

A Relação entre o Nazismo e o Positivismo Jurídico Revisitada

ANDRÉ LUIZ FERNANDES FELLET

Advogado e Mestrando em Direito Público.

RESUMO: Este ensaio busca explicitar a inconsistência fáctica da posição que defende que o positivismo jurídico foi o responsável, direta ou indiretamente, pela dominação nazista na Alemanha, cujas funestas consequências são conhecidas por todos. Sustenta-se que a grande difusão que a mesma alcançou tem por base alguns escritos de Hans Kelsen e Gustav Radbruch.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo jurídico; nazismo; dominação; adesão popular; realidade alemã.

ABSTRACT: This paper intends to demonstrate the phatic inconsistency of the position that defends that the legal positivism was the responsible, direct or indirectly, for the nazi domination in Germany, whose untowards consequences are known by all. His author upholds that the great diffusion of this thesis reached derives of some writings of Hans Kelsen and Gustav Radbruch.

SUMÁRIO: Introdução; I – O papel de Hans Kelsen e Gustav Radbruch e suas consequências, inclusive no Brasil; II – A tese de Norberto Bobbio; III – A orientação da literatura jusfilosófica e dos juízes alemães no período de dominação nazista; os fundamentos da adesão do povo alemão ao discurso de Hitler; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Dada a tese da inexistência de vínculo necessário entre o Direito e a moral, sustentada notadamente pelo positivismo jurídico formalista encabeçado por Hans Kelsen, é lugar comum na crítica jusnaturalista, de que é exemplo, afora as expressas nas linhas seguintes, a obra de Viviane Nunes Araújo Lima (2000, p. 181)¹, e na não positivista, representada por Robert Alexy (2004,

1 “Tal qual o zangão no reino animal, o macho que desde o seu nascimento esforça-se para atingir a idade adulta e assim fecundar a abelha-rainha para morrer em seguida, o Direito Natural, desde os tempos mais remotos, esforça-se para fecundar o Direito Positivo, impregnando-o dos valores mais preciosos – Justiça, Liberdade, Bem-Comum. No momento em que realiza essa tarefa, tornando fértil o terreno jurídico para as suas aspirações ao final do século XIII, morre solapado pelo positivismo imperioso e avassalador do século seguinte, pela Era das Codificações, pelas ideias surgidas com as novas correntes de pensamento jurídico, pela Escola da Exegese na França, pela Escola Histórica na Alemanha. Já no nosso século, pelos idos dos anos 20, após a 1ª Grande Guerra e mais especificamente ao final da 2ª Grande Guerra, percebemos que, na realidade, aquelas ideias não haviam morrido, mas apenas entrado num estado de catalepsia. Vale dizer, em face aos horrores produzidos pelo regime nazi-fascista e stalinista, os princípios consagrados pela Escola do Direito Natural voltam à baila do pensamento jurídico ocidental, despertando do sono profundo em que se encontrava a ideia de um Direito justo, fundamentado na razão humana, capaz de fornecer um paradigma de justiça a ser perseguido pelo Direito Positivo de qualquer Estado.”

p. 13)² e Alfonso García Figuerola (1998, p. 85)³, a referência – implícita ou explícita – ao fato de que o primeiro foi o responsável, direta ou indiretamente, pelas violações a direitos humanos acarretadas, por exemplo, pelo regime nacional-socialista, na Alemanha.

Através da leitura do presente texto, verificar-se-á que referida afirmação é um verdadeiro “diagnóstico equivocado” (Garzón Valdes, 1985, p. 14), não se coadunando com a realidade jurídica vivenciada pelos alemães no período em que Hitler esteve no poder.

E tal constatação decorre do fato de que, embora o *führer* (que, em alemão, significa “condutor”, “guia”, “líder” ou “chefe”) tenha se utilizado de sua autoridade para estabelecer – com a participação do Parlamento alemão num primeiro momento e sem ela, posteriormente – o “direito nazista”, é dizer, o direito produzido entre 1933 e 1945, sua efetividade em sentido sociológico decorreu da grande ressonância que o jusnaturalismo racionalista, de cunho racial, que impulsionou o regime, encontrava junto à população alemã da época.

Muito embora Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 72) assevere que “*la imputación de las atrocidades del nazismo al positivismo y al subjetivismo jurídico se basaba en frágiles premisas*”⁴, o mesmo (2008, p. 66) reconhece a força de tal corrente jusnaturalista naquele momento histórico.

De qualquer modo, no contexto da exposição que será levada a efeito nas páginas que seguem, se terá a oportunidade de verificar que a responsabilização

2 “*El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista. Todas es teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: ‘Por ello, cualquier contenido puede ser derecho’. [...] En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la tesis de la vinculación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales.*”

3 “*El positivismo jurídico sostiene que el derecho es una obra humana. Este aserto implica al menos otros dos: que el derecho es falible moralmente, es decir, que puede ser injusto, y que el derecho es falible técnicamente, es decir, que puede no contar con una única respuesta a las controversias jurídicas.*”

4 Na opinião do autor, isso se dava porque “*de los hechos no puede derivar la refutación de una teoría, salvo en presencia de condiciones completamente excepcionales que confieran a los primeros el valor de ‘experimento’ de la segunda. [...] en el clima de la segunda posguerra, aquella imputación se hizo posible por lo que se denominó la reductio ad Hitlerum, como forma historicamente fructífera de la reductio ad absurdum del positivismo y del subjetivismo en el derecho*”. Numa outra obra de sua autoria (2006, p. 32-33), contudo, em que o autor discorre sobre a ligação necessária entre o Direito e a Justiça, Zagrebelsky parece contradizer o que deixa consignado em seu *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*, ao asseverar que, “[...] *si es así, entonces estaremos listos para reducir la justicia a pura y simple legalidad. Si es así, estaremos dispuestos a considerar como ‘estados de derecho’ también aquellos en los que los jueces aplican leyes que tienen el propósito de ‘legitimar’ a arbitrariedad de los poderosos. Ya que sus leyes servían para dar una cierta ‘cobertura’ a sus atrocidades, incluso el régimen nacionalsocialista podía ubicarse dentro de la calificación de ‘estado de derecho’ – calificación honorífica que le fue reconocida por los juristas del régimen, el primero de todos ellos Carl Schmitt – , si bien sus víctimas habrían probablemente considerado que era más congruente llamarlo ‘estado de delito’.*”

do positivismo jurídico, representado pela máxima *auctoritas, non veritas, facit legem*⁵, expressa por Thomas Hobbes em seu *Leviatã* (2007, p. 200)⁶, é um engodo, já que de referido enunciado não decorreram nem a “injustiça” imanente à legislação posta em vigor pelo *Führer* – considerada “justa” ou “conforme à natureza” por parcela significativa do povo alemão no período de dominação nazista – nem sua observância cega pelo povo daquele país – que, em grande parte, prestou à mesma sua adesão voluntária e consciente.

Com efeito, como se procurará demonstrar, a compreensão do positivismo jurídico como grande culpado pela barbárie instituída pelos nazistas⁷ – compreensão esta que é a mais difundida – ignora o nível de mobilização dos alemães em torno da causa encampada por Hitler e seus asseclas, atingida em decorrência de uma tênue identidade de “convicções” reforçada pela forte manipulação ideológica⁸ levada a efeito pelo regime, o que conduz à conclusão de que às leis nazistas (*rectius*, atos com força de lei expedidos pelo *Führer*) estava imanente uma *veritas* coletivamente compartilhada.

I – O PAPEL DE HANS Kelsen E GUSTAV RADBRUCH E SUAS CONSEQUÊNCIAS, INCLUSIVE NO BRASIL

Foi muito provavelmente em virtude das lições de Hans Kelsen e Gustav Radbruch que se disseminou em nossa cultura jurídica, como em outras, a ideia de que o positivismo jurídico possibilitou a dominação nazista na Alemanha, no período de 1933 a 1945.

De acordo com as lições de Ernesto Garzón Valdés (1985, p. 6), a teoria pura do direito de Hans Kelsen, sobretudo, foi considerada como a grande culpada pelas violações praticadas pelo regime nazista. Segundo Valdés, as célebres palavras⁹ proferidas pelo jurista austríaco, em 1963, “*significaron para no pocos juristas la confirmación de sus peores sospechas sobre la complicidad positivista en la implantación de la barbarie nazi*”.

-
- 5 De acordo com o que aduz Ferrajoli (1998, p. 17): “*Auctoritas, non veritas, facit legem: éste es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes em el ya recordado Diálogo, como alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético – cognoscitivo – del iusnaturalismo*”.
 - 6 Expressa, na tradução ao português da obra hobbesiana, por meio das seguintes palavras: “Portanto, o que faz a lei não é aquela jurisprudência, ou sabedoria dos juizes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens”.
 - 7 O vocábulo “nazista” decorre da palavra *nazi*, como eram conhecidos os partidários do nacional-socialismo, na Alemanha, que é formada, a seu turno, pela aglutinação de sílabas extraídas da palavra *Nationalsozialismus*.
 - 8 O vocábulo ideologia aqui é utilizado no preciso sentido apontado por Smith (1982, p. 54-55), que, ao abordar a origem da significação atual da palavra, desde o ponto de vista do conhecimento, se refere ao fato de que a mesma “*nace y se difunde cuando Napoleón Bonaparte, refiriéndose a las críticas que contra su política imperialista dirigían los ideólogos, adscribió a la palabra un sentido despectivo con el evidente propósito de poner de manifiesto el alejamiento de la realidad político-social de Francia implicado en las críticas de los ideólogos*”.
 - 9 “*Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentar-lo, pero no negar que fue derecho*”.

Isso porque, para Kelsen (2003, p. 68),

um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de a sua prescrição corresponder à norma da justiça – e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça. É esta a concepção do positivismo jurídico, e tal é a consequência de uma teoria jurídica positivista ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista.¹⁰

Gustav Radbruch (1979, p. 415), em seu texto “Cinco minutos de filosofia do direito”, publicado logo após a Segunda Guerra Mundial em forma de uma circular dirigida aos estudantes da Universidade de Heidelberg, aduz:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.¹¹

Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

Sobre as violações acarretadas pelo regime nazista, Radbruch (1993, p. 37-38) assim se pronuncia, num trecho que expressa, ao mesmo tempo, sua adesão ao jusnaturalismo e, contraditoriamente, a dos juízes ao regime recém-superado:

No deben pasarse por alto – precisamente después de esos doce años – las terribles consecuencias que puede traer consigo, para la seguridad jurídica, el concepto de arbitrariedad legal, y la negación de la naturaleza de derecho de las leyes positivas. Nosotros debemos esperar que um derecho semejante permanecerá como un irrepetible extravío y una confusión del pueblo alemán, pero para todos los casos posibles nos hemos armado com la superación fundamental del positivismo, que debilitó toda la capacidad defensiva frente al

10 Gregório Robles (2003, p. 143) compartilha essa posição, ao afirmar acerca do “problema dos valores”: “*El ser de lo Derecho no coincide con su deber ser. Los valores jurídicos son pautas ideales, modelos ideales, a los que el ser del Derecho debe tender. Pero el ser del Derecho no tiene por qué coincidir necesariamente con el deber ser. El Derecho es Derecho aunque sea injusto*”.

11 Visão semelhante é a de Mario Cattaneo (2005, p. 26), que, ao comentar a obra *Nós*, do escritor russo Evgenij Zamjatin (obra que, segundo o autor, influenciou diretamente o livro *1984*, de George Orwell), assim se pronuncia: “Este texto põe claramente em destaque, de forma irônica e caricatural, a doutrina jurídica do totalitarismo: o direito se funda unicamente na força, pelo que não há sentido falar de direitos individuais; os indivíduos encontram-se somente obrigados, são totalmente submetidos ao ‘Nós’. A irônica afirmação pela qual o direito do indivíduo é simplesmente aquele de sofrer a pena é muito significativa a este respeito [...]” (tradução livre).

abuso de la legislación nacionalsocialista, a fin de evitar el regreso de un Estado de ilegalidad semejante.

Esto vale para el futuro. Frente a la arbitrariedad legal de los doce años pasados, debemos buscar la realización de las exigencias de la justicia con el mínimo posible de sacrificio de la seguridad jurídica. Cada juez no debe por su propia cuenta formular leyes, ya que esta tarea debía más bien reservarse a un alto Tribunal o al legislador (ver Kleine, Revista Jurídica del sur de Alemania, p. 36). Una ley semejante fue ya expedida en la zona americana con base en un acuerdo en el Consejo de las Ländern (provincias): la ley de reparaciones por agravios nacionalsocialistas en el ejercicio de la justicia penal.

A visão de Heinrich Rommen *apud* Ernesto Garzón Valdés (1985, p. 08-09) não distoa da de Radbruch quando aquele afirma que “*el positivismo... habría dejado a los juristas indefensos frente a las leyes de contenido arbitrario o criminal’ y privado teóricamente a los tribunales de justicia de la posibilidad de introducir consideraciones basadas en el derecho natural’*”, o que seria essencial, já que “*todo intento de resistencia pasiva y activa contra el régimen (de Hitler) tenía que estar basado en ideas del derecho natural o de la ley divina, pues el positivismo jurídico no ofrecía fundamentos para ello...*”. Para referido autor, graças à vigência do positivismo, “*el juez se habría transformado en un autómeta esclavo de la ley*”.

Também Alf Ross (2003, p. 296) demonstra partilhar do mesmo entendimento, ao mencionar, discorrendo sobre o “*renascimento do direito natural*”, que

pareceria que a realidade brutal fortaleceu o impulso de afirmar os ideais de justiça. A primeira guerra mundial estimulou poderosamente o direito natural absolutista. O idealismo francês foi colocado à contraposição à doutrina alemã do poder e as doutrinas jusnaturalistas usadas para justificar os fins bélicos dos aliados e para robustecer a força de resistência da população. Da mesma maneira, as atrocidades de Hitler contribuíram certamente para promover o crescente desejo de confirmar a crença nos direitos humanos, tal como o regime de violência alemão nos países ocupados estimulou a ânsia de afirmar em termos absolutos a diferença entre o direito e o poder e fundamentar o direito numa ideia absoluta.

Na Espanha, se levanta a voz de Luis Díez-Picazo (1993, p. 197-198), que, ao abordar a questão da legitimidade das normas jurídicas, assevera que, “*[...] para que exista una genuína norma jurídica y para que la norma quede efectivamente implantada como tal, es menester algo más que el deseo, la voluntad o el interés del grupo social*”:

Es menester algo más que una prescripción o, si se quiere, que un mandato. Si lo entenderíamos así, seríamos puros positivistas. Aunque no existiera ninguna otra razón para desterrar el positivismo, el contexto histórico dentro del cual nuestra propia existencia se ha desarrollado, nos impiede ser positivistas. La época de las dictaduras totalitarias y el final de la segunda guerra mundial han desnudado

el positivismo y lo han dejado a la intempérie. No es mera coincidencia que un renacimiento de los movimientos antipositivistas se produzca inmediatamente después del final de esta conflagración bélica. *Varias generaciones de juristas comprendieron que el Derecho no es, ni puede ser, la voluntad o el interés de un führer, ni la voluntad o el interés de un grupo que domina la organización política. Las proposiciones emanadas de los jefes o de los grupos que ejercen o que disfrutaban el poder político pueden ser mandatos o proposiciones imperativas, pero pueden no ser, y no siempre son, normas jurídicas. Siempre ha sido justificada la desobediencia de la ley injusta. El mandato o la prescripción puede ser un auténtico delito de derecho de gentes. Piénsese en la llamada ley para la solución final del problema judío o en las leyes sobre apartheid en África del Sur.* (grifou-se)

Um reflexo do ponto de vista supramencionado é encontrado, em nosso País, nas lições de Luís Roberto Barroso (2005, p. 12) que, ao discorrer sobre a derrocada do positivismo jurídico, assevera:

[...] O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

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 ideia 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.

II – A TESE DE NORBERTO BOBBIO

Muito embora o constitucionalista fluminense faça referência expressa, em nota de rodapé, à obra *O positivismo jurídico*, de Norberto Bobbio (Barroso, 2005, p. 12), ao lastrear um comentário a respeito do tema, chega aquele, em verdade, a conclusões muito díspares das enunciadas pelo jurista italiano.

Com efeito, ao abordar as versões extremista e moderada do “positivismo ético” (que constitui, para o autor, o “aspecto ideológico do positivismo jurídico”), Bobbio (1995, p. 235-236) se reporta à primeira versão como a que recebeu “a maior parte das críticas feitas pelos antipositivistas”, afirmando que se deve observar que, “em primeiro lugar, muito raramente este foi sustentado coerentemente até suas extremas consequências entre os filósofos” (tome-se por base o exemplo de Hobbes, citado abaixo) e, “em segundo lugar, na história não se encontra um acordo pleno permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista”.

De fato, com relação a tal versão do “positivismo ético”, representado pela já colacionada locução *autoritas, non veritas, facit legem*, de Thomas Hobbes, Norberto Bobbio (1995, p. 228) aduz que o próprio filósofo inglês restringe o dever de obediência às leis

[...] no caso em que elas se voltam contra o conteúdo do contrato social (visto que, exorbitando dos seus limites, não são mais leis). Para Hobbes tal caso se verifica quando o comando do soberano põe em perigo a vida do súdito, dado que é exatamente para garantir a segurança da vida que é estipulado o contrato social.

Com efeito, Thomas Hobbes (2007, p. 166) chega a aduzir expressamente em sua obra:

A obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto e somente enquanto dura o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-los. O direito que por natureza os homens têm de defender-se a si mesmos não pode ser abandonado através de pacto algum. [...] A finalidade da obediência é a proteção.

Quanto ao “positivismo ético moderado”, menciona Bobbio:

[...] é, ao contrário, historicamente correto dizer que é estreitamente conexo com o positivismo jurídico, mas neste caso são injustificadas as críticas que da extremidade jusnaturalista foram a ele dirigidas, pois a versão moderada da ideologia juspositivista não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político. Pelo contrário, estas acusações podem ser invertidas, visto que considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira, tirânico. Estes valores foram reivindicados pelo movimento iluminista contra o Estado autoritário do *Ancien Régime*, e foram realizados pelo Estado liberal-democrático do século XIX.

Nas linhas que se seguem, Norberto Bobbio aborda o tema do positivismo jurídico no contexto da Alemanha nazista:

A ideologia jurídica do nazismo era, por outro lado, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz devia decidir com base no interesse político do Estado (em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, a ideologia nazista sustentava que deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao “são sentimento popular” – *gesundes Volksempfinden* – mesmo se não previstos como crimes pela lei).

III – A ORIENTAÇÃO DA LITERATURA JUSFILOSÓFICA E DOS JUÍZES ALEMÃES NO PERÍODO DE DOMINAÇÃO NAZISTA; OS FUNDAMENTOS DA ADESÃO DO POVO ALEMÃO AO DISCURSO DE HITLER

Na introdução à obra que compilou, Ernesto Garzón Valdés (1985, p. 09-12) faz um pequeno inventário das posições de juristas simpatizantes do

regime nacional-socialista. Tais passagens expressam a luta de tal regime contra o positivismo jurídico formalista, tanto na aplicação da legislação positivada anteriormente a 1933 quanto na da legislação produzida pelo *Führer*, o que deixa patente o império do jusnaturalismo subjetivista ou racionalista, de cunho racial, já mencionado.

Vale consignar que os entendimentos abaixo explicitados atendem plenamente aos conclames do próprio Hitler, expressos pelo autor (Garzón Valdés, 1985, p. 13), segundo o qual: “*Será necessário, decía Hitler, que el derecho sea valorado nuevamente, no según el ‘crítério del pensamiento liberal, sino de acuerdo com las pautas dadas por la naturaleza’.*”.

Inicialmente, traz-se à colação a lição de Karl Larenz:

El juez está obligado a reconocer y aplicar toda ley que entre en vigencia por la voluntad del *Führer*; *pero tiene que aplicarla de acuerdo com el espíritu del Führer; de acuerdo com la actual voluntad jurídica, com la idea concreta del derecho de la comunidad.* En el Estado popular (*völkisch*), el derecho no se agota em la ley ni la ley existe aisladamente. Tiene que ser colocada en el contexto total del derecho viviente y estar apoyada por la voluntad de la comunidad en la que basa su validez. (grifou-se)

Passando a Carl Schmitt:

El jurista científico del nuevo derecho alemán deve sobre todo tener consciencia de la fuerza sistemática de este concepto de la igualdad de espécie que penetra en todas las consideraciones jurídicas. La ficción de la vinculación normativista del juez a una ley se ha vuelto hoy teórica y prácticamente insostenible en campos esenciales de la vida práctica del derecho. La ley no puede proporcionar la calculabilidad y seguridad que, según el pensamiento jurídico-estatal, pertenece a la definición de la ley... *Aquí sólo hay un camino: el Estado nacionalsocialista lo ha recorrido con toda firmeza y el Secretario de Estado Freisler lo ha formulado muy claramente en la exigencia: ‘No reforma de la justicia sino reforma de los juristas’.* Si ha de seguir existiendo una aplicación independiente del derecho y, sin embargo, no es posible una vinculación mecánica y automática a normaciones establecidas anteriormente, entonces todo depende del tipo de nuestros jueces y funcionarios. *Nunca como hoy ha tenido una importancia tan decisiva la cuestión “quis judicabit”... Con toda precisión tiene que estar asegurada la substancia apropiadamente dicha de la “personalidad” y ella reside en la vinculación popular e igualdad de espécie de cada una de las personas encargadas de la presentación, interpretación y aplicación del derecho alemán.* (grifou-se)

E chegando a Eric Wolf:

Con todo hay que estar en claro que cuando se habla de la exclusiva vinculación del juez a la ley hoy se quiere decir algo distinto a lo que se entendía antes. Por una parte, porque la joven ciencia jurídica alemana hace tiempo que ha reconocido que los parágrafos formales de la ley a través del poder del libre crítério del juez nunca están en condiciones de lograr una plena regularidad de la justicia, lo que no se deben ni a mala voluntad ni a la casualidad, sino

a la esencia de la ley misma, que contiene y tiene que contener elementos necesitados de complementación valorativa para estar en condiciones de abarcar la vida real. Por otra, porque a través de la actual identidad del legislador con el gobierno, está garantizada una conducción autoritária del juez a través de los principios rectores de la conducción estatal y así se le proporciona un firme soporte también en el campo de su discrecionalidad. Justamente de esta manera está dada la garantía de que todo acto de la voluntad del Führer se exprese bajo la forma de ley y así se sacie la necesidad de seguridad jurídica existente en el pueblo. En esta medida, también el Estado nacionalsocialista es un “Estado de derecho”, pero no en el sentido positivista, formal, de Estado de parágrafos con un legislador inahprendiblemente múltiple e irresponsable en última instância, sino Estado de derecho material, Estado de la justicia material vinculada al pueblo. En él aparece como ideal nacionalsocialista de un juez que es el comisionado de la comunidad popular. Su libertad no está limitada por un principio de seguridad formalista-abstrato o por la arbitrariedad, sino a través de la concepción jurídica del pueblo personificada en el Führer y que se presenta en la ley... Podemos confiar en esta regulación pues ninguna fórmula legal abstrata podría garantizar tanta independência y permanência a la actividad judicial como la coincidencia de convicción en el sentir y el querer de todos los miembros de la comunidad jurídica... (grifou-se)

Entretanto, com base nas lições de Ingeborg Maus (2000, p. 194-195), tal posicionamento não surgiu no período de dominação nazista; veio sendo sedimentado desde períodos mais recuados no tempo, quando os juízes passaram a se sentir afrontados social (em virtude da redução constante de sua remuneração no período imperial) e funcionalmente, “reagindo com irritação à exigência de atuarem como meros ‘serviçais das normas’, não só as do Código Civil de 1900, mas, sobretudo, as da legislação extravagante de teor ‘político-partidário’”. Senão, vejamos:

Desde a introdução tardia do parlamentarismo, com a República de Weimar, a conexão interna entre vinculação à legalidade e independência do judiciário parece ter ganho uma dimensão que corresponderia à própria dissolução do parlamentarismo. A Justiça transformou em fetiche sua independência mediante exigências políticas corporativistas, ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua “vinculação à legalidade”, exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo. Em contraponto à teoria positivista e formalista de aplicação do direito dessa época, apoiada por poucos representantes “republicanos” da polêmica weimeriana, a teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei em dois sentidos: primeiro, sustentava com grande ênfase argumentativa as decisões do Tribunal Imperial dos anos 1920, pelas quais reconheceu ao juiz, pela primeira vez na história alemã, um direito de exame das normas legais do Império, apoiando a possibilidade de um controle de constitucionalidade a ser exercido de forma “difusa” por todos os tribunais (uma função que na República Federal da Alemanha seria regulada legalmente e centralizada no TFC); segundo, defendia – e de forma ainda mais consequente – uma expansão do cânone jurídico-metodológico que permitisse à Justiça decidir em cada caso se convinha referir-se à lei (reconhecida como “conforme à Constituição”) ou a pontos de vista e premissas próprios. Com a

combinação de todos esses aspectos de “independência” da Justiça, transmudou-se esta em absolutismo – exatamente no momento histórico em que a Justiça decidia não mais em “nome do rei”, mas sim “em nome do povo”.

O posicionamento da grande maioria dos juízes alemães contra o Parlamento, a política partidária e mesmo organizações de interesse social começou a ser delineado desde o início do século XX. (grifou-se)

Dessa forma, fica explicitado que o papel do nazismo consistiu, tão somente, em utilizar-se da “autocompreensão desenvolvida pela Justiça antes de 1933” (Maus, 2000, p. 196) para promover a adesão dos juízes ao seu regime, por meio do resgate de seu protagonismo na “aplicação das leis” e na construção de um “sistema de valores unitário” em detrimento da “anterior concorrência social de sistemas de valores diferenciados”. Daí ter a Associação dos Juízes Alemães declarado, em 19 de março de 1933, sua “total fidelidade” a Hitler.

Tal entendimento se dessume da menção da autora tedesca às “Cartas aos Juízes” (*Richterbriefe*), distribuídas pelo Ministério da Justiça a partir de 1942. Nelas, atribui-se ao juiz o papel de “protetor dos valores de um povo [...] e aniquilador dos falsos valores”, fazendo com que o povo se torne uma “‘unidade’, ‘verdadeiro’ povo, objeto da representação e produto da atividade decisória judicial” (Maus, 2000, p. 197). Menciona-se, ainda, que o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”; que não se deveria utilizar servilmente das “muletas da lei”; que o juiz era visto como “auxiliar direto da condução do Estado” e, no auge da “perversão da Justiça alemã”, que “o juiz é a corporificação da consciência viva nacional”.

Ingeborg Maus (2000, p. 198) aponta, como consequência da propaganda ideológica veiculada por tais “Cartas”, que o mesmo Ministério da Justiça do Reich que as emitiu, chegou a censurar, em uma delas (de 1942), “um terço do conjunto das decisões consideradas exemplares, por terem imposto penalidades excessivas”.

É fato historicamente reconhecido, além disso, a imensa adesão alcançada pelo regime nacional-socialista junto à população alemã. Por toda a extensão da obra de Thomas Mann (2009, p. 21 e ss.), por exemplo, isso se encontra expresso. Naquela, faz o autor diversas admoestações ao povo alemão relativamente aos riscos de uma tal postura. Vejamos, exemplificativamente:

O povo alemão precisa ter e terá seu “lugar ao sol” no mundo por vir. Mas se continuar a seguir seus aliciadores, passiva e ativamente, de maneira incondicional, então vamos reconhecer tarde demais que um povo não pode ter seu lugar ao sol quando cobre o mundo de trevas e horror [...]. (p. 21)

Gostaria de lhes perguntar como lhes parecem, sob a sua luz, os atos que seus líderes os fizeram cometer, como nação, nos últimos anos, os atos de violência desvairada e destruição dos quais eles os tornaram cúmplices intencionalmente, todas as atrocidades que acumularam em nome de vocês, a inexplicável miséria

e o sofrimento humano que a Alemanha nazista, ou seja, uma Alemanha que não pode mais ser nem alemã, nem cristã, disseminou em torno de si mesma [...]. (p. 23)

Vocês acreditam que ele [Hitler] seja o homem do milênio, vindo para ocupar o lugar de Cristo e substituir a doutrina do Salvador, a doutrina da fraternidade humana diante de Deus, pela doutrina da violência que mata o corpo e a alma. Vocês acreditam quando ele diz que vocês são um povo de senhores escolhido para criar uma chamada “Nova Ordem” em que todos os outros povos terão de se submeter a vocês como escravos. E, como escravos de seu miserável fanatismo, vocês prosseguem lutando furiosamente por essa “Nova Ordem” medonha, por um mundo, portanto, em que comemorar a festa de Natal, a festa da paz e do amor, seria uma mentira e uma blasfêmia muito pior do que já é hoje [...]. (p. 24)

O sujeito miserável que ainda se diz o *Führer* da Alemanha, que ainda se dá o direito de ameaçar com uma morte vergonhosa todos que se opõem à continuação insana de uma guerra completamente perdida – Hitler, claro – festejou o décimo segundo aniversário de seu governo, o mais sombrio aniversário da história alemã, com um discurso no rádio a que vocês, habitantes de um território ocupado, dificilmente ainda terão dado atenção. *O que importa a vocês é a conhecida retórica barata com que ele busca transfigurar heroicamente a sua existência infeliz que está chegando ao fim e se apresentar como um “combatente de Deus”, como o escolhido “defensor da Alemanha contra um mundo de pérfidos invejosos”, como “o defensor da Europa contra as hordas do Leste que só pensam em destruição” [...]?! (p. 196)*

Em interessante passagem, chega o autor (2009, p. 48-49) a afirmar que, em sua essência, as premissas do nacional-socialismo já se encontravam arraigadas no povo alemão. Senão, vejamos:

Admito que isso que se chama de nacional-socialismo tem raízes profundas na vida alemã. É a forma virulenta de degeneração de ideias que sempre trouxeram em si o germe da corrupção assassina, ideias de modo algum alheias à boa e velha Alemanha da cultura e da formação. Aí elas viviam nobremente, chamavam-se “romantismo” e deixaram o mundo fascinado. Pode-se muito bem dizer que elas decaíram, que estavam destinadas a decair, visto que foram desembocar num Hitler. Somadas à incrível adaptação da Alemanha à idade da técnica¹², elas formam hoje uma mistura explosiva que ameaça toda a civilização. Sim, a história do nacionalismo e do racismo alemão que resultou no nacional-socialismo é longa e terrível; ela vem de longe, é interessante no início e se torna cada vez mais vulgar e abominável. Mas confundir essa história com a própria história do espírito alemão e amalgamá-las numa só é pessimismo crasso e seria um erro perigoso para a paz.

12 Em sua obra *Modernidade e holocausto*, ganhadora do Prêmio Amalfi (1989) concedido ao melhor livro de sociologia publicado na Europa naquele ano, Zygmunt Bauman contextualiza, com grande acuidade, o Holocausto. Em dado trecho do livro, aborda o papel que nele desempenha a burocracia moderna alemã (1998, p. 130), fato a que Thomas Mann, como se deduz do trecho citado, denomina de “idade da técnica”: “Hilberg disse que, no momento em que um funcionário alemão redigisse a primeira norma de

Daí o grande “sucesso” da empreitada de Hitler; daí a grande adesão popular à cartilha do regime nacional-socialista, que conseguiu neutralizar, em parte maciça da população alemã, o que Recaséns Siches (1970, p. 57-59) denomina como seu “sentimento da injustiça”. Sobre o tema, o autor espanhol assim se pronuncia:

La mayoría de las gentes en el curso de sus vidas han estado expuestas a una acción de otros, la cual experimentaron como una afronta a su sentido de justicia. Puede haber sido un acto del padre o de un maestro; o una iniquidad cometida contra uno mismo, o contra un pariente o amigo, por un funcionario administrativo; o el fallo de un juez que afectó indebidamente sus intereses personales o su propiedad; o el haber sufrido una guerra injusta; o el haber sido privado de la autonomía personal o de las oportunidades para trabajar y ganarse a vida; [...]

En todos esos casos y en el sinnúmero de otros análogos, surge el sentimiento de agravio por la injusticia. Tal “sentido de la injusticia” consiste en el hecho, dado de manera inmediata en nuestra conciencia, de reaccionar frente a una situación injusta. Se trata de un hecho dinámico y, a la vez, impregnado de un calor emocional de repudio e indignación. Como efecto de un conjunto de múltiples y muy variados factores, acontece frecuentemente que es difícil obtener la intuición inmediata de la justicia, mejor dicho, de la solución justa para un determinado problema legislativo o judicial. Per, en cambio, suelen ser hechos inmediatos en la conciencia las reacciones simpáticas de ultraje, horror, repugnancia, resentimiento y cólera, contra aquellos actos en los cuales se siente o experimenta de un modo directo la presencia de la injusticia.

Isso porque “a natureza nos equipou a todos os homens para considerar a injustiça cometida contra um mesmo, ou contra outro, como uma agressão pessoal”. De acordo com suas próprias palavras:

La injusticia se siente de una manera directa como un asalto, como una trampa. Y el sentido de la injusticia es un dato que opera como instrumento por cuya virtud el hombre descubre el ataque y se prepara la defensa. En ese “sentido de la injusticia” se da una mezcla indisoluble de sentimiento y razón. Sin la razón, tal sentimiento sería algo ciego, incapaz de servir a la causa de la justicia y del bien común. Pero además de la razón, que está latente y puede ser descubierta después por el pensamiento, hay, ante todo, el hecho de una experiencia emocional – íntima, cálida –, el hecho de una experiencia dolorosa inmediata, por cuya virtud el hombre descubre el ataque y se prepara para la defensa.

Recaséns Siches ilustra seus argumentos com exemplos que, embora paradoxais, “não são produto da imaginação, sendo, ao contrário, tomados da realidade monstruosa dos Estados totalitários”, onde qualquer emoção ou “experiência emocional” é afastada com vigor e a “razão”, aparentemente obscurificada. Alguns dos exemplos do autor parecem se enquadrar nas ideias-base do

exclusão dos judeus, o destino dos judeus da Europa estaria selado. Há uma verdade muito profunda e terrível nesta frase. O que a burocracia precisava era da definição de sua tarefa. Racional e eficiente como era, podia se confiar nela para levar a tarefa ao fim”.

nacional-socialismo: “*Los jueces deben proceder con parcialidad partidista*”; “*debes exterminar a quien piense de modo diferente a como lo haces tú*” e “*para el mejor servicio de los intereses de la economía nacional, se debe establecer la esclavitud y campos de trabajo forzado, a cuyo régimen serán sometidos los disidentes de la política oficial*”.

Não se pode desconsiderar o fato de que algumas das atitudes expressas nos exemplos de Recaséns Siches podem ser em parte justificadas, haja vista as ameaças concretas feitas pelos líderes dos Estados totalitários à vida ou à integridade física de seus súditos ou familiares. Mas que dizer de juízes que aderem maciça e voluntariamente ao regime, como ocorreu no nazismo? E da grande parte da população alemã, que não poupou esforços para empreender, sob o comando de seu *Führer*, à dominação do mundo, subjugando todos os demais povos?!

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que, tanto o fenômeno da produção do direito no período de dominação nazista quanto a “revalorização” da legislação anterior, levada a efeito pelos juízes, contaram com significativo respaldo popular. Tal respaldo derivou do fato de que parcela significativa do povo alemão considerava-se uma raça pura e superior às demais, sendo “natural”, portanto, que a elas se sobrepusesse.

Com efeito, ambos os expedientes descritos acima buscaram conduzir o povo alemão à “Nova Ordem” propagandeada pelo regime e mencionada por Thomas Mann, por meio da afirmação dessa superioridade do povo alemão frente a outros povos, como os judeus e eslavos e a grupos politicamente indesejados pelo regime (ciganos, militantes comunistas, deficientes físicos e mentais, etc.). De acordo com o discurso de Hitler, pela sua superioridade, os alemães mereciam “dominar o mundo”. E ele era o “ser iluminado” que os conduziria a tanto.

Ante o exposto, torna-se impossível considerar que, no contexto da dominação nazista, imperava um “positivismo ético extremista”, na expressão cunhada por Norberto Bobbio (segundo o qual *auctoritas, non veritas, facit legem*). Sustentar o contrário é ignorar que, ainda que posto pela autoridade de Hitler, o direito nazista se lastreava na premissa de que a dominação da raça ariana (integrada por indo-europeus e seus descendentes não miscigenados com outros povos) sobre as demais era conforme à natureza, dada a superioridade da primeira.

Diverso não é o posicionamento de Arthur Kaufmann *apud* Juan António García Amado (1991), para quem o positivismo jurídico, sob o nazismo, foi um “positivismo legalista pervertido”, que exigia obediência das leis do nazismo, mas que se transformava em jusnaturalismo ao afirmar a superioridade do ordenamento nazista sobre a lei liberal-democrática” (tradução livre).

Ademais, a menção de Kelsen de que “o direito, no período de dominação nazi, foi direito” não deve ser tomada como uma “confissão de culpa” por parte do positivismo jurídico, mas analisada no contexto da Teoria Pura do Direito de referido autor.

Com efeito, para Kelsen (2006, p. 235-236), a eficácia de uma ordem jurídica ou de uma norma é *condição* de sua validade. Ao repelir as teses opostas de que “a validade do direito é completamente independente de sua eficácia” e a de que a “validade do Direito se identifica com sua eficácia”, e buscar um meio termo entre essas duas correntes que são, a seu ver, “insustentáveis”, Kelsen aponta que:

A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. *Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes.* (grifou-se)

Nesse sentido, como se deduz das passagens acima colacionadas, o Direito nazista era eficaz e, portanto, válido.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- CATTANEO, Mario A. *Diritto e forza*. Um delicato rapporto. Padova: Cedam, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, derecho y filosofía del derecho. *Anuário de filosofia del derecho*, Valência: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n. 8, p. 341-364, 1991. Disponível em: <<http://www.geocities.com/jagamado/nazismo.html>>. Acesso em: 4 out. 2008.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico – El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Introducción. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto (Compilador). *Derecho y filosofía*. Barcelona: Editorial Alfa, 1985.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do zangão – Uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MANN, Thomas. *Ouvintes alemães! Discursos contra Hitler (1940-1945)*. Trad. Antonio Carlos dos Santos e Renato Zwick. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), n. 58, p. 183-202, 2000.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de Luís Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- _____. *Relativismo y derecho*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1992.
- RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1970.
- ROBLES, Gregório. *Introducción a la teoría del derecho*. 6. ed. Barcelona: Editorial Debate, 2003.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini e revisão técnica de Alysson Mascaro. Bauru: Edipro, 2003.
- SMITH, Elisa A. Mendez de. *Las ideologías y el derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2008.
- _____; MARTINI, Carlo Maria. *La exigencia de justicia*. Traducción y presentación de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2006.