

“VON RECHT ZUM UNRECHT”, A FALÁCIA DO MÉTODO JURÍDICO NO (NÃO) DIREITO NAZIFASCISTA

“VON RECHT ZUM UNRECHT”, THE FALLACY OF THE LEGAL METHOD IN THE NAZI-FASCIST (NON)LAW

RAONI BIELSCHOWSKY¹

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Belo Horizonte (MG). Brasil.

RESUMO: Com alguma frequência vê-se argumentado por alguma teoria do direito e/ou da constituição que regimes políticos autoritários estariam relacionados a determinada teoria jurídica, sendo muito comum que a experiência nazista seja tomada como exemplo paradigmático. Curiosamente, no entanto, por vezes essa relação é traçada entre o regime nazifascista e o positivismo, por vezes ela feita em sentido contrário, apontando para a relação do nazismo com posturas antiformalistas. Desse modo, é possível levantar o problema: há alguma relação entre determinadas teorias, metodologias e/ou retóricas jurídicas e regimes autoritários? O objetivo deste trabalho é apontar que não é possível traçar uma relação de implicação entre regimes autoritários, particularmente regimes nazifascistas, com qualquer teoria ou método jurídico específico, seja ela positivista ou antiformalista. Assim, trata-se de pesquisa teórica, baseada em fontes bibliográficas de teoria e historiografia constitucional, que explora a questão, levantando que regimes nazifascistas utilizaram tanto retóricas jurídicas antiformalistas, na Alemanha, quanto positivistas na França do Regime de Vichy, para impor sua agenda autoritária e seus abusos. Por desdobramento, conclui-se que eventuais déficits de controlabilidade decisórias e quadros de exceção judicial estão especialmente mais relacionados à fuga de qualquer teoria/metodologia jurídica que a uma postura específica.

PALAVRAS-CHAVE: metodologia jurídica; formalismo; antiformalismo; direito nazista; exceção; racionalidade decisória.

ABSTRACT: Frequently it is argued in the juridical field that authoritarian regimes could be related to some specific jurisprudence, methodology or legal theory, and it is very common to take Nazi experience as a paradigmatic example of that. Interestingly, however, sometimes this relationship is taken between the Nazi-fascist regime and positivism, sometimes it is drawn in the opposite direction, pointing to the relationship between Nazism and anti-formalist postures. Thus, it is possible to raise the question: is there any relation between certain jurisprudence, legal theory, methodology or rhetoric and authoritarian regimes? The main objective of this work is to indicate that it is not possible to identify any implication between authoritarian regimes, particularly nazi-fascists regimes with any specific legal theory or methodology, positivist or anti-formalist. This is a theoretical research, based on bibliographic sources, especially from constitutional theory and constitutional historiography, which explores the issue, pointing out that Nazi-fascist regimes used both anti-formalist and positivist legal rhetoric, in Germany and in Vichy France, respectively, to impose their authoritarian agenda and abuses. As a result, it is concluded that any deficits in decision-making controllability and cases of judicial exception are especially more related to the avoidance of any legal theory/methodology than to a specific posture.

KEYWORDS: legal methodology; formalism; anti-formalism; Nazi Law; exception; rational judicial decision-making.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2316-3534>

INTRODUÇÃO

A primeira metade do século XX foi marcado por modificações, disputas e construções teórico-políticas extraordinárias: a primeira guerra e consequente queda das mais importantes dinastias centro-europeias; a erupção de grandes mudanças políticas e sociais e de promessas emancipatórias como a da Revolução Russa; a tentativa de projetos constitucionais programáticos, sociais e democráticos, como é paradigmático aquele da Constituição de Weimar, com sua primeira tentativa de conciliação entre constitucionalismo e democracia de massas; além da ascensão de regimes autoritários nazifascistas que, de certa forma, encerram esse período e foram o centro da segunda-guerra mundial.²

No mundo jurídico, o início dos novecentos também foi um momento de grande aprofundamento reflexivo e tensionamento de discussões. Para ilustrar esse contexto, vale citar o evento conhecido como a *luta pelo método* (*Methodenstreit*). Nele, os mais importantes teóricos do direito e do Estado do palco alemão disputaram o método e as condições do conhecimento do *Direito do Estado* (*Staatsrechtlehre*), quando se destacaram, sobretudo, nomes como Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller. Diante desse episódio, é possível afirmar, inclusive, que foi a partir desses debates que se deu um certo superar das respostas formalistas do *Gesetzespositivismus* clássico, típicas da *Teoria Geral do Estado*, e a autonomização da própria da Teoria da Constituição como disciplina.

Desde o imediato pós segunda guerra até hoje, várias foram as leituras que buscaram relacionar a ascensão e o, ainda que provisório, sucesso político dos regimes nazifascistas a um método jurídico. Curiosamente, no entanto, as vozes que apontam para essa relação não são uníssonas. Pelo contrário, haverá autores que ligarão a ascensão do nazismo na Alemanha às fragilidades permitidas pelo positivismo, como pretendeu a bastante difundida leitura de Gustav Radbruch (1946) e como é comum a certas interpretações brasileiras, muito especialmente aquelas ligadas a certo “neoconstitucionalismo brasileiro” (Barroso; Barcellos, 2003). Por outro lado, algumas leituras apontam para um patente caráter antiformalista do

² Esta comunicação é parte de investigação que se desenvolve no âmbito do projeto de pesquisa “Crises da Democracia - Politeia: cultura política, teoria e identidade constitucional”, que conta com o apoio financeiro o CNPq.

“método jurídico nazista” e para a imensa flexibilidade e liberdade do intérprete na aplicação do direito autoritário, como o fazem Matos e Souza (2017), ao que pretendem, inclusive, certa “sobrevivência do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira”.

Assim sendo, o presente artigo tem o objetivo de discutir questões do “método jurídico” ou, mesmo, de uma “metodologia jurídica” para validação de modelos autoritários e sua relação com o direito ou, possivelmente melhor dito, com o/um *não direito* nazifascista.

Para tanto, se valendo de referenciais de teoria e historiografia constitucional, aqui se apontará que, na verdade, não é possível traçar uma relação de implicação entre certa teoria, metodologia, argumentação ou retórica jurídica, e regimes nazifascistas.

Ao contrário do que afirma a *Lenda do positivismo*, não havia predominância do positivismo jurídico na Alemanha do regime nazista (Valadão, 2022), tampouco no período imediatamente anterior a ela. Na verdade, na virada dos anos 1920/30, teorias, metodologias e retóricas antiformalistas foram predominantes nas disputas teóricas e práticas judiciais. Assim, a hipótese da relação entre positivismo jurídico e regime nazista alemão, não é possível por uma questão de partida: não é verdade que uma suposta teoria jurídica nazista alemã fosse positivista, nem mesmo retoricamente, ou que certo “formalismo jurídico asséptico”, dominante, tivesse sido incapaz de segurar a ascensão nazista. Historicamente o positivismo já não era uma teoria hegemônica no cenário alemão a partir da segunda metade dos anos 1920.

Por outro lado, também não é possível relacionar, como fazem Matos e Souza (2017), o antiformalismo jurídico a projetos autoritários, especialmente a projetos nazifascistas. Para enfrentar essa questão, primeiro se lançará luzes para o fato de que, se por um lado é possível apontar para certa continuidade da retórica jurídica antiformalista dos últimos anos da República de Weimar no regime hitlerista, por outro, várias teorias e métodos antiformalistas da época se apresentaram como tentativas de resistir a abusos de poder, não para sua validação. Para a exposição, se explorará as teorias de Hermann Heller e Rudolf Smend, os dois autores antiformalistas da *luta pelo método* que, de modos diferentes, em algum momento buscaram defender a estrutura constitucional de 1919. Mas, mais que isso, também se olhará para o fato de que, do outro lado da fronteira, na França, a retórica utilizada pelo regime nazifascista para “validar” suas violências foi a positivista.

Assim, na primeira seção do desenvolvimento se tratará de algumas questões do contexto alemão, de predomínio antiformalista, para, na sequência, se apontar o farol para a realidade da teoria e metodologia jurídicas prevalentes no Regime de Vichy (1940-44), da França ocupada. Como mencionado, ali predominou uma teoria e retórica jurídica de cunho eminentemente formalista, nos termos do positivismo francês, que foi usada para validar os atos de poder do regime nazifascista.

O primeiro objetivo, portanto, é apontar que, no fundo, nem o antiformalismo, tampouco o positivismo jurídico, podem ser intrinsecamente relacionados aos regimes nazifascistas. Na verdade, em ambas as circunstâncias o mais preciso é indicar que houve a manipulação de retóricas já preexistentes, para tentar “legitimar/validar” um regime de força, violência e exceção.

Por fim, se buscará um diálogo mais direto com Matos e Souza (2017), que pretendem estabelecer uma relação entre teorias antiformalistas e decisões judiciais autoritárias, inclusive no quadro brasileiro. O argumento principal dos autores é que: algumas das teorias de interpretação/aplicação do direito mais difundidas no mundo jurídico, especialmente no Brasil, nomeadamente, aquelas desenvolvidas por Robert Alexy e por Ronald Dworkin, teriam fortes ligações estruturais com o que o texto pretende identificar como uma “teoria jurídica nazista”, ainda que de modo inconsciente.

O diálogo pretende ser estabelecido concordando com algumas questões levantadas por Matos e Souza (2017), especialmente no que diz respeito a identificar um déficit de coerência e “*controlabilidade*” em relação à racionalidade decisória no Brasil. A exposição que aqui se fará, no entanto, discordará do texto mencionado em um ponto central, buscando demonstrar que: não há uma conexão dessas falhas com uma suposta *teoria jurídica nazifascista*, seja ela presente ou herdada. Isso porque talvez seja até mesmo difícil afirmar da existência de “uma teoria jurídica nazifascista”. Nesse sentido, parece possível pensar com Franz Neumann (2009, p. 451-452) que a experiência político-normativa nazista, no fundo, é um elemento complexo e amorfo, um *Behemoth*, que, inclusive, talvez seja melhor identificável como um *não Estado de não Direito*. Sobretudo quanto à dimensão jurídica, essa compreensão também pode ser bem

representada na expressão “*vom Recht zum Unrecht*”,³ por vezes utilizada para ilustrar a vida jurídica no regime nazista.

Assim, a conclusão se encaminha para apontar que a relação possível a ser estabelecida entre exceção e decisões judiciais abusivas é com o desprendimento em relação a qualquer teoria/metodologia do direito, seja ela qual for. De certo modo, com a fuga de qualquer racionalidade jurídica.

1. E SE A CULPA FOSSE DO ANTIFORMALISMO JURÍDICO? APONTAMENTOS SOBRE O MÉTODO JURÍDICO NA ALEMANHA NAZISTA (1933-1945)

As primeiras interpretações da vida jurídica e judicial do período nazista, construídas após a segunda guerra mundial, apontavam para um predomínio de certo positivismo jurídico que teria sido incapaz de resistir às forças nazistas (Valadão, 2022). Também nessa direção, o argumento *reductio ad hitlerum* contra o positivismo – isto é, de que o positivismo jurídico teria contribuído ou, mesmo, teria sido responsável pelo nazismo – é bastante corrente e difundido no debate brasileiro, sobretudo a partir de uma determinada leitura do se identifica como neoconstitucionalismo. Apenas para ficar em um exemplo paradigmático, Barroso e Barcellos apontam que:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (Barroso; Barcellos, 2003, pp. 146-147)

³ A expressão no alemão possui uma ambiguidade enriquecedora, que, embora também possa ser de algum modo identificada no português, na língua alemã apresenta-se como mais evidente. Ao mesmo tempo em que “*vom Recht zum Unrecht*” significa a dicotomia *do direito ao não-direito*, também pode significar *do correto ao incorreto*, por conseguinte, também sua variação *do direito ao incorreto* ou, mesmo, *Do Direito ao injusto* (Curran, 2002, p. 103). Nesse sentido, há um famoso texto de Radbruch (1946) nomeado *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* que pode ser traduzido por *Injustiça legal e direito supralegal*, que recebeu uma interessante resposta de Ingo Müller (1979), justamente jogando com as palavras no sentido contrário *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht: Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre*, que pode ser traduzido como *Direito legal e injustiça supralegal: Gustav Radbruch e a continuidade da Teoria do Direito do Estado (Direito Constitucional) alemã*.

No entanto, no desenrolar do século XX, as análises e pesquisas históricas sobre o período caminharam no sentido de se afastar dessa leitura, identificando que nos anos 1930 e 1940, o que havia era uma prevalência de visões e práticas antiformalistas na teoria jurídica e nas cortes. Ainda que não tenha havido uma unidade quanto à metodologia na vida jurídica da Alemanha nazista, diferentemente do que classicamente apontou Radbruch (1946), o que realmente marcou o período foi uma ampla existência e difusão de modelos e métodos jurídicos antiformalistas, como apontam alguns dos principais historiadores do direito alemão (Stolleis, 1998; Rüthers, 2016).

Isso também é o que corretamente apontam Matos e Souza (2017), por exemplo, quando, detalham algumas das propostas de Schmitt, Wolff e Larenz, juristas especialmente ligados a construções jurídicas nazistas. A referência a uma comunidade de valores; de um modo geral ancorada em uma ordem concreta ou, mesmo, a uma tradição nacional; lida e articulada na vontade comum personificada na vontade do *Führer*; é marca, não apenas da construção desses três juristas, mas de outros nomes até mais íntima e longamente ligados ao nacional-socialismo, como é o caso de Otto Koellreutter.

É seguro, no entanto, que o predomínio de posturas antiformalistas entre os desenhos e as teorias de aplicação do direito apresentados por juristas nazistas, não significa que posturas antiformalistas sejam, necessariamente, nazistas. Pelo contrário, é possível afirmar que o que de algum modo ocorreu no mundo jurídico alemão dos anos 1920/30/40, especialmente do direito público, foi alguma continuidade em relação ao cenário anterior. O antiformalismo já vinha se configurando como postura predominante no quadro alemão desde muito antes de 1933 (García Amadeo, 1991; Ott; Buob, 1993; Curran, 2001).

De fato, é correto afirmar que as origens do direito público germânico, com Gerber e Laband, estão associadas a uma forte tendência formalista, legada da tradição jusprivatista. Essa influência chega ao século XX e, de algum modo, ao *normativismo* kelsiano. Este, no entanto, partindo de certo criticismo de matiz neokantista, acabou por complexificar as questões epistemológicas colocadas à postura formalista, fazendo expandir essas discussões para fora dos *muros* da Teoria Geral do Estado oitocentista, como reconhece Heller (1998), forte opositor teórico contemporâneo ao Professor de Viena. Isto é, se claramente Kelsen não rompe com a

tradição formalista, sua abordagem, de certo modo, deu abertura para respostas antiformalistas acerca do Estado, da Constituição e das condições de possibilidade de seu conhecimento.

Nesse sentido, Lucas Verdú (1973) defende que contribuíram à própria autonomização da Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) enquanto disciplina, tanto a crise do Estado Liberal de Direito e as críticas antiliberais que lhe foram apresentadas, quanto a crise do formalismo jurídico e a tentativa de assentar um conceito substantivo de Constituição. Nesse contexto, em 1928 houve a publicação de duas obras importantes nesse processo de autonomização da Teoria da Constituição, ambas antiformalistas, o *Teoria da Constituição (Verfassungslehre)*, de Carl Schmitt, e o *Constituição e Direito Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, de Rudolf Smend.

Mais que isso, é possível apontar que o rompimento com o *positivismo jurídico* oitocentista já vai se configurando, pelo menos, desde o início do século XX (Stolleis, 1998; Ott; Buob, 1993). Ele tem como episódios, por exemplo, o crescimento das chamadas “ciências sociais do Estado”, ainda na virada do século XIX para o século XX; a construção da *Escola Livre do Direito (Freirechtsschule)*, ainda antes da Primeira Guerra Mundial; e o surgimento de respostas à insuficiência do Direito Constitucional Positivo da Constituição de Bismark (1871), como foram os textos *Reforma e mutação da Constituição (Verfassungsgänderung um Verfassungswaandlung)*, publicado em 1906 por Jellinek (1991), e o *Direito Constitucional não escrito no Estado Federal monárquico (Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat)*, por Smend (2010), em 1916.

Além disso, o questionamento feito ao(s) *positivismo(s) jurídico(s)* se desdobra nos debates acerca da Constituição alemã de 1919. A disputa pelo método jurídico na República de Weimar, como mencionado, no fundo foi marcada por importantes respostas antiformalistas. Com isso não se quer dizer que não tenha havido importantes juristas positivistas no debate weimariano, como Thoma, Triepel, Anschütz e o próprio Kelsen, nem mesmo que eles não tenham tido preponderância nos debates teóricos durante algum período. No entanto, esta não era uma voz uníssonas, nem mesmo dominante durante todo o tempo da *crise na Teoria do Direito de Weimar* (Jacobson; Schlink, 2002).

Nesse sentido, Stolleis (1998) indica que entre 1926 e 1929, aqueles que rejeitavam as fundações metodológicas formalistas legadas do constitucionalismo imperial – como

Kaufmann, Holstein e Smend – tinham, pelo menos, o potencial de tornarem-se a posição prevalente nos debates. Enquanto García Amadeo (1991) e Curran (2001) indicam que no período anterior a 1933 as posturas antiformalistas eram, mesmo, as mais influentes na atividade dos tribunais.

Nesse sentido, Hermann Heller e Rudolf Smend são bons exemplos de juristas antiformalistas, defensores da Constituição de Weimar, por conseguinte, contrários ao regime nazista. Não por caso, ambos são identificados, nos termos de Peter Caldwell (1997), com posturas dialéticas em relação à Teoria do Estado e da Constituição.

Heller, judeu, socialista, filiado e militante do Partido Social-Democrata, perdeu sua cátedra em Frankfurt em 07 de abril de 1933, com a "Lei para a Restauração do Serviço Público Profissional", quando encontrava-se na Inglaterra na condição de Professor Visitante convidado por Harold Laski. Heller morreria no ano seguinte, 1934, em seu exílio em Madri, não chegando a ver os horrores do nazismo.

Smend, diferentemente de Heller, pode ser considerando um jurista conservador, mas que se negou a colaborar com o regime nazista, de modo que acabou sendo isolado e abafado durante o período hitlerista. Filho de uma família de longa linhagem de teólogos protestantes, Smend fora professor em Berlim, perdendo sua cátedra em 1933, justamente aquela ocupada por Carl Schmitt ainda naquele ano. Na sequência, acabou fixando-se na Universidade de Göttingen, centro de muito menor prestígio político. Ali, entre os anos de 1933-45, se dedicou quase que exclusivamente a reflexões acerca do direito canônico, evitando quaisquer questões políticas ou conjunturais. Smend é reconhecidamente um dos principais influenciadores do método jurídico do pós-guerra na Alemanha, tendo sido professor de alguns dos juristas de maior destaque do período como Konrad Hesse, Ulrich Scheuner, Horst Ehmke, no que por vezes é identificada como *Escola de Smend*. Esta, por sua vez, teve muito impacto no desenvolvimento do Tribunal Constitucional Alemão, sendo marcada, também, pela abertura e pelo diálogo que teve com a jurisprudência anglo-americana.

1.1. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE HERMANN HELLER

As concepções de Estado e de direito de Hermann Heller estão intimamente relacionadas a uma perspectiva que tem bases na ideia de comunidade. Sua definição de Estado se dá nos termos de uma unidade organizada de decisão e ação em pluralidade, com a função sociológica de assegurar a paz e a defesa da comunidade e dos indivíduos que a integram (Heller, 1998). Assim, com ele é possível afirmar que as chaves “comunidade” e “defesa de valores comunitários” estão presentes já em formulações ligadas ao evento identificado como a *luta pelo método* da República de Weimar. No entanto, se para juristas autoritários, como Schmitt, a ideia de comunidade é fortemente ligada à de homogeneidade, no mais das vezes, inclusive, com traços étnicos-raciais; para Heller a comunidade é uma construção essencialmente cultural que necessariamente tem de se sustentar sobre uma perspectiva pluralista.

Destarte, não é raro que autores antiformalistas contemporâneos, inclusive Dworkin e Alexy, sejam, muitas vezes, comparados e relacionados à perspectiva helleriana (Vita, 2015; Dyzenhaus, 1997).

Acerca das normas jurídicas, por exemplo, Heller diferencia *preceitos jurídicos positivos* (*Rechtssätze*) de *princípios jurídicos fundamentais* (*Rechtsgrundsätze*).⁴ Para ele, o direito positivo seria parte da realidade histórico-espiritual e, assim, possuiria validade empírica no tempo e espaço de determinada comunidade. Por isso, o preceito jurídico vale não exatamente porque reconhecido como verdadeiro, mas deve sê-lo na medida em que é vinculado a uma vontade soberana. De todo modo, a objetividade de tais regras é, tão somente, relativa, uma vez que elas são figuras histórico-individuais decorrentes do poder posto.

Os princípios jurídicos fundamentais, por seu turno, não são propriamente normas de direito positivo, mas normas mais amplas e gerais que podem ser de duas naturezas distintas. Ou bem são normas constitutivas da forma pura do direito, no sentido de terem validade como regras da lógica jurídica, ou bem são normas edificadoras do conteúdo do direito com pretensão de validade ética.

⁴ Aqui seguimos o caminho da tradução de *Rechtsatz* como *preceito jurídico* e *Rechtsgrundsatz* como *princípio jurídico*, na calha da versão castelhana que aqui tomamos de *Teoria do Estado* (Heller, 1998, p. 327): *precepto jurídico* e *princípio jurídico*, respectivamente. Entretanto essa dicotomia já aparece em *Die Souveränität*, originalmente publicado em 1927 (Heller, 2010). Na versão em castelhano consultada (Heller, 1965), esses dois termos aparecem traduzidos *Rechtsatz* como *norma jurídica (positiva)* e *Rechtsätze* como *norma jurídica fundamental* ou *norma fundamental del derecho*.

Os princípios jurídicos relacionados à lógica são de efetiva aplicação a cada ordem jurídica positiva, não demandando qualquer tipo de *vontade* especial para sua aplicação efetiva em cada ordem jurídica positiva. Já os princípios jurídicos edificadores do conteúdo do direito têm de ser sempre afirmados por todos os círculos culturais-comunitários individualmente, na medida em que constituem normas éticas de direito que, portanto, têm sua validade condicionada a seu reconhecimento em cada comunidade particular. Desse modo, enquanto os princípios jurídicos fundamentais são possibilidades jurídicas, os preceitos jurídicos possuem realidade jurídica efetiva (Heller, 1965, p. 127-129).

Assim sendo, os princípios jurídicos fundamentais tendem a encampar formas permanentes ou temporais, bem como normais das instituições, cujas formas individuais e concretas, por sua vez, se dão através dos preceitos jurídicos positivos. Os primeiros apresentam-se de maneira mais ampla e ideal e os últimos de modo concreto e específico, vinculados às possibilidades ideais dos próprios princípios que, contudo, são caracterizados pela concretude e individualidade histórica da vontade soberana em uma comunidade jurídico-política.

Nesses termos, Heller (1965, p. 131) define que “positividade, existência, validade e realidade, são termos que se referem ao mesmo fato e correspondem, exclusivamente, ao direito que deriva de uma decisão”⁵ (tradução nossa). Assim, entende que uma decisão calcada em um Estado coercitivo necessariamente se coloca como reflexo da legitimidade em imanência, isto é, de um Estado que vive de sua justificação (Heller, 1996, p. 69-74).

Vê-se nesses dois polos a dialeticidade do pensamento helleriano, nesse caso, entre o *real*, representado pelos preceitos jurídicos, e o *ideal*, colocado nos termos de princípios jurídicos fundamentais. Loughlin (2010) compara essa dualidade àquela colocada pelo institucionalismo de Hauriou entre direito positivo e *droit politique*, que também pode ser vista sob a perspectiva da influência de Radbruch na relação que identifica entre o conceito de direito e a ideia de direito.

Para Heller, apenas a vontade humana pode transformar os princípios jurídicos fundamentais em direito positivo. Identifica, pois, que a positividade do direito se deita, ao

⁵ “positividad, existencia, validez y realidad, son términos que se refieren al mismo hecho y corresponden, exclusivamente, al derecho que deriva de una decisión” (Heller, 1965, p. 131).

mesmo tempo, no caráter ideal dos princípios jurídicos fundamentais e na facticidade social da unidade de vontade decisória suprema: o Estado. Apenas sobre essas duas dimensões, concomitantemente, que se pode compreender a obrigatoriedade do direito positivo: por um lado, pela força obrigatória dos princípios éticos fundamentais; e, por outro, pela força obrigatória da autoridade da comunidade. Se os princípios jurídicos fundamentais se impõem apenas ética ou logicamente, os preceitos jurídicos positivos impõem-se coercitivamente, sem pretensão de obrigar as consciências dos sujeitos, mas apenas suas ações. No entanto, a passagem de concretização dos princípios jurídicos em preceitos jurídicos que se dá pela ação estatal, não ocorre apenas pela atividade do legislador ou do executivo, mas também pela ação dos tribunais, nos casos concretos (Vita, 2015).

Nessa linha, Heller (1965, p. 133) define que: “toda tentativa de julgar unilateralmente essa questão, seja em seu aspecto ideal, seja desde o lado dos fatos, torna impossível a compreensão adequada do problema do dever jurídico” (tradução nossa).⁶

Assim, é possível afirmar que Heller, um forte crítico do normativismo kelseniano, de perfil fortemente identificado com a defesa da Constituição de Weimar, com a militância antifascista, com posições democráticas, pluralistas e socialista, alinhava-se ao que pode ser considerada uma tendência antiformalista, não apenas não nazista, mas, antinazista.

Todavia, Heller não foi o único antiformalista (e antinormativista) do cenário weimariano. Para ser preciso, inclusive, seu perfil político, ligado à socialdemocracia e ao pensamento socialista, nem mesmo pode ser considerado como típico dentre os autores combatentes do positivismo. Estes, tais como Erich Kaufmann, Günther Holstein e Rudolf Smend, de um modo geral, foram autores de ideias conservadores, ainda que não fascistas. Juristas que, no mais das vezes, pertenciam a uma classe média razoavelmente comprometida com a República, mas insatisfeita com as consequências do Tratado de Versalhes, com o Regime de Weimar e seu sistema partidário. Avessos à ideia de luta de classes, eram marcadamente identificados com o desejo de se estabelecer uma comunidade nacional forte (Stolleis, 2001).

⁶ “todo intento para juzgar unilateralmente esta cuestión, ya en su aspecto ideal ya del lado de los hechos, hace imposible la comprensión adecuada del problema del deber jurídico” (Heller, 1965, p. 133).

Dentre os juristas desse grupo, talvez o perfil mais paradigmático seja o de Rudolf Smend.

1.2. A TEORIA DA INTEGRAÇÃO E O MÉTODO ESPIRITUAL-CIENTÍFICO DE RUDOLF SMEND

Smend foi jurista de formulação abertamente antiformalista da *luta pelo método* na República de Weimar (Smend, 1985, p. 191 et seq.; Lucas Verdú, 1987). Diferentemente de Heller, Smend pode ser vinculado a uma posição jurídico-política conservadora, de modo que sua principal formulação teórica, a *teoria da integração*, dialoga, ainda que criticamente, com a dimensão emotiva da teoria política fascista.

A desvinculação de Smend ao regime nazista, no entanto, não se apresenta apenas em sua biografia, mas, também, na sua postura de defesa da Constituição Alemã, se não em seus primeiros anos, pelo menos no curso da década de 1920 (Caldwell, 1997). Tendo sido um forte crítico do positivismo jurídico, Smend, inclusive, travou um debate que, de certo modo, pode ser considerado até mesmo ríspido com Hans Kelsen. Com sua teoria da integração, tentou estabelecer parâmetros para o que, nos países de língua portuguesa, costumou ser identificado como *método espiritual-científico*. Este é definido por Canotilho (2000, p. 1198) como a postura que reconhece a interpretação da constituição como indissociável da *ideia de constituição*, entendida como uma *ordem de valores*. Assim, é preciso valer-se de um método de interpretação que não leve em conta apenas o texto, mas também os conteúdos axiológicos da ordem constitucional (Bonavides, 2004, p. 477). Portanto:

As premissas básicas deste método baseiam-se na necessidade de interpretação da constituição dever de ter em conta: (i) as bases de valoração (= ordem de valores, sistema de valores) subjacentes ao texto constitucional; (ii) o sentido e a realidade da constituição como elemento do processo de integração. O recurso à ordem de valores obriga a uma «captação espiritual» do conteúdo axiológico último da ordem constitucional. A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado) (Canotilho, 2000, p. 1212-1213).

Assim, os arranjos formais, inclusive aqueles relacionados às questões de organização e competências dos órgãos, não podem ser colocadas à frente da integração material (Smend, 1985).

Essa postura, como mencionado, foi especialmente influente no constitucionalismo alemão da segunda metade do século XX, sobretudo na consolidação do papel do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Ela, por exemplo, é a base do desenvolvimento proposto por Konrad Hesse – talvez o mais influente jurista alemão do pós-Guerra – muito embora haja diferenças importantes entre o concretismo deste e a interpretação científico-espiritual ou integrativa de Smend (Sousa; Marón, 2017).

Rudolf Smend, portanto, também apresenta proposta formulada antes de 1933, que reforça a ideia de que o método jurídico alemão desde o entreguerras é marcado por uma postura antiformalista. Assim, não foi uma teoria jurídica nazifascista que inventou propostas de vinculações à comunidade e a valores comunitários, de modo destacado e sobreposto ao texto literal, gerando um método jurídico antiformalista. O que mais precisamente ocorreu foi uma continuidade de argumentos de matiz antiformalista, pré-existentes e já predominantes no cenário alemão, reformulados em termos nazistas. Suas características diferenciadoras, no entanto, não são as referências à comunidade e seus valores, mas à autoridade, à unicidade, à ideologia nacional-socialista e ao *Führer*.

2. E SE A CULPA FOSSE DO FORMALISMO JURÍDICO? ALGO SOBRE O MÉTODO JURÍDICO NA FRANÇA DO REGIME DE VICHY (1940-44)

O Regime de Vichy correspondeu ao período entre 1940 e 1944 em que o território francês esteve parcialmente ocupado por forças militares nazistas, em um regime de explícita configuração fascista, sob o comando do Marechal Philippe Pétain. Viu-se, na França, não apenas o apoio geopolítico ao regime nazista, mas também a difusão de ampla legislação autoritária e antisemita, com corrente aplicação pelos tribunais franceses.

Nesse cenário, a aceitação não problematizada da legislação de Vichy pelos tribunais acabou por levantar ali um questionamento similar àquele apresentado por Radbruch (1946) no

imediatamente percebida. É, por exemplo, o que defende Danièle Lochak (1989) que entende que o *positivismo judicial* teve importante papel para a implementação da legislação autoritária do Governo de Vichy.

Se, como já apontado, essa leitura, quanto ao cenário alemão, foi demonstrada como inconsistente pela pesquisa histórica, inclusive do ponto de vista da adequada e fiel descrição da Teoria do Direito e da atuação dos tribunais do período, no quadro francês ela pode ser mais imediatamente percebida. É, por exemplo, o que defende Danièle Lochak (1989) que entende que o *positivismo judicial* teve importante papel para a implementação da legislação autoritária do Governo de Vichy.

Antes de avançar sobre a questão, há uma ressalva inevitável a se fazer em qualquer debate sobre o tema: a da dificuldade de se definir “o” *positivismo jurídico*. Embora muitas possam ser as possibilidades de conceituação, aqui não se prenderá a qualquer conceito mais preciso e específico, até porque quando se acusa o *positivismo* de contribuir com regimes autoritários, a acusação, no mais das vezes, se dá em significativa referência a uma ideia mais ampla de *formalismo*, relacionada a uma mais imediata vinculação dos tribunais a uma interpretação (pretensamente) literal do texto normativo na aplicação do direito. Reconhece-se, inclusive, que essa nem mesmo é uma posição unânime a todas as tendências do positivismo, sobretudo, às do século XX,⁷ mas é sobre essa postura de um método jurídico formalista que, via de regra, tem se travado este debate.

Desde a Revolução, houve na França, sobretudo no âmbito do direito privado, uma especial resistência a qualquer contestação manifesta ao texto legislativo ou a pronunciamentos e sentenças que possam ser interpretados como criação jurídica por via judicial.

Embora tenha havido, na metade do século XIX, início do XX, escolas claramente antiformalistas, a mais famosa delas aquela representada pela ideia da *livre pesquisa científica* de François Gény, elas não tiveram êxito em influenciar os tribunais franceses, só passando a uma posição dominante, mesmo no debate teórico-jurídico, no pós-guerra.

É verdade que isso não significou que na prática os tribunais franceses não tenham agido de modo criativo. Nesse sentido, como seria esperado, Ghestin e Goubeaux apontam que os

⁷ Por exemplo, certamente não é essa a posição de Kelsen sobre interpretação do direito, embora em algum *sensu comum jurídico* seja amíúde a confusão entre aquilo que Kelsen pretende por ciência do direito e aquilo que entende enquanto processo de aplicação de normas jurídicas. De todo modo, como o ponto deste trabalho é demonstrar que regimes fascistas se valeram de retóricas diversas quanto ao método jurídico, uma definição mais precisa de *positivismo* ou *formalismo* não se coloca como essencial.

juízes franceses não raramente operaram de forma criativa sem, no entanto, reconhecê-lo, na medida em que o fizeram alegando estarem pronunciando mera interpretação do texto de lei (Curran, 2001, P. 113).

Deste modo, é possível apontar para uma importante continuidade de uma postura formalista na aplicação do direito desde o século XIX, até a primeira metade do século XX, retoricamente muito ligada à literalidade do texto legal. Essa tradição esteve historicamente vinculada à clássica Escola da Exegese, seus desdobramentos e a certa postura que tem raízes na desconfiança originária do Estado burguês em relação aos juízes, a princípio, muito vinculados ao *antigo regime*. Ainda que essa relação, por natural, não se tenha mantido ao longo de todo o oitocentos, a posição passiva e alegadamente contida dos tribunais no processo interpretativo se perpetuou na cultura jurídica francesa.

Nesse sentido, Curran (2001, p. 141) aponta que esse status configurado de inferioridade do âmbito judicial no quadro estatal francês permanecera inalterado, quer durante o Regime de Vichy, quer, mesmo, durante os governos republicanos imediatamente anteriores e posteriores. Algo diferente ocorreu com o papel da legislatura que, de maneira diversa, tivera sua histórica primazia afetada durante a década de 1940. Ela que tradicionalmente sempre apresentara preponderância no quadro de poder francês, tendeu claramente ao colaboracionismo a partir das *sessões suicidas* de julho de 1940, de modo que os parlamentares que se negaram a votar a favor do regime autoritário naquela ocasião, acabaram por ser sistematicamente perseguidos, presos e, por muitas vezes mortos.

Com essa adesão parlamentar, a França autoritária, em boa medida, mantivera seus moldes formalistas e regulamentares. Durante o período entre 1940 e 1944 viu-se uma hiperprodução normativa, caracterizada por um vasto, complexo e contraditório direito formalmente válido, marcado pela coexistência de vários novos textos legais com uma *virtualmente intocada amalgama* de textos normativos anteriores ao período fascista – algo que também ocorreu na realidade da Alemanha Hitlerista.

Assim, viu-se no campo jurídico do período da França de Vichy uma continuidade da retórica jurídica precedente. As mudanças legislativas não foram operadas em termos de uma absoluta ruptura, mas a partir da utilização de moldes e modelos formalistas muito similares aos anteriores, inclusive no que diz respeito à restrição de direitos e, em especial, quanto à

legislação antissemítica. Curiosamente, essa característica pode ser vista, inclusive, no que diz respeito à legislação que previu restrições ao direito de propriedade, por exemplo, elemento quase sacrossanto na tradição civil francesa. Nesse sentido, não raro alega-se, inclusive, que a familiaridade decorrente da continuidade favoreceu a assimilação desse “novo direito” sem maiores percalços ou registros (Curran, 2001).

Nessa linha, diferentemente do que ocorreu no mundo germânico, onde a academia jurídica produzia reflexões e construiu conceitos que efetivamente sustentavam o ideário nazista de proteção ao *Volk* e do “santo exorcismo” do judaísmo, formulando, portanto, um instrumental às cortes do regime hitlerista; a doutrina jurídica francesa do período do governo de Pétain basicamente limitou-se a produzir comentários acerca da aplicação técnico-litera da lei posta – velha e nova – tendendo a minimizar o sentido de discriminação racial, enfatizando um alegado “sentido protetivo das leis de exclusão”. Assim, a doutrina francesa prendeu-se mais ao detalhamento e à definição literal de novos conceitos legais que surgiam, evitando, assim como os tribunais, maiores reflexões acerca da questão.⁸

Assim, para autores como Lochak (1989), é essa postura passiva dos tribunais na aplicação de *direito injusto* que autoriza a acusação da contribuição do formalismo a esses regimes autoritários ou, pelo menos, sua incapacidade de efetivamente resistir a tais propostas.

E é nesse sentido, também, que se desenvolve a discussão sobre a possibilidade (ou, mesmo, obrigação) de resistência pelos juízes franceses frente ao regime autoritário. A ação de não resistir ao *evil law*, legislado, formalizou e, em boa medida, ratificou institucionalmente uma ordem cuja resistência seria exigível, fosse nos termos de Radbruch (1946), enquanto identificação daquilo como não direito, fosse nos termos de Hart (1958), reconhecendo-se a

⁸ “Uma diferença interessante entre França e Alemanha durante o período fascista foi a atividade dos juristas acadêmicos. Geralmente influentes nos dois países, especialmente se comparado com seus colegas do common-law, respostas dos juristas acadêmicos contemporâneos ao direito de inspiração fascista eram muito diferentes na França e na Alemanha. Enquanto teóricos jurídicos alemães discutiam aberta e profusamente os fundamentos teóricos dos novos conceitos e concepções jurídicas alemãs, incluindo extensivas referências justificando a rejeição de judeus da vida nacional, juristas acadêmicos franceses, em geral, aceitaram humildemente e indiretamente endossaram a nova ordem jurídica, mas tenderam a evitar comentários avaliativos sobre as novas promulgações” (Curran, 2001, p. 118, tradução nossa). Original: “An interesting difference between France and Germany during the fascist period was the activity of legal scholars. Generally influential in both countries, especially when compared to their common-law counterparts, legal academics’ contemporaneous responses to the fascist-inspired laws were very different in France and Germany. While German legal theorists openly and profusely discussed the theoretical underpinnings of the new German legal concepts and conceptions, including extensive references justifying the rejection of Jews from national life, French legal scholars on the whole meekly accepted and indirectly endorsed the new legal order, but tended to avoid evaluative commentary on the new enactments”.

ordem do governo Vichy como direito que, no entanto, deveria ser rechaçada pelos juízes porque imoral.

De tal modo, é possível identificar posições que defendem a tese de que teria sido possível a resistência retórica ao direito ao regime fascista francês através do argumento dos princípios gerais (*principes généraux*). Nesse sentido, embora Curran (2001) não atribua ao formalismo a culpa pelo regime fascista, ela identifica que uma postura jurídica que se fundasse em espécies normativas mais abertas como os princípios gerais poderia ter possibilitado a oposição ao regime desde dentro da retórica jurídica.

A isso se junta o fato de que, como já apontado anteriormente, algumas pesquisas (Dawson, 1959; Merryman, 1996) identificarem que há uma longa tradição das cortes francesas contornarem a aplicação literal de uma lei, a partir de uma retórica legalista, para tomarem decisões “diferentes” em um casos específicos. Isto é, contorna-se a lei de modo *encoberto*, aplicando interpretações não literais alegando literalidade ou aplicando dispositivos cuja relação com o caso em si é, pelo menos, muito pouco patente. Assim, flexibiliza-se a aplicação da lei em sua literalidade, mas sob uma retórica de literalidade.

Portanto, o endosso dos tribunais ao Regime de Vichy, possivelmente, tem menos relação com o método jurídico predominante na França do período e mais com uma postura ideológica ou, pelo menos, política em relação ao regime.

Assim, é possível concluir preliminarmente que nem a postura formalista assegurou a resistência contra os abusos, violência e exceção na França, nem uma postura antiformalista, que para Lochak poderia ter representado um *front* de resistência dos tribunais ao governo de Pétain, desempenhou esse papel na Alemanha hitlerista, pelo contrário.

3. HÁ DE SE FALAR EM UM MÉTODO JURÍDICO OU, MESMO, EM UMA TEORIA DO DIREITO DO REGIME NAZIFASCISTA?

Difícilmente se poderá dizer que houve, efetivamente, *uma* teoria do direito nazifascista e essa afirmativa é sustentável por pelo menos duas razões. A primeira se dá pelo fato de que, como visto até aqui, regimes fascistas se valeram de diferentes retóricas para a aplicação do ordenamento normativo autoritário. Nesse sentido, nem a França de Vichy, nem a Alemanha

hitlerista foram responsáveis por uma efetiva transformação no método jurídico anterior. Pelo contrário, o que se viu foi a continuidade dos métodos/posturas jurídicas já predominantes em ambos os cenários, do formalismo na França e do antiformalismo na Alemanha, embora, com algumas modificações, especialmente no caso alemão.

No entanto, em particular quanto à experiência alemã, mesmo se se tomar como premissa a tese contrária à da continuidade teórica – isto é, a de que teria havido uma ruptura entre uma *metodologia jurídica* pré-1933 e a formação de nova tendência a partir de então – parece ser preciso concordar com Rüthers (2016) quanto à leitura de que nunca existiu *uma* filosofia do direito ou *uma* metodologia jurídica do nacional-socialismo. O que houve, do contrário, foram várias doutrinas e concepções diferentes acerca da metodologia jurídica, que competiam entre si pelo posto dominante daquilo que o regime nazista pretendia como *renovação jurídica popular*.

De mesmo modo, uma resposta simplista e simplificadora tanto à, quanto da questão, que pretenda compreender a ascensão e manutenção de regimes autoritários, mesmo nazifascistas, especialmente desde seus modelos jurídicos, está, de certo modo, relacionada a uma não rara pretensão demiúrgica do campo jurídico. O direito, embora seja um elemento importante da ordenação do político, definitivamente não é capaz de explicar a totalidade das experiências.

Portanto, é possível dizer, particularmente com Vivian Curran, que: 1) ideologia e não método jurídico é a causa principal de desenvolvimento de um sistema legal fascista; 2) por conseguinte, que a depender das circunstâncias e raízes históricas, tanto formalismo como antiformalismo puderam servir a um tal sistema; 3) que a questão a ser colocada diz mais respeito à diversidade e pluralidade (ou falta delas) cultural, de valores e métodos em debate contra uma valoração da unicidade homogeneizante (Curran, 2001; Mahlmann, 2003).

É nessa esteira que, ainda, é possível o questionamento acerca da existência de um direito nazifascista ou se os contornos do sistema legal desses regimes são justamente os de um *não direito*.

Essa definição permite um debate e uma reflexão muito mais longa, que, inclusive, novamente volta-se para cizânias entre posturas positivistas e não positivistas, formalistas e não-formalistas. Poderia ter como foco a questão acerca da *separação* ou *vinculação* necessária

entre direito e moral; ou se a melhor resposta à desobediência a uma ordem essencialmente injusta se dá por sua descaracterização enquanto direito ou se, na verdade, um profundo desacordo moral não desqualifica formalmente um sistema normativo enquanto direito, mas justifica sua desobediência.

Não se pretende avançar por nenhuma dessas questões, mas apenas apontar rapidamente para a leitura feita por Franz Neumann acerca da experiência nazifascista. Ela atenta menos para questões relacionadas à legitimidade e/ou à validade e mais para o padrão de generalidade e previsibilidade do direito:

Se o direito geral é a forma básica de um direito, se não é apenas *voluntas*, mas também *ratio*, então nós devemos negar a existência de Direito em um Estado fascista. Direito, como distinto de um comando político do soberano, apenas é concebível se manifestado em lei geral, mas a verdadeira generalidade não é possível em uma sociedade que não consegue prescindir do poder (...). A negação absoluta da generalidade da lei é o ponto central na teoria jurídica Nacional-Socialista. Consequentemente, não pode haver separação dos poderes. O poder do Estado forma um todo não dividido e indivisível, concebido sob a categoria da “unidade de liderança”. Não há duas pessoas nem dois casos a que a mesma regra se aplica. Todo homem e toda situação concreta tem de serem tratados com uma regra particular ou na nossa linguagem, por decisões individuais. A principal função do direito nacional-socialista é preservar a existência racial. Deve, portanto, enfatizar as diferenças biológicas e negar a igualdade social ou jurídica e os direitos civis. Não pode haver judiciário independente sem regras gerais para guiá-lo. Agora, a autoridade do juiz se sustenta sobre os pronunciamentos do Líder. (Neumann, 2009, p. 451-452, tradução nossa)⁹

Assim, por mais bem-sucedidos ou malsucedidos que sejam, métodos jurídicos formalistas ou antiformalistas, de um modo geral, pretendem ser capazes de estabelecer padrões para uma racionalidade decisória. Almejam estabelecer limites de recuperabilidade de uma justificação decisória (*ratio*) que se diferencie da absoluta liberdade volitiva da decisão estritamente política (*voluntas*).

⁹ If general law is the basic form of right, if law is not only *voluntas* but also *ratio*, then we must deny the existence of law in the fascist state. Law, as distinct from the political command of the sovereign, is conceivable only if it is manifest in general law, but true generality is not possible in a society that cannot dispense with power (...). Absolute denial of the generality of law is the central point in National Socialist legal theory. Consequently, there can be no separation of powers. The power of the state forms an undivided and indivisible whole conceived under the category of the ‘unity of leadership’. There are no two people and no two cases in which the same rule applies. Every man and each concrete situation must be dealt with by a particular rule, or, in our language, by individual decisions. The main function of National Socialist law is to preserve racial existence. It must therefore stress biological differences and deny social or legal equality and civil rights. There can be no independent judiciary without general rules to guide them. The authority of the judge now rests upon the pronouncements of the Leader. (Neumann, 2009, p. 451-452)

Parece válido questionar se essa pretensão da metódica jurídica não é por demais inocente. É possível questionar, também, se o direito não vive uma inexorável incapacidade de estabelecer esses limites e parâmetros de forma real.

No entanto, o que se mostra na experiência fascista, em especial, na nacional-socialista, pelo menos nos termos apresentados por Neumann, é que a proposta nazista é a de efetiva negação de qualquer método decisório a partir de uma racionalidade previamente estabelecida, de modo geral. Dito de outro modo, é a “institucionalização da exceção”, na medida em que reduz toda e qualquer tentativa de reconstrução de uma racionalidade decisória a um puro ato de vontade.

Assim, embora algumas propostas de metodologia jurídica, formalistas ou antiformalistas, possam significar maior fluidez e mesmo discricionariedade ao aplicador, não parece que signifiquem o reconhecimento da decisão como um simples ato de nua vontade. As disputas entre as diferentes propostas de metódica e metodologia jurídica, inclusive, se dão, no mais das vezes, nesse sentido: na concorrência entre correntes que acreditam formular os melhores parâmetros, senão de controlabilidade, pelo menos de recuperabilidade das razões decisórias.

4. VOLUNTAS SEM RATIO: O PROBLEMA DE NÃO SE SEGUIR QUALQUER MÉTODO

Diante do exposto, é possível, de algum modo, relacionar a conjuntura (e talvez o *habitus*) do campo jurídico brasileiro ao que Matos e Souza (2017) tratam como um cenário fascista, marcado pela exceção, especialmente, naquilo que poderíamos tratar como *exceção judiciária*, ou, pelo menos, como expressão da exceção na vida e nos processos decisórios dos tribunais.

O argumento principal dos autores é que: algumas das teorias de interpretação/aplicação do direito mais difundidas no mundo jurídico, especialmente no Brasil, nomeadamente, aquelas desenvolvidas por Robert Alexy e por Ronald Dworkin, teriam fortes ligações estruturais com o que os autores pretendem como uma “teoria jurídica nazista”. Precisamente, essa defesa se dá nos seguintes termos:

Neste trabalho daremos centralidade ao tema do poder judiciário, demonstrando de que maneira as teorias jurídicas contemporâneas – a exemplo das de Ronald Dworkin e Robert Alexy – que justificam e tentam racionalizar a argumentação jurídica do juiz, entendido como representante de uma comunidade de valores ou de tradições nacionais, podem ser reconduzidas à prática judiciária nazifascista (Matos; Souza, 2017, p. 237).

O fazem, mas não sem, no entanto, pontuar a seguinte ressalva sobre a hipótese principal do trabalho:

É óbvio que a tese desenvolvida neste artigo não pretende sustentar que autores como Dworkin e Alexy tenham fundado suas teorias conscientemente em postulados nazistas ou que os juízes de países como Brasil ou EUA sejam nazistas disfarçados. Trata-se, diferentemente, de perceber que o modo como hoje se compreende a tarefa de interpretar judicialmente o direito guarda importantes semelhanças com o ideário nacional-socialista quando a interpretação jurídica se tornou central e incontrolada, conformando um verdadeiro governo dos juízes baseado na suposta condição moral superior desses personagens que, ademais, se apresentavam como tradutores privilegiados dos anseios do “povo” por justiça (Matos; Souza, 2017, p. 302).

Antes de mais, reconhece-se que para conclusões mais definitivas seriam necessárias abordagens analíticas, caso a caso, processo a processo, argumentação a argumentação, de casos específicos, em especial dos casos ocorridos em 2016 e apontados pelos autores (Matos; Souza, 2017), isto é: as ações ilegais no curso das investigações conduzidas pelo então juiz Sérgio Moro no âmbito da Operação Lava Jato, que grampeou telefones de escritórios de advocacia, tornou públicas gravações obtidas a partir de escutas ilegais, inclusive envolvendo a Presidente da República, que foram confirmadas pelas instâncias superiores; a desocupação compulsória, através de técnicas de tortura, de mais de mil escolas ocupadas por estudantes, universitários e secundaristas, que protestavam contra políticas de austeridade e cortes na educação; e o caso de “busca e apreensão coletivo genérico” no Bairro da Cidade de Deus, aviltando direitos fundamentais de milhares de cidadãos.

Ao que tudo indica, tais decisões são simplesmente expressões de *não-direito*. Isso porque, por mais críticas que mereça a teoria alexyana – que, talvez de fato permita exagerada parcela de discricionariedade (mais ou menos velada) do aplicador (Streck, 2013) – trata-se de teoria cuja operação de justificação para restrição a direitos fundamentais demanda, a seu modo, um ônus argumentativo importante, quer por parte do legislador, quer por parte do aplicador (Alexy, 2008). Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 253) indicará que a teoria alexyana, com sua *exigência de explícita fundamentação constitucional* para quaisquer

restrições a direitos fundamentais, representa “uma tentativa de criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo e do Judiciário a partir de um modelo que impõe, *a todo tempo*, exigências de fundamentação”.

No caso de Dworkin (2007b), é preciso reforçar que para o autor estadunidense os direitos fundamentais são, antes de tudo, *trunfos individuais contra interesses coletivos*. Com isso, o modelo argumentativo dworkiniano, embora de algum matiz comunitário, é por definição anti-utilitarista, com particular vínculo a uma concepção liberal dos direitos fundamentais, além de tendencialmente subjetivista no que diz respeito às questões de defesa de direitos e interesses. Mais que isso, boa parte da fundação e fundamentação da proposta de Dworkin se dá, justamente, na busca por eliminar os espaços de discricionariedade aceitos por autores positivistas, especialmente desde Hart, mas não apenas por ele (Dworkin, 2007a).

Em suma, à primeira vista, não nos parece que nenhuma das decisões tomadas pelo poder público brasileiro nos casos apresentados por Matos e Souza (2017) seja defensável desde a perspectiva teórico-metodológica de Alexy ou de Dworkin. Mais que isso, dificilmente o seria por praticamente qualquer metódica, metodologia e/ou teoria da interpretação/aplicação dos direitos fundamentais, dentre as mais amplamente elaboradas e difundidas.¹⁰

De toda sorte, com tal constatação, ao invés de se refutar o quadro de exceção apontado por Matos e Souza (2017), confirma-se ele e, talvez, o agrave enquanto diagnóstico. Como dito, a legitimação de uma determinada teoria, metódica ou metodologia de interpretação se dá na sua coerência com suas premissas e lógica interna de estruturação. No Brasil, no entanto, é recorrente um quadro de desmedido e despreocupado sincretismo metodológico (Silva, 2007), marcado pela profusão de decisões judiciais que utilizam diversos argumentos, decorrentes de

¹⁰ Nesse sentido, não deixa de ser interessante transcrever a leitura que Matos, em outro artigo, faz da posição kelseniana acerca da interpretação: “há de se reconhecer que o pluralismo e a abertura interpretativa de que hoje se abusa são totalmente conciliáveis com a hermenêutica kelseniana. Nela qualquer interpretação jurídica parece possível, bastando que seja posta pelo órgão competente para tanto. Isso significa que, ainda aqui, Kelsen não mascara o caráter violento do direito. Inexistindo valores necessários que limitem sua interpretação, o direito pode ser qualquer coisa que o poder queira. Mesmo que os diversos mecanismos técnico-formais característicos da ordem jurídica possam mascarar sua estrutura originalmente violenta, tal violência sempre ressurgir, ainda que mediatizada, no momento da interpretação autêntica realizada pelos órgãos de aplicação/criação do direito que, pela própria natureza da experiência jurídica, precisam em certo momento proferir uma decisão última, a qual se fundará unicamente no poder final de decisão conferido a tais órgãos. Ora, tal poder é garantido pelo monopólio da violência de que goza a ordem jurídica” (Matos; Milão, 2013, p. 131).

diferentes correntes interpretativas, que não necessariamente guardam qualquer compatibilidade entre si, muitas vezes nem mesmo com os dispositivos das decisões.

Essa prática, de um lado, acaba por não permitir uma adequada recuperação da fundamentação das decisões tomadas e sua correspondência com uma determinada lógica estrutural e estruturada; por outro, pode mascarar decisões arbitrárias que se apresentam sob o verniz de alguma pretensa erudição. Situações que, por vezes, caracterizam ou pelo menos flertam com dois tipos dos três tipos de consequencialismo que Luís Fernando Schuartz (2008) identifica: o consequencialismo militante e, muito especialmente, o consequencialismo malandro, tema que não foi possível aprofundar neste espaço. De todo modo, o que ambos têm em comum é a manipulação mais ou menos caricata de argumentos gerais ou, ainda, dogmáticos do direito para dar verniz de racionalidade jurídica a decisões tomadas de partida, praticamente como simples ato de vontade.

Nesse quadro, caracterizado pela impossibilidade de se reconstruir as razões argumentativas, as decisões judiciais passam a “valer” não mais por sua coerência com a ordem jurídica válida, mas em virtude da simples autoridade de quem as emana. Esta relação nos parece configuradora de exceção, quando, nos termos de Neumann, não há mais qualquer fronteira entre direito e política, uma vez que as decisões, em tese “jurídicas”, são decorrentes apenas e tão somente de uma *voluntas* e não de uma *ratio*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“*Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco*, a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força, não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força” (Barreto, 1957). O direito, pelo menos o do Estado de Direito, é um modelo político em que, como pretendia Tobias Barreto, a força mata a própria força. Um modelo em que as decisões públicas, especialmente as jurídicas, são válidas não pela força de se impor, mas pela coerência que elas guardam com a estrutura e argumentos últimos de validade/legitimidade.

Dito de outra forma, as decisões jurídicas são aquelas que se fazem válidas não porque expressão da *voluntas* de alguma autoridade *absolutamente* superior, mas porque são capazes de serem justificadas em referência a uma determinada *ratio*.

A construção e disputa por um método que melhor atenda essa ambição é legítima e da própria e vida de um Estado Constitucional. É natural que diferentes *propostas de racionalidades* – formalistas ou antiformalistas – apresentem-se como aquela mais adequada a cumprir o mandato e o mandado do Estado de Direito.

A história tem nos mostrado, também, que nem a retórica formalista, tampouco a antiformalista, foram capazes de impedir a ascensão ou imposição de regimes nazifascistas. De mesmo modo, não nos parece possível afirmar que qualquer uma dessas posturas possa ser identificada como intrinsecamente relacionada a experiências autoritárias.

No Brasil, no entanto, o que se tem visto é uma amiúde *perversão do direito*, ou mesmo, *fuga do direito* (Rodriguez, 2016), em que o verniz de juridicidade dado às decisões do Estado, particularmente às tomadas pelos tribunais, por muitas vezes mascara sua desconexão com os argumentos de validade necessários para sua justificação, estabelecidos em parâmetros gerais anteriores. A insegurança e incerteza gerada por esse quadro, de um modo geral, importa em um cenário de exceção que é menos relacionado a uma proposta de metodologia jurídica específica – seja ela de Alexy, Dworkin ou qualquer outra – mas, mais a um real descompromisso com quaisquer parâmetros decisórios pré-estabelecidos.

Certamente ainda há no Brasil julgadores comprometidos com a coerência, integridade do ordenamento e com os parâmetros estipulados por teorias da interpretação/metodologias jurídicas. Contudo, o quadro de ampla difusão de descompromisso metodológico; de impensado, inconsequente e incoerente sincretismo metodológico; e, mesmo, por vezes, de patente desconsideração a qualquer padrão decisório; empurra nossa realidade para um cenário de exceção em que, tendencialmente, não há qualquer previsibilidade acerca das decisões jurídicas nos casos concretos. Logo, poucas garantias à proteção de direitos, mesmo à direitos fundamentais.

Portanto, concorda-se com Matos e Souza (2017) acerca do quadro de exceção no cenário brasileiro, em particular, de um quadro de *exceção judiciária*. No entanto, a nosso ver, ele não se deve à difusão de teorias antiformalistas de interpretação jurídica, mas, justamente,

a um caótico cenário de incoerência e/ou falta de real compromisso (mais ou menos consciente) com qualquer teoria ou metodologia jurídica.

Dito de outra maneira, o problema brasileiro – embora, provavelmente, não apenas brasileiro – não se dá em relação a qual proposta de racionalidade seguir ou à existência de uma disputa entre uma pluralidade de propostas teóricas diferentes, o que inclusive é desejável na ágora do Estado Constitucional. O problema está muito mais relacionado à inexistência ou, pelo menos, descompromisso com qualquer *ratio* decisória, de modo que as decisões judiciais, no mais das vezes, refletem apenas a *voluntas* de alguma autoridade e não a razão do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO DE MENEZES, Tobias. "Idéia do Direito" — Discurso proferido em colação de grau na Faculdade de Recife. In: C. A. M. de SOUSA (org.). *Antologia de famosos discursos brasileiros*. São Paulo: Logos, 1957, p. 88-96.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

CALDWELL, Peter. *Popular sovereignty and the crisis of german constitutional Law: the theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

CANOTILHO, J J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CURRAN, Vivian G. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law, *Cornell International Law Journal*, v. 35, n. 1, pp. 101-187, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol35/iss1/3>>.

DAWSON, J. P. Specific Performance in France and Germany. *Michigan Law Review*, v. 57, 4, p. 495-538, 1959. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol57/iss4/6>>.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

RDP, Brasília, Volume 21, n. 109, 398-426, jan/mar. 2024, DOI: 10.11117/rdp.v21i109.7077 | ISSN:2236-1766



DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

GARCÍA AMADO, Juan Antoni. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. 8, p. 341-364, 1991. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1991-10034100364>.

HART, Heber L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

HELLER, Hermann. *Die Souveränität*. Berlin: Verlag Classic Edition, 2010.

HELLER, Hermann. *La Soberanía: contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*. México, UNAM, 1965.

HELLER, Hermann. Metas y límites de una reforma de la constitución alemana. In: H. HELLER. *El sentido de la política y otros ensayos*. Valencia: Pre-textos, 1996, p. 69-74

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Cidade do México, FCE, 1998.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard (org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkley: University of California Press, 2002.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitucion*. Tradução Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LOCHAK, D. 1989. La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme. In: D. LOCHAK (ed). *Les usages sociaux du droit*. Paris, Presses universitaires de France, p. 252. Disponível em: <http://www.anti-rev.org/textes/Lochak89a/>

LOUGHLIN, Martin. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madri, Tecnos, . 1987.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Lugar de la teoría de la constitución en el marco del derecho político. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 188, p. 5-20, 1973. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710417>>

MAHLMANN, M. Judicial methodology and Fascista and Nazi law. In: C. JOERGES; N.S. GHALEIGH (eds.). *Darker Legacies of Law in Europe: the shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its legal traditions*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2003, p. 229-241.

MATOS, Andityas S. M. C.; MILÃO, Diego A.P. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência*, Florianópolis, v. 67, p. 111-137, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p111>>

MATOS, Andityas S. M. C.; SOUZA, Joyce K. S. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, n. 3, p. 295-310, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.93.08>>

MERRYMAN, J. H. The French Deviation. *The American Journal of Comparative Law*, v. 44, n. 1, p. 109-119. 1996. Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/840522>>

MÜLLER, Ingo. Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht: Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre. *Leviathan*, v. 7, n. 3, p. 308-338, 1979.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: the Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.

OTT, W.; BUOB, F. Did legal positivism render German jurists defenceless during the Third Reich? *Social & Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 91-104, 1993.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras de perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica. *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 37, p. 99-108, 2016. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.1682>

RÜTHERS, Bernard. *Derecho degenerado*. Teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich. Madri: Marcial Pons, 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, pp. 130-158, mai./ago. 2008. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: V.A. SILVA (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SOUSA, Inês A.; MARÓN, Manuel F. Divergências e convergências entre as teorias de Rudolf Smend e Konrad Hesse na interpretação de direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, n. 1, p. 11-21, 2017. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.02>

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMEND, Rudolf. Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat. In SMEND, Rudolf. *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 4 ed. Berlim: Duncker & Humblot GmbH, 2010.

STOLLEIS, Michael. *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre: ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?* Steiner: Stuttgart 2001.

STOLLEIS, Michael. *The law under the swastika: studies on legal history in Nazi Germany*. Chicago: University of Chicago Press, 1998. eBook.

STRECK, Lenio L. Porque a discricionarietà é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Direito & Praxis*, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013.

VALADÃO, Rodrigo Borges. *Positivismo jurídico e nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VITA, Letícia. La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller. *ISONOMÍA*, v. 43, n. 49-75, 2015.

Sobre os(as) autores(as):

Raoni Bielschowsky | *E-mail:* rmabiel@hotmail.com

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela UFRN.

Data de submissão: 18 de março de 2023.

Data da Triagem de Diretrizes: 22 de agosto de 2023.

Data da Triagem de Qualidade: 07 de dezembro de 2023.

Data de Envio para Avaliação: 23 de fevereiro de 2024.

Data da Primeira Avaliação: 09 de abril de 2024.

Data da Segunda Avaliação: 17 de abril de 2024.

Data do aceite: 22 de abril de 2024.

