitos, expectativas e situações jurídicas que pertencem ao sujeito (como se a posição jurídica atribuidora de direitos correspondesse à uma posição jurídica complementar impositiva de deveres), e sim a posição de um sujeito dentro do sistema jurídico. Não é possível “ter” a *Rechtsstellungen* como se tem os direitos subjetivos, mas aquela “está” nestes e “ocupa-se” destes.

76. “Ser” e “dever ser” na doutrina de Larenz não são duas dimensões ontológicas distintas, como acontece na “doutrina pura” kelseniana. Cf. LARENZ, K. *Volkgeist und Recht. Zur Revision der Rechtssanschauung der Historischen Schule*, in: *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, v. 1, 1935. p. 48. Larenz rejeita também a distinção metodológica entre comportamento valorativo e comportamento avalorativo (*wert frei*), bem como a distinção semântica entre discurso descritivo e discurso prescritivo.

77. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, cit., pp. 244-245.

78. LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, cit., p. 33.

A diferença entre direito subjetivo e posição jurídica também reside no fato de que um é concebido pelo jurista nazista como uma manifestação daquilo que ele chama “vínculo normativo”, enquanto a outra (a *Rechtsstellungen*) exprime um “vínculo existencial”.

“O vínculo normativo (*normative Bindung*) – escreve Larenz – estabelece um limite à vontade, contrapondo-lhe uma exigência, um dever ser. A vontade vinculada normativamente é uma vontade por si mesma livre, mas limitada. Dentro do espaço de liberdade conferido pela norma, ela [a vontade] está isenta de uma direção predeterminada, é puro arbítrio. A vontade vinculada existencialmente, ao contrário, nunca é uma vontade ‘por si mesma’, que é limitada apenas pelo exterior, mas sim um todo com sua essência, o qual a adentra como a lei da sua própria razão de ser”⁷⁹.

Percebe-se, aqui, a analogia de tal tese com aquela considerada acima, de Wolfgang Siebert, e com a crítica desta última, denominada *Au entheorie* de direitos. Para Siebert, a *volksgenössische Berechtigung*, ao contrário do direito subjetivo, é limitada internamente por seu próprio “conteúdo”, enquanto, para Larenz, a *Rechtsstellung* não é a manifestação de um “vínculo normativo” (que age *de fora*, como acontece no caso do direito subjetivo), e sim de um “vínculo existencial” (que opera no interior da “posição jurídica”). Larenz pretende sustentar a predeterminação do exercício da competência relacionada à *Rechtsstellung* já incluída no papel social do sujeito da “posição jurídica”, contrária à indeterminação inerente à figura do direito subjetivo, cujo exercício não está condicionado ao desempenho de um papel social específico, mas ao fato de possuir a capacidade geral de agir (que – parafraseando Arendt – podemos definir como “o direito de exercer direitos”).

O direito subjetivo é redefinido em face do dever. O direito é feito para coincidir com a figura do dever. A supremacia do dever sobre o direito, e mesmo a redução do direito subjetivo à figura do dever, é um traço típico da teoria nazista do direito. “Se no velho direito privado – diz Wolfgang Siebert – o dever tinha apenas função secundária, hoje ele vem, nítida e definitivamente, cada vez mais em primeiro plano”⁸⁰.

“O dever – escreve Heinrich Lange, outro protagonista da *Deutsche Rechtserneuerung* –, e não o direito, está em primeiro plano. O direito objetivo, como ordenador da vida comunitária, coloca-se acima do direito subjetivo [...]. Dever e direito não estão mais em rígida contraposição. O dever vem alçado a conteúdo de direito”⁸¹.

79. LARENZ, K. *Volksgeist und Recht*, cit., pp. 57-58. Coloco o destaque do texto em itálico.

80. SIEBERT, W. *Auflockerung und Umbruch im “bürgerlichen” Recht*, cit., p. 56.

81. LANGE, H. *Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, In: FRANK H. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, cit., p. 938.

Larenz distingue dois tipos principais de dever: *a*) um dever *negativo*, típico dos sistemas jurídicos liberais e juspositivistas, e *b*) um dever *positivo*, característico do “novo Estado popular-autoritário”. Sempre que o direito é concebido como defesa e garantia da esfera privada de liberdade do indivíduo, e o eixo do ordenamento jurídico é o direito subjetivo – como é o caso, segundo Larenz, dos ordenamentos liberais⁸² –, o dever é visto em termos puramente negativos, como o dever de abster-se de qualquer interferência ilegítima naquela esfera privada ou como associado ao direito subjetivo⁸³. A doutrina liberal – consoante Larenz – utiliza-se do dever negativo especificamente no que tange ao dever moral, o qual também pode ser considerado positivo.

“O conteúdo do dever jurídico – escreve ele – em contraste com o conteúdo do dever moral, é determinado sobretudo negativamente. Se o propósito do direito parece ser aquele de delimitar e garantir os direitos subjetivos, na ‘esfera de liberdade’ individual, o dever jurídico consiste agora em respeitar o direito subjetivo do outro, em não invadir arbitrariamente a esfera de liberdade desse [o outro]. É exigido em relação ao outro não um fazer (positivo), mas uma omissão”⁸⁴.

Daí decorre, todavia, que o direito é ordenamento da vida (*Lebensordnung*) da comunidade – como é o caso do “Estado popular-autoritário” antevisto por Larenz e realizado pelo nazismo – no qual a comunidade (e não o indivíduo) é o centro do ordenamento jurídico; o dever jurídico está concebido em termos positivos, não como o dever negativo de abster-se de um comportamento, de omitir-se, mas como o dever positivo de realizar determinado comportamento, de fazer. “Por outro lado, agora é característico – escreve o autor –, é próprio do Estado popular-autoritário o fato de que deveres comunitários (*Gemeinschaftspflichten*) positivos são, em larga medida, reconhecidos como ‘deveres jurídicos’”⁸⁵.

O direito subjetivo não é o eixo do ordenamento jurídico do “novo Estado popular-autoritário”, mas o dever para com a comunidade é. O direito subjetivo é sucedido pela “posição jurídica” (*Rechtsstellung*) em suas duas versões – melhor examinada a seguir – de “posição jurídica enquanto posição de membro” (*Rechtsstellung als Gliedstellung*) e da “posição em relação aos outros associados”, que – como

82. Cf. SIEBERT, W. *Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung*, cit., p. 24.

83. Cf. *ivi*, pp. 26-27.

84. LARENZ, K. Vom Problem der Rechtspflicht, in: “*Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*”, v. 9, 1943. p. 79.

85. *Ivi*, p. 80.

será visto – transforma-se em uma série de *Befugnisse*, de poderes ou competências, ou de “direitos” em sentido fraco ou impróprio, que são resquícios do que antes era direito subjetivo.

Tal “posição jurídica”, em ambas as formas teorizadas por Larenz, é *pflicht gebunden*, vinculada ao dever geral do *Volksgenosse* relativo à “comunidade do povo”. Assim, como visto acima, o conceito de abuso de direito é reformulado como aquele exercício de direito que se confronta com o dever, intrínseco ao mesmo direito, vigente perante a comunidade. Larenz retoma a ideia sobre Siebert e declara que “cada exercício de um direito que colide com os deveres correspondentes (ao direito) constitui um abuso e é, portanto, inadmissível”.⁸⁶ Para a correlação, ou “complementariedade”, de direitos e deveres, Larenz também substitui “a conexão íntima” (*innere Zusammenhang*) – nas palavras de Siebert⁸⁷ – entre direitos e deveres dentro de uma posição jurídica concebida, antes de tudo, como uma situação de dever. Isso implica a revisão do significado e da extensão dos conceitos jurídicos mais importantes, seja no direito privado, no qual “a propriedade, por exemplo, é compreendida como posição jurídica vinculada ao dever”⁸⁸, seja no direito penal, no qual o delito não é mais visto como agressão à esfera juridicamente protegida de alguém, e sim “como a revolta (*Auflehnung*) do criminoso contra a comunidade”⁸⁹. Por conseguinte, o direito penal não mais representa a “Magna Carta do delinquente” – conforme a conhecida expressão de Franz von Liszt –, mas é funcionalmente concebido como uma arma nas mãos da comunidade para derrotar e “eliminar” seus “inimigos”⁹⁰. Assim, em tal situação anti-individualística e funcionalística, não faz mais sentido uma série de princípios típicos do direito liberal. No direito processual, por exemplo, é expressamente previsto o “dever de verdade” (*Wahrheitspflicht*)⁹¹. Já no direito público, em vez dos direitos fundamentais do cidadão em face do poder estatal, é reconhecido “o dever de lealdade ao *Führer*, ao povo e ao *Reich*, que domina cada matéria (*die alles beherrschende Treuepflicht gegenüber Führer, Volk und Reich*)”⁹².

86. Idem. É evidente, aqui, a coincidência das opiniões de Larenz e Siebert: cf. SIEBERT, W. *Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs*, cit.

87. SIEBERT, W. *Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichten ordnung*, cit., p. 27.

88. LARENZ, K. *Vom Problem der Rechtspflicht*, cit., p. 80.

89. Idem. Cf. também LARENZ, K. *Vom Wesen der Strafe*, cit., em particular pp. 33-35.

90. Cf. SCHMITT, C. *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers von 13. Jul. 1934*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, ano 39, caderno 15, 01 ago. 1934, col. 947.

91. Cf. WOLF, E. *Das Rechtsideal des nationalsozialistische Staates*, in: *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, v. XXVIII, 1934/1935. p. 354.

92. LARENZ, K. *Vom Problem der Rechtspflicht*, op. cit., p. 80.

4. REICHSBÜRGERSCHAFT E STAATSBÜRGERSCHAFT. A CAPACIDADE JURÍDICA "POR GRAUS"

Para o jurista nazista – como visto – a capacidade jurídica não é a capacidade de ser titular de direitos (e de deveres), e sim a idoneidade para assumir uma determinada função (de agricultor, de operário, de empregado, de pai etc.) no âmbito do corpo social. A capacidade jurídica coincide, nessa acepção, com o preenchimento dos requisitos exigidos para ser aceito como membro da *Volksgemeinschaft*. Cabe ressaltar a diferença desse novo conceito de capacidade traçado pela doutrina nacional-socialista com aquele construído pelo pensamento jurídico iluminista. Enquanto para este último a capacidade jurídica prescinde da titularidade efetiva de um direito (ou de um dever) como requisito necessário para ser titular de direitos, a capacidade jurídica, na doutrina nazista, sobrepõe-se completamente à titularidade da posição jurídica subjetiva. De acordo com esta última doutrina, somente tem capacidade jurídica aquele que já exerce uma função de membro da comunidade, e tal capacidade é exatamente a idoneidade para desempenhar essa função.

No âmbito do sistema jurídico liberal, pode-se, legitimamente, inferir da titularidade de um direito a capacidade jurídica do sujeito que é titular desse direito, porque a capacidade jurídica – enquanto capacidade abstrata de ser titular de direitos e enquanto “direito de ter direitos” segundo a já referida formulação de Hannah Arendt⁹³ – precede a titularidade do direito individual concreto (ou dever). No âmbito do sistema jurídico construído pela doutrina nacional-socialista, uma dedução desse tipo é impossível. No ordenamento preconizado por Larenz, de titularidade de uma “posição de membro”, de uma *Rechtsstellung*, isto é, de uma função social, nada se pode deduzir senão a capacidade ou idoneidade para desempenhar aquela – e somente aquela – função, e não uma capacidade geral, um “direito de ser titular de ‘posições jurídicas’”. Isso não se revela possível porque: de um lado, obviamente, a capacidade jurídica é, no ordenamento teorizado pelos juristas nazistas, apenas uma capacidade jurídica *especial*; e, sobretudo, o conceito de capacidade geral elaborado pela doutrina tradicional remete àquele de homem como ser universal, de sujeito igual, conceito que é oposto à *Weltanschauung* racista e anti-igualitária do nacional-socialismo.

Ademais, o conceito de capacidade jurídica geral pressupõe e implica ao mesmo tempo o conceito de direito subjetivo⁹⁴, como se destaca da formulação de Arendt (“direito de ter direitos”). A capacidade jurídica já é, por si, um *direito*, o direito generalíssimo e abstrato de ser titular de direitos (e de deveres).

93. Cf. ARENDT, H. *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, op. cit., p. 80.

94. Cf. SIEBERT, W. *Subjektives Rechts, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung*, op. cit., p. 24.

“Sujeito jurídico – escreve Georg Jellinek – é aquele que tem o poder de movimentar o sistema em nome de seu interesse [...]. A capacidade individual, concedida pelo Estado, de movimentar o ordenamento jurídico para o interesse próprio, cria, como qualquer poder individual limitado reconhecido pelo direito, um direito subjetivo (*eine subjektive Berechtigung*)”⁹⁵.

Tal concessão de subjetividade jurídica como direito subjetivo, subjacente ao conceito iluminista de “capacidade jurídica” (como se vê do art. 8º do Código Civil francês, no qual esse conceito é entendido como o gozo dos direitos civis), atribui aos sujeitos: *a*) uma igualdade de dignidade (“*Tout français jouira des droits civils*”, diz o supramencionado artigo do Código Civil francês); e *b*) uma certa autonomia normativa, a dignidade da fonte (todavia, subordinada) do direito. Isso não poderia deixar de ser rejeitado pela doutrina nacional-socialista. O ponto *a*) colide, na verdade, com o anti-igualitarismo, e o ponto *b*) como o anti-individualismo, ambos daquela doutrina.

Dois são os pontos fundamentais da doutrina tradicional (liberal) da capacidade jurídica: 1) esta é reconhecida tão somente pelo fato de ser homem e, portanto, está conectada à personalidade individual do sujeito; 2) consiste na idoneidade de ser titular de direitos (e deveres) *em geral*. Francesco Messineo escreve:

“Normalmente, o problema do *status* da pessoa coincide com o da sua capacidade de direitos e de sua capacidade de agir [...]. Com efeito, a capacidade, porém, é apenas uma consequência – por mais importante que seja – daquele *status*; logicamente, deve preceder a determinação do *conteúdo do status* de pessoa em seus aspectos fundamentais. Agora, esses aspectos fundamentais são dados, na minha opinião, pelo fato da *existência* do sujeito e pelo fato de que *o sujeito tem uma personalidade* cujo reconhecimento, em cada homem, como tal, é a base fundamental e inafastável de qualquer ordenamento jurídico moderno”⁹⁶.

“O principal atributo da personalidade do sujeito e da sua existência *para o direito* – continua Messineo – é constituído pela sua *capacidade jurídica*, ou capacidade *de direitos*, que é a aptidão (ou idoneidade) *de ser sujeito de direitos subjetivos em geral*”⁹⁷. Isso significa, quanto ao primeiro ponto (a capacidade jurídica está conectada ao simples ser homem do indivíduo), que o indivíduo é considerado sujeito jurídico antes e para além da sanção do ordenamento jurídico positivo. O ordenamento, ao

95. JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, 3. ed., Berlim, 1914. p. 418. Itálico meu.

96. MESSINEO, F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 1, VIII. ed., Milão, Giuffrè, 1950. p. 207. Itálico no original.

97. Ivi, p. 217.

fundar a subjetividade jurídica acerca da qualidade de humanidade, reconhece-a como um valor por si só superior àquele da lei e atribui à natureza humana a dignidade de fonte de direito. Além disso, o reconhecimento da capacidade jurídica como qualidade intrínseca do homem leva à afirmação da igualdade da dignidade jurídica de todos os homens. O conceito moderno de capacidade jurídica é estritamente ligado ao princípio da igualdade dos membros da sociedade entre si e perante a lei⁹⁸. Quanto ao segundo ponto fundamental da doutrina liberal da capacidade jurídica (esta consiste na idoneidade para ser titular de direitos e deveres em geral), tal construção teórica tem duas importantes consequências. De um lado, o indivíduo pode ser titular em abstrato de todo e qualquer direito e, portanto, entrar em toda e qualquer relação jurídica. Desse modo, é reafirmada a igual dignidade entre os homens, na qual todos podem ter acesso a todas as relações jurídicas. A propósito, vale lembrar que, nos ordenamentos influenciados pelas ideias iluministas, a condição jurídica do estrangeiro não é muito diferente em relação àquela do sujeito cidadão do Estado⁹⁹. De outro lado, o indivíduo pode assumir apenas deveres particulares e temporários, ele não é sujeito de certos deveres gerais e permanentes nos confrontos com quem quer que seja. Ele é livre para fazer parte daquela situação e de entrar nas relações que mais lhe aprouverem. Somente nesse âmbito ele poderá ser sujeito de direitos, ao obrigar-se à prestação específica, cujos efeitos recairão apenas sobre o objeto ao qual se relaciona, mas nunca sobre a inteira situação, condição ou dignidade jurídica do sujeito. É a dissolução do *status* medieval e feudal, da obrigação de caráter geral que vincula o inferior ao superior no regime feudal, o servo ao senhor, e o nascimento de uma sociedade regida pelo *contractus*¹⁰⁰. Em tal sociedade, o indivíduo sujeita-se apenas a obrigações parciais, com objeto determinado e destinado a exaurir-se em um prazo definido. Não mais incumbe ao indivíduo um dever geral de subordinação. A sua dignidade jurídica não mais é um resultado de sua posição social, de sua categoria ou profissão, e sim de ser homem, pessoa. Os deveres serão decorrentes não mais de seu nível social, de seu *status*, mas sim do contrato, do seu consentimento para executar um serviço mediante determinada prestação.

98. Ver EHRLICH, E. *Die Rechtsfähigkeit*, Berlim, Puttkamer & Mühlbrecht, 1909. p. 63. Cf. também FALZEA, A. Capacità, in: *Enciclopedia del diritto*, v. VII, Milão, Giuffrè, 1960, agora in: FALZEA, A. *Voci di teoria generale del diritto*, II ed., Milão, Giuffrè, 1978, em particular pp. 98-99.

99. “Nos ordenamentos jurídicos modernos a qualidade de sujeito jurídico não está condicionada a pertencer ao Estado [...] Uma lenta evolução, que encontrou um impulso mais válido nos princípios do direito natural, levou ao reconhecimento da qualidade de sujeito jurídico para todos os homens, cidadãos, estrangeiros e apátridas, sem prejuízo das limitações relativas a capacidades especiais” (FALZEA, A. op. ult. cit., p. 97).

100. É obrigatória aqui a referência a MAINE, H. Sumner. *Ancient Law – its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, introdução e notas de F. Pollock, Londres, J. Murray, 1912. p. 172 e ss.

A concessão de capacidade jurídica como uma idoneidade para desempenhar funções, como mera capacidade *especial*, não foi afirmada apenas no contexto do debate teórico dos juristas engajados na discussão e no planejamento da *Deutsche Rechtserneuerung*. Essa concessão logo foi adotada pelos tribunais do Estado nacional-socialista. A nova determinação do conceito de capacidade jurídica formulada pelos juristas nazistas não foi recebida pelos operadores do direito como uma proposta de reforma, e sim como a descrição da legislação em vigor após a conquista do poder por Hitler, e foi imediatamente aplicada pelos órgãos judiciais¹⁰¹. Nos fundamentos da decisão proferida em 27 de junho de 1936 pela primeira seção civil do *Reichsgericht*, lê-se o seguinte:

“A ideia primitiva (liberal) de conteúdo jurídico da personalidade não fazia fundamentalmente qualquer diferenciação de valor segundo a identidade ou a diversidade de sangue; ela rejeitava, portanto, a articulação de uma hierarquização dos homens sob o ponto de vista racial. De acordo com a concepção nacional-socialista, em vez disso, devem ser tratados como plenamente capazes de direito (*als rechtlich vollgültig*) no âmbito do *Reich* apenas quem é de origem alemã (*Deutschstämmige*) e aqueles equiparados por lei aos alemães. Foram restabelecidas, portanto, limitações do anterior direito dos estrangeiros e sintetizadas ideias outrora reconhecidas para diferenciação entre pessoas com plena capacidade jurídica e pessoas com capacidade jurídica inferior”¹⁰².

Por outro lado, o Estado editou uma lei sobre cidadania alemã (*Reichsbürgergesetz*, de 15 de setembro de 1935) que adotou a concepção de hierarquização da subjetividade jurídica a partir de um requisito de caráter racial (pertencer à raça germânica) e um requisito de caráter político (a lealdade à *Volksgemeinschaft* e ao *Führer*). A lei de 15 de setembro de 1935 estabelecia dois níveis de cidadania. Um primeiro nível, inferior, de caráter geral, a *Staatsbürgerschaft*, expressava o mero pertencimento ao Estado, uma condição jurídica similar àquela que Georg Jellinek definiu como *status subjectiois*¹⁰³. Mais precisamente, o § 1 do *Reichsbürgergesetz* dispunha: “*Staatsbürger* é aquele que pertence à associação de proteção do Reich alemão e, portanto, está particularmente obrigado a este”. Um segundo nível, superior, de caráter particular, a *Reichsbürgerschaft*, expressava um liame específico (inicialmente, racial e, depois, político-ideológico) com a “comunidade do povo”.

101. SCHWERDTNER, P. *Personen. Persönlichkeitsschutz und Rechtsfähigkeit im Nationalsozialismus*, in: ROTTLEUTHNER, H. (Ed.), *Recht, Rechts philosophie und Nationalsozialismus*, cit., pp. 29-30.

102. SEUFFARCH, RG. v. 91, n. 28. pp. 67-68, citado por SCHWERDTNER, P. *Personen, Persönlichkeitsschutz und Rechtsfähigkeit im Nationalsozialismus*, cit., p. 82.

103. Cf. JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., p. 86.

“*Reichsbürger* é – segundo o § 2 da lei supramencionada – somente o nacional, de sangue alemão ou parente (*der Staatsangehörige Deutschen oder artverwandten Blutes*), que, por seu comportamento, demonstre servir fielmente ao povo alemão e ao *Reich*”.

Referia-se ao *Reichsbürgergesetz* um jurista particularmente próximo a Larenz e, tal como este, representante da denominada “Escola de Kiel”: Karl Michaelis¹⁰⁴, o qual propunha a substituição do conceito de capacidade jurídica por aquele adotado pelo *Reichsbürgerschaft*. Este último conceito é preferível ao da capacidade jurídica – sustenta Michaelis –, porque expressa “a posição de companheiro, de camarada (*Genosse*) no ordenamento popular alemão. Seu fundamento é, inicialmente, o fato de pertencer à comunidade alemã e seu conteúdo essencial é o dever de lealdade à comunidade popular”¹⁰⁵.

Até mesmo para Larenz, o conceito de capacidade jurídica está ligado àquele trazido pelo *Reichsbürgerschaft*. Julius Binder havia manifestado perplexidade em relação à negação do direito subjetivo e do conceito de pessoa pela doutrina jurídica nazista¹⁰⁶. Larenz rebate essa perplexidade, defendendo que o conceito de personalidade ética formulado por Binder não pode deixar de coincidir com a posição do indivíduo na estrutura ética por excelência, a “comunidade do povo”, e, logo, com a qualidade de *Reichsbürger*. “Essa personalidade ética – escreve o jurista alemão sobre a concepção de Binder – deve ser vista a partir da posição de membro (*in ihrer Gliedstellung*), como *Volksgenosse* ou como membro de outros povos, como *Reichsbürger* ou, como tal, em formação”¹⁰⁷.

104. Cf. lembra LARENZ, K. Vorwort, in: *Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag*, op. cit.

105. MICHAELIS, K. Die Überwindung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit, in: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 2, 1937. p. 313. Cf. também SIEBERT, W. Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht, cit., p. 967. O ensaio de MICHAELIS, Karl. *Die Überwindung etc.*, é citado repetidas vezes nos trabalhos de Larenz: cf. LARENZ, K. *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Junker und Dünhaupt, Berlim, 1938. p. 53, nota 16; e LARENZ, K. Zur Logik des konkreten Begriffs. Eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie, in: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 5, 1940. p. 287, nota 11. Análoga à distinção entre *Rechtshürgerschaft* e *Staats bürgerschaft* é aquela introduzida pelo *Reichsgemeindeordnung* prussiano, de 30.1.1935 (que já era adotada pelo *Gemeindeverfassungsgesetz* prussiano, de 15.2.1933) entre o cidadão do município (*Gemeindebürger*) e o mero residente (*Einwohner*). A residência não mais é suficiente para se fazer parte de determinada municipalidade: cf. escreve FORSTHOFF, E. Nationalsozialismus und Selbstverwaltung, in AA. VV., *Deutsches Verwaltungsrecht*, H. Frank (ed.), Munique, F. Eher, 1937. p. 176 e ss.

106. Cf. BINDER, J. *System der Rechtsphilosophie*, G. Stilke, Berlim, 1937. p. 36 e ss., em particular nota 17.

107. LARENZ, K. *Die Aufgabe der Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 238, nota 2.

Também é verdade que o §1 do BGB, o Código Civil alemão, dispõe que “[a] capacidade jurídica dos homens começa com o nascimento completo”, o que não sofreu modificação durante todo o período do regime nazista. Isso, todavia, não significa, como alguns argumentaram¹⁰⁸, que a implantação do direito privado alemão atravessou a tormenta nacional-socialista sem muitos traumas e alterações. Em primeiro lugar, deve-se lembrar que o significado do §1 do BGB sofre modificação e seu alcance é reduzido consideravelmente pela lei acima sobre o *Reichsbürgerschaft*. A capacidade jurídica plena foi reconhecida apenas para o cidadão alemão de raça ariana e de comprovada lealdade ao nacional-socialismo.

“A paridade do não-cidadão com o nacional oriundo do povo alemão tratada no direito privado – escreveu recentemente Peter Schwerdtner – não mais era óbvia a partir do momento da conquista do poder. Como a adjudicação de direitos e deveres pressupunha uma personalidade – e apenas o cidadão a tinha por nascimento –, os demais podiam obter a capacidade jurídica somente se lha concedesse o país de acolhimento”¹⁰⁹.

Algumas observações recentes de Larenz, servem, a meu ver, para relatar as razões pelas quais aquele primeiro artigo do Código Civil alemão atravessou incólume a *Deutsche Rechtserneuerung* promovida pelo “Estado popular-autoritário”.

Em introdução recente a uma edição do BGB, Larenz detém-se às ambiguidades e obscuridades presentes na linguagem usada pelo Código Civil alemão. Como exemplo dessa ambiguidade, o jurista alemão cita o artigo do BGB sobre a capacidade jurídica da pessoa física (“*natürliche Personen*”, na terminologia jurídica alemã). “Vejam – escreve Larenz – o primeiro parágrafo da lei: “A capacidade jurídica tem início com o nascimento completo”. A lei não diz o que significa “capacidade jurídica”; pressupõe-se que ela seja uma expressão conhecida dos juristas. A partir disso, “capacidade jurídica” significa a capacidade de ter direitos e deveres em geral. A lei não diz expressamente que essa capacidade pertence a cada homem enquanto homem; ela pressupõe como óbvio esse importante princípio, segundo o qual o nosso direito não reconhece os “servos”. O §1 diz apenas alguma coisa sobre o início da capacidade jurídica do homem; por isso, o momento determinante é o nascimento completo”¹¹⁰.

108. Cf. HATTENHAUER, H. Person. Zur Geschichte eines Begriffs, in: *Juristische Schulung*, 1982, 6. p. 410. Cf. também HATTENHAUER, H. *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*. Historisch-dogmatische Einführung, Munique, C. H. Beck, 1982. p. 14.

109. SCHWERDTNER, P. *Personen*. Persönlichkeitsschutz und Rechtsfähigkeit im Nationalsozialismus, op. cit., p. 30.

110. LARENZ, K. Einführung, in: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 28. ed., Munique, DTV, 1985. p. 21.

Larenz faz, portanto, duas afirmações muito importantes sobre o citado artigo do Código Civil alemão. Esse artigo – na sua opinião – é duplamente obscuro. I) Ele não diz o que é, em que consiste ou se sustenta a capacidade jurídica. II) Não diz a quem, expressa e inequivocamente, a capacidade é atribuída. É a ideologia do sistema jurídico como um todo que, ao juízo de Larenz, resolve a ambiguidade daquele artigo e preenche as lacunas da lei. Mas se fosse assim – e, de fato, essa tese me parece convincente –, então seria possível mudar radicalmente o significado dessa disposição sem afetar a letra da lei, mas simplesmente por uma interpretação diversa (com base em um pano de fundo ideológico distinto do que inspirou aquele dispositivo). E é isso que Larenz e a doutrina jurídica nazista fizeram nos anos 1930, especificamente no tocante à noção de pessoa e de capacidade jurídica¹¹¹.

Ao contrário do Código da Prússia, *l'Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1774 – cujo §1 dispunha “O homem é denominado pessoa quando goza de certos direitos na sociedade civil” – o BGB não diz no que consiste a capacidade jurídica. Tampouco o BGB estabelece quem possui capacidade jurídica, ao contrário do §16 do ABGB, o Código Civil da Áustria, de 1813, que dispõe: “Cada homem tem direitos inatos, já evidentes perante a razão (*angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte*), e deve, portanto, ser considerado pessoa [...]”. O BGB menciona genericamente “homem”, não lhe faz referência expressa, diferentemente do ABGB “cada homem”. Assim, em um regime jurídico regido pelo Código Civil alemão de 1900 (precisamente, o BGB), devido ao silêncio e à ambiguidade deste, é particularmente fácil modificar a extensão e o conceito de capacidade jurídica tão somente pela via da interpretação, sem necessidade de proceder à revisão do texto da lei. Logo, era possível ao jurista nazista transformar a capacidade jurídica, “capacidade de ter direitos e deveres em geral”, na capacidade especial de assumir uma “posição jurídica”, ou na idoneidade de assumir determinada função no âmbito da “comunidade”. Do mesmo modo, em relação à capacidade jurídica entendida como atributo de cada ser humano enquanto tal, à capacidade *igual* para todos os homens (resultado de uma *Weltanschauung*, na qual todos os homens nascem iguais), era possível aos juristas nazistas sobrelevarem, com um desvio semântico, a capacidade que cabe apenas a *alguns* homens, e, portanto, a capacidade desigual ou por graus, a *Staatsbürgerschaft* e a *Reichsbürgerschaft*. O conceito da “capacidade por graus” é o projeto de uma concepção de mundo segundo a qual os homens são radicalmente diferentes e dispostos entre si conforme uma escala hierárquica, de maneira que, consoante essa ideia, não é lícito falar de “ser humano

111. Cf. WIEACKER, F. Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, in: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 2, 1937. p. 13. Sobre o emprego da interpretação pelos juristas nazistas para modificar a substância dos conceitos jurídicos tradicionais: cf. RÜTHERS, B. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, passim.

em geral”, mas apenas de membros de classes específicas conforme: a respectiva raça (“arianos” e “hebreus”, inicialmente), a respectiva função social (“os soldados”, “os agricultores”, “os juristas”, e assim por diante), ou a posição hierárquica (“superior” e “inferior”, *Führer* e *Gefolgschaft*). A respeito, lembre-se que o *Führerprinzip* não valia apenas para toda a *Volksgemeinschaft*, mas também para as “comunidades” mais restritas e específicas (a fábrica, o escritório, o bairro etc.), de modo que para tudo havia uma espécie de *Führer* que liderava cada *Gefolgschaft* particular.

Por seu peculiar conceito aberto “*open texture*”, que a faz depender sobremaneira do princípio geral do ordenamento a que se refere e da ideologia que aqueles princípios incorporam, o disposto no primeiro artigo do BGB foi, então, bem aceito até pelo jurista nazista.

“A mística da comunidade – escreve *Peter Schwerdtner* – realizou isto que foi obtido sem alterações no Código Civil, mas sim por meio da ‘interpretação’ de conceitos jurídicos indeterminados: o abandono da compreensão tradicional de capacidade jurídica e de agir”¹¹².

5. A “POSIÇÃO JURÍDICA” DO INDIVÍDUO COMO POSIÇÃO DE MEMBRO DA COMUNIDADE

Dentro da própria “posição jurídica” (*Rechtsstellungen*), Larenz estabelece uma distinção. De um lado, haveria as “posições jurídicas” como posições de pertencimento à comunidade (*Gliedstellungen*); de outro, estariam as “posições jurídicas” referentes aos indivíduos membros da comunidade (*Rechtsstellungen im Verhältnis zu anderen Volksgenossen*). Nas primeiras, obrigações ou direitos individuais não podiam ser separados; mas isso poderia ocorrer eventual e parcialmente nestas últimas¹¹³.

Como visto acima, a capacidade jurídica, segundo Larenz, resulta de uma série de capacidades jurídicas peculiares vinculadas a uma situação concreta. Esta é a “posição”, o “lugar” (*Ort*)¹¹⁴, que certo sujeito ocupa na comunidade. A capacidade jurídica, por fim, vem a coincidir com essa posição concreta, com esse “lugar”, e não com a possível titularidade de direitos subjetivos.

112. SCHWERDTNER, P. op. ult. cit., p. 30. Sobre a teoria dos juristas nazistas sobre uma capacidade jurídica “por graus”, ver também ECKHARDT, K. A. *Stufen der Handlungsfähigkeit*, in: *Deutsche Rechtswissenschaft*, v. 2, 1937. p. 289 e ss. A propósito, referindo-se especificamente à teoria de Larenz, cf. FABRICIUS, F. *Relativität der Rechtsfähigkeit*. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, Munique-Berlim, C. H. Beck, 1963. pp. 40-41.

113. Cf. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 245.

114. Idem.

E em que consiste essa “posição jurídica” do indivíduo que substitui a antiga capacidade jurídica? Larenz, reiteradamente, diz que ela consiste na atribuição que foi conferida ao “particular” (o autor tenta evitar o termo “sujeito”, bem como “indivíduo”) pela comunidade. Melhor ainda, mais que “a atribuição”, a *Rechtsstellung* é – como diz Larenz – um *Aufgabenbereich*, uma instância na qual são dadas atribuições ao particular. A capacidade jurídica é, no entanto, a capacidade de cumprir efetivamente essas atribuições. Ao fim do cumprimento dessas atribuições, o encarregado deverá ter uma série de poderes ou competências (*Befugnisse*). Estes – pontua Larenz – não poderão, contudo, nem mesmo na teoria, distanciar-se dessas atribuições e colocar-se numa situação de oposição ou reciprocidade em relação aos deveres que decorrem daquela posição.

Larenz traz dois exemplos: o do agricultor, proprietário de uma fazenda herdada, e o do pai, titular do pátrio poder. Como sabido, a propriedade de terra agrícola permite ao titular a possibilidade de possuí-la, de administrá-la, de obter lucros e de exigir que terceiros não interfiram no gozo de seus bens. Ora, segundo Larenz, nenhum desses poderes dá concretamente ao proprietário um verdadeiro e próprio direito subjetivo, um direito “egoístico” – como expressa o autor. Tais *Befugnisse* – como Larenz prefere chamar – não podem ser exercidos pelo proprietário a seu bel-prazer.

“Nenhum desses poderes (*Befugnisse*) – ele escreve – é apenas um ‘direito’ egoístico; respectivos poderes podem ser exercidos apenas dentro da necessidade do cultivo e da conservação da fazenda e, nesse âmbito, são simultaneamente um dever do agricultor. De modo algum, os seus poderes poderão ser exercidos ao seu arbítrio: um agricultor que deixa de colher regularmente os frutos de sua própria terra, que, por negligência, permite a deterioração da colheita nos campos, ou que, em violação do seu dever de cuidado, estraga o celeiro ou as ferramentas, age contra os próprios deveres e não poderia se justificar sob a alegação de que pode exercer seu direito de propriedade à vontade”¹¹⁵.

Larenz chega a sustentar que mesmo a utilização dos lucros obtidos com a atividade agrícola não é completamente livre para o agricultor. Essa, na verdade, está sujeita à satisfação de certos interesses ligados ao desenvolvimento da terra, à manutenção da família e ao pagamento de dívidas. Igualmente, no tocante à autoridade parental, o direito de educar os filhos, de estabelecer domicílio, de “reivindicar” a restituição da coisa por terceiros configuram – para Larenz – outros tantos deveres.

Essas “posições jurídicas”, a exemplo do caso do agricultor ou do pai, uma vez concebidas como esferas dentro das quais o sujeito exerce certa atribuição (*Aufgabenbereiche*), caracterizam-se – na visão nacional-socialista de Larenz (que afirma abertamente

115. Ivi, p. 246.

essa qualificação, rotulando sua própria concepção como *deutsche und nationalsozialistische Auffassung*¹¹⁶ – por duas importantes qualidades formais: a *indisponibilidade* e a *irrenunciabilidade*. “A natureza das posições jurídicas (*Rechtsstellungen*) delineadas aqui como esfera de atribuições (*Aufgabenbereiche*) tem por consequência uma fundamental indisponibilidade”¹¹⁷. “A posição jurídica e os poderes dela derivados são também irrenunciáveis”¹¹⁸. Por exemplo, em relação ao agricultor, este, nos raros casos em que pode dispor do seu próprio terreno, somente poderá fazê-lo conforme a *Anerbengericht*¹¹⁹, e tais atos de disposição devem ser concebidos como exceções – concedida em consideração aos objetivos perseguidos pelo direito agrário – em relação à geral indisponibilidade do bem, mas nunca como uma restauração dessa livre faculdade de disposição que é típico do conceito burguês de propriedade.

Tal indisponibilidade, contudo, não se refere apenas à “posição jurídica” como um todo, mas também aos específicos “poderes” ou “direitos” (em sentido fraco) – *Befugnisse* – que surgem dessa posição. Dentro da “posição jurídica” que se qualifica como *Gliedstellungen*, os “poderes” ou “direitos” incluídos no *Befugnis* recebem o seu conteúdo do poder concreto que aquelas posições estabelecem em relação à comunidade. “Posições jurídicas do tipo descrito até agora – escreve Larenz – concedem somente esses poderes (*Befugnisse*), cujo conteúdo é determinado pelo dever concreto; o dever concreto existe em relação à comunidade (*Volksgenossen*)”¹²⁰. Ao contrário do que acontece com as “posições jurídicas” determinadas em relação aos demais membros da comunidade – acrescenta Larenz – nas “posições jurídicas” como *Gliedstellungen*, o dever não é um limite imanente ao direito em sentido subjetivo, mas sim determina o seu fim.

O “poder” individual ou o “direito” (*Befugnis*) – segundo o jurista alemão – não pode ser separado da “posição jurídica”. É por isso que mesmo os *Befugnisse* não são disponíveis nem renunciáveis. Caso contrário, seria posta em causa a concepção da comunidade orgânica, na qual cada um ocupa o seu lugar “natural” de acordo com a função que exerce. O pai não pode deixar de prover a educação dos filhos, pois irá falhar na sua função de pai. O agricultor também não pode deixar de melhorar a produtividade da sua fazenda, sob pena de desviar-se do fim ínsito ao seu trabalho e da sua qualificação como cultivador da terra. Uma vez que o indivíduo é visto com funções invariáveis da comunidade e não mais como sujeito moral, seu estatuto jurídico não é outro senão o da “posição” ocupada ou da “função” desempenhada.

116. Ivi, p. 249.

117. Ivi, p. 247.

118. Idem.

119. Cf. Reichserbhofgesetz, de 29 set. 1933, in: *Reichs gesetzblatt*, parte I, 30 set. 1933, pp. 685-692.

120. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 248.

Tanto em relação aos vários *Befugnisse* quanto em relação à *Rechtsstellung* como um todo, não se pode falar de direito subjetivo; os dois não assinalam uma esfera autônoma que pertence ao indivíduo enquanto tal, mas tão somente o “dever ser” do membro da comunidade. Em ambos, a ênfase não está – como ocorre no direito subjetivo – nos poderes e na liberdade de um indivíduo que encontra em si mesmo seu próprio reconhecimento moral e jurídico, e sim nos deveres de um sujeito que é definido e reconhecido em virtude de pertencer à comunidade e da função nela exercida: um sinal claro disso é a indisponibilidade do *Befugnis*. A relação entre *Rechtsstellung* e *Befugnisse* é de especificação: a primeira sinaliza o dever social que cabe ao *Volks-genosse* como agricultor, pai e assim por diante; os segundos constituem uma especificação daquele *Sollen* (mas isso é – para Larenz – imediatamente também um *Sein*) ainda muito geral, que é especificado em certas possibilidades funcionais para o desempenho da atribuição ou dever social de membro da comunidade.

“O poder individual (*Befugnis*) – diz Larenz – não pode estar separado da posição jurídica. Seu exercício não é, em princípio, confiado à vontade do sujeito titular (*des Berechtigten*); isso é indisponível e irrenunciável. Consequentemente, esses poderes (*Befugnisse*), por seu significado e por sua estrutura jurídica, são algo completamente distinto dos direitos subjetivos presentes na doutrina até então dominante. Eles não revelam um abstrato poder da vontade, não designam apenas o *permitido* (*Wollendürfen*), mas, contemporaneamente, são sempre um dever ser. São poderes vinculados ao respectivo escopo e determinados pelo dever. Menos íntima ainda do poder individual, é a posição jurídica, um direito subjetivo no sentido convencional; ela é atribuição e dever”.¹²¹

No cenário do “novo direito alemão” – afirma Larenz – não é possível entender o senso de propriedade com base unicamente na personalidade abstrata do particular, “e sim na sua personalidade concreta, ou seja, na sua posição responsável em relação a deveres e direitos na comunidade”¹²². Nota-se, aqui, que o jurista alemão traz novamente a equivalência entre personalidade jurídica e “posição jurídica”. A propriedade significa para Larenz a posse de “um bem confiado pela comunidade ao particular como pessoa socialmente responsável pelo cumprimento de sua atribuição ética”¹²³. A ideia da responsabilidade social é, portanto, um componente desse conceito de propriedade tão importante quanto aquela ideia do poder de formação do proprietário. Nessa perspectiva, o proprietário não é mais concebido como sujeito de direito,

121. Idem. Coloque em itálico o destaque do texto original.

122. LARENZ, K. *Die Aufgabe der Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 231.

123. Idem. Ver também LARENZ, K. *Der Sinn des Eigentums nach der Idee der Gemeinschaft*, in: *Études de droit en honneur de V. Ganefff*, PNA BOPHA E ATHNA, Sófia, 1939, em particular p. 530 e ss.

mas sim como membro da comunidade. Igualmente, o objeto da propriedade não é visto aqui como um “mero” objeto, e sim como uma coisa caracterizada pela sua destinação geral. Por isso, o conteúdo da propriedade resulta diferente a cada vez, dependendo de algumas coisas e dos seres humanos que agem naquela determinada situação, do objeto e do sujeito da propriedade. Assim, o conceito de propriedade, longe de permanecer unitário como ocorre no direito privado tradicional, distingue-se – ou divide-se, mais precisamente – em uma série de conceitos específicos, em relação às atribuições sociais e à posição de membro da comunidade do ser humano que atua como sujeito naquela determinada relação.

O elo com a família e com a espécie pode – nessa perspectiva – determinar o tipo de propriedade, assim como uma destinação pública condiciona, no direito privado tradicional, a classificação de uma coisa como bem dominical. Os vínculos com a propriedade que vão além das limitações normais que lhe são impostas não constituem – segundo Larenz – uma exceção no tocante ao conteúdo ordinário do conceito de propriedade; em vez disso, trata-se uma ulterior manifestação singular da ideia de propriedade.

“O esquema formal pessoa-coisa – ele escreve – articula-se, adquirindo um conteúdo, em uma escala hierárquica de tipos peculiares de propriedade, nos quais se realiza o complexo significado de propriedade como um domínio limitado sobre a coisa – a ser exercido com responsabilidade – confiado pela comunidade a seus membros”¹²⁴.

No exercício desse domínio limitado sobre a coisa, o particular realiza-se – segundo Larenz – não como pessoa abstrata, mas como membro responsável da comunidade. Esse conceito de propriedade não pressupõe uma noção “abstrata” de liberdade, e sim “a liberdade concreta na comunidade”¹²⁵ e, inclusive, deveres mais ou menos fortes e ampliados, de acordo com a coisa que é objeto da propriedade e da função social confiada ao proprietário¹²⁶.

Ao conceito “universal-abstrato” de propriedade, Larenz contrapõe o conceito “universal-concreto”. O conceito “universal-concreto” é o conjunto de momentos que o compõem, conjunto que não é, no entanto, a soma de cada um dos conceitos “concretos”, e sim representa uma nova unidade em um nível “mais alto”. Os conceitos “universais-abstratos” são característicos da lógica formal, enquanto os conceitos “universais-concretos” são característicos da lógica dialética. Esta – escreve

124. LARENZ, K. *Die Aufgabe der Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 232.

125. *Idem*.

126. Ver LARENZ, K. *Typologisches Rechtsdenken. Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme*, in: *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, v. XXXIV, 1940/1941. p. 21.

Larenz – não deve ser trocada por nenhum “esquematismo lógico”; ela é a própria “essência das coisas”, a lei íntima que rege o todo¹²⁷. Pela lógica formal:

“[O]s conceitos são rígidos e excluem-se reciprocamente; aqui, um ‘progresso’ do pensamento é possível em uma só direção. Para o pensamento dialético, os momentos conceituais, ao contrário, são reciprocamente abertos; no progresso de um para outro, o primeiro não permanece aquilo que era, mas transforma-se ou fortalece-se em si mesmo; o pensamento, então, é empurrado novamente do segundo para o primeiro momento e, agora fortalecido, ascende para um ‘plano superior’. Assim, o pensamento dialético deve ser comparado não com a linha que segue em uma direção, mas com uma espiral ou, como diria Hegel, com um ‘círculo concêntrico’”¹²⁸.

E qual é o significado de “conceito universal-concreto” de propriedade?

“Um conceito universal-concreto de propriedade tem – responde o jurista alemão – a atribuição [...] de exprimir o senso de ‘ter consigo algo de dentro da comunidade’. Elementos desse conceito são o poder pessoal de formação em relação a uma coisa, que encontra sua justificativa na ideia de uma vida determinada pela personalidade e, portanto, na ideia de personalidade; além disso, o vínculo tanto da coisa quanto da personalidade com determinadas atribuições da comunidade, um vínculo no qual o modo e a intensidade podem apresentar-se diversamente conforme o caráter da coisa. Esse vínculo, então, determina a medida e a direção de poder de formação que cabe ao proprietário”¹²⁹.

Assim, o poder do proprietário está condicionado à coisa sobre a qual exerce poder. Quanto mais essa coisa estiver impregnada do “espírito do povo” e ligada ao princípio de vida da comunidade, menos o proprietário poderá dispor dela livremente. Logo, por exemplo, a fazenda ou a quinta do agricultor, a qual representa na visão de Larenz uma das articulações vitais da comunidade, não poderá se sujeitar a um poder pleno do agricultor. A competência deste será antes a de um *Amtsträger*, a de quem desempenha um cargo ou um ofício.

Larenz distingue dois elementos constitutivos do denominado “conceito universal-concreto” de propriedade: *a*) o poder pessoal de formação (*die persönliche Gestaltungsmacht*) relativo à coisa que se possui e *b*) a tarefa a ser desempenhada para a comunidade.

“Ambos os elementos – ele escreve – são igualmente essenciais para a propriedade. No entanto, também é possível uma posição jurídica do particular na qual a tarefa

127. Cf. LARENZ, K. *Zur Logik des konkreten Begriffs*, op. cit., p. 292.

128. Ivi, p. 291.

129. Ivi, p. 293.

comunitária a ser cumprida, o servir a todos (*der Dienst am Ganzen*), esteja em primeiro plano e o espaço concedido à liberdade pessoal de decisão e de ação seja apenas o meio de execução responsável da atribuição. Denomina-se tal posição jurídica de um ‘ofício’¹³⁰.

Propriedade e “ofício” (*Amt*) são dois tipos diferentes de posição jurídica do *Volksgenosse*. Todavia – acrescenta o jurista alemão – existe um tipo de propriedade, ou seja, a propriedade do agricultor, a qual tem por objeto uma fazenda ou uma quinta herdada (*Eigentum am Erbhof*), que se assemelha muito ao conceito de *ofício*. “O agricultor é, por exemplo, como titular de um ofício, obrigado ao exercício de sua posição jurídica, isto é, de uma gestão ordenada”¹³¹. A propriedade do agricultor é o tipo de propriedade que mais se parece com o conceito de ofício. Mesmo assim – segundo Larenz –, os dois conceitos não se identificam, ou melhor, não devem ser identificados. E não devem ser identificados não por razões objetivas, e sim por motivos de política de direito.

“Todavia, é fundamental, sob o ponto de vista político-jurídico, que o agricultor seja considerado ‘proprietário’, e não ‘titular de um ofício’¹³². Larenz entende que, para o funcionamento das relações econômicas e jurídicas, não se pode privar inteiramente o particular da autonomia de decisão. Ainda que a propriedade do agricultor – na doutrina nacional-socialista – se assemelhe ao ‘ofício’, aquela, porém, não se identifica com este, é um resquício do antigo ‘domínio’ que sobreviveu. Uma posição análoga – melhor explicada a seguir – será formulada por Larenz quanto à categoria de direito subjetivo em geral. Este último, suprimido da terminologia jurídica, deveria ser reintroduzido, embora de forma residual, a fim de torná-lo irreconhecível, porque senão o mecanismo jurídico – mesmo aquele extremamente irracional e arbitrário do regime nazista – acabaria por emperrar. Essa forma residual de direito subjetivo dos sistemas liberais será, porém, apenas uma sombra do direito subjetivo dos sistemas liberais, absorvida dentro da categoria da ‘posição jurídica’”.

A “posição jurídica” – afirma Larenz – constitui “o direito” do particular em sentido muito mais profundo do que aquele que pode ser encontrado no direito subjetivo. Na realidade, diante dessa “posição”, a comunidade atribui – segundo o jurista

130. Ivi, p. 295.

131. Idem.

132. Ibidem. Para um tratamento dogmático do conceito de propriedade sob o ponto de vista nacional-socialista, ver WIEACKER, F. *Wandlungen der Eigentumsverfassung, Hanseatische Verlaganstalt*, Hamburgo, 1935. Os pontos de chegada de Wieacker são a repartição do conceito (primeiramente, unitário) do direito de propriedade (ver: ivi, pp. 11 e 70) e a reformulação do *Grundeigentum* como “propriedade fiduciária” (ver: ivi, p. 71) em nome da “comunidade”.

alemão – *a cada um o que lhe compete*. Assim, a personalidade do indivíduo – continua Larenz – não será negada, e sim afirmada em sua concretude e em sua “honra”. O “próprio direito” do *Volksgenosse*, constituído pela *Rechtsstellung* deste – não tem o caráter de uma situação jurídica subjetiva. Para Larenz, esse “direito” é direito *objetivo*, é a posição do particular no âmbito do direito objetivo, ou seja, dentro do ordenamento da comunidade. Um dos “sonhos” ou uma das “metas” do positivismo jurídico realiza-se, paradoxalmente, na concessão organicística de Larenz: a superação da grande divisão entre direito subjetivo e direito objetivo, superação, por óbvio, que significa, nessa perspectiva, o desaparecimento do primeiro (o direito subjetivo) e a propagação do segundo (o direito objetivo) nos territórios, cada vez mais reduzidos, antes ocupados por aquele.

“Assim como a contraposição entre o particular e a coletividade está superada no pensamento comunitário, também a contraposição entre ‘direito objetivo’ (como ordenamento coativo formal) e ‘direito subjetivo’ (como poder da vontade privada) está superada – escreve Larenz – em um conceito de direito entendido corretamente: minha posição jurídica é, como minha posição no direito da comunidade, simultaneamente ‘meu direito’ no sentido de minha participação no direito e na comunidade e, portanto, um dever meu (a mim devido)”¹³³.

“Uma concessão – escreve Heinrich Lange – que põe o indivíduo acima da comunidade, sobrepõe o direito subjetivo ao objetivo e vê nesse último apenas o fundamento necessário do primeiro [...]. Em vez disso, se se partir da ideia de comunidade, estabelecer-se-á, então, a prevalência do direito objetivo, da ordem de vida da coletividade (*Gesamtheit*) sobre a posição jurídica de seu membro particular”¹³⁴.

Larenz, para obter a “superação” da tradicional contraposição entre direito objetivo e direito subjetivo, reduz o direito subjetivo à “posição jurídica” do sujeito. Isso também é possível por meio da distinção de Larenz de concepção de direito objetivo como aparato formal obrigatório e reformulação do direito objetivo como ordenamento concreto da comunidade.

“Se formos para o ponto de vista da comunidade – escreve Larenz – e nos livrarmos da imagem segundo a qual o direito subjetivo como poder do indivíduo poderia contrapor-se ao direito objetivo como ordenamento obrigatório e pelo qual

133. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 250.

134. LANGE, H. *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, op. cit., pp. 7-8. Sobre a “superação” da oposição entre direito subjetivo e direito objetivo pela “ordem concreta” da “comunidade do povo”, ver também: MAUNZ, T. *Das Ende des subjektiven öffent lichen Rechts*, op. cit., p. 111.

o ordenamento da comunidade e a posição jurídica do indivíduo seriam coisas a princípio distintas, então o direito subjetivo, no sentido de posição jurídica concreta, e o dever seriam a mesma coisa”¹³⁵.

6. A “POSIÇÃO JURÍDICA” DO PARTICULAR COMO POSIÇÃO JURÍDICA EM RELAÇÃO AOS OUTROS MEMBROS

Depois de reformular a “posição jurídica” do sujeito como posição de pertencimento à comunidade do povo como um todo, ou à subcomunidade – por assim dizer – da qual aquela é composta (a família, a fazenda etc.), Larenz dedica-se à “posição jurídica” do particular em relação a seus pares. Refere-se, aqui, a relações obrigacionais, “por exemplo, a posição do comprador, do vendedor, do locatário, do inquilino”¹³⁶.

Referindo-se a Hegel e citando os parágrafos 154 e 155 do *Grundlinien der Philosophie des Rechts*¹³⁷, o jurista alemão concorda com a teoria da complementariedade de direito e dever¹³⁸. Desta ele extrai a convicção de que na relação obrigacional, isto é, na situação jurídica que se estabelece na relação entre sujeitos dotados de igual dignidade jurídica, o dever é a condição fundamental que constrói a relação e pela qual a relação pode ser renovada. Enquanto no caso da situação jurídica que Larenz define como *Gliedstellungen* o dever é uma atribuição, quase um ofício, atribuído ao particular pela comunidade, no caso da relação obrigacional o dever é concebido como o resultado da obrigação que o particular assume perante os outros membros e, por conseguinte, indiretamente perante a comunidade. Pode-se dizer – segundo Larenz – que no primeiro caso a assunção do dever foge completamente à vontade do sujeito, ao passo que no segundo caso um ato de vontade é condição necessária para essa assunção.

135. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 250. Recorde-se que Larenz, como Siebert, critica a concepção liberal do direito, uma vez que essa, na sua opinião, “está distante de compreender no direito do indivíduo apenas um correlato (*Korrelat*) de seu dever” (LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, cit., p. 32). Para um posicionamento análogo, ver WURDINGER, H. *Das subjektive Recht im Privatrecht*, in: *Deutsches Recht*, caderno 19/20, ano 5, 15. out. 1935. p. 496.

136. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 250.

137. Cf. HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, J. Hoffmeister (ed.). 4. ed. Hamburgo: F. Meiner, 1955. p. 148.

138. Para referência à *Grundlinien der Philosophie des Rechts di Hegel*, ver LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 250, nota 45. Para a teoria da complementariedade entre direito e dever, que aqui é, na verdade, mais uma redução da figura do direito à figura do dever, nada tendo a ver com a “complementariedade” da qual fala Luhmann (v. nota 36 acima), ver LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, op. cit., p. 32.

“Aqui também – ele escreve – devemos enxergar o dever como elemento primeiro e fundamental, mas um dever, por exemplo, de pagar o preço de compra não é tanto uma tarefa atribuída pela comunidade, e sim uma dívida assumida perante a comunidade e os outros membros da comunidade [...] uma dívida que corresponde a um dever por parte deste membro (*ein Bekommensollen*), o qual certamente não deve ser concebido como seu direito ‘subjetivo’ no sentido até agora atribuído a este, mas como um direito (*Berechtigung*) a ele devido”¹³⁹.

Portanto, mesmo no caso do “dever ter” do credor, que corresponde à obrigação do sujeito passivo, não se está – consoante Larenz – na presença de um direito subjetivo no sentido tradicional atribuído a tal figura jurídica, e sim diante de uma *Berechtigung*. Esta, diferentemente do poder (*Befugnis*) que é concedido à *Rechtsstellung* como posição de membro da comunidade, como *Gliedstellung*, pode ser cedida; é possível realizar uma compensação com outra obrigação, renunciá-la ou transmiti-la. No que diz respeito à *Berechtigung*, o sujeito ativo da relação obrigacional tem um poder de disposição, o qual é vedado no *Befugnis* ligado a uma *Gliedstellung*. Na *Rechtsstellung* derivada de uma relação obrigacional, a liberdade de dispor, “exceto na posição de agricultor, ainda é, a princípio, concedida”¹⁴⁰.

Todavia – acrescenta Larenz – se entre a “posição jurídica” como *Gliedstellung* e a “posição jurídica” decorrente de uma relação entre sujeitos de mesma dignidade jurídica existe uma certa diferença, não se pode, por isso, falar em contraposição. Primeiramente, porque a “posição jurídica” de membro da comunidade compreende também relações interindividuais entre sujeitos jurídicos; e, depois, porque onde o direito é o direito da comunidade não pode haver relações jurídicas que não digam respeito à ordem da comunidade e à posição de membro da comunidade conferida ao particular.

Cada compra e venda, cada locação, cada relação obrigacional assumida pelos membros da comunidade (*Volksgenossen*) são submetidas às exigências da *Volksgemeinschaft* e a partir daí determinam o próprio conteúdo.

“Não existe relação jurídica – escreve Larenz – que diga respeito tão somente às partes e que, por assim dizer, escape ao ordenamento jurídico da comunidade. Muito pelo contrário: quando os membros da comunidade entram em contato uns com os outros, estipulam, cumprem ou violam contratos, eles estarão sempre sob o direito, suas ações impulsionam o ordenamento da comunidade ao cumpri-lo ou infringi-lo. Assim, a respectiva posição jurídica de cada um deve ser entendida somente a partir de sua posição na comunidade, cujo direito é a ordem”¹⁴¹.

139. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 250.

140. LARENZ, K. *Geneinschaft und Rechtsstellung*, op. cit., p. 38.

141. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 251. Coloco o destaque do texto em itálico.

Foi visto acima que, para Larenz, a diferença entre o *Befugnis* decorrente de uma *Glücksstellung* e a *Berechtigung* decorrente de uma relação obrigacional reside no fato de que, no primeiro caso, o sujeito não pode dispor da sua “posição jurídica” nem dos poderes e das prerrogativas vinculados a ele, enquanto, no segundo caso, o sujeito possui certo poder de dispor da sua “posição” dentro da relação obrigacional (da “posição” de locador, por exemplo) sobre “direitos” (no sentido não de *subjektiven Rechte*, mas de *Berechtigungen*) que dela derivam.

Em seguida, talvez ocorra a Larenz que se permitiu demais à autonomia do indivíduo e, portanto, ele procede, posteriormente, a um esclarecimento que é uma espécie de correção do tiro. Ele já havia dito que, no que se refere aos diferentes graus de disponibilidade da “posição jurídica” e dos poderes a ela vinculados, nos dois casos acima examinados, não se trata de uma diferença verdadeira e típica nem tampouco de opostos. Agora, ele acrescenta que, mesmo no caso da relação obrigacional, não se deve esquecer de “que ainda assim se trata de posição para o direito, para o ordenamento da comunidade do povo, da qual deve decorrer cada possibilidade de dispor”¹⁴².

Para afirmar a dependência da relação obrigacional em relação ao ordenamento da comunidade e para afastá-la da autonomia das partes, Larenz reformula tal relação como um fato orgânico, uma relação de vida que não pode mais ser resumida à soma dos direitos e deveres que ela origina¹⁴³.

“Se partirmos da posição legal como sendo uma relação com outros membros da comunidade, o elemento primeiro e fundamental não é mais o direito em si (*Berechtigung*), mas a relação jurídica como um todo, como relação de vida no seu próprio ordenamento. É a relação obrigacional como ‘organismo’, que fundamenta deveres e concede direitos (*Berechtigungen*), sem que nunca seja possível dividi-la em uma soma de direitos e deveres dos indivíduos”.¹⁴⁴

A relação obrigacional é concebida por Larenz não como uma relação entre as partes, e sim como uma articulação de direito objetivo, ou seja, como uma relação que é uma parte orgânica da ordem da comunidade, do “todo do povo” (*Volksganzes*). Assim, o conteúdo da relação obrigacional é determinado não apenas pela vontade das partes, mas também pela vontade daquela ordem e daquele “todo”, cujos interesses devem ser reconectados aos das partes que dão vida à relação. Essa determinação do conteúdo da relação obrigacional por parte da comunidade passa – nesta concepção – pela obrigação que incumbe às partes de agirem de boa-fé¹⁴⁵.

142. Ivi, p. 252. Coloque o destaque do texto em itálico.

143. Ver LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, op. cit., p. 38.

144. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 252.

145. O “uso excessivo” – como escreveu Guido Fassò – das cláusulas gerais é uma característica típica da doutrina jurídica nacional-socialista. A propósito, cf. FASSÒ, G. *Società, legge e*

“Todos os deveres e direitos dos indivíduos (*Berechtigungen*), que resultam dessa relação jurídica – escreve Larenz – são regidos pela ideia da recíproca obrigação de lealdade entre as partes, a qual determina a relação obrigacional como um todo. Eles estão sujeitos ao requisito da boa-fé (*Treu und Glauben*) no sentido determinante que tal requisito assume concretamente nessa relação jurídica”¹⁴⁶.

Não somente o conteúdo da relação obrigacional, mas também o exercício de “direitos” (*Berechtigungen*) daí resultantes, são determinados – segundo Larenz – pelos interesses da comunidade. O contrato – nessa perspectiva – é concebido como “meio de formação do ordenamento popular”¹⁴⁷. A comunidade, que não pode por si regular tudo e, portanto, necessita da colaboração responsável do indivíduo, reconhece a este, então, uma esfera limitada de autonomia, a qual, porém, é previamente determinada pelos objetivos a que a comunidade se propõe. O conteúdo do contrato “não pode depender somente da vontade das partes ou mesmo de uma delas, mas é determinado, de tempos em tempos, pelo ordenamento popular, isto é, pela lei e pela necessidade concreta de boa-fé”¹⁴⁸. De passagem, note-se aqui que Larenz dá um salto para além da doutrina tradicional juspositivista, não tanto quando reconduz a vontade das partes do contrato à vontade do ordenamento jurídico (à lei) e coloca limites ao exercício dos direitos vinculados à autonomia contratual, mas quando concebe o direito objetivo em termos não formalistas, como puro ordenamento material, e não como ordem formal de normas jurídicas, ou de norma emanada de acordo com determinados procedimentos de certos órgãos. Qualquer menção a procedimento e a órgãos formais desaparece, havendo referência a um indistinto “todo do povo” e a

ragione, Milão, Comunità, 1974. p. 117, nota 71. Para uma teoria sobre esse “uso excessivo”, ver HUBERNAGEL, G. Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: FRANK, H. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, op. cit., p. 971 e ss. As cláusulas gerais serviram ao nacional-socialismo, em particular, para: (1) conformar o sistema jurídico alemão às necessidades do novo regime, mantendo a antiga estrutura regulatória quase inteiramente intacta (principalmente, o BGB); (2) instaurar um sistema regido pela “incerteza jurídica” e, portanto, provocar uma sensação constante de insegurança e medo (primeiro, entre os juízes e, depois, entre os cidadãos), funcional para o desenho de um domínio ilimitado sobre os homens e a sociedade. Sobre esse último ponto, cf. ROTTLEUTHNER, H. *Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, op. cit., p. 22 e ss.

146. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 252. Coloco o destaque do texto em itálico.

147. LARENZ, K. *Vertrag und Unrecht*, 1ª. Parte, Vertrag und Vertragsbruch, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1936. p. 33.

148. Idem.

um mítico *Volksgeist*, por detrás do qual se pode entrever, sem muito esforço, o contorno do *Führerprinzip*¹⁴⁹.

Cada *Berechtigung* – escreve Larenz – pode ser exercitada apenas conforme a necessidade da comunidade do povo e assim é circunscrita em seu conteúdo. Portanto, os “direitos” (*Berechtigungen*), que podem derivar, por exemplo, da “posição jurídica” do comprador, não são “em si” direitos subjetivos; como tal, eles estão, na verdade, sujeitos à obrigação de serem exercidos conforme as necessidades da comunidade. Tal dever constitui o limite imanente desses “direitos”, os quais, portanto, não podem ser definidos como direitos subjetivos, visto que a livre disponibilidade do direito é um elemento essencial dessa figura jurídica¹⁵⁰.

A argumentação de Larenz a propósito dos direitos subjetivos e, em particular, dos direitos denominados “relativos” (que, mais dificilmente do que os “absolutos”, podem ser reformulados como poderes vinculados a um *status*) dá-se por afirmações radicais e apodíticas, atenuações do caráter absoluto da afirmação anterior, e por confirmações da radicalidade da afirmação que ele próprio fez, um pouco antes, mais ligeira e problemática. As oscilações começam onde se trata de delinear a relação entre indivíduo e comunidade. Por exemplo, Larenz fala de “indivíduos envolvidos na comunidade e, contudo, relativamente independentes dela”¹⁵¹. O jurista alemão afirma uma coisa e o contrário dela, acreditando escapar da contradição ao apelar para a lógica superior do pensamento dialético: “este é o ponto decisivo, que não pode mais ser compreendido em termos puramente racionais, mas captado apenas com o auxílio do pensamento dialético”¹⁵². Identidade e diferença entre dois conceitos podem ser afirmadas ao mesmo tempo, porque “aqui devemos entender a unidade não como tautológica, como identidade formal, mas como unidade dialeticamente distinta e, portanto, verdadeiramente ‘viva’”¹⁵³.

149. Ver, por exemplo, LARENZ, K. *Volkgeist und Recht*, op. cit., p. 57. Sobre *Führerprinzip*, cf. ANDERBRÜGGE, K. *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlim, Duncker & Humblot, 1978. p. 58 e ss.

150. Ver LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, op. cit., p. 32.

151. LARENZ, K. *Deutsche Rechtserheuerung und Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 29. Destaque meu.

152. Ivi, p. 23.

153. LARENZ, K. *Rechtsidee und Staatsgedanke, Einführung*, in: *Rechts idee und Staatsgedanke. Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte. Festgabe für Julius Binder*, herausgegeben von K. Larenz, Berlim, Junker und Dünnhaupt, 1930, p. V. “Assim – escreve Larenz –, direito e Estado apoiam-se mutuamente e são, guardadas suas respectivas diversidades, uma mesma coisa” (ibidem). Sobre o preconizado, destaque da lógica formal o emprego de uma “lógica imanente do concreto”, ver também LARENZ, K. *Deutsche Rechtserneuerung*, op. cit., p. 15, e LARENZ, K. *Zur Logik des konkreten Begriff*, op. cit., p. 279 e ss.

No tocante aos direitos relativos, a argumentação de Larenz ocorre conforme o seguinte. Inicialmente, afirma-se a unidade conceitual da *Berechtigungen* resultante de uma “posição jurídica” em relação aos outros membros e dos *Befugnisse* resultantes da “posição jurídica” de membro da comunidade. Tais “direitos” (emprego desse termo em sentido impróprio pela *Berechtigungen* e pelos *Befugnisse*) são ambos, em última instância, considerados como atribuíveis à figura do dever. O dever, aqui, não é, portanto, aquele jurídico-formal surgido da norma jurídica, que é o eixo em torno do qual giram as várias concepções juspositivistas, mas dever ético-material *relacionado à comunidade*, ou seja, para Larenz, relacionado àquele particular regime jurídico (o nacional-socialismo) que, na sua opinião, realiza os valores intrínsecos da comunidade. A diferença na concepção do dever jurídico é o efetivo marco entre a doutrina de Larenz e a tradição juspositivista.

Imediatamente depois, Larenz admitiu a diferença entre *Befugnisse* e *Berechtigungen*, pois os últimos são disponíveis, ao contrário dos primeiros. Tão logo reconheceu isso, ele aponta que a diferença entre *Befugnisse* e *Berechtigungen* não implica um contraponto conceitual entre ambos e que também as relações obrigacionais são integradas na ordem da comunidade e, portanto, carregam a própria determinação desta. Ambos os tipos de situação jurídica exprimem uma única categoria de *Rechtssstellung*. Mas essa última – aduz Larenz – pode distinguir-se em *gebunden* (a “posição jurídica” de membro da comunidade) e *nicht-gebunden* (a “posição jurídica” em relação aos outros membros), porque no primeiro caso os poderes derivados da “posição jurídica” não são separáveis desta, enquanto no segundo caso tal possibilidade é permitida de algum modo. Assim, depois de ter recordado que os direitos relativos são, por si, portadores do dever de um correspondente exercício conforme a necessidade da comunidade, e ter acrescentado que, mesmo no caso dos direitos relativos, a *Berechtigung* não é, em absoluto, um poder meramente subjetivo, e sim “fundado na posição jurídica”¹⁵⁴, Larenz torna a sustentar que, no tocante às relações obrigacionais, é possível realizá-las independentemente dos “direitos” dos indivíduos e da responsabilidade de cada um deles. Essa possibilidade resulta do fato de que, no caso das obrigações, o dever constitui um limite, mas não a determinação de seu escopo, assim como ocorre no caso das “posições jurídicas” como *Gliedstellungen* (por exemplo, a “posição jurídica” do pai, do tutor, do agricultor etc.).

“Geralmente, não se exige – ele continua – que o credor *determine* o preço de compra, o valor do aluguel ou os juros hipotecários; é suficiente que ele, ao invocar sua pretensão, se mantenha nos limites resultantes da boa-fé e das considerações tanto do bem comum quanto da legítima expectativa do devedor”¹⁵⁵.

154. LARENZ, K. *Rechtsperson und subjektives Recht*, op. cit., p. 253.

155. Idem. Coloco o destaque do texto em itálico.

Diferentemente do agricultor ou do pai – salienta Larenz – o credor não tem o dever de exercer os próprios “direitos”. Ele pode renunciá-los, pode cedê-los, pode gravá-los. No caso, essa independência das pretensões decorrentes da obrigação no que diz respeito à obrigação em si atinge o seu ápice. Tudo isso – admite Larenz mais uma vez – mostra que nas relações obrigacionais “o poder de disposição do titular do ‘direito’ (*des Berechtigten*) ainda tem certo significado”¹⁵⁶. Mediante a cessão de uma pretensão se resolve a relação jurídica unitária da qual essa pretensão é a expressão. Essa desintegração da relação jurídica em vários pedidos individuais é, dentro de certo limite – admite Larenz – uma exigência do processo econômico, mas pode levar a lamentáveis e preocupantes consequências e deve, portanto, ser limitada.

“A disciplina do *BGB*, que a princípio permite ceder cada pretensão individual e mesmo a pretensão futura sem considerar a estrutura inteira da relação jurídica, é – diz ele – esquemática, abstrata, e conduz frequentemente a resultados que contrariam a ideia de comunidade”¹⁵⁷.

O critério para limitar o desmembramento da obrigação jurídica, que em si é – para Larenz – algo de unitário, deve ser buscado no papel que a relação interpessoal, a relação de confiança entre as partes, desempenha na articulação da relação jurídica.

“Na medida que a relação pessoal predomina sobre o caráter puramente jurídico-patrimonial da relação jurídica, como hoje acontece na relação laboral, e mesmo na relação locatícia – escreve Larenz – uma cessão arbitrária de pretensões individuais, a exemplo do empregador ou do locatário, pode ir contra a obrigação concreta de lealdade”¹⁵⁸.

Da obrigação concreta de conduzir-se segundo a boa-fé, que determina a relação jurídica pessoal, implica – nessa perspectiva – uma limitação do poder de disposição da pretensão individual decorrente da relação. Quanto mais uma relação jurídica é condicionada à boa-fé e à confiança recíproca entre as partes, tanto mais essa relação tende a constituir-se como *Gliedstellung* dentro da ordem comunitária, e não como relação entre afiliados com igual dignidade jurídica, tanto mais essa determinada relação jurídica deve ser considerada “vinculada” (*gebunden*) e, portanto, não sujeita completamente ao poder de disposição das partes.

Larenz reconhece que, por mais que as pretensões individuais decorrentes de uma relação obrigacional sejam reconectadas à relação concreta subjacente que se

156. Ivi, p. 254.

157. Ivi, p. 255.

158. Ivi, p. 254.

entrelaça com a ordem comunitária e, logo, a determinados deveres, “o ‘direito’ individual (*Berechtigung*) não é contemporaneamente um dever em si”¹⁵⁹. Mesmo assim, não se pode pensar que com isso, com a *Berechtigung*, sobreviva uma parte do “velho” direito privado, pois também esse âmbito de competência atribuído aos indivíduos deve ser sempre considerado – dentro dessa atribuição – sob o ponto de vista da “comunidade”, a qual pode limitar em momento posterior ou senão reformular esse espaço de possibilidade concedido ao indivíduo.

“O interesse comunitário – escreve Larenz – permeia, antes de tudo, essa esfera por meio de múltiplos vínculos, de limitações à denominada ‘liberdade individual’, de ‘condições contratuais’ estipuladas de maneira genérica e, finalmente, por meio da moral pública que disciplina todo esse âmbito, de modo que, de fato, não há para qualquer das partes uma liberdade absoluta de determinação do indivíduo”¹⁶⁰.

Ao indivíduo resta apenas a possibilidade de participar da formação da ordem jurídica, uma *Mitgestaltungsmöglichkeit*¹⁶¹, que lhe é permitida pela comunidade (“*ihm von der Gemeinschaft überlassene*”¹⁶²).

Larenz, embora parta de uma concepção que afirma a prevalência absoluta do “todo” sobre a “parte” (ou seja, da comunidade ou do Estado sobre o indivíduo) e elimina esses conceitos jurídicos (em primeiro lugar, o direito subjetivo, que pressupõe a separação e certa autonomia do indivíduo em relação ao ordenamento jurídico), falha em representar um sistema jurídico no qual o indivíduo não é um mero destinatário de normas e um apêndice da comunidade, e apenas reflexamente assume relevância jurídica. O conceito de direito subjetivo, e com ele a ideia de autonomia do sujeito, é suprimido no tocante às denominadas posições jurídicas do membro (a *Rechtsstellungen* como *Gliedstellungen*), mas remanesce, mesmo mutilado a ponto de ficar quase irreconhecível, na chamada “posição jurídica na relação com outros membros da comunidade”. Larenz tem sucesso de um ponto de vista principalmente político, porque consegue liquidar a noção “burguesa” de direito subjetivo, substituindo-a pela *Rechtsstellung*, pela posição de pertença à comunidade, condicionando a posse de tal posição à fidelidade do indivíduo ao *status quo*. A *Rechtsstellung* é,

159. Ivi, p. 257.

160. Ivi, p. 258.

161. Ver LARENZ, K. *Gemeinschaft und Rechtsstellung*, op. cit., p. 38. Sobre direito em sentido subjetivo (*lex im subjektiven Sinne*) como instrumento de participação (*Anteil*), “de todos, ao capital próprio de uma comunidade”, ver também o que escreve outro filósofo nazista do direito, SCHÖNFELD, W. *Deutsche Rechtsanschauung*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. XXVII, 1933/1934. p. 463 e ss.

162. LARENZ, K. *Zur Logik des konkreten Begriffs*, op. cit., p. 287.

todavia, uma figura jurídica híbrida, uma espécie quimérica de “hircocervo”, com uma metade antiga de *status* feudal, ligada ao mito do sangue e à hierarquia de título, e outra metade moderna de função social, formalizada e projetada com objetivo de “produtividade” e articulada em uma estrutura que *também* é concebida como organização industrial eficiente.

Na doutrina nacional-socialista de Larenz, a *Rechtsstellung* revela-se um *status* que – diferentemente do que ocorreu na sociedade feudal – é concebido, antes de tudo, como uma função no âmbito de um organismo social integrado e unitário. A *Rechtsstellung* teorizada por Larenz não é, porém, a mera formalização da função social efetivamente desempenhada pelo sujeito, uma vez que essa função está envolta em uma aura mítica e sacralizada por sua conexão com a pertença à etnia alemã, requisito necessário. Na teoria do direito de Larenz, e em geral em toda a doutrina jurídica e política do nacional-socialismo, mesclam-se o mito do sangue e uma concessão industrialística e funcionalística de organização social. Os campos de extermínio são exemplos muito evidentes desse cruzamento de ideologia funcionalística e de mitologia racista: uma organização construída sob o modelo fabril segundo critérios de eficiência e destinada a servir o mito da pureza da raça.

Se Larenz, contudo, teve sucesso com a reformulação do direito subjetivo no *status*, na *Rechtsstellung*, falhou onde se propôs a suprimir a subjetividade do âmbito do sistema jurídico. Alguma subjetividade, ainda que mínima, deve ser reconhecida pelo ordenamento jurídico a seus membros e, com ela, o fato de que a iniciativa dos indivíduos é necessária ao movimento da máquina do direito, ou, na visão de Larenz, da “ordem de vida” da comunidade. O fato de a subjetividade não poder ser suprimida ou absorvida pelo ordenamento e pela comunidade demonstra, ademais, que a antinomia entre indivíduo e comunidade não é ideológica ou fictícia, como sustenta não somente Larenz, mas também Kelsen. “O indivíduo – escreve Larenz – que, frente à comunidade, está em um conflito aparentemente sem solução não passa de uma ideologia na luta a favor de certos interesses contrários a seus limites traçados pelo ordenamento coletivo”¹⁶³.

No entanto, permanece o fato de que um sujeito racional e, em certa medida, autônomo é pressuposto de todo ordenamento jurídico e sociedade. Estes, o ordenamento e a sociedade, podem reduzir ou ampliar *ad libitum* a esfera de movimentação do indivíduo, e até mesmo negar (ideologicamente) a existência do indivíduo como tal, como indivíduo autônomo. Uma sociedade e um ordenamento jurídico, e a respectiva cultura, podem compreender o indivíduo como um apêndice da coletividade. Isso ocorre, na verdade, na grande parte das sociedades humanas que até hoje se

163. KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, Viena, F. Deuticke, 1934; tradução para o italiano de R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, III ed., Turim, Einaudi, 1973. pp. 92-93.

sucederam no tempo e no espaço. É somente a partir da afirmação daquilo que Bobbio define o “modelo jusnaturalista” de sociedade que a sociedade passa a ser concebida como feita por homens que a compõem, e não como um organismo natural que incorpora e absorve aqueles homens em um todo orgânico¹⁶⁴. A sociedade e o ordenamento jurídico, quaisquer que sejam sua estrutura e sua ideologia, não podem, contudo, anular um dos elementos constitutivos do próprio fato social, a intencionalidade, nem podem renunciar a qualquer forma de subjetividade dos comportamentos¹⁶⁵. A liberdade do sujeito como elemento da constituição dos fatos sociais e do fenômeno jurídico resiste ao ataque mais feroz que já foi dirigido a ela. Isso, claro, é um mísero consolo. A liberdade “ontológica” do sujeito não garante, em absoluto, que ele não possa vir a ser privado de liberdade civil e política.

7. A ESPÉCIE “PARA” E A ESPÉCIE “CONTRA” O DIREITO SUBJETIVO.

CONCESSÃO CONFLITUALÍSTICA E TEORIA INTEGRACIONISTA DO DIREITO EM SENTIDO SUBJETIVO

Para avaliar o escopo e o significado subversivo relacionado à tradição jurídica precedente (acumulada na doutrina juspositivista do direito privado) da concepção de Larenz, parece interessante confrontar a teoria do direito em sentido subjetivo (da *Rechtsstellung*) desse jurista com aquela elaborada no século passado por um dos estudiosos que mais influenciou a doutrina jurídica moderna, Rudolf von Ihering. É conhecida a definição que Ihering dá sobre direito subjetivo na sua principal obra dogmática *Der Geist des römischen Rechts*: o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido¹⁶⁶. A concepção que esse autor tem de direito subjetivo, todavia, pode estar, na minha opinião, mais eficaz e globalmente delineada na sua famosa conferência *Der Kampf ums Recht*. Aqui, o tema do direito subjetivo vem tratado mais do ponto de vista de uma filosofia do direito do que de uma reconstrução dogmática dos conceitos jurídicos.

164. Cf. BOBBIO, N. Il modello giusnaturalistico, in: BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Società e stato nella filosofia politica moderna*. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano, Milão, Il Saggiatore, 1979. p. 17 e ss.

165. Cf. a observação de FALZEA, A. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milão, 1939. pp. 146-147, MESSINEO, F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, VIII ed., op. cit., p. 131, STEFANO, R. DE. *Diritto, linguaggio, volontà*, Reggio Calabria, Laruffa, 1981. p. 44; e WEINBERGER, O. Das institutionelle Dasein des Rechts, in: *Rechtstheorie*, caderno 6, D. Mayer-Maly, O. Weinberger, M. Strasser (ed.), Berlim, Duncker & Humblot, 1984. p. 252.

166. Cf. IHERING, R. von *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3ª parte, 1ª seção, 5. ed, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1906, § 60. p. 339 e p. 351. Sobre a concepção de direito subjetivo em Ihering, cf. FALZEA, A. *Introduzione alle scienze giuridiche*, primeira parte, Il concetto di diritto, Milão, Giuffrè, 1975. pp. 172-174.

Na conferência dedicada à “espécie para o direito”, encontramos primeiramente, no lugar da definição acima centrada na noção de interesse, uma definição diferente – ainda que com ela compatível: o direito subjetivo como “*Konkrete Ausmündung der abstrakten Regel*”. Para chegar a tal definição, Ihering parte da distinção entre direito em sentido objetivo e direito em sentido subjetivo.

“Direito em sentido objetivo – escreve esse autor – é a substância (*Inbegriff*) dos princípios jurídicos adotados pelo Estado, o ordenamento legal da vida; o direito em sentido subjetivo é a saída concreta da regra abstrata (*konkrete Ausmündung der abstrakten Regel*) no direito (*Berechtigung*) concreto da pessoa”¹⁶⁷.

Essa é, porém, a última e definitiva versão que Ihering nos dá do período supracitado. Na primeira edição da conferência, lemos apenas que há duas direções nas quais devem ser conduzidas a espécie para o direito, direção essa que coincide com o duplo significado do termo “direito” (*Recht*). Uma primeira direção é aquela da espécie pelo nascimento, a formação e o progresso do direito abstrato; a outra é “a espécie por realização dos direitos concretos”¹⁶⁸.

Na quarta edição revista e ampliada da conferência, Ihering modifica, desenvolve aquele período, bem como define a diferença entre direito em sentido objetivo e direito em sentido subjetivo da seguinte maneira:

“A expressão direito contém em si, como sabido, um duplo sentido, o do direito em sentido objetivo e o do direito em sentido subjetivo. No primeiro, entendemos a substância dos princípios jurídicos vigentes (*der Inbegriff der geltenden Rechtsgrundsätze*), o ordenamento legal da vida; no último, o sedimento (*Niederschlag*) da regra abstrata em um direito (*Berechtigung*) concreto da pessoa”¹⁶⁹.

O direito subjetivo, a partir da quarta edição da conferência, é assim definido expressamente como concretização do direito objetivo, como um fazer concreto da norma abstrata¹⁷⁰, segundo uma fórmula que será resgatada por Kelsen e que é paradigmática da concepção juspositivista do direito subjetivo. Essa concepção de direito subjetivo como fazer concreto da norma jurídica torna a ser proposta igualmente na teoria da *Rechtsstellung* de Larenz, a qual é concebida como uma “concretização”, uma *Konkretion* – segundo a expressão do jurista nazista – do ordenamento jurídico comunitário.

167. IHERING, R. von. *Der Kampf ums Recht*, 21. ed, Manz, Viena, 1925. p. 4.

168. IHERING, R. von. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Viena, 1872. p. 12.

169. IHERING, R. von. *Der Kampf ums Recht*, 4. ed., Manz, Viena, 1874. p. 5.

170. Mais adiante – na décima primeira e definitiva edição da conferência – Ihering fala de “direito subjetivo ou direito concreto” (von IHERING, R. *Der Kampf ums Recht*, 21. ed., op. cit., p. 13).

Não é, contudo, a definição de direito subjetivo como “direito concreto” o cerne da conferência de Ihering. Quando ele fala de “espécie para o direito”, refere-se predominantemente à espécie para o direito subjetivo, ou seja, ao agir do sujeito privado, do indivíduo, para a defesa de seus direitos. A tese de Ihering, observa-se, é a de que a espécie para o direito (subjetivo) constitui um dever dos associados, primeiramente relativa a eles mesmos como indivíduos, mas depois também em relação à comunidade.

A espécie por direito subjetivo é um dever do indivíduo em relação a si mesmo, em consideração ao escopo do direito subjetivo. Isso – afirma Ihering – transcende o interesse que nele é tutelado e assume um valor ideal, enquanto sua afirmação e sua negação constituem, respectivamente, a afirmação e a negação da personalidade moral do sujeito titular do direito.

“A aquisição do direito, a sua utilização e até o seu exercício nos casos de ilícito meramente objetivo – escreve Ihering – é mera questão de interesses – o interesse é um núcleo prático do direito em sentido subjetivo, mas, diante de um livre arbítrio, que se volte contra o direito, cada consideração materialista que identifique a questão do direito com a questão do interesse deixa de ser legítima, porque o golpe que o novo arbítrio acerta no direito atinge o direito e a pessoa simultaneamente”¹⁷¹.

O direito sobre algo – argumenta Ihering – está estreitamente ligado à pessoa, enquanto o vínculo entre o direito subjetivo e o objeto sobre o qual ele atua ou ao qual se dirige é constituído da *vontade* e do *trabalho* do indivíduo que é titular do direito. Por essa razão, pelo vínculo estreito entre direito e pessoa mediante o elemento da vontade ou do trabalho, o direito subjetivo assume um valor ideal, o valor de um “escopo ideal”¹⁷². “Tal nexa do direito com a pessoa – escreve ele – se atribui a todos os direitos, de qualquer tipo, esse valor incomensurável, que eu considero em contraposição ao valor substancial que eles têm sob o ponto de vista do interesse como valor *ideal*”¹⁷³. Isso vale – acrescenta Ihering – não apenas para a natureza

171. IHERING, R. von *Der Kampf ums Recht*, 21. ed., op. cit., p. 39. O “interesse”, que na concepção de Ihering constitui o “momento substancial” do direito subjetivo, não é mais concebido em termos exclusivamente econômicos. Entre os “bens” que o direito subjetivo deve garantir, Ihering inclui a personalidade, a liberdade, a honra e o vínculo familiar. Ele acrescenta que sem esses bens, de natureza ética (*Güter ethischer Art*), os demais bens tangíveis e visíveis, os bens materiais, “não teriam absolutamente nenhum valor”. (IHERING, R. von *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3. parte, 1. seção, op. cit., § 6, pp. 339-340).

172. Cf. IHERING, R. von *Der Kampf ums Rechts*, 21. ed., op. cit., p. 18.

173. Ivi, p. 40. Coloco o destaque do texto em itálico.

especialmente elevada, mas também para o mais rude dos homens, e explica o fato de que, frequentemente, o indivíduo enfrenta um longo e cansativo processo judicial pelo resultado bastante incerto, em detrimento de seu próprio material útil, pela afirmação do seu direito, “custe o que custar” – como o advogado costuma ouvir tantas vezes de seu cliente.

Ihering, entretanto, não sustenta que a espécie para o direito subjetivo seja um dever do indivíduo apenas para com ele mesmo. Essa espécie é concebida pelo grande jurista alemão como um dever do sujeito para com a *comunidade*¹⁷⁴: conceito que, no texto de Ihering do qual ora se trata, se parece não com o termo, precioso para Larenz, *Gemeinschaft* (porque cheio de valores míticos e portador de uma concepção organicista do ser social), mas sim como aquele mais enxuto e neutro de *Gemeinwesen*. A propósito, Ihering retoma o tema do direito subjetivo como “concretização” do direito objetivo. É verdade – ele escreve – que o direito objetivo constitui o pressuposto do direito subjetivo, já que “um direito concreto existe somente quando se apresentam as condições nas quais a norma jurídica (*Rechtssatz*) abstrata esteja vinculada à existência dele”¹⁷⁵. Sustentando isso, todavia, ele não entende que exauriu o tratamento do tema sobre a relação entre direito objetivo e direito subjetivo e o problema da natureza desse último. A concepção que afirma apenas a dependência do direito em sentido subjetivo do direito em sentido objetivo peca pela unilateralidade. A relação entre dois “sensos” do direito não segue somente uma direção, do direito em sentido objetivo ao direito em sentido subjetivo, mas também a direção contrária do direito em sentido subjetivo ao direito em sentido objetivo.

O direito – afirma Ihering – é por natureza “realização prática”¹⁷⁶. Uma norma jurídica que não mais opera realização na vida prática dos homens já não é mais norma, é somente uma peça enferrujada da máquina do direito. Essa norma nunca atuou ou não mais atua, como uma peça que nunca se movimentou ou não mais se movimenta pode ser eliminada, sem que implique alguma modificação do funcionamento da máquina jurídica. Isso vale – segundo Ihering – sem limitações para todas as esferas do direito, tanto para o direito privado quanto para o direito público ou o direito penal. Sobre isso, Ihering recorda que o direito romano reconhecia o *desuso* como fundamento ou método de ab-rogação da lei, e que no tocante aos direitos subjetivos alguns destes podem se extinguir por *nonusus*. Isso significa que o direito, seja “abstrato” (direito em sentido objetivo), seja “concreto” (direito em sentido subjetivo), exige como condição para a sua existência não apenas um enunciado em texto ou

174. Cf. *ivi*, p. 46 e p. 52. A respeito, cf. FALZEA, A. *Introduzione alle scienze giuridiche*, *op. cit.*, p. 177.

175. IHERING, R. *von op. ult. cit.*, p. 46.

176. *Ivi*, p. 47.

documento formal (uma lei, um regulamento, um contrato de direito privado), mas também, e sobretudo, a sua realização, a sua colocação em prática.

Ora, o direito objetivo – argumenta Ihering – é como o direito público se impõe mediante o dever imposto à autoridade e aos funcionários públicos de execução das leis, é como direito privado assegura a própria realização do direito subjetivo, isto é, confia-se à iniciativa e à autonomia das pessoas privadas. No direito privado, a execução das normas está condicionada à ativação do indivíduo, ou ao comportamento deste no sentido de fazer valer um direito seu que pode resultar na proposta de uma ação judicial. No caso do direito público, a realização jurídica da lei depende do cumprimento dos respectivos deveres por parte dos funcionários do Estado; ao contrário, no caso do direito privado depende do exercício dos direitos subjetivos. A realização ou a colocação em prática das normas de direito público fundamenta-se, portanto, em um ponto de vista substancial sobre a fidelidade dos funcionários ao ordenamento jurídico, enquanto a execução das normas de direito privado se funda na eficácia dos motivos que impelem o sujeito a fazer valer seus direitos.

“Desse modo – escreve Ihering –, podemos dizer: a realidade, a força prática das normas de direito privado está representada pelo exercício dos direitos concretos – assim como, de um lado, os primeiros receberão a respectiva vida da lei, estes últimos, de outro lado, a devolvem para ela”.¹⁷⁷

Não é apenas o direito subjetivo que, para existir, depende (como direito concreto) do direito objetivo (como direito abstrato), mas também este último, para existir na prática, depende – segundo essa concepção – da concretude do direito subjetivo. O direito objetivo é, então, uma condição do direito subjetivo, uma condição de concretização e realização. Nessa perspectiva, o direito objetivo resulta, então, das várias diretrizes de força que se manifestam na luta que cada indivíduo empreende para afirmar o seu direito (o seu interesse, mas também a sua “dignidade” de pessoa).

A concepção de Ihering sobre a relação entre direito em sentido objetivo e direito em sentido subjetivo não poderia ser mais distante daquela elaborada sobre o mesmo tema de Karl Larenz. O que separa Ihering do jurista nacional-socialista não é tanto a concepção dogmática do direito em sentido subjetivo, embora em um dos casos (em Ihering) isso se articule na figura do direito subjetivo e no outro caso (em Larenz) assuma a roupagem da denominada *Rechtsstellung*. A *Rechtsstellung* continua sendo um direito em sentido subjetivo, no entendimento de que essa ainda é (nem poderia ser diferente) uma *konkrete Ausmündung der abstrakten Regel*, uma “concretização” do ordenamento jurídico comunitário e de suas normas (estas – tal como aquelas do abominável direito liberal – de necessidade, em qualquer medida, “geral”

177. Ivi, p. 48.

e “abstrata”. Nada obstante, se a *Rechtsstellung* é uma espécie de “direito em sentido subjetivo”, ela não é de todo um “direito subjetivo”, pelas razões ditas anteriormente e que podemos resumir do seguinte modo: a) A *Rechtsstellung* é uma espécie de direito em sentido subjetivo na qual – ao contrário do que ocorre no tocante ao direito subjetivo – vige a “reciprocidade” entre pretensão e dever, no sentido de que se pode fazer valer a pretensão apenas se cumprido o dever¹⁷⁸. b) A *Rechtsstellung* – sobretudo a *Rechtsstellung als Gliedstellung* (como posição de membro da “comunidade do povo”) – compete ao indivíduo não em razão de sua livre aquisição pelo sujeito (como acontece na maior parte dos direitos subjetivos), ou em razão de sua natureza de ser humano (como acontece no ordenamento jurídico liberal para certos direitos personalíssimos e políticos e para a capacidade jurídica), e sim unicamente em razão (i) de sua fidelidade ao regime político nacional-socialista, (ii) de seu pertencimento à raça germânica e (iii) de seu papel social (de agricultor, empregado, pai, soldado etc.).

A primeira diferença importante entre Ihering e Larenz é que aquele sustenta uma concepção voluntarista do direito, enquanto este, ao contrário, elabora uma teoria organicista do direito. Ihering é um juspositivista e assim permanece mesmo depois que se desapega da “jurisprudência de conceitos”. A sua concepção de direito continua, de fato, sempre voluntarista, imperativista. Sabe-se que a norma jurídica é – segundo Ihering – um “imperativo condicionado”¹⁷⁹. Não é esse, porém, o significado de “positivismo jurídico” que aqui se enfatiza. A expressão “positivismo jurídico” pode ser utilizada, na minha opinião, ao menos em dois sentidos principais¹⁸⁰.

No primeiro sentido, amplo, o positivismo jurídico é a concepção que entende o direito como produto da vontade humana. Nesse sentido, o positivismo jurídico

178. Para esse conceito de “reciprocidade” entre direitos e deveres, cf. LUHMANN N., *Zur Funktion der subjektiven Rechte*, op. cit. Sobre a ausência de distinção entre um “direito” contraposto a um “dever” na sociedade antiga e sobre o conceito de “status” que exprime essa distinção, são interessantes as observações de LAMONT, W. D. *Law and the Moral Order*, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1981. p. 48.

179. IHERING, R. von. *Der Zweck im Recht*, v. I, 5. ed., Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1916. p. 272. A propósito da relação entre direito e força (ou violência), Ihering escreve que ela desempenhou um papel essencial na “educação da humanidade ao direito” e honra “*die Mission der Gewalt*”, que consistiu em “acostumar a vontade a submeter-se, a reconhecer uma vontade superior a si própria” (IHERING, R. von *Der Zweck im Recht*, v. I, 5. ed., op. cit., pp. 196-197).

180. Para os diferentes significados possíveis do termo “positivismo jurídico”, remete-se obrigatoriamente a BOBBIO, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milão, Edizioni di Comunità, 1965. p. 101 e ss., BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, II ed., Turim, Giappichelli, 1979. p. 151 e ss., e SCARPELLI, U. *Cos'è il positivismo giuridico*, Milão, Edizioni di Comunità, 1965, passim. Cf. também KELSEN, H. Was ist juristischer Positivismus? In: *Juristen zeitung*, ano 20, 13 ago. 1965. p. 465 e ss.

contrapõe-se ao jusnaturalismo (o qual considera o direito essencialmente como obra de agentes externos e superiores ao homem). No segundo sentido, mais estrito e dogmaticamente (e talvez historicamente) mais adequado, o positivismo jurídico é a concepção que percebe o direito como produto exclusivo do soberano político (do Estado) e como fenômeno completamente autônomo relativo à moral e aos demais âmbitos da sociedade. Seguramente, Ihering é juspositivista em ambos os sentidos, até a sua descoberta anti-informalista, e permanece juspositivista, ao menos no primeiro sentido, por toda a sua vida. Aqui, pode-se encontrar um dos motivos de divergência entre a teoria de direitos em sentido subjetivo de Ihering e aquela de Larenz.

Ihering afirma que o direito é apenas e exclusivamente um produto da vontade humana. Já o Larenz nacional-socialista não pensa assim. Este último escreve, por exemplo:

“A hodierna ciência jurídica alemã reconhece-se na concepção segundo a qual o direito não é somente um sistema de normas sociais garantido por um poder coercitivo, mas sim a ordem da vida (*Lebensordnung*) real e vinculante de uma comunidade em geral fundada não sobre o arbítrio (*Willkür*), e sim sobre a unidade de sangue (*auf blutmäßiger Einheit*) e a comunhão de destino (*Schicksalverbundenheit*) do povo”¹⁸¹.

Para Larenz, o direito, conseqüentemente, não é tanto uma criação humana ou um ordenamento determinado histórica (segundo uma concepção da História como “destino”) e biologicamente (em adesão à “teoria da raça”). O direito – nessa perspectiva – é uma ordem necessária que escapa ao controle e à determinação da ação humana. Tal doutrina tem uma repercussão imediata sobre a teoria do sujeito jurídico e do direito subjetivo. A ideia do sujeito de direito como fonte de direito (embora secundária), ou seja, como sujeito que contribui para a produção do direito, e ideia de direito subjetivo como instrumento dado ao sujeito para a realização dessa sua prerrogativa, isto é, como instrumento de produção voluntária e consciente do direito, são possíveis lógica e ideologicamente apenas quando se afirma uma concepção do fenômeno jurídico que veja isso como produto do homem, quer dizer, como “direito positivo”. Em uma concepção de direito na qual isso é concebido como um fato supraordenado da atividade humana – como acontece na doutrina de Larenz – o homem não pode ser propriamente “sujeito” (criador) do direito. Em tal concepção, “sujeito” de direito poderá ser apenas uma entidade sobre-humana, transcendental (Deus, a entidade divina, o legislador único do Universo, ou a História, o Destino, o Espírito, a Raça) e – como tal entidade puramente metafísica precisa de um

181. LARENZ, K. *Sitte und Recht*, in: *Zeitschrift für Deutsche Kultur philosophie*, v. 5, 1939. p. 232.

representante terreno – existirá aquele que “encarna” a entidade transcendental (o pontífice máximo, o secretário do partido, o *Führer*).

Há, contudo, outra diferença importante entre a concepção de direito em sentido objetivo de Ihering e aquela de Larenz. Ela consiste na conexão distinta, que pode ser encontrada nos pensamentos dos dois autores aqui considerados, entre direito em sentido subjetivo e personalidade e, então, na distinta dignidade por ambos atribuída ao direito em sentido subjetivo no âmbito do sistema jurídico. Segundo Ihering, o exercício do direito subjetivo é um dever do indivíduo relacionado a si próprio, uma vez que a afirmação do direito subjetivo é auxiliar ao desenvolvimento da personalidade individual,¹⁸² que ainda é – para esse jurista – a sede principal da moralidade. Para Larenz, diferentemente, a moralidade, ou melhor, a “eticidade”, não reside no indivíduo, e sim na comunidade. Não que o exercício do direito em sentido subjetivo seja – segundo esse autor – um dever, mas tal direito é, em si mesmo, um dever, o que coincide com o dever de contribuir para os fins da *Volksgemeinschaft*, dispostos em um nível diverso (e superior) dos fins individuais.

Ihering tem uma visão da sociedade e do direito como elementos conflitantes. Ele concebe a sociedade, antes de tudo, como a soma dos indivíduos que a compõem, e não como um ente que se sobrepõe aos indivíduos. “Uma nação – ele escreve – é, definitivamente, apenas a soma de todos os indivíduos e, assim como os indivíduos sentem, pensam e agem, também sente, pensa e age a Nação”¹⁸³. De acordo com Ihering, a ordem da sociedade decorre da ação livre dos indivíduos que dela são membros. Igualmente, a ordem jurídica seria o produto do exercício dos direitos dos indivíduos. Da luta de cada um pelo seu direito resultaria, espontaneamente, a ordem jurídica e realizar-se-ia o direito objetivo¹⁸⁴.

Segundo Ihering, a luta pelo direito subjetivo é, então, um dever do indivíduo não apenas em relação a si mesmo, mas também em relação à comunidade. A existência e – sobretudo – a vitalidade da sociedade, de fato, depende, em tal concepção,

182. A concepção pela qual o exercício do direito é uma “fonte importante da dignidade” da pessoa foi revivida por GEWIRTH, A. Why Rights are Indispensable, in: *Mind*, v. XCV, 1986. p. 335. Uma teoria análoga dos direitos é defendida por FEINBERG, J. *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, Princeton-NJ, Princeton University Press, 1980. p. 148 e ss.

183. IHERING, R. von *Der Kampf ums Rechts*, 2. ed., op. cit., p. 67.

184. A espontaneidade da ordem jurídica social constituída a partir da autonomia privada é um postulado das doutrinas jurídicas que refletem o estágio da “evolução” do fenômeno jurídico que, a começar por Max Weber, os sociólogos do direito geralmente definem como “direito racional formal” (cf. WEBER, M. *Rechtssoziologie*, edição a partir do manuscrito e apresentada por J. Winckelmann, 2. ed. rev., Neuwied-Berlim, 1967. p. 329 e ss.). A respeito, cf. também TEUBNER, G.; WILLKE, H. Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 5, 1984. p. 20.

da respectiva luta. Isso ocorre por duas razões: *a)* por uma razão ética, já que a comunidade pode se tornar um organismo eticamente vital apenas se os seus membros agirem eticamente (ou seja, afirmam-se – com o exercício dos respectivos direitos – a respectiva personalidade individual); *b)* por uma razão estrutural-social, enquanto a comunidade, como organismo, resulta do movimento autônomo dos indivíduos, isto é, da realização e do desenvolvimento da esfera de autonomia que lhes é atribuída (e, então, do exercício de seus direitos). Ihering é, em suma, um teórico conflitualista. Na sua opinião, a ordem jurídica produz-se na luta dos indivíduos pelos próprios direitos, os quais não dizem respeito apenas aos seus interesses, digamos, “materiais”, mas também à sua dignidade e personalidade moral. Nota-se aqui, aliás, a profunda diferença entre essa concepção do conflito e a teoria do “amigo-inimigo” de Carl Schmitt. Enquanto na visão de Ihering a luta é intracomunitária, ou seja, age dentro de dita sociedade e constitui o íntimo mecanismo regulador, para Schmitt a luta (que aqui é *guerra total*, conflito direto para aniquilação do adversário) deve ser conduzida externamente à comunidade¹⁸⁵. Esta, de fato, é vista por Schmitt como organicamente compacta e homogênea: a determinação do “inimigo” serve para traçar os limites. O “inimigo” é, na teoria de Schmitt, o “outro” e tem a função de compactar o campo dos “amigos”, para fazê-los cerrar as fileiras, de modo que estes (os “amigos”) possam se reconhecer como tais (como “amigos”) graças à presença do “inimigo” (do “outro”).

Larenz, ao contrário de Ihering, é um teórico integracionista e antipluralista. Na concepção de Larenz, a ordem da comunidade (e do direito) preexiste à atividade dos indivíduos. Esta é aqui concebida como função de um sistema pré-determinado. Não é na atividade autônoma do indivíduo dirigida a seus próprios fins que se constancia o exercício da *Rechtsstellung*, mas na atividade heterônoma dirigida aos fins da comunidade; não no empenho de uma luta, mas no cumprimento de uma função. O exercício da *Rechtsstellung* não é luta, e sim função; esta não tem como efeito o *conflito* entre os indivíduos e os papéis sociais, e sim a integração destes na ordem comunitária.

Os titulares da *Rechtsstellung* não são “indivíduos” dotados de personalidade moral própria, “pessoas”, mas “membros” de uma comunidade (ora pode ser a comunidade geral de sangue, a *Volksgemeinschaft*, ora uma comunidade mais restrita fundada no pertencimento a uma certa profissão, a um certo papel, a um certo lugar). Eles são seres morais apenas reflexamente, na medida em que pertencerem à *Volksgemeinschaft*. Os membros da “comunidade do povo” não são titulares potenciais

185. Cf. SCHMITT, C. *Der Begriff des Politischen* – Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Dunker & Humblot, 1963. p. 29, onde o “inimigo” e o “amigo” são definidos não como indivíduos *hostis* entre si, e sim como coletividades contrapostas.

de qualquer direito (nem portadores de qualquer fim), mas somente titulares atuais de uma função ou de um ofício relevante para a organização da comunidade (e, logo, portadores apenas dos fins que coincidam com os da comunidade)¹⁸⁶. Utilizando uma terminologia cara à Sociologia do Direito, podemos dizer provavelmente que a contraposição entre a concepção de Ihering e a de Larenz reflete, de maneira paradigmática e exacerbada, o contraste entre a “racionalidade formal” e a “racionalidade material” do direito¹⁸⁷.

A teoria de Ihering representa bem uma visão do direito como “cenário” no qual o jogo dos papéis é confiado inteiramente à decisão das partes interessadas, o que Luhmann denomina “programa condicional”¹⁸⁸. Em vez disso, Larenz é o arauto de uma *Weltanschauung* dirigista e instrumentalista do direito que percebe este principalmente como instrumento de direção da sociedade, arma de poder, *arcanum dominationis* – como nota Franz Neumann na sua análise da doutrina e da instituição jurídica nacional-socialista¹⁸⁹. Nessa “concepção de mundo”, o jogo dos papéis sociais¹⁹⁰ é total e inconsequentemente pré-determinado em funções não mais negociáveis e modificáveis¹⁹¹.

186. A ideia de “posição jurídica” do *Volkgenosse* – tal como teorizada por Larenz – pode ser compreendida por uma metáfora que Joseph Roth usa para desenhar e criticar o estatuto atribuído ao ser humano da *Weltanschauung* do nacional-socialismo alemão. A referida metáfora é aquela da “árvore”. O homem – para a *Weltanschauung* (e para Larenz) – é “plantado” no terreno da comunidade nacional, está conectado de maneira orgânica tal como a árvore em relação à terra, privado da possibilidade de destacar-se da comunidade e de mover-se livremente, preso à vida no “lugar” que lhe é atribuído por seu “destino” (o qual, na doutrina de Larenz, resulta de três elementos: “raça”, classe e fé política). Roth escreve: “O homem não é uma árvore [...] O homem não é, de modo algum, um carvalho. O carvalho é prisioneiro e o homem é livre [...] Deus deu ao homem pernas e pés para que ele pudesse vagar pela terra que é sua. Peregrinar não é uma maldição, mas sim uma bênção.” (ROTH, J. *Berliner Saisonbericht*. Reportagen und journalistische Arbeiten 1920-1939, edição e prefácio de K. Westermann, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1984. p. 425).

187. Sobre essa terminologia, cf. WEBER, M. op. cit., p. 124 e ss.

188. Cf. LUHMANN, N. *Zweckbegriff und Systemrationalität, Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, II ed., Frankfurt-Main, Suhrkamp, 1973. p. 101 e ss. e p. 242 e ss.

189. Cf. NEUMANN, F. *Behemoth*. The structure and practice of National Socialism (1933-1944), Londres, Frank Cass, 1967. p. 448.

190. Sobre o conceito de “jogo de papéis”, cf. O. WEINBERGER, *Analytische-dialektische Gerechtigkeitstheorie. Skizze einer handlungstheoretischen und non-kognitivistischen Gerechtigkeitstheorie*, agora in: WEINBERGER, O.; MACCORMICK, D. N. *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlim, Dunker & Humblot, 1985. p. 176 e ss.

191. Cf. TEUBNER, G.; WILLKE, H. op. cit., p. 21 e ss.

No sistema jurídico preconizado por Karl Larenz,¹⁹² a luta não é engajada “a favor”, mas “contra” o direito subjetivo.¹⁹³



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Filosofia

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil –constitucional, de Thiago Reis – RDCC 11/213-238; e
- Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo), de Otavio Luiz Rodrigues Jr. – RT891/65-106 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 1/829-872.

192. A expressão “luta contra o direito subjetivo” é explícita e enfaticamente usada pelos juristas nazistas. Ver SCHÖNFELD, W. Der Kampf wider das subjektive Recht, in: *Zeitschrift der Akademie für deutsches Rechts*, ano 4, 1937. p. 107 e ss.

193. Traduzido do original italiano: LA TORRE, Massimo. Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milão: Giuffrè, IV série, LXIV, p. 594-658, out.-dez. 1987.