



Bruno Motta de Vasconcellos

**Fantasmagorias jurídicas
O mito da responsabilidade do positivismo
pela queda da República de Weimar
e ascensão do III Reich**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti

Rio de Janeiro
Abril de 2019



Bruno Motta de Vasconcellos

Fantasmagorias jurídicas
O mito da responsabilidade do positivismo
pela queda da República de Weimar
e ascensão do III Reich

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da PUC-Rio como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo
assinada.

Prof. Adriano Pilatti

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alexandre Pinto Mendes

Departamento de Direito – UFRRJ

Prof. José María Gómez

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Noel Struchiner

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Rafael Barros Vieira

Departamento de Direito – UFF

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Bruno Motta de Vasconcellos

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro). Graduou-se Direito também na PUC-Rio. Durante quase toda a graduação, participou do PET-Jur (Programa de Educação Tutorial do Departamento de Direito da PUC-Rio), no qual se desenvolvia a pesquisa coletiva *Bases Materiais do Constitucionalismo Brasileiro*, e, individualmente, iniciou sua pesquisa sobre a filosofia de Thomas Hobbes e o conceito de soberania. Atualmente, participa do grupo de pesquisas Direitos em Movimento, do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio, coordenado pelo Prof. Adriano Pilatti.

Ficha Catalográfica

Vasconcellos, Bruno Motta de

Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich / Bruno Motta de Vasconcellos; orientador: Adriano Pilatti. – 2019.

v. 360 f.: il. ; 29,7 cm

1. Tese (doutorado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Hobbes, Thomas. 3. Positivismo jurídico 4. Jusnaturalismo. 5. Neoconstitucionalismo. 6. Fantasmagoria 7. Estado de exceção 8. República de Weimar 9. Nazismo. I. Pilatti, Adriano (Adriano Pilatti). II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Ao meu orientador, Prof. Adriano Pilatti, por ter acreditado no meu trabalho e em mim durante todo este tempo, que já vai completar doze anos, desde os tempos da graduação e do PET-Jur, sendo sempre uma grande influência para a compreensão do direito e da política tanto em seus aspectos teóricos quanto pragmáticos.

Aos estimados membros da banca, Prof. Alexandre Pinto Mendes, Prof. José María Gómez, Prof. Noel Struchiner e Prof. Rafael Barros Vieira, não apenas pela disponibilidade em avaliarem este trabalho, mas também, por terem auxiliado em minha formação acadêmica por meio de aulas, discussões teóricas e projetos em comum.

A todo o Corpo Docente do Departamento de Direito da PUC-Rio.

A todos os funcionários do Departamento, principalmente, Anderson e Carmem, por serem sempre prestativos e pelo grande auxílio que nos dão, sem o qual esta Pós-Graduação não seria tão fantástica quanto é.

A todos os amigos e colegas do Doutorado, que compartilharam desta laboriosa, mas recompensadora empreitada, que é escrever uma tese.

Aos companheiros do Direitos em Movimento, ajudando a pôr em prática o que não pode ficar só na teoria.

A todos os meus amigos que foram compreensíveis com o meu “desaparecimento” nestes últimos meses, nos quais fiquei enclausurado, escrevendo este trabalho.

A toda a minha família, especialmente, meu pai, Francisco Eduardo de Vasconcelos, meu grande amigo, e, finalmente, por último, mas em primeiro lugar, minha mãe, Telma de Paula Mota Vasconcelos, a melhor mãe do mundo, grande incentivadora, cujo apoio foi fundamental não apenas para este trabalho mas para tudo nesta minha vida.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Resumo

Vasconcellos, Bruno Motta de; Pilatti, Adriano. **Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich**. Rio de Janeiro, 2019. 360 p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Com o fim da II Guerra e a queda do III Reich, ganha ímpeto um ataque jusnaturalista ao positivismo jurídico sob o fundamento de que ele foi o pensamento jurídico predominante na Alemanha da República de Weimar e que continuou sendo durante o regime nazista. Desta forma, o positivismo teve responsabilidade tanto pela queda da república quanto pelo funcionamento genocida do regime de Hitler. Iniciando-se com um artigo de Gustav Radbruch, tais ataques prosseguiram nas vozes de diversos antipositivistas e neoconstitucionalistas como Fuller, Dworkin, Alexy e, mais recentemente, David Dyzenhaus, jurista com quem a presente tese procura debater. Contra estes argumentos, pretende-se aqui refutá-los a partir das categorias *fantasmagoria* e *hostilidade*, extraídas do pensamento político-jurídico de Thomas Hobbes. A primeira procura demonstrar que o pensamento jurídico nazista era calcado em uma forma transcendental e eseencialista de pensar, implicando uma concepção do direito como algo já dado e que deveria ser realizado. A segunda determinava que, para realizar esta fantasmagoria, a forma jurídica poderia ser completamente afastada, de modo que o regime nazista, na verdade, seria antipositivista. Com isto, tanto a partir da teoria de Hobbes quanto de exemplos históricos, a presente tese procura afastar tal mito sobre o positivismo, afirmando que, ao contrário, o pensamento jurídico nazista era mais próximo do jusnaturalismo, e que as teses antipositivistas e neoconstitucionalistas de *abertura do direito à moral*, ao contrário do que pretendem, podem acabar por fornecer meios de ascensão de regimes autoritários, de modo que uma interpretação formal do direito deve ser vista como mais adequada do que uma *jurisprudência de princípios*.

Palavras-chave

Thomas Hobbes; positivismo jurídico; jusnaturalismo; neoconstitucionalismo; fantasmagoria, estado de exceção; República de Weimar; nazismo.

Abstract

Vasconcellos, Bruno Motta de; Pilatti, Adriano (Advisor). **Legal Phantasmagorias: The Myth of Legal Positivism Responsibility for the Fall of the Weimar Republic and the Rise of the Third Reich.** Rio de Janeiro, 2019. 360 p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

With the end of World War II and the fall of the Third Reich, a jusnaturalist attack on legal positivism gained momentum on the ground that it was the predominant legal thought in the German Weimar Republic and continued to be so during the Nazi regime. In this way, positivism was responsible both for the fall of the republic and for the genocidal functioning of the Hitler regime. Starting with an article by Gustav Radbruch, such attacks continued in the voices of several anti-positivists and neo-constitutionalists such as Fuller, Dworkin, Alexy and more recently David Dyzenhaus, a jurist whose arguments this thesis intends to debate. Against these arguments, the objective here is to refute them with the help of the concepts of phantasmagoria and hostility, extracted from the political-juridical thought of Thomas Hobbes. The first concept seeks to demonstrate that Nazi legal thinking was modeled on a transcendental and essentialist way, implying a conception of law as an *a priori* that should be realized. The second concept determined that in order to realize this phantasmagoria, the legal form could be completely removed. Thus, the Nazi regime, in fact, would be anti-positivist. Thereby, both with the help of Hobbes's theory and historical examples, this thesis aims to dispel such a myth about positivism, stating that, on the contrary, Nazi legal thought was closer to natural-law, and that the anti-positivist and neo-constitutionalist theses, contrary to what intend or claim, may ultimately provide help to authoritarian regimes seize power. Thus, a formalist law interpretation must be seen as more appropriate than an interpretation based on principles.

Keywords

Thomas Hobbes; legal positivism; jusnaturalism; neoconstitucionalism; phantasmagoria; state of exception; Weimar Republic; Nazism.

Sumário

1. Introdução	11
1.1 Apresentação: o direito e o <i>Imperador de tudo</i>	13
1.2. Justificativa do trabalho	17
1.3 Relevância da abordagem	20
1.4 Apresentação das teses e delimitação conceitual	22
1.5 Pressupostos metodológicos e metodologia empregada na tese	23
1.6 Plano de trabalho	25
2 O neojusnaturalismo contra-ataca	28
2.1 Gustav Radbruch e seu ataque ao positivismo jurídico	30
2.1.1 A <i>Fórmula de Radbruch</i>	31
2.1.2 Moral, justiça e direito em Radbruch	32
2.1.3 O que significa <i>positivismo</i> na crítica de Radbruch	36
2.2 O debate entre Fuller e Hart	39
2.2.1 A resposta de Hart às críticas gerais ao positivismo	40
2.2.2 A crítica de Hart a Radbruch	43
2.2.3 A resposta de Fuller a Hart	44
2.2.4 Fuller defende Radbruch	47
2.3 Dworkin, Hércules e os princípios	49
2.3.1 A busca de Dworkin pelo direito por meio de sua crítica a Hart	51
2.3.2 O juiz Hércules e a busca pela resposta certa	55
2.3.3 Direito como integridade e a crítica à visão de meros fatos	58
2.4 Alexy e o argumento da injustiça	60
2.4.1 O conceito de direito para Alexy	62
2.4.2 O argumento da injustiça e a defesa da <i>Fórmula de Radbruch</i>	65
2.4.3 O argumento de princípios	67
2.5 Conclusão: a ameaça fantasma	70
3 Dyzenhaus e o <i>Mito de Weimar</i>	74
3.1 O <i>Preußenschlag</i> ou o <i>Golpe contra a Prússia</i>	76
3.1.1 A crise que antecedeu o <i>Preußenschlag</i>	77
3.1.2 O <i>Preußenschlag</i> e o caso <i>Preußen contra Reich</i>	80

3.2 Carl Schmitt	86
3.2.1 O liberalismo que Schmitt critica	88
3.2.2 A decisão pura	90
3.2.3 A “democracia” schmittiana	94
3.2.4 O guardião da constituição	98
3.3 Hans Kelsen	101
3.3.1 A teoria pura do direito	102
3.3.2 Quem deve ser o guardião da constituição	106
3.3.3 As tensões da teoria de Kelsen	109
3.3.4 O parecer de Kelsen sobre o julgamento do <i>Preußenschlag</i>	112
3.4 Hermann Heller	116
3.4.1 Os princípios fundamentais do direito	117
3.4.2 A soberania	121
3.4.3 Democracia e homogeneidade	124
3.4.4 O paradoxo da decisão	126
3.5 Conclusão: Dyzenhaus e o efeito <i>Humpty Dumpty</i>	129
4 Fantasmagoria e hostilidade	133
4.1 O sentido de relativismo para Hobbes e suas bases filosóficas	135
4.1.1 Fantasmas da mente	136
4.1.2 Teoria da linguagem e a crítica das essências separadas	137
4.1.3 Razão em Hobbes	141
4.1.4 Hobbes e a desconstrução	144
4.2 Do estado de natureza ao estado civil	147
4.2.1 Hobbes e a construção do conhecimento	148
4.2.2 Construindo a sociedade a partir do estado de natureza	152
4.2.3 O direito natural e as leis naturais	156
4.2.4 Leviatã	161
4.3 Fantasmagoria	166
4.3.1 Demonologistas e o problema da fantasmagoria	167
4.3.2 Os dois deuses do Leviatã	170
4.3.3 A ética hobbesiana e sua antítese	174
4.3.4 Ética e direito em Hobbes	179

4.4 Hostilidade	183
4.4.1 Dyzenhaus vs. Gross	187
4.4.2 A paradoxal solução de Dyzenhaus	193
4.4.3 O problema dos princípios	198
4.4.4 Uma resposta hobbesiana e algumas críticas a Hobbes	204
4.5 Conclusão: o direito e o bom direito	214
 5 De Weimar ao III Reich	 217
5.1 O colapso de Weimar	217
5.1.1 O <i>Methodenstreit</i>	217
5.1.2 Revisão judicial e a atuação do judiciário de Weimar	221
5.1.3 A Constituição, precedentes e a decisão sobre o <i>Preußenschlag</i>	225
5.1.4 As leis de habilitação e o fim da República de Weimar	232
5.2 A fantasmagoria nazista	237
5.2.1 Decadência e renascimento da “raça” – o racismo nazista	242
5.2.2 Repercussões jurídicas do princípio de <i>Volksgemeinschaft</i>	247
5.2.3 Darwinismo social e exclusão dos <i>Volksfremde</i>	253
5.2.4 <i>Übermensch</i> e <i>Führerprinzip</i>	261
5.2.5 <i>Lebensraum</i> e o imperialismo nazista	268
5.3 A constituição da hostilidade	273
5.3.1 O golpe e o novo regime	276
5.3.2 Beemote e estado dual	283
5.3.3 Pensamento de ordem concreta	290
5.3.4 Conceitos gerais concretos	296
5.3.5 Beemote ou estado dual?	302
 6 Conclusão	 313
6.1 Positivismo ou fantasmagoria: o que causou a queda de Weimar?	313
6.2 O neojusnaturalismo nazista	316
6.3 Continuidade do “método” ao invés de ruptura	319
6.4 Fantasmagoria e hostilidade como conceitos analíticos	324
 7. Referências bibliográficas	 335

*“Eu não temerei.
O medo é o assassino da mente.
O medo é a pequena morte que traz a total obliteração.
Eu enfrentarei meu medo,
Permitirei que ele passe sobre mim e através de mim.
E quando houver passado,
Voltarei meu olhar interior para ver sua trilha.
Para onde o medo foi, não haverá nada.
Só eu restarei.”
Litania contra o medo
da saga de Duna de Frank Herbert*

1

Introdução

“Evidentemente, esta psicose de massa jamais poderia acontecer no mundo real”¹

Assim escreveu o crítico literário Homer Whipple sobre a obra de ficção científica *O senhor da suástica* de um Adolf Hitler que emigrou para “Nova York em 1919. [...] Por volta de 1932, trabalhava como ilustrador de obras de ficção científica e, mais ou menos em 1935, já confiava suficientemente em seu inglês para se lançar como escritor de ficção científica”².

A esta altura, o atento leitor deve acreditar que isto é um delírio, pois nada disto ocorreu, ou melhor, a tal *psicose de massa* ocorreu no mundo real, infelizmente, mas não em um universo ficcional. De fato, a crítica faz parte de uma outra obra de ficção científica, escrita por Norman Spinrad, chamada *O sonho de ferro*. *O senhor da suástica*, na realidade, é um metalivro em que este fictício Hitler concebe um romance onde narra os fatídicos acontecimentos da ascensão do nazismo, de forma similar aos ocorridos no mundo real, só que na forma de ficção científica, com mutantes e alienígenas no lugar dos inimigos do *Führer*.

A obra de Spinrad é claramente crítica ao nazismo, como deixa explícito na crítica literária fictícia ao fim do romance, mas também é crítico de certa corrente de autores de ficção científica que fazem da violência o ponto central de suas obras³. Para estabelecer sua crítica, ele parte da teoria exposta por Joseph Campbell em sua consagrada obra *O herói das mil faces* para chegar à sua contraproposta: *O imperador de tudo*. A história arquetípica pode ser assim descrita: inicia-se com um jovem aparentemente ordinário, nas periferias da civilização, passando pelas tribulações da angústia adolescente. Os que estão à sua volta desconhecem que ele, na verdade, é alguém especial – com superpoderes, provavelmente. As *forças do mal*, porém, estão em ascensão, e logo entrarão em conflito com as *forças do bem*. Nosso herói, é claro, está destinado a tornar-se o *campeão das forças do bem*. Ele encontra um mentor que lhe revela seu destino heroico e

1 Cf. SPINRAD, 1976, p. 238.

2 *Ibid.*, p. 7.

3 “A centralidade do conflito violento na ficção científica popular é tão primordial ao gênero, tão pervasiva, tão autoevidente, que dificilmente a vemos nestes termos. [...] Quantos romances de ficção científica ou fantasia você leu ultimamente em que ninguém foi socado, alvejado, apunhalado, vaporizado, arranhado, devorado, pulverizado ou levou tiros de *laser*?” (*id.*, 1990, p. 139).

ajuda-o a desenvolver seus superpoderes. Para encurtar a estória, ele derrota as forças do mal, casa-se com a princesa – pois sempre há uma – e torna-se o *Imperador de tudo*⁴.

Spinrad não é, ao todo, crítico de Campbell. Ele reconhece que: “vemos aqui algo mais profundo do que uma mera fórmula de ficção comercial; é uma estória arquetípica intercultural que parece surgir do inconsciente coletivo humano sempre que tais são contadas”⁵. No entanto: “[d]o mesmo modo que repúblicas tendem a degenerar-se em impérios; caminhos de iluminação, em religiões hierarquizadas; líderes inspiradores, em tiranos; a estória do *Herói das mil faces* tende a degenerar-se no *Imperador de tudo*”⁶. Como um exemplo crítico – pois há uma ironia proposital na saga –, ele aponta a trilogia *Duna*, de Frank Herbert:

Herbert usa da ironia nestes romances, assim como em seu herói arquetípico. Neste sentido, os romances são um comentário mordaz à estória do Herói das mil faces. Paul [o herói de *Duna*] pode ter-se tornado o deus-rei do universo, mas não pode escapar do destino que o levou a este pináculo [...]. Ele é o deus que pode tudo menos atingir sua iluminação final, sem a qual sua vida é um fracasso; e esta reconstrução da estória [do Herói das mil faces] é uma tragédia.⁷

A tragédia de *Duna* é que Paul se torna um *messias*, mas não consegue levar seus seguidores ao *paraíso*; ao contrário, eles tornam-se fanáticos, e seu império, degenerado. Paul acaba como um mendigo errante, dotado de presciência, que acaba arrancando os próprios olhos por não aguentar mais o futuro que vê. Para Spinrad, “[i]sto é o que faz os três livros da saga de *Duna* uma grande realização literária ao invés de uma masturbatória fantasia de poder”⁸. Muitas outras obras, no entanto, não chegam a esta conclusão dramática, e, assim, “a estória só pode se tornar o que Hitler fez de Nietzsche [...], pois, infelizmente, o *Führenprinzip* é o lado inverso e sinistro da estória do *Herói das mil faces*”⁹.

4 Cf. SPINRAD, 1990, p. 149-50.

5 *Ibid.*, p. 151.

6 *Ibid.*, p. 154.

7 *Ibid.*, p. 155. “Tomada como um todo, a saga de *Duna* é quase um perfeito exemplo de como *O herói das mil faces* desenvolve-se na sua infeliz imagem-espelho: *O imperador de tudo*” (*ibid.*, p. 156). A ironia é reconhecida pelo próprio Herbert e por outros autores, como Tim O’Reilly, na biografia que escreveu sobre o autor da saga: “[n]a análise de Herbert, a vontade messiânica é um exemplo da necessidade humana por estabilidade e segurança em um universo que invoca as pessoas a adaptarem-se e improvisarem diante de novas situações. [...] Em tempos de crises ou nos limites das dificuldades e opressões, os homens tornam-se bastante conscientes da incontrolabilidade do universo. Eles anseiam por messias e salvadores, sonhando que estes homens possuem o que neles faltam. [...] Ele [Herbert] diz: eu tenho esta teoria de que super-heróis são desastrosos para os humanos; que mesmo que fosse postulado um herói infalível, as forças que este herói colocaria em movimento cairia nas mãos de falíveis mortais” (O’REILLY, 1981, p. 4-5).

8 SPINRAD, *op. cit.*, p. 155.

9 *Ibid.*, p. 156.

1.1

Apresentação: o direito e o *Imperador de tudo*

O leitor deve estar se perguntando o que esta introdução tem a ver com o presente trabalho. Penso que, após sua leitura, isto será elucidado. Para o momento, gostaria apenas de apontar que, no direito, há uma teoria que corre o risco de transformar-se do *Herói das mil faces* no *Imperador de tudo*; esta teoria é a do juiz *Hércules* de Dworkin. Há muitas outras que também possuem o mesmo risco, mas como a dele é a única que utiliza um *mito* em sua proposta, creio que a analogia é perfeita. Eis o que ele propõe como uma teoria da adjudicação:

Podemos [...] examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula estas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para este fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.¹⁰

Hércules é o *Herói das mil faces* do direito, mas sempre correndo o risco de degenerar-se no *Imperador de tudo*; embora não seja mencionado expressamente, sua presença assombra várias teorias jurídicas surgidas no pós-II Guerra e que atacam o positivismo jurídico. A primeira delas surge curiosamente para repudiar o direito nazista – a teoria de Gustav Radbruch, que assim inicia seu ataque:

Por meio de duas máximas – “uma ordem é uma ordem” e “uma lei é uma lei” –, o nacional-socialismo conseguiu cooptar seus seguidores [...]. Expressou o pensamento positivista jurídico que, praticamente sem ser desafiado, dominou os juristas alemães por muitas décadas. [...] O positivismo, com seu princípio de que uma lei é uma lei, tornou a profissão jurídica alemã realmente indefesa contra leis arbitrárias e criminosas. Aliás, o positivismo é, por si só, totalmente incapaz de estabelecer a validade das leis. Ele afirma comprovar a validade de uma lei simplesmente mostrando que havia, por detrás dela, poder suficiente para prevalecer. Contudo, enquanto o poder pode servir como base para a coerção necessária, ele nunca pode servir como base para o dever da obrigação ou para sua validade jurídica. Obrigação e validade jurídica devem basear-se, ao contrário, em um valor intrínseco ao direito. [...] Esperamos que tal ilegalidade permanecerá como uma aberração isolada para o povo alemão; uma loucura a nunca mais se repetir. Devemos estar preparados, no entanto, para qualquer outra eventualidade. Precisamos armar-nos contra a reincidência de um estado fora-da-lei como o de Hitler, superando fundamentalmente o positivismo, o qual tornou impotente toda defesa possível contra os abusos da legislação nacional-socialista.¹¹

A última teoria que segue este percurso antipositivista com base no problema do nazismo é a de David Dyzenhaus. Tratando da questão da queda da República de Weimar – o regime que antecedeu o nazismo – e dos debates

¹⁰ DWORKIN, 1977, p. 105.

¹¹ RADBRUCH, 2006a, p. 1-8.

jurídicos travados, neste período, entre os juristas Hermann Heller, Hans Kelsen e Carl Schmitt, Dyzenhaus afirma que “o positivismo jurídico de Kelsen, ainda que não tenha exatamente guiado o nazismo até o poder, não ofereceu recursos jurídicos que pudessem ser utilizados para resistir sua tomada pelos nacional-socialistas na Alemanha”¹². Embora, na tese de Dyzenhaus, o tema seja o problema do positivismo não conseguir deter golpes de estado ou abusos de poder, ele também trata o positivismo como autoritário:

O lema do positivismo *lei é lei* é a ideologia jurídica do autoritarismo; de governos que usam a lei como um instrumento de opressão; de juízes politicamente conservadores que adotam uma abordagem mecânica de interpretação da lei, aplicando-a sem pensar em suas implicações morais; e de cidadãos que concluem sem questionar que, se L é lei, L é digno de respeito.¹³

O problema de todas estas teorias é que suas soluções parecem ser um retorno ao jusnaturalismo ainda que de forma velada em alguns casos. Radbruch foi literal quanto a isto, afirmando que “há princípios legais [...] que valem mais que qualquer decreto legal, de modo que uma lei que entre em conflito [com eles] é totalmente desprovida de validade; estes princípios são conhecidos como as leis naturais e as leis da razão”¹⁴. Dworkin procura não apresentar sua teoria nestes termos, mas, sendo obrigado a optar por uma das duas correntes, afirma que, se “qualquer teoria que faça com que o conteúdo da lei, por vezes, dependa da resposta correta para alguma questão moral é uma teoria do direito natural, então eu sou culpado de [postular uma teoria sobre o] direito natural”¹⁵. Dyzenhaus, em uma curiosa reviravolta teórica, após afirmar que a tradição positivista tem sua origem no pensamento de Hobbes¹⁶, propõe uma solução com base no catálogo de leis naturais deste mesmo filósofo e passa a tratá-lo como um antipositivista¹⁷. Contra todas estas teorias, uma das teses propostas neste trabalho é que o *modus operandi* do nazismo não era o positivismo, mas algo mais próximo ao jusnaturalismo, no sentido de haver esta única *resposta certa* para todas as questões¹⁸.

12 DYZENHAUS, 1999, p. 5.

13 *Id.*, 1991, p. 1.

14 RADBRUCH, 2006b, p. 14.

15 DWORKIN, 1982, p. 165.

16 Dyzenhaus trata de uma “tradição positivista que parte de Thomas Hobbes, passando por Jeremy Bentham e John Austin” (DYZENHAUS, 1992, p. 86), e que “Hart e Raz não conseguem distanciar o positivismo contemporâneo de sua tendência autoritária” (*ibid.*, p. 86). Afirma que “Hobbes é levado a uma concepção positivista do direito, porque é esta concepção que soluciona o problema da coordenação” (*ibid.*, p. 87).

17 “[P]ara Hobbes, ordem é a ordem jurídica, uma ordem criada por um soberano que governa por meio de leis, mas que necessariamente incorpora as leis naturais” (*id.*, 2010, p. 457).

18 Forma de pensar sintetizada na afirmação de Dworkin, que afirma que “[m]eus argumentos

É claro que, do ponto de vista *descritivo* do positivismo – ao menos *prima facie*, e o porquê disto será explicado na tese –, as normas do estado nazista seriam positivas. Dado que “[o] Direito é sempre Direito positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos”¹⁹, até o direito natural, seja ele posto por um juiz, um sacerdote ou por qualquer outro agente, seria positivo. Esta proposição de Kelsen, inclusive, é muito importante para este trabalho, pois será o critério adotado como distinção entre o *positivismo jurídico* e o *jusnaturalismo*: enquanto, para aquele, *todo direito é um produto da criação humana*, para o direito natural, “há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus”²⁰. Sendo assim, tal *direito natural* vale como uma *constituição* ou uma *metaconstituição*: se uma lei positiva – na perspectiva jusnaturalista, a qual concebe tal distinção – entrar em conflito com o direito natural, ela perde o seu caráter de direito.

Esta distinção feita por Kelsen é importante, pois, como veremos no decorrer deste trabalho, um dos critérios utilizados para diferenciar o positivismo do jusnaturalismo – inclusive por alguns positivistas – é a tese da *distinção entre direito e moral*. Penso que utilizar este critério de distinção é adotar a perspectiva do jusnaturalismo. Para o positivismo, tal distinção decorre muito mais da *tese de criação* do que de um pressuposto fundamental desta teoria jurídica. Como aponta Kelsen, “[a]s normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico”²¹. Ou seja, uma coisa é o direito e outra é o que motiva e fundamenta a criação de uma norma, cuja natureza pode ser moral, técnica, científica ou qualquer outra que seja concebível. Afirmar a conexão entre o direito e um desses conhecimentos somente por haver alguma norma que seja fundamentada em um deles implicaria dizer que todos estes conhecimentos também possuem uma conexão necessária com o direito.

Além disto, como apresentarei tanto na parte sobre os *pressupostos metodológicos* desta introdução quanto no desenvolvimento da tese, há uma base filosófica que penso ser mais adequada e compatível com uma teoria da democracia. Adian-

pressupõem que há frequentemente uma única resposta certa para questões complexas do direito e da moralidade política” (DWORKIN, 1977, p. 279).

19 KELSEN, 2005, p. 167.

20 *Ibid.*, p. 12.

21 *Ibid.*, 2005, p. 166.

tando o assunto, porém, esta base filosófica negaria a existência de *universais*, *essências* ou um conceito de *bem transcendental*. Sendo assim, a própria moral, no sentido de uma série de mandamentos categóricos, seria uma construção humana. Apesar de eu afirmar que isto diz mais respeito a uma teoria da democracia do que ao positivismo, quase todos – se não todos – os adversários desta teoria jurídica atribuem esta ideia a ela, afirmando ser o relativismo um problema. Isto, pois, um jusnaturalista, não só deve postular a existência de uma moral como deve crer na possibilidade de sua revelação objetiva. Disto decorre a tese jusnaturalista *lex injusta non lex est*.

Com isto, fica claro que a tese do critério de distinção entre as duas filosofias do direito baseada na separação ou união entre *direito e moral* é um *fundamento* jusnaturalista e não positivista²². Também é óbvio que o jusnaturalismo não nega a existência de leis positivas, mas apenas limita sua validade à adequação destas leis com o ordenamento suprapositivo²³. Sendo assim, a existência de tais leis positivas no regime nazista não é uma prova de que tal regime seria positivista. Em razão disto, embora este relativismo diga muito mais respeito a uma teoria democrática do que ao positivismo²⁴, como os antipositivistas atribuem esta forma de pensar a esta teoria jurídica, neste trabalho, o critério utilizado para verificarmos se é pertinente a acusação jusnaturalista de que o *modus operandi* nazista era positivista será entender *qual era a mentalidade jurídica deste regime*: o nazismo operava com base em uma mentalidade que pressupunha a existência de um *transcendental absoluto* que deveria orientar a sua ação ou suas leis e comandos eram apenas algo arbitrário? Isto é o que será tratado no desenvolvimento desta tese.

De igual modo, esta perspectiva será adotada para avaliar a responsabilidade do positivismo jurídico na queda da República de Weimar. É preciso, porém, apontar que há uma diferença entre um *positivismo analítico*, que foi o tratado até

22 Digo que não é um *fundamento* do positivismo, pois o seu critério é que *direito é o que é positivado*, isto é, *expresso por um agente humano*. O que motiva esta expressão não possui conexão conceitual com o direito.

23 Como veremos no decorrer da tese, embora muitos autores, ao se referirem a um *direito positivo*, estejam falando de *direito escrito*, não é um requisito que assim o seja, bastando a *expressão*, ou seja, a *positivação*, embora tudo que seja expresso possa ser documentado.

24 Utilizo o termo *relativismo* porque é o que Kelsen usa em sua teoria democrática, mas, talvez, o termo mais preciso seria *ceticismo*, no sentido de haver uma *incerteza com relação a imperativos categóricos transcendentais*, de modo que isto implicaria uma *abertura com relação ao outro e a possibilidade de uma negociação*. O relativismo do positivismo é muito mais metodológico, no sentido de que ele procura explicar todas as manifestações do direito, independentemente de uma manifestação específica ser considerada *boa* ou *má*, *justa* ou *injusta*.

aqui e que pretende estabelecer uma *teoria geral do direito* – para qualquer direito – e *positivismos políticos*, que podem assumir as mais diversas formas e possuem sempre um programa em mente. Havia, sim, um positivismo político em Weimar, e este trabalho pretende criticá-lo, mas também será demonstrado que ele não era a única proposta jurídica existente na república alemã que antecedeu o nazismo. O objetivo desta tese não é uma defesa cega do positivismo – inclusive de um positivismo *geral* – e, quando for cabível, as críticas serão feitas. Esta foi a razão porque disse que o direito nazista seria positivo apenas *prima facie*, pois, com base na teoria de Hobbes, pretendo apresentar conceitos que permitem descaracterizar o direito nazista como tal, mas com base não em critérios morais e, sim, por meio de uma conceitualização lógica do direito. Isto, por outro lado, também servirá para apresentar críticas a alguns aspectos da teoria de Kelsen que, como será visto, possui suas falhas.

Apesar destas ressalvas, esta tese adota, sim, uma perspectiva positivista e tem como um dos seus objetivos demonstrar que, ao invés de uma ruptura, há muito mais uma continuidade das teorias jurídicas nazistas com as propostas anti-positivistas contemporâneas. Isto, é claro – e vou repetir constantemente esta afirmação durante o desenvolvimento desta tese, pois, hoje em dia, é muito fácil ser mal interpretado –, não significa que o pensamento destes jusfilósofos – Radbruch, Dworkin, Dyzenhaus e outros que serão abordados neste trabalho – tenha qualquer afinidade com o nazismo. A questão é apenas esta: se o método que eles propõem foi o mesmo que os nazistas utilizaram para perverter o direito, este método é problemático.

1.2 Justificativa do trabalho

“A tarefa [do nazismo] era lutar determinadamente contra [os inimigos da nação] e fazer com que a Alemanha fosse grande novamente”²⁵. Assim escreveu Martin Broszat em sua obra *Hitler e o colapso da Alemanha de Weimar. Make Germany great again*, no original. O *slogan* certamente é conhecido em sua versão *Make America great again*²⁶. Não quero e nem é a proposta deste trabalho fazer

²⁵ BROSZAT, 1989, p. 1.

²⁶ O *slogan* “*Make America great again*”, notoriamente conhecido por quem vivenciou a eleição presidencial americana de 2016, foi utilizado pelo candidato vencedor Donald J. Trump, que o lançou em um livro de título semelhante: *Crippled America – how to make America great again* (TRUMP, 2016). Há indícios que Hitler tenha utilizado a versão alemã; fato noticiado em alguns periódicos, como The Independent (BROWN, 2016) e The Huffington Post (HUFFINGTON

uma comparação dos movimentos fascistas e parafascistas europeus das décadas de 20 e 30 do Século XX com o ressurgimento de movimentos populistas e nacionalistas atuais, surgidos quase um século depois. Este ressurgimento, no entanto, trouxe novamente o tema da fragilidade das democracias diante de tais movimentos²⁷. Pela atualidade da questão, acredito que é justificado estudar a mentalidade nazista e como ela é utilizada para tomar o poder e derrubar democracias.

Como a área de conhecimento desta tese não é a psicologia mas o direito, pretendo apontar também como muitos dos problemas jurídicos atuais vêm de antes do *fenômeno Trump*. É claro que considerados a partir de uma perspectiva mais ampla, suas origens são muito antigas; dentre os acontecimentos mais recentes, porém, a *guerra ao terror* que sucedeu os eventos de 11 de setembro de 2001 nos EUA e a legislação antiterrorista que foi promulgada em razão disto trouxeram muitos problemas que guardam uma relação com os mesmos que proporcionaram a ascensão do nazismo e sua tomada do poder. Neste aspecto, a obra de Dyzenhaus pode contribuir bastante, pois ele possui uma vasta pesquisa sobre estados de emergência, e o objetivo desta tese não é apenas criticá-lo. A crítica que será feita diz respeito mais ao aspecto moral de sua teoria que, como pretendo demonstrar, pode ser contraproducente para as soluções que pretende propor.

A análise que será feita a partir disto pretende apontar a importância que se deve dar a forma jurídica, e, no que diz respeito a mentalidade nazista, a intenção não é apresentar uma análise psicológica mas, sim, demonstrar como ela fomenta a

POST, 2016). Ambas as matérias citam outras duas de correspondentes americanos, publicadas no Green Bay Press-Gazette (original em <<https://www.newspapers.com/image/187541089/>>), em 1934, e no St. Louis Star and Times (original em <<https://www.newspapers.com/image/204365993/>>), em 1940. A primeira matéria apenas afirma que Hitler tenha dito que queria *fazer a Alemanha grande novamente*; a segunda tem a citação “nacionalismo e socialismo precisavam ser redefinidos e conjugados a uma nova ideia poderosa que carregue uma nova força e faça a Alemanha grande novamente”. Nas compilações dos discursos e proclamações de Hitler feita por Max Domarus, não encontrei nenhuma utilização literal do termo, mas há alguns pronunciamentos que trazem ideia semelhante: “Somente quando conseguirmos liderar o povo alemão adiante por meio de seu próprio trabalho, sua própria diligência, sua própria audácia e sua própria perseverança – somente então ele erguer-se-á, tal como nossos pais uma vez fizeram a Alemanha grande; não com a ajuda de outros, mas por conta própria” (HITLER, 1990, p. 247); e “isto nunca teria acontecido sem a ideia nacional-socialista. Ela conquistou as pessoas e lançou seu feitiço sobre elas. É esta a ideia que fez a Alemanha grande e mostrou a tais pessoas o grande ideal, ao qual agora servem” (HITLER, 1990, p. 1072).

27 Se tais temores são justificados ou não, só o tempo dirá, mas, além do fenômeno Trump, tivemos o *Brexit*, fortemente impulsionado por sentimentos nacionalistas, a ida de Marine Le Pen ao segundo turno da eleição presidencial francesa e o segundo lugar do PVV de Geert Wilders nas eleições gerais holandesas. Este crescimento de movimentos populistas e nacionalistas levou o Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos Zeid bin Ra'ad a afirmar que “a retórica do fascismo não está mais apenas confinada a um submundo secreto de fascistas, reunidos em clubes mal iluminados ou na *deep web*” (WALKER, 2016).

destruição da forma jurídica. Com relação aos acontecimentos atuais – independentemente de tais movimentos serem qualificados como neofascismos, neonacionalismos ou populismos – o objetivo desta tese, como disse, não é comparativo, e o que aponte aqui é o bastante para indicar uma conexão com o nazismo, pelo fato deste se fundar, entre outros fatores, muito mais em uma retórica messiânica de reconstrução nacional – uma *palingênese*²⁸ –, que procura deslegitimar a ordem estabelecida como algo corrupto, tomar o estado de assalto e estabelecer uma nova ordem, do que em uma retórica legalista e positivista.

Ao mesmo tempo, como também já disse, quando defendendo o positivismo dos ataques neojusnaturalistas, estou apenas defendendo a ideia kelseniana, já mencionada, de que *todo direito é criado, modificado e anulado por atos de seres humanos*, o que não implica aceitar o todo das teorias de Kelsen e outros positivistas. O que quero propor é que enxergar o direito como criação humana é algo mais democrático do que propõe Dyzenhaus e outros antipositivistas que enfatizam a conexão entre a moral e direito. Isto tem implicações que vão além do universo jurídico e, se não é algo que por si só possa impedir o nazismo, leva-nos a uma visão mais tolerante e menos autoritária do mundo.

Muito do que escrevi até aqui, nesta justificativa, foi uma repetição do que apresentei como anteprojeto de tese, para a sua qualificação. Isto aconteceu no fim de 2017 – embora esta parte tenha sido escrita no primeiro semestre do mesmo ano –, e, a partir daí, os eventos relacionados ao avanço de uma extrema-direita radical acumularam-se de tal forma, que, se fosse citar todos, acabaria por criar uma outra tese dentro desta tese. Os desdobramentos de tais acontecimentos, no Brasil, são notórios e prescindem de referências. Sendo assim, caso o estado brasileiro continue a atuar dentro de seus limites constitucionais, ótimo; caso contrário, espero que este trabalho possa oferecer alguma contribuição para a defesa da constituição e da democracia brasileiras.

28 Esta retórica de *renascimento nacional* é o que Roger Griffin, historiador dos movimentos fascistas genéricos, chama de *palingênese* e leva-o a classificar tais movimentos como *ultranacionalismos palingenéticos*: “utilizado genericamente, fascismo é um termo para um gênero singularmente proteiforme de política moderna, inspirado pela convicção de que um processo de renascimento nacional (*palingênese*) tornou-se essencial para pôr fim a um período prologado de decadência sociocultural, expressando-se ideologicamente por meio de uma forma revolucionária de nacionalismo integral (ultranacionalismo)” (GRIFFIN, 1998, p. 35-6).

1.3

Relevância da abordagem

O que considero como minha contribuição original para a análise do fenômeno nazista é a utilização da filosofia de Hobbes para tal. Penso, inclusive, que esta análise é necessária, visto que sua filosofia é abordada por vários autores tratados nesta tese. Como já vimos, Dyzenhaus aponta a filosofia de Hobbes tanto como sendo o *pai* do positivismo quanto como uma possibilidade de resolução dos problemas deste mesmo positivismo, tal como os enxerga. Creio que alguns aspectos de sua proposta possuem alguma pertinência, mas, como ele sempre enfatiza uma *moralidade* nas suas abordagens, penso que isto deve ser revisto com base na filosofia do próprio Hobbes.

Franz L. Neumann, outro pensador político cuja importância é imprescindível para os temas abordados nesta tese, afirmou que o regime nazista era um *Beemote* (ou *Behemoth*), em contraste com o *Leviatã* (ou *Leviathan*), ambos nomes de duas principais obras de Hobbes:

Foi Hobbes que tornou tanto o *Leviatã* como o *Beemote* famosos. Seu *Leviatã* é a análise do estado, isto é, um sistema político coercitivo em que vestígios do estado de direito e dos direitos individuais são preservados. Seu *Beemote* ou o *Longo Parlamento*, que trata da Guerra Civil Inglesa no Século XVII, ilustra, porém, um *não-estado*, um caos, uma situação de ausência de leis, desordem e anarquia. Já que acreditamos ser – ou tender a ser – um não-estado, um caos, um governo sem leis e uma anarquia, que “engoliu” os direitos e a dignidade dos homens [...], pensamos ser apropriado chamar o sistema nacional-socialista de *Beemote*.²⁹

Abordar a filosofia de Hobbes torna-se importante, também, diante do fato de Carl Schmitt, um dos principais juristas nazistas, ao propor uma teoria jurídica que ele chamava de *decisionismo*, ter afirmado que “[o] representante clássico [...] do tipo decisionista é Thomas Hobbes. A natureza peculiar desse tipo explica por que ele [...] descobriu a formulação clássica [...]: *autoritas* [SIC, o termo correto é *auctoritas*], *non veritas facit legem* [a autoridade e não a verdade faz a lei]”³⁰. Por outro lado, ele criticou duramente Hobbes e seu conceito de *Leviatã* por transformarem o estado em um *máquina neutra*:

Consequentemente, diz-se que o valor do estado reside no fato de que é uma grande máquina funcional, a *machina machinarum*. [...] O Estado é um aparelho que as mais variadas constelações políticas podem usar como um instrumento tecnicamente neutro [...], é independente de todo objetivo e convicção políticos e assume uma neutralidade de valor e verdade de um instrumento técnico.³¹

29 NEUMANN, 1942, p. 5.

30 SCHMITT, 2009, p. 39.

31 *Id.*, 1982, p. 63-4.

Pretendo demonstrar que esta última observação de Schmitt – não como crítica mas como análise – está correta. Não há nada mais distante da teoria política de Hobbes do que o nacional-socialismo, pois aquele propunha a instituição de um estado para *garantir a paz*, enquanto o objetivo do nazismo era criar uma *máquina de guerra*; e, se havia algum *decisionismo* em sua teoria, é pelas razões que distingui o positivismo jurídico do jusnaturalismo: para Hobbes, “não há nada que seja um *Finis ultimus* (fim último) ou *Summum Bonum* (bem maior)”³².

Assim, o direito é *decisão*, porque não é a revelação de um *transcendental absoluto*, mas não é qualquer decisão ou um mero comando e possui requisitos para sua validação. Por outro lado, ao criticar um conceito de estado neutro, Schmitt trai-se, explicitando que, para ele, não valeria qualquer decisão – ou qualquer *auctoritas* – mas, sim, a que expressasse a *veritas* que ele queria ouvir, algo que será demonstrado no desenvolver desta tese.

Abordar a filosofia de Hobbes, porém, não é importante apenas pelas questões vistas até aqui, mas porque a análise do nazismo será feita com base em dois conceitos extraídos de sua teoria: o conceito de *fantasmagoria* e o conceito de *hostilidade*. A definição destes conceitos será feita no desenvolvimento desta tese, porém, para estabelecer um significado inicial, o conceito de *fantasmagoria* remete à crítica que Hobbes faz das *essências separadas* por levar a um pensamento *absolutista e transcendentalista*, enquanto que o conceito de *hostilidade* remete a uma distinção entre atos *legais* do soberano ou de seus agentes e atos *hostis* dos mesmos, distinção fundamental para a definição do direito em Hobbes.

A proposta da tese é argumentar que o nazismo era baseado em uma *fantasmagoria*, e esta implicava uma *hostilidade*, pois o pensamento absolutista e transcendental é *intransigente, impassível de acordos ou concessões*. Quanto à República de Weimar, o que será argumentado é que, embora houvesse um positivismo político dentre as correntes jusfilosóficas preponderantes – positivismo que, inclusive, influenciou a arquitetura constitucional do regime –, sua queda ocorreu muito mais em razão de *pensamentos fantasmagóricos* do que em razão de uma mentalidade positivista e aberta no que tange a construção do comum. Já no que diz respeito às teorias antipositivistas contemporâneas, embora elas sejam formais, há uma fantasmagoria implícita em sua forma de pensar.

32 HOBBS, 1991a, p. 70.

1.4

Apresentação das teses e delimitação conceitual

Com base no que foi exposto, embora haja questões subjacentes que serão abordadas, a proposta deste trabalho pode ser sintetizado nas seguintes teses:

1. Embora houvesse um tipo de positivismo jurídico político que, de certa forma, minou as possibilidades de defesa da Constituição de Weimar, a queda da república, além das falhas da própria constituição e outros problemas econômico-sociais, foi causada, no plano do pensamento jurídico, mais por uma mentalidade fantasmagórica do que por uma mentalidade positivista.
2. O pensamento jurídico nazista não era positivista mas algo muito mais próximo a um jusnaturalismo ou, nos termos desta tese, era uma fantasmagoria que implicava a hostilidade.
3. As teorias anticonstitucionalistas contemporâneas, embora não possam ser caracterizadas como um jusnaturalismo, são a porta de entrada de fantasmagorias no ordenamento jurídico e, muitas vezes, implicam haver uma mentalidade fantasmagórica por detrás delas.
4. Os conceitos de fantasmagoria e hostilidade são instrumentos úteis para a análise política não apenas do regime nazista mas de outros regimes e estados também.

Considerando que, tão importante como delimitar os objetivos de um projeto, é igualmente importante afirmar o que ele não propõe, gostaria de tecer algumas considerações sobre o assunto. Primeiro, não vou dizer estritamente, pois creio que a interdisciplinariedade é inevitável, mas a perspectiva da abordagem deste trabalho é jurídica. Reiterando o que já parece ser implícito, este recorte não é uma oposição à interdisciplinariedade, mas algo que se impõe em razões de tempo e espaço.

Sinceramente, a proposta inicial deste trabalho era muito mais ambiciosa, mas a realidade sempre nos impõe limites. Os problemas que afligiram a República de Weimar podem ser abordados a partir de diversas perspectivas, sejam econômicas, sociológicas, psicológicas, entre muitas outras; o mesmo pode ser dito do nazismo. Abordar tudo isto, porém, não levaria apenas a uma tese mas, provavelmente, a uma enciclopédia. Assim, como este projeto é desenvolvido a partir de um programa de

pós-graduação em direito, resolvi me concentrar nos aspectos jurídicos dos problemas que levaram à queda da República de Weimar e à instituição de um regime nazista, assim como nos problemas concernentes ao funcionamento jurídico – ou ajurídico – deste regime. Creio até que os *puristas* pensarão que não me detive exclusivamente no âmbito do direito. Como disse, porém, não creio que o conhecimento possa ser seccionado em compartimentos estanques. A ênfase da abordagem contudo, é o jurídico. No tratamento desta abordagem, são tratadas questões filosóficas e políticas, mas seu cerne é sempre o jurídico.

Relacionado a isto, mas também já entrando nas questões de método, embora este trabalho tenha uma perspectiva histórica, não me proponho aqui a reescrevê-la. Com isto, quero dizer apenas que não há um método próprio de historiologia e nem de pesquisa histórica, mas construí esta tese com base em pesquisas feitas por outros historiadores. O *estado da arte* da pesquisa histórica, tanto sobre o período de Weimar quanto sobre o período nazista, é excelente e creio que eu não poderia fazer melhor do que foi feito nas obras que integram as referências bibliográficas deste trabalho. O que procurei fazer foi, a partir destas pesquisas, extrair conclusões que embasassem as teses propostas neste trabalho. Outras consequências derivadas disto serão apresentadas na seção seguinte.

1.5

Pressupostos metodológicos e metodologia empregada na tese

Dyzenhaus, sobre o positivismo, afirma que “a própria noção de discricionariedade [desta teoria] é naturalmente embasada em uma atitude cética sobre julgamentos morais”³³. Isto é patente na teoria de Hobbes, o que Dyzenhaus mesmo reconhece³⁴. De fato, tal ceticismo é constante na obra de Hobbes e ele é contunente em criticar quem procura justificar suas decisões e opiniões em uma *razão*:

Quando os homens que se julgam mais sábios que os demais reclamam e invocam a reta Razão nos julgamentos, pretendem nada menos que suas controvérsias sejam determinadas por nenhuma outra razão que não seja a sua própria. Isto é tão intolerável na sociedade humana como o é em um jogo de cartas quando, após determinado o trunfo, querer utilizar como tal o naipe que mais se tiver em mãos. Estes homens não fazem nada mais que, ao disputar controvérsias, querer que suas paixões, conforme lhes surjam, sejam tomadas como a reta Razão, traindo a invocação desta reta Razão pelo uso que fazem da mesma.³⁵

33 DYZENHAUS, 1992, p. 102.

34 “Os medos de Hobbes são movidos pelo seu ceticismo sobre a moralidade” (*ibid.*, p. 103).

35 HOBBS, 1991a, p. 33.

Por *reta razão*, Hobbes quer dizer uma razão *transcendental* e *absoluta*, o que ele nega existir. Há uma razão instrumental para Hobbes que é sempre baseada em um desejo ou um objetivo que se almeja³⁶. Esta conclusão do filósofo não é um mero ceticismo, mas um fruto de sua ontologia, na qual não há universais, pois, para ele, como disse, “não há nada que seja um *Finis ultimus* (fim último) ou *Summum Bonum* (bem maior) como é dito nos Livros dos antigos Filósofos Morais”³⁷.

Como não acredito haver metodologia sem bases ontológicas e epistemológicas, parto do que Hobbes chama de *prima filosofia* para estabelecer minhas críticas aos antipositivistas. É claro que isto poderia ser considerado uma *petição de princípio*, mas o que quero apontar com estas considerações hobbesianas não é a inexistência de uma *moral transcendental*, mas a impossibilidade de prová-la *a priori*, e, em consequência disto, indicar o fato de que tais argumentos podem ser utilizados por pretensas autoridades para respaldar atos que podem atentar contra a democracia. Esta consideração guarda uma relação com o que Hobbes diz sobre profetas:

Como pode aquele, a quem Deus nunca revelou sua Vontade diretamente [...] saber quando obedecer ou não sua Palavra quando dita por alguém que diz ser um Profeta? [...] Já que atualmente cessaram os milagres, não há mais nenhum sinal pelos quais podemos aquiescer as pretensas revelações ou inspirações de qualquer pessoa privada [...]. Consequentemente, é preciso ser bastante circunspecto e cauteloso em obedecer à palavra de um homem que, pretendendo ser um profeta, comanda-nos a obedecer Deus.³⁸

Será a partir destas considerações que construo um método, assim como uma crítica. É preciso ressaltar, porém, que esta tese não é um trabalho direcionado a uma análise completa da obra de Hobbes, pois isto é algo que já fiz anteriormente em minha dissertação de mestrado³⁹. A partir desta pesquisa, extraí dois conceitos que, como já disse, considero úteis não apenas para compreender o regime nazista, mas como ferramentas analíticas da teoria político-jurídica: *hostilidade* e *fantasmagoria*. No entanto, não pretendo tratar sua teoria política de forma acrítica e sinalizarei alguns paradoxos que percebo nela.

36 “Por RACIOCÍNIO, quero dizer *computação*.” (HOBBS, 2005, p. 3); “cada homem utiliza a razão para procurar os meios para os fins que propõe a si mesmo. Se raciocinar corretamente – isto é, se começar pelos princípios mais evidentes e traçar um discurso contínuo de consequências necessárias –, ele procederá pelo caminho mais curto; se não, desviar-se-á, isto é, *fará, dirá* ou *tentará* algo contra o seu propósito” (*id.*, 1998, p. 162).

37 *Id.*, 1991a, p. 70.

38 *Ibid.*, p. 257-97.

39 Cf., VASCONCELLOS, 2014, *passim*.

Como contraponto teórico, como já deve parecer óbvio, utilizarei as teorias antipositivistas do pós-II Guerra, mais especificamente, a obra de Dyzenhaus. Escolhi este autor por possuir uma vasta obra e acreditar que seu pensamento é uma coerente síntese dos autores que o antecederam. Além do fato dele também tratar do tema do nazismo, que é o exemplo histórico utilizado neste tese, e de suas contribuições para se pensar o problema do estado de emergência, sua vasta obra possui comentários e análises de quase todos os autores que serão abordados aqui. Deste modo, ele serve como um contraponto teórico dos temas que serão tratados.

Sobre os procedimentos metodológicos específicos deste trabalho, como já disse, parti de uma coleta de pesquisas históricas relacionadas ao tema. Estas obras vão desde as mais gerais às mais específicas, isto é, tanto obras que vão desde um panorama geral do nazismo quanto obras que tratam de um assunto específico. Como a ênfase deste trabalho é o direito, procurei obter o maior número de fontes que tratam especificamente do direito durante o nazismo. O mesmo foi feito com relação a Weimar: obras históricas e obras específicas sobre o direito. Com relação aos autores antipositivistas contemporâneos, fui direto às fontes, mas utilizei literatura complementar quando necessário. A partir disto, procedi por meio de uma análise conceitual hobbesiana, que será mais explicitada na segunda parte desta tese. Isto não implica um problema metodológico com relação à primeira parte da tese, pois, como deixarei claro na apresentação do *plano de trabalho*, esta parte é mais descritiva, e limitei as críticas desta parte ao mínimo possível, isto é, quando algo se apresentasse como muito ilógico ou quando o próprio autor entrasse em contradição. Com relação às traduções, exceto quando indicado na bibliografia, todas são de minha autoria.

1.6

Plano de trabalho

Embora o trabalho seja formalmente dividido em quatro capítulos, creio que ele seja mais bem compreendido como composto de três partes. A primeira parte compõe-se dos dois primeiros capítulos seguintes a esta introdução – capítulos 2 e 3 conforme a numeração – e, como disse, pretendi ser o mais descritivo possível.

O capítulo 2 aborda autores que considere canônicos para o desenvolvimento do pensamento antipositivista contemporâneo; autores cujas teorias, direta ou indiretamente, desembocam na proposta de Dyzenhaus. A exposição oferecida não

pretende ser uma dissertação sobre cada um dos autores, mas apresentar o *estado da arte* da teoria e seus debates mais relevantes. Início com a chamada *Fórmula de Radbruch* e a crítica deste autor ao positivismo. Passo, em seguida, a tratar da resposta de Fuller às críticas que Hart fez a Radbruch e apontando seus principais desdobramentos, assim como uma análise de aspectos da teoria daquele autor. O próximo jurista é Dworkin, e abordo tanto as suas críticas a Fuller quanto a Hart, assim como vários aspectos de sua teoria por serem essenciais para a compreensão do antipositivismo. Por último, apresento os temas mais relevantes da teoria de Alexy, assim como sua defesa à teoria de Radbruch, em razão deste autor também ser considerando um dos principais expoentes da teoria antipositivista contemporânea, mesmo sendo apenas uma influência indireta ou coincidente à teoria de Dyzenhaus. Além de ter como objetivo apresentar o *estado da arte* da teoria antipositivista, pretendo, com este capítulo, descrever os principais argumentos contra a *tese da separação entre direito e moral* atribuída aos positivistas.

O capítulo 3 aborda a análise que Dyzenhaus apresenta sobre três importantes juristas do período de Weimar – Schmitt, Kelsen e Heller – e como, adotando a teoria de Heller, ele faz uma crítica ao positivismo. A exposição das teorias destes três autores não foi feita apenas com base na análise de Dyzenhaus mas com referência aos escritos originais dos mesmos. No entanto, no espírito do capítulo anterior, procurei ser o mais descritivo possível, indicando apenas alguns paradoxos e aporias encontrados nas obras destes autores. Apresento também alguns aspectos das formulações anteriores de Dyzenhaus para que o leitor possa compreender sua proposta. Como boa parte de sua crítica aos três juristas de Weimar é feita com base em um paradigmático julgamento que ocorreu na república alemã, antes de descrever as teorias destes três juristas, apresento um panorama histórico dos acontecimentos que levaram a tal julgamento para que o leitor possa se situar.

O capítulo 4 deve ser entendido como a segunda parte da tese. Suas seções poderiam ser capítulos distintos, mas, em razão da pertinência temática, penso que agrupá-los foi a melhor opção. É nesta parte que trato da teoria de Hobbes, e, embora haja uma sequência de raciocínio, é possível conceber uma divisão do capítulo em dois segmentos. O primeiro, composto pelas duas primeiras seções, trata mais dos pressupostos teóricos da filosofia de Hobbes: a primeira seção descreve como ele *desconstrói* o conceito de *essências separadas*; a segunda seção, como ele, a partir disto, *reconstrói* uma teoria do direito e do estado. No

segundo segmento, em conjunto com os desdobramentos da teoria de Dyzenhaus, principalmente, no que concerne suas conclusões sobre o estado do direito a partir dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001, estabeleço os conceitos de *fantasmagoria* e *hostilidade*.

O capítulo 5, assim como o anterior, constitui-se de uma única parte. Dividido em três seções, na primeira, concluo a análise sobre o fim da República de Weimar a partir do ponto de vista jurídico. Aponto como, mesmo havendo um positivismo político que influenciou sua ordem constitucional, muito das causas que levaram ao colapso da república surgiram por meio de uma interpretação ampliativa de dispositivos constitucionais. Indico também que, além de ser algo impulsionado pela crise que afligia a república, uma razão desta interpretação ampliativa, independentemente de ser baseada em interesses egoístas ou em uma verdadeira crença, era uma concepção intransigente da política e do direito que pode ser caracterizada como fantasmagórica.

A segunda seção apresenta a *fantasmagoria nazista*. Descrevo como o nazismo, ao invés de ser considerado um *nilismo*, possuía uma *visão de mundo* – em alemão, *Weltanschauung* – que deveria determinar todas as relações não apenas jurídicas mas sociais e tudo o mais que se derive a partir disto. Novamente, independentemente de ser algo baseado em interesses egoístas ou em uma verdadeira crença, era algo que possuía um efeito sobre a realidade social e conformava o direito vigente – ou o *não direito*, pois isto é o assunto da próxima seção.

Na terceira seção, caracterizo o nazismo como um *estado hostil*, um estado no qual não há direitos – no sentido de não haver nenhuma garantia de direitos. Antes disto, porém, argumento como a instituição do nazismo foi um *golpe de estado*, mesmo com toda fachada de legalidade. A partir daí, a partir de uma análise das teorias dos juristas nazistas Carl Schmitt e Karl Larenz, descrevo como foi construída uma teoria “jurídica” que, em última instância, levava à inexistência do direito ou, ao menos, a um estado de precariedade do mesmo. Abordo também os debates de Franz Neumann e Ernst Fraenkel sobre se o regime nazista seria um *estado dual* ou um *não-estado*.

O capítulo 6 é a conclusão na qual eu avalio a pertinência das teses propostas nesta introdução em conjunto com alguns argumentos que procuram sintetizar e conectar tudo o que foi desenvolvido ao longo deste trabalho.

2

O neojusnaturalismo contra-ataca

Toda guerra tem suas vítimas – muitas, geralmente –, e toda guerra tem seus algozes. Com o fim da II Guerra Mundial, além dos milhões de vítimas humanas, uma teoria jurídica foi vítima, e o foi por ser acusada de algoz. Como o jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, conta a *estória*:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, 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 [...] já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.⁴⁰

E assim começa nossa *história*, pois foi a partir do fim da II Guerra que ganhou ímpeto o *contra-ataque jusnaturalista* ao positivismo – não porque não houvesse ataques anteriormente, como o próprio Barroso aponta, mas porque agora poderiam utilizar um exemplo histórico como argumento, tendo ainda os próprios nazistas sustentando que estavam *apenas obedecendo à lei* como prova⁴¹. Uma grande influência para este movimento foi Gustav Radbruch:

O motivo deste ataque manifesto ao positivismo jurídico encontra-se na teoria (discutível) – formulada por Gustav Radbruch e adotada por muitos (às vezes [...], como uma desculpa) – que fora o positivismo jurídico (“lei é lei”) que deixara os juristas alemães “indefesos contra leis com conteúdo arbitrário e criminoso”.⁴²

Sendo este o marco teórico inicial do contra-ataque jusnaturalista, Radbruch será o primeiro jurista a ser abordado neste capítulo que pretende estabelecer os elementos que influenciaram o pensamento de Dyzenhaus. Os outros, além da importância sob este aspecto, também foram escolhidos em razão da influência que exerceram sobre o neoconstitucionalismo tanto brasileiro quanto em geral. Lon L. Fuller não é muito citado pelos neoconstitucionalistas, mas seu debate com H. L. A. Hart levou-o a aprofundar sua teoria o que, por sua vez, deu ensejo ao seu próprio

40 BARROSO, 2001, p. 23.

41 Após o fim da II Guerra houve literalmente uma *renascença do jusnaturalismo*: “[c]onforme um mito que teimosamente persiste, o positivismo jurídico formalista e relativista – o de Kelsen em particular – teve significativa responsabilidade pela queda da República de Weimar. [...] Tais noções surgiram da reação da escola jusnaturalista no início da segunda república alemã” (JABLONER, 2000, p. 73); “um retorno aos valores ocidentais do idealismo e do direito natural parecia o único caminho a ser tomado” (STOLLEIS, 2001, p. 3). Ver também HOFMANN, 2016, p. 285-307.

42 *Ibid.*, p. 287. No mesmo sentido, “[a] assim chamada fórmula de Radbruch foi influente por ter fomentado um retorno [...] à teoria do direito natural na Alemanha” (MERTENS, 2003, p. 278).

debate com Dworkin e ao deste com Hart; um passo decisivo no ataque ao positivismo. Dworkin e Alexy, o último jurista a ser trabalhado, são considerados duas das maiores influências ao neoconstitucionalismo⁴³. Este último não é muito citado por Dyzenhaus, mas, além de haver aspectos semelhantes em ambas as teorias, oferece-nos um contraponto romano-germânico, já que todos os outros juristas, exceto Radbruch, pertencem ao *common law*.

Uma objeção poderia ser feita à classificação de todos estes autores como jusnaturalistas. De fato, como será visto, o único que se posicionou inteiramente como parte desta corrente foi Fuller. Sobre Radbruch, há uma grande controvérsia sobre se, antes da II Guerra, fora um positivista ou não, mas, após este acontecimento histórico, passou a defender a existência de um direito *supralegal*, tornando-se um jusnaturalista conforme a classificação a ser utilizada neste trabalho⁴⁴.

Dworkin e Alexy, ao contrário, defenderam que suas terias eram uma *terceira via*. Dworkin apenas admitiu o rótulo de jusnaturalista uma vez⁴⁵, mas, Dyzenhaus comenta que, “em *Justice for hedgehogs* [sua última obra], Dworkin parece reforçar seus compromissos com o direito natural”⁴⁶. Alexy, por sua vez, como considera que sua teoria estabelece um compromisso com a segurança jurídica, e o direito positivo só é invalidado quando ultrapassa o limite da *extrema injustiça*, não se considera um jusnaturalista⁴⁷. Como, porém, defende a conexão entre o direito e a moral, defende a segurança jurídica a partir da moral, e, além disto, temos o fato do jusnaturalismo não negar a existência da lei positiva, mas apenas estabelecer um critério para revogá-la, Alexy será tratado como tal.

43 Barroso, por exemplo, aponta que “[a] distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional [...]. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. [...] O tema foi retomado, substancialmente sobre as mesmas premissas, pelo autor alemão Robert Alexy” (BARROSO, 2001, p. 26-26n). No mesmo sentido, “Ronald Dworkin é colocado, ao lado de Robert Alexy, como um dos nomes de maior expressão nesse novo modo de pensar e fazer o direito” (STRECK, 2013, p. 345). Sobre a influência destes autores na Espanha, um dos centros do neoconstitucionalismo: “quem, até certo ponto, moldou o curso da filosofia jurídica nos anos que se seguiram, e até nos dias de hoje, [...] foi] Ronald Dworkin, cujos trabalhos publicados fizeram dele um dos mais influentes teóricos do direito na Espanha [...]. Dos que seguiram esta forma e foram bem recebidos na Espanha, incluem-se [... cita outros juristas] Robert Alexy” (RIVAYA, 2016, p. 498-9).

44 “A ciência do direito deve lembrar-se da milenar sabedoria comum da antiguidade da Idade Média cristã e dos tempos do Iluminismo; de que há um direito superior à lei – um direito natural, um direito divino, um direito racional, em síntese, um direito *supralegal*” (RADBRUCH, 1990, p. 108).

45 “Dworkin aplicou o rótulo [de jusnaturalismo] à sua teoria uma vez, em seu artigo *Natural Law Revisited* [...], mas ele preferia pensar sobre sua teoria como um desafio tanto ao positivismo quanto ao jusnaturalismo e, portanto, como uma terceira via” (POSTEMA, 2016, p. 402).

46 DYZENHAUS, 2016, p. 132.

47 Cf. ALEXY, 2002, p. 13.

2.1

Gustav Radbruch e seu ataque ao positivismo jurídico

Gustav Radbruch é, mesmo que indiretamente, um dos juristas mais influentes do Pós-II Guerra, mas esta influência parece se limitar ao seu ensaio *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* e sua obra complementar, publicada anteriormente, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*⁴⁸. Estes ensaios, os quais podem ser traduzidos respectivamente por *Antidireito legal e direito suprallegal* e *Cinco minutos de filosofia do Direito*, iniciam-se ambos com um ataque ao positivismo, associando-o ao nazismo⁴⁹.

Radbruch faz esta associação para propor uma tese que é obviamente anti-positivista, no sentido de abolir a separação do direito da moral, mas, por detrás desta tese, há uma outra que merece ser analisada. Além disto, é preciso entender sobre qual positivismo Radbruch fala, o que ele entende por moral, qual o alcance de sua tese e, além disto, se há uma continuidade ou uma ruptura em seu trabalho

48 Stanley L. Paulson, em um ensaio que acompanha a publicação de sua tradução destes dois textos de Radbruch pela Oxford University Press, cogita sobre qual seria o artigo jurídico mais citado do século passado: “o ensaio *Positivism and the Separation of Law and Morals* poderia vir-nos à mente, assim como *The Model of Rules*, um dos primeiros artigos de Ronald Dworkin. Contudo, o grande concorrente, penso eu, seria *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law* [tradução de Paulson para *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*] de Gustav Radbruch, escrito em 1946” (PAULSON, 2006, 17-8). Thomas Mertens também afirma que este artigo “é um dos mais importantes textos de filosofia jurídica do Século XX” (MERTENS, 2003, p. 277). Torben Spaak, contudo, aponta que: “Gustav Radbruch foi um dos principais jusfilósofos alemães, mas seus conceitos jusfilosóficos são conhecidos pelos acadêmicos anglófonos, quando o são, principalmente pelas breves descrições de suas ideias sobre a natureza do direito feitas por H. L. A. Hart em seu conhecido debate com Lon Fuller” (SPAACK, 2008, p. 262).

49 Optei pela tradução de *Unrecht* por *antidireito* seguindo tradução anterior de Paulson que a fez por “*Statutory Non-Law and Suprastatutory Law*” (PAULSON, 1994, p. 322) e parece espelhar melhor o que Radbruch pretendeu com o título de seu ensaio; utilizei, porém, o sufixo *anti* e não o *não* para dar o sentido de *oposição* e não de *ausência*, embora acredite que *não direito* também é uma tradução válida se for entendida da mesma forma; *lawlessness* significa literalmente *ausência de direito* e até *anarquia* e não parece ter sido esta a intenção de Radbruch. *Unrecht* tem outros significados como *dano*, no sentido de *causar dano a alguém* (em alemão *jemand ein Unrecht zufügen*) quando a expressão é entendida no contexto da responsabilidade civil (cf. HERBST & READETT, 1989, p. 506), ou mesmo *injusto* (no sentido substantivo) como quando se diz *o justo e o injusto* (*Recht und Unrecht*, cf. *ibid.*, p. 506) e também *injustiça* quando se diz *reparar uma injustiça* (*ein Unrecht wiedergutmachen*, cf. *ibid.*, loc. cit.). Essas outras expressões ajudam-nos a entender o termo, mas nenhuma teria o sentido que Radbruch propôs, principalmente pela simetria da oposição dos termos que utiliza no título. Sobre os termos *Gesetz* e *Recht*, Paulson explica que “o alemão constrói ‘*Gesetz*’ do participio passado do verbo ‘*setzen*’, que significa ‘estabelecer’ [‘to set down’ e ‘to lay down’ são os exemplos no original]. ‘*Gesetz*’, assim, expressa literalmente a ideia de ‘lei estabelecida’ ou ‘lei positivada’ [...]. ‘*Das Recht*’, por outro lado, é carregado de conotações morais, a começar pelo adjetivo ‘*recht*’, que significa ‘certo’ [‘right’], e estas conotações evidenciam-se manifestamente em outras expressões que incorporam ‘*recht*’ – ‘*gerecht werden*’ ou ‘fazer justiça a’, ‘*rechtfertigen*’ ou ‘justificar’, ‘*Gerechtigkeit*’ ou ‘justiça’” (PAULSON, op. cit., p. 330). O *gesetzlich* do título é um adjetivo e, por isto, foi traduzido por *legal*, na falta de um termo melhor como o inglês *statutory*, mas este *legal* deve ser entendido no sentido estrito do direito positivado por meio de uma lei escrita.

no pós-Guerra com sua filosofia jurídica anterior. Este último tópico tem mais o sentido de esclarecer os outros do que apresentar um panorama completo da história acadêmica de Radbruch, pois isto extrapolaria os objetivos deste trabalho. Por fim, mas primeiramente em ordem de exposição, falarei da *fórmula de Radbruch*, que é o aspecto mais conhecido de sua obra.

2.1.1

A Fórmula de Radbruch

A *Fórmula de Radbruch* consiste em um parágrafo no tópico III de seu ensaio *Antidireito legal e direito supralegal* e afirma o seguinte:

[1] O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido desta forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, prevalece até quando seu conteúdo é injusto e inconveniente a menos que o conflito entre a lei positiva e a justiça atinja tal grau de intolerabilidade que a lei positiva, como “direito viciado”, deve ceder à justiça. É impossível traçar uma linha precisa entre os casos de antidireito legal e leis que são válidas apesar de suas falhas. [2] Uma outra demarcação, no entanto, pode ser feita com total nitidez: quando a justiça não é sequer almejada; quando a igualdade – o cerne da justiça – é conscientemente negada pela positividade da lei, esta lei não é meramente uma “lei viciada”: falta-lhe completamente a natureza de Direito; pois não se pode definir o direito, incluindo o direito positivo, de outra forma senão como uma ordem e uma instituição cujo próprio sentido seja servir à justiça.⁵⁰

Em todas as análises que foram encontradas sobre tal fórmula, comentaristas afirmam haver, na verdade, duas proposições:

Em termos práticos, a primeira formulação trata da questão da validade jurídica, abordando o “direito viciado” (“*unrichtiges Recht*”) e apelando para que o juiz o invalide. A segunda trata da questão do próprio conceito de direito, abordando a falta de ‘sequer almejar a justiça’ e apelando para que o juiz decrete sua nulidade de plano.⁵¹

Spaak ainda comenta que a segunda formulação “é realmente uma versão (levemente modificada) da tese jusnaturalista *lex injusta non lex est*”⁵². Esta comparação leva Radbruch a ser classificado como um jusfilósofo desta corrente do pensamento jurídico. Como muitos viam e ainda veem seu pensamento anterior como positivista, é preciso verificar se houve realmente uma ruptura ou se há uma continuidade com a sua filosofia pré-Guerra. Esta pesquisa servirá também para entender o que Radbruch entende por *justiça*.

50 RADBRUCH, 2004a, p. 89, e *id.*, 2006a, p. 7, respectivamente às versões em alemão e inglês.

51 PAULSON, 2006, p. 26. Brian H. Bix comenta que “[n]o artigo de Radbruch, a segunda fórmula é apresentada como uma clara aplicação da primeira, mas comentadores subsequentes, razoavelmente, tratam as duas caracterizações como diferentes fórmulas” (BIX, 2011, p. 46). Ainda no mesmo sentido, *cf.* SPAAK, 2008, p. 273 e ALEX, 1999, p. 16.

52 SPAAK, *op. cit.*, *loc. cit.*.

2.1.2

Moral, justiça e direito em Radbruch

Radbruch é comumente visto como um teórico positivista antes da publicação dos seus famosos ensaios do pós-Guerra. Em sua análise da fórmula do jurista alemão, Hart adota este posicionamento, afirmando que ele “compartilhava da doutrina positivista até a tirania nazista, mas foi convertido por esta experiência, de modo que, seu apelo para que descartem a tese da separação do direito e da moral, tem a relevante pungência de uma retratação”⁵³; observação que ressalta a força retórica da mudança de posição. Paulson discorda da tese da ruptura e afirma que Radbruch jamais foi um positivista *stricto sensu*⁵⁴, apontando dois fatores para esta confusão: “[u]m fator é a impressão gerada pelo próprio Radbruch [...] de que se retratava de sua própria defesa anterior do positivismo jurídico. Um segundo fator é uma passagem no §10 de seu tratado de 1932, *Filosofia do Direito*”⁵⁵. Nesta passagem, Radbruch afirma que:

O juiz, submisso à interpretação e ao serviço da ordem jurídica positiva, não deve conhecer outra teoria da vigência senão a jurídica, que equipara igualmente o sentido da vigência, a pretensão de vigência da lei, à vigência da lei. Para o juiz é um dever profissional realçar a vontade de vigência da lei, sacrificar o seu sentimento jurídico ao comando jurídico, perguntar apenas o que é de direito mas jamais se também é justo.⁵⁶

Contrastando esta passagem com o que foi visto sobre a sua fórmula, há uma clara mudança de posição – o que Paulson não nega, e suas conclusões serão apresentadas ao final –, mas a filosofia jurídica de Radbruch é mais complexa do que esta passagem propõe. Este trecho é extraído do capítulo sobre a vigência do direito, mas quando descreve o que entende por *filosofia do direito*, afirma que esta seria “a consideração valorativa do direito, a *doutrina do direito justo*”⁵⁷, e quando define o *conceito de direito*, repete a proposição ao fim de sua fórmula: “o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça”⁵⁸.

Outro fator que levou Radbruch a ser considerado um positivista foi ter adotado o relativismo como premissa metodológica, além da versão kantiana da

53 HART, 1985, p. 72.

54 “Em seu período anterior, Radbruch não oferece em nenhum lugar algo que seja remotamente parecido com uma defesa do positivismo estatutário [...]. Ao contrário, quando aborda o positivismo, é inequivocamente em termos negativos” (PAULSON, 2006, p. 36).

55 *Ibid.*, p. 19.

56 RADBRUCH, 2010, p. 126; grifos no original assim como os subsequentes.

57 *Ibid.*, p. 13.

58 *Ibid.*, p. 53. Radbruch fornece também uma formulação menos sintética: “[o] direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia do direito. O conceito do direito cumpre-se, portanto, na ideia do direito. [...] A ideia do direito não pode ser outra senão a justiça” (*ibid.*, p. 47).

Guilhotina de Hume que veda deduzir um *dever-ser* do *ser*⁵⁹. Este relativismo, contudo, não é um relativismo qualquer:

O método aqui apresentado denomina-se *relativismo*, pois sua tarefa é precisar a correção de cada juízo de valor somente em relação a um outro juízo de valor determinado e superior, apenas no quadro de uma concepção determinada de mundo e de valor, mas não a de determinar a correção desse juízo de valor, dessa concepção de valor e de mundo. O relativismo, porém, pertence à razão teórica e não à razão prática.⁶⁰

Esta *razão teórica* que Radbruch fala não é outra senão a *razão pura* de Kant. Embora, “desde o início, Radbruch escrevera como um neokantiano de Baden”⁶¹, e “[a] Escola de Baden [...] pautou seu desenvolvimento na obra ‘Crítica da Razão Prática’, na qual Kant explicita a diferença entre ser e dever-ser”⁶², o relativismo de Radbruch é consequência da distinção entre o *fenômeno* e o *noúmeno* desenvolvida pelo filósofo de Königsberg em sua *Crítica* anterior.

Para Kant, o noúmeno é a *coisa-em-si* que, em última instância, não pode ser apreendida intelectualmente como tal, mas apenas enquanto *fenômeno sensível*⁶³. Radbruch toma o justo e a moral como coisas-em-si, mas que, no entanto, como tais, não podem ser apreendidas diretamente:

A filosofia do direito relativista é incapaz de determinar, para o indivíduo, a escolha entre as concepções jurídicas de pressupostos últimos contrários. [...] Ela exercita esta convicção de que, em relação aos supremos juízos de valor, só precisa expressar um *ignorabimus*.⁶⁴

Ou seja, tais juízos existem, pois “o direito só pode estar destinado a servir diretamente [...] ao valor ético do bom”⁶⁵, mas só o percebemos enquanto *fenômeno*. Esta consideração nos leva à segunda ideia da concepção tripartite do

59 “A filosofia kantiana apontou-nos a impossibilidade de compreender o *valioso*, o *justo*, o que *deve* ser a partir do que *é*” (RADBRUCH, 2010, p. 13); quanto a isto, Radbruch esclarece que “[n]ão se defende que valorações não se possam *originar* de fatos de ser, mas que não se podem fundamentar neles” (*ibid.*, p. 16).

60 *Ibid.*, p. 20-1.

61 PAULSON, 2006, p. 19.

62 LIMA, 2009, p. 33.

63 “O conceito de um *noúmeno*, isto é, de uma coisa que não pode ser pensada como um objeto dos sentidos, mas como uma coisa-em-si [...]. Ao fim, contudo, não temos nenhuma compreensão da possibilidade de tais *noúmenos*, e o domínio além da esfera das aparências é vazio (para nós), isto é, temos um entendimento que se estende além da sensibilidade *problematicamente*, mas nenhuma intuição e nem mesmo o conceito de uma possível intuição pela qual objetos fora do campo da sensibilidade possam ser concebidos e cujo entendimento possa ser empregado *assertivamente*” (KANT, 1998, p. 350). Höffe comenta que a “[m]etafísica tradicional afirma que as coisas-em-si podem ser conhecidas objetivamente enquanto a nova metafísica de Kant [...] afirma que somente as aparências podem ser conhecidas objetivamente” (HÖFFE, 2010, p. 44).

64 RADBRUCH, *op. cit.*, p. 19.

65 *Ibid.*, p. 79.

direito de Radbruch, que é a *utilidade*⁶⁶, assim como ao aprofundamento do que o jurista entende por justiça. Sobre isto, ele comenta que:

O conceito de direito, um conceito cultural, isto é, um conceito referido a um valor, impeliu-nos ao valor jurídico, à ideia do direito: direito é aquilo que, segundo o seu sentido, está determinado a servir à ideia jurídica. Encontramos a ideia de direito na *justiça* e determinamos a sua essência, a da justiça distributiva, como igualdade, como tratamento igual de homens e de relações iguais, e correspondente tratamento desigual dos desiguais. [...] Uma vez que a justiça certamente nos instruiu a tratar aos iguais como iguais e aos desiguais como desiguais, contudo nada nos diz a respeito do ponto de vista segundo o qual, de início, uns devam ser qualificados como iguais e outros como desiguais; afora isso, determina tão somente a relação, mas não o modo de tratamento. Ambas as questões só poderão ser respondidas a partir dos fins do direito. Ao lado da justiça surge como segundo elemento da ideia do direito a *utilidade* ou adequação a um fim.⁶⁷

A partir disto, é possível ver que o conceito de utilidade refere-se à concretização da ideia de justiça, isto é, *como definir os iguais e os desiguais* e também *como aplicar tal ideia*. Como consequência disto, Radbruch apresenta seu terceiro critério, que é a *segurança jurídica*:

O direito enquanto ordenação da vida comum não pode ficar abandonado às diferenças de opiniões de indivíduos, pois é necessário haver *uma* ordem acima de tudo e de todos. [...] Com isso, apresenta-se uma terceira exigência do direito, com as mesmas aptidões que as anteriores, um terceiro elemento da ideia de direito: a *segurança jurídica*. Esta exige positividade do direito: se não se pode *identificar* o que é justo, então é necessário *estabelecer* o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer *cumprir* aquilo que foi *estabelecido*.⁶⁸

O relativismo, assim, estaria restrito ao conceito de *utilidade*, pois, como Radbruch afirma, “somente para o segundo vale [...] a autolimitação relativista. Os outros dois – a justiça e a segurança jurídica – situam-se acima das antinomias das concepções de direito e do Estado, acima da luta dos partidos políticos”⁶⁹. A justiça, porém, como foi visto, apresenta apenas uma forma cujo conteúdo será dado pela utilidade, e esta será decidida pela política.

Entendendo estes conceitos, será possível verificar se houve ruptura ou não no pensamento de Radbruch. Como foi visto, em ambas as fases, permanece o que Paulson chama de *critério basal*: *o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça*⁷⁰. Além disto, é difícil categorizar Radbruch como um positivista a partir

66 “A expressão [original] ‘*Zweckmäßigkeit*’, a qual Radbruch utiliza para referir-se ao propósito decisivo ou fim do direito, equivale a uma expressão variável, cuja atribuição de um valor depende de uma ‘escolha’ de visão do mundo” (PAULSON, 1994, p. 339n; a expressão também pode ser traduzida como *expediência*, *conveniência* ou *propositalidade*. Optei por manter *utilidade*, pois foi o termo utilizado pelo tradutor de *Filosofia do Direito* de Radbruch).

67 RADBRUCH, 2010, p. 107-8.

68 *Ibid.*, p. 108.

69 *Ibid.*, *loc. cit.*.

70 Cf. PAULSON, *op. cit.*, p. 19.

de sua filosofia do direito; de fato, ele afirma ser o papel ético do juiz estar restrito à lei positiva, mas ele não defende uma separação entre o direito e a moral *filosoficamente*, isto é, enquanto *conceito de direito*. Ele afirma categoricamente que “[s]ó a moral pode fundamentar a força obrigatória do direito. Dos preceitos jurídicos, pode derivar-se talvez um dever (*Müssen*), como foi mostrado, mas jamais um dever ser (*Sollen*)”⁷¹. Esta afirmação praticamente se repete no parágrafo anterior à sua fórmula em *Antidireito legal e direito supralegal*:

O positivismo, com seu princípio de que uma lei é uma lei, tornou a profissão jurídica alemã realmente indefesa contra leis arbitrárias e criminosas. Aliás, o positivismo é, por si só, totalmente incapaz de estabelecer a validade das leis. Ele afirma comprovar a validade de uma lei simplesmente mostrando que havia, por detrás dela, poder suficiente para prevalecer. Enquanto o poder pode, contudo, servir como base para um dever [*Müssen*], nunca pode servir de fato como base para o dever-ser [*Sollen*] da obrigação ou para sua validade jurídica [*Geltung*]. Obrigação e validade jurídica devem basear-se, ao contrário, em um valor intrínseco à lei.⁷²

Paulson, que defende a não ruptura – pelo fato de Radbruch não poder ser considerado anteriormente um positivista por defender a união conceitual entre direito e moral –, afirma que há, contudo, três mudanças de posição no pensamento do jurista alemão:

Primeiro, ele abandona a doutrina da vinculação [da decisão] judicial [à lei. ...] Segundo, Radbruch dispensa a *unidimensionalidade* de sua doutrina relativista, isto é, ele afirma que os três componentes de sua ideia de direito são agora ordenados: primeiro, a justiça; segundo, a segurança jurídica; e, por último, a utilidade. [...] Terceiro, Radbruch introduz em sua teoria uma valiosa dimensão da qual há um apelo direto ao seu critério basal ou fórmula: a dimensão dos direitos humanos.⁷³

Concordo com Paulson com relação ao terceiro aspecto, mas acredito que os outros dois devam ser relativizados. De fato, Radbruch afirma que:

Certamente, *um* valor acompanha todas as leis positivas sem se referir ao seu conteúdo [...], mas a segurança jurídica não é o único valor que o direito deve efetivar nem é seu valor decisivo. Junto à segurança jurídica, há dois outros valores: utilidade e justiça. Classificando estes valores, atribuímos o último lugar à utilidade da lei em servir ao benefício público. [...] A segurança jurídica [...] ocupa um curioso lugar intermediário entre estes dois valores [...]. Que o direito deve ser determinado e seguro, que não deve ser interpretado e aplicado de uma forma em um mesmo tempo e lugar do que de outra em outro, é também um requisito de justiça. Quando surge um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei positiva objetável, mas devidamente promulgada, e o direito justo que não foi criado na forma da lei, há, na verdade, um conflito da justiça com ela mesma; um conflito entre a justiça real e a aparente.⁷⁴

71 RADBRUCH, 2010, p. 66.

72 *Id.*, 2004a, p. 88, e *id.*, 2006a, p. 6.

73 PAULSON, 2006, p. 39.

74 RADBRUCH, 2004a, 88-9, e *id.*, 2006a, p. 6-7. Após estas considerações, Radbruch apresenta sua fórmula.

Entretanto, lendo conjuntamente estas considerações e o parágrafo seguinte ao qual Radbruch apresenta sua fórmula, é possível perceber que, embora ele proponha literalmente esta classificação ordenada dos componentes de sua concepção de direito, a segurança jurídica prevalece até o que ele chama de *extrema injustiça*. Deste modo, ainda mais do que considera Paulson, ele se mantém ainda mais fiel à sua teoria inicial. Além disto, Radbruch afirma que:

Diante do antidireito legal dos últimos doze anos, precisamos almejar o requisito de justiça com o menor sacrifício da segurança jurídica. Não deve ser permitido a qualquer juiz, agindo por iniciativa própria, invalidar as leis positivas; esta tarefa deve ser reservada às mais altas cortes ou ao Legislativo.⁷⁵

Com isto, é possível inferir que Radbruch se mantém fiel à sua filosofia anterior, com a exceção de inserir um critério – o da *injustiça extrema*, que é um tanto vago, mas, isto será tratado posteriormente. Esta ideia de haver momentos em que um componente do direito deve prevalecer sobre o outro nem é tão estranha ao seu pensamento anterior, pois ele já afirmara que:

Portanto nosso resultado seria este: que os três aspectos da ideia do direito – justiça, utilidade e segurança jurídica – dominam conjuntamente o direito em todos os seus aspectos, embora possam surgir entre eles profundas contradições. Épocas distintas certamente tenderão a impor um tom decisivo sobre um ou outro princípio.⁷⁶

De fato, na obra anterior, Radbruch coloca todos os princípios em um mesmo plano enquanto que, em *Antidireito legal e direito suprallegal*, ele ordena os princípios. É preciso verificar, no entanto, se ele tratava de uma época excepcional neste ensaio ou se sua revisão seria uma mudança definitiva.

2.1.3

O que significa *positivismo* na crítica de Radbruch

Paulson, analisando a *Fórmula de Radbruch* e sua posterior defesa por Lon L. Fuller, percebe que cada jurista acaba por atribuir uma tese diferente para a relação do nazismo com o positivismo: “Fuller estabelece uma *tese causal* enquanto Radbruch, ainda que considere a tese causal *en passant*, concentra-se, durante a maior parte [de seu ensaio], na *tese da exoneração*”⁷⁷.

⁷⁵ RADBRUCH, 2004a, p. 90, e *id.*, 2004b, p. 8.

⁷⁶ *Id.*, 2010, p. 113-4.

⁷⁷ PAULSON, 1994, p. 314. A tese da exoneração será tratada como a *tese do modus operandi*, não por significarem a mesma coisa, mas pelo fato daquela depender desta. Isto, pois, a *Fórmula de Radbruch* acaba por eximir os juizes do período nazista de responsabilidade, pois afirma que os mesmos, tolhidos pelo pensamento positivista, não poderiam fazer outra coisa senão aplicar as leis nazistas. Logo, a tese da exoneração depende da tese do *modus operandi*, pois, se o positivismo não fosse o pensamento jurídico adotado pelos nazistas, a primeira tese perderia seu fundamento.

Deixando a análise de Fuller para a próxima seção, tratarei agora da de Radbruch. Paulson pergunta-se sobre qual positivismo Radbruch referir-se-ia. Dois tipos surgem: o primeiro seria um *positivismo estatutário*⁷⁸, que “propõe constranger o juiz, vinculando-o à letra da lei”⁷⁹; o segundo seria o que Paulson chama *positivismo jurídico aberto*, isto é:

[P]rimeiro, a afirmação de que o poder ou eficácia é uma condição suficiente para a validade do direito; segundo, a afirmação de que o poder é uma condição necessária para a validade do direito; e, finalmente, a afirmação que, para o positivismo, o direito equivale ao poder.⁸⁰

A possibilidade que Radbruch referir-se-ia a este tipo de positivismo surge de sua afirmação em *Cinco minutos de filosofia jurídica* que “a teoria positivista equipara direito ao poder”⁸¹, além de, no ensaio seguinte, como foi visto, afirmar que *o positivismo jurídico afirma comprovar a validade de uma lei simplesmente mostrando que havia, por detrás dela, poder suficiente para prevalecer*.

Paulson até considera que esta “leitura irrestrita do positivismo jurídico, direito *qua* poder (‘a vontade do *Führer* é a lei suprema’), adequa-se bem mais aos fatos nos casos extremos, mas é de nenhuma valia para sustentar a tese da exoneração”⁸². Assim, com base nos próprios escritos do jurista alemão e de um dos casos que forneceu para sustentar a aplicação de sua fórmula, o qual conven-
cionou-se chamar de *o caso do informante rancoroso*⁸³, Paulson conclui que Radbruch poderia apenas referir-se ao positivismo estatutário.

Este caso tratou da situação na qual um sujeito chamado Puttfarken denunciara outro, chamado Göttig, por ter escrito nas paredes de um banheiro “Hitler é um genocida e o culpado pela guerra” – acusação que o levaria a ser condenado à morte. Após o fim da guerra, Puttfarken foi indiciado não como um autor individual de um crime, mas como cúmplice: “os juízes que condenaram Göttig à morte, contrariando o direito e à lei, deveriam ser culpados de homicídio”⁸⁴.

78 *Gesetzespositivismus*, literalmente, *positivismo da lei*, traduzido por Paulson como *statutory positivism* (cf., PAULSON, 2006, p. 36). Utilizarei esta tradução literal, mesmo não sendo muito corrente, porque é o termo utilizado na tradução da obra *Positivismo jurídico* (cf. BOBBIO, 1995, p. 33) e para diferenciá-lo de um mero *formalismo*, pois, como aponta Caldwell, “o positivismo labandiano distinguia-se tanto do positivismo jurídico sociológico, que reconhecia normas sociais, quanto do positivismo jurídico estatista, que considerava o *common law* como positivo caso as normas para o reconhecimento do direito assim o permitissem” (CALDWELL, 1997, p. 4).

79 PAULSON, 1994, p. 328.

80 *Ibid.*, p. 334-5.

81 RADBRUCH, 2004b, p. 95, e RADBRUCH, 2006b, p. 13.

82 PAULSON, *op. cit.*, p. 323.

83 Cf. MERTENS, 2003, p. 287.

84 RADBRUCH, 2004a, p. 86, e *id.*, 2006a, p. 4. A narração integral do caso encontra-se em *id.*, 2004a, p. 83-6, e *id.*, 2006a, p. 2-4.

Radbruch adota uma curiosa posição com relação ao caso, o que elucida bastante os propósitos de sua teoria: ele afirma que, “a presunção da perpetração de um homicídio indireto pela pessoa do informante não é censurável se ele tem tal intenção, utilizando o juízo penal como instrumento e o automatismo de um processo penal como meio”⁸⁵. Com relação ao próprio juiz, todavia, ele utiliza o positivismo jurídico como uma escusa. Primeiramente, ele propõe uma tese geral sobre a responsabilidade judicial:

A responsabilidade criminal dos juízes por um homicídio pressupõe que, para isto, tenham pervertido o direito, pois a sentença de um juízo independente somente pode ser objeto de punição quando perverter o próprio princípio ao qual deveria servir: a submissão à lei [*Gesetz*], isto é, ao direito [*Rechts*].⁸⁶

Radbruch, aqui, parece estabelecer uma clara referência à sua teoria anterior na qual o juiz era vinculado somente à lei positiva, mas é ambíguo, fazendo referência tanto à lei (*Gesetz*) quanto ao direito (*Rechts*). Em seguida, esclarece que:

Quando, à luz dos princípios aqui desenvolvidos [viz., a *Fórmula de Radbruch*], a lei aplicada não era direito [isto é, era antidireito (*Unrecht*)] ou a dosimetria da pena foi aplicada arbitrariamente, como no caso da pena de morte, podemos falar objetivamente de uma perversão do direito.⁸⁷

Neste momento, o que antes parecia ser uma volta à sua teoria inicial da vinculação estrita do juízo à lei positiva, esclarece-se que esta vinculação deve ser interpretada por meio da *Fórmula de Radbruch*. Após isto, porém, o jurista lança a seguinte pergunta: “mas poderiam tais juízes, que foram tão deformados pelo positivismo prevalecente e que não conheciam outro direito senão o direito legislado, ter a intenção de perverter o direito”⁸⁸? Radbruch não responde à pergunta diretamente neste ensaio, mas, em um posterior, ele afirma expressamente a tese da exoneração e esclarece o sentido da expressão *o positivismo, com seu princípio de que uma lei é uma lei, tornou a profissão jurídica alemã realmente indefesa contra leis arbitrárias e criminosas*:

A concepção ultrapassada do direito, a indisputável prevalência do positivismo e de sua doutrina que “lei é lei” entre os juristas alemães durante décadas, era indefesa e impotente contra tal antidireito sob a forma de lei: os seguidores desta doutrina eram obrigados a reconhecer cada lei, por mais injusta que fosse, como direito. [... Por isso mesmo,] para o juiz, precisamente por causa de sua educação jurídica positivista, tal antidireito não pode ser considerado como sua culpa pessoal.⁸⁹

85 RADBRUCH, 2004a, p. 92, e *id.*, 2006a, p. 9.

86 *Ibid.*, *loc. cit.*.

87 *Ibid.*, *loc. cit.*.

88 *Id.*, 2004a, p. 92-3, e *id.*, 2006a, p. 9.

89 *Id.*, 1990, p. 108.

O jurista alemão parece traçar uma linha demarcatória, afirmando que, durante o suposto domínio do positivismo, os juízes não deveriam ser responsabilizados por suas decisões, pois seriam *indefesos*. Como afirma que “[p]recisamos armar-nos contra a reincidência de um estado fora da lei como o de Hitler, superando fundamentalmente o positivismo, o qual tornou impotente toda defesa possível contra os abusos da legislação nacional-socialista”⁹⁰, podemos inferir que Radbruch prega que haja uma mudança na compreensão do direito pela classe jurídica, e, a partir desta mudança, os juízes possam então ser responsabilizados.

Isto nos esclarece também qual o alcance que Radbruch pretendia para a sua fórmula. Bix afirma que, “[n]a prática, a *Fórmula de Radbruch* é mais provável de ser aplicada quando houver alguma espécie de transição em um regime”⁹¹, ou seja, casos de justiça de ocupação beligerante, justiça revolucionária ou justiça de transição. Parece, porém, que Radbruch não desenvolveu sua teoria só para momentos excepcionais, mas para que superasse completamente o positivismo⁹².

Permanece, assim, um mistério esta proposta de Radbruch, já que, como relata Paulson, “a maioria dos que defenderam o uso das teses ‘positivistas’ [a da *causalidade* e a da *exoneração*] foi de apologistas; juristas que se envolveram com o regime nazista e procuraram exonerar-se no período imediato ao pós-Guerra”⁹³; deste modo, “Radbruch e Fuller foram exceções à regra”⁹⁴.

2.2

O debate entre Fuller e Hart

Em 1958, H. L. A. Hart publicou *Positivism and the Separation of Law and Morals*⁹⁵, e, na mesma edição da *Harvard Law Review*, Lon L. Fuller apresentou sua resposta no artigo *Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart*⁹⁶. A esta confrontação de argumentos em ambos os textos convencionou-se chamar de *The Hart-Fuller Debate*⁹⁷.

90 RADBRUCH, 2004a, p. 91, e *id.*, 2006a, p. 8.

91 BIX, 2011, p. 51. No mesmo sentido, MERTENS, 2003, *passim*, especificamente, p. 278-9.

92 Fato curioso, pois, em sua *Filosofia do Direito* de 1932, já falava da “superada época do positivismo jurídico [que] via somente a positividade e a segurança jurídica” (RADBRUCH, 2010, p. 114).

93 PAULSON, 1994, p. 323. Mertens comenta que “[é] lamentável que esta questionável tese de Radbruch sobre a relação entre o nazismo e o positivismo tenha sido tão facilmente adotada por tantos. Ela desacreditou o positivismo e preveniu que questões sobre a responsabilidade moral pelo abuso criminoso da lei fossem suscitadas em um momento inicial” (MERTENS, *op. cit.*, p. 285).

94 PAULSON, 1994, p. 357. Radbruch não apenas se manteve íntegro durante todo o período nazista, mas também sofreu perseguição política por ter sido um membro do SPD, o Partido Social-Democrata Alemão (*cf. id.*, 2006, p. 23-5, e MERTENS, *op. cit.*, p. 280).

95 HART, 1983a, p. 49-87. Coletânea de textos que inclui o original de 1958.

96 FULLER, 1958, p. 630-72.

97 *Cf.* CANE, 2010, p. v.

Em seu texto, Hart não trata especificamente do pensamento jurídico de Fuller, mas critica a concepção do direito que pretende uni-lo à moral, e o faz tanto do posto de vista conceitual como dos riscos que esta união traz; além disto, em um tópico do artigo, critica especificamente a *Fórmula de Radbruch* a partir de vários conceitos de sua teoria. Fuller, por sua vez, traz, em seu texto, uma crítica direta a Hart e oferece uma defesa a Radbruch; esta, porém, conforme será visto, distancia-se em certos aspectos do pensamento do jurista alemão a ponto até de contradizer sua tese central, que trata da exoneração da responsabilidade dos juízes ante as leis nazistas.

2.2.1

A resposta de Hart às críticas gerais ao positivismo

Como já dito, a crítica de Hart não é diretamente feita a Fuller e, exceto em um tópico, só se dirige a ele para mencioná-lo como um dos que defendem a união conceitual entre o direito e a moral, citando duas obras de sua autoria⁹⁸, e para dizer que, para a crítica de Radbruch, utilizou-se de uma tradução de Fuller de dois textos do jurista alemão⁹⁹. Quando se refere diretamente a ele, é em um tópico que trata da questão do propósito da lei na decisão judicial e se isto afetaria a distinção conceitual entre direito e moral¹⁰⁰.

As críticas gerais à confusão conceitual entre direito e moral partem de uma apresentação das teorias de Bentham e Austin, iniciando-se com um esclarecimento de que a distinção conceitual jamais impediu estes de pensarem sobre como o direito deve ser¹⁰¹, mas que:

A principal razão da insistência [em distinguir o direito da moral] para ambos os pensadores era possibilitar que se visse exatamente o problema que surge a partir da existência de leis moralmente más e entender o caráter específico da autoridade de uma ordem jurídica.¹⁰²

98 Cf. HART, 1983a, p. 50n. Os textos são *The law in the quest of itself* de 1940 (FULLER, 1966) e *Human purpose and natural law* (*id.*, 1956).

99 Cf. HART, *op. cit.*, p. 74n. Os textos são o famoso *Antidireito legal e direito suprallegal* e o terceiro mencionado na seção anterior (RADBRUCH, 1990), *Die erneuerung des Rechts*, cuja tradução é *A renovação do direito*.

100 Cf. HART, *op. cit.*, p. 85-6.

101 Hart comenta, por exemplo, que “nas obras de Bentham pode-se identificar os elementos do *Rechtsstaat* e todos os princípios para a defesa do que foi recepcionado, nos dias de hoje, da terminologia dos direitos naturais. Temos a liberdade de expressão e de imprensa, o direito de associação, a necessidade da publicidade das leis e que estas sejam amplamente conhecidas antes de aplicadas, a necessidade de controlar as agências governamentais, a insistência em não haver responsabilidade penal sem culpa e o importante princípio da legalidade *nulla poena sine lege*” (*ibid.*, p. 51).

102 *Ibid.*, p. 53.

Hart comenta que, refletindo sobre as questões de sua época, Bentham viu a confusão entre direito e moral criar dois problemas distintos:

Por um lado, Bentham tinha em mente o anarquista que assim argumenta: “isto não deveria ser direito, portanto, não o é; assim, sou livre não apenas para censurá-lo, mas também pra desconsiderá-lo”; por outro, considerou o reacionário que argumenta: “isto é o direito, portanto, é o que deve ser”, e, deste modo, sufoca qualquer crítica logo de início.¹⁰³

Estas considerações são críticas valorativas da confusão entre direito e moral; do ponto de vista conceitual, Hart esclarece que Bentham e Austin:

[C]ertamente aceitaram muito do que se pode chamar *a interseção do direito com a moral*. Primeiro, nunca negaram que, como uma questão histórica, o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos foi fortemente influenciado pelos padrões morais [...], de modo que o conteúdo de muitas leis espelham regras ou princípios morais. [...] Em segundo lugar, nem Bentham, nem os seus seguidores negaram que, por explícitas disposições legais, princípios morais possam ser, em diferentes momentos, incorporados a um ordenamento jurídico e fazer parte de suas regras, ou que os tribunais possam ser legalmente vinculados a decidir conforme o que acham justo ou melhor. [...] O que ambos Bentham e Austin ansiavam por afirmar eram estes simples fatos: primeiro, na ausência de uma disposição constitucional ou legal expressa, não se segue do simples fato de uma lei violar padrões morais que esta não seria uma norma jurídica; e, inversamente, não resulta do simples fato de uma regra ser moralmente desejável que esta seria uma norma jurídica.¹⁰⁴

Estas considerações são importantes, pois deixa claro que se trata de uma distinção conceitual. Muitos críticos do positivismo, como Fuller, por exemplo, afirmam ser “[o] postulado fundamental do positivismo – que o direito deve estritamente romper com a moral”¹⁰⁵. Esta afirmação pode levar à ideia de que deve haver uma perfeita disjunção, de modo que o direito possa até ser entendido como imoral a partir do pensamento positivista, o que não é verdade. Outro ponto que Hart traz para a discussão é a questão da visão do direito como o *comando do soberano*¹⁰⁶. Hart é crítico desta concepção, tanto do ponto de vista do *comando* como do *soberano*¹⁰⁷, mas chama a atenção para o fato de críticos do positivismo considerarem que a distinção conceitual entre direito e moral é dependente desta tese, o que ele afirma não ser pertinente¹⁰⁸. O último ponto geral que Hart traz,

103 HART, 1983a, p. 53.

104 *Ibid.*, p. 54-5.

105 FULLER, 1958, p. 656. Utilizamos o termo *romper*, pois Fuller utiliza o verbo *to sever*.

106 “Comandos são leis se duas condições forem satisfeitas: primeiro, precisam ser gerais [e universais]; segundo, precisam ser comandados pelo que (como Bentham e Austin afirmavam) existe em cada sociedade política, seja qual forma constitua-se: uma pessoa ou um grupo de pessoas que recebem obediência habitual da maior parte da sociedade, mas não devem obediência a ninguém. Estas pessoas são o soberano. Deste modo, o direito é o comando dos comandantes não comandados da sociedade – a criação da vontade soberana juridicamente irrestrita que é, por definição, fora da lei” (HART, *op. cit.*, p. 59).

107 *Cf. ibid.*, p. 59-62, e *id.*, 1997, p. 18-78.

108 *Cf. id.*, 1983a, p. 57.

antes de tratar especificamente de Radbruch, é o que chama de *penumbra da lei*. Ele aponta a contribuição dos *realistas dos anos 30* que, apesar das críticas que possam ser-lhes dirigidas:

[A]briram os olhos dos homens para o que realmente acontece quando as cortes decidem casos e para o contraste que apontaram entre os fatos concretos das decisões judiciais e a terminologia tradicional que as descrevem como se fossem plenas operações lógicas [...].¹⁰⁹

Hart afirma que, em toda lei, “[d]eve haver um núcleo semântico estabelecido, mas há também uma penumbra de casos debatíveis nos quais palavras não são obviamente aplicadas nem descartadas”¹¹⁰. Nestes casos, como a subsunção lógica não se aplica, o juiz deve decidir não, contudo, em um sentido de *revelar a lei*, mas de *criá-la*, algo que se aproxima de uma legislação¹¹¹. A partir disto, ele afirma que “parece ser verdadeiro dizer que o critério que faz uma decisão ser sólida em tais casos é algum conceito do que a lei deva ser; e é fácil, a partir disto, dizer que deve ser algum julgamento moral sobre o que a lei deva ser”¹¹². Contra os críticos do positivismo, contudo, afirma que:

Não se segue do fato de uma decisão ser obtida inteligentemente a partir de referências a alguma concepção do que se deve ser opor-se a uma decisão obtida cegamente de uma maneira literal ou formal que haja uma conjunção do direito com a moral. [...] A palavra *deve* apenas reflete a presença de algum padrão de crítica; um desses padrões é a moral, mas nem todos os padrões são morais. [...] O ponto, aqui, é que decisões inteligentes, as quais opomos às decisões mecânicas ou formais, não são necessariamente idênticas a decisões defensíveis por razões morais. [...] Assim, o contraste entre decisões mecânicas e inteligentes pode ser reproduzido em um sistema dedicado a perseguir os fins mais perversos. [...] Sob o regime nazista, pessoas eram sentenciadas pelas cortes por críticas ao regime. [...] Em contraste com decisões mecânicas, decisões sob estes fundamentos seriam inteligentes e dotadas de propósito, e, do ponto de vista da decisão, seria o que ela deveria ser.¹¹³

Neste ponto, Hart traz uma crítica direta a um aspecto da teoria de Fuller: a interpretação intencional da lei como salvaguarda de valores morais¹¹⁴. Hart considera que as ideias de Fuller podem ajudar-nos “a prover uma correção à ideia que há uma forte distinção entre *meios* e *fins*”¹¹⁵, distinção que guarda uma relação com a questão da separação entre o *ser* e o *dever-ser*. Hart, porém, atenta para o fato de

109 HART, 1983a, p. 63.

110 *Ibid.*, loc. cit.

111 Cf. *ibid.*, p. 64, e *id.*, 1997, p. 124-36 e 272-276. Hart não fala literalmente em *legislação judicial* no ensaio de 1958, mas, no pós-escrito de *The concept of law*, afirma que: “em tais casos não previstos e não regulados, o juiz tanto faz a lei como a aplica, o que tanto confere quanto restringe seus poderes legislativos” (*ibid.*, p. 272).

112 *Ibid.*, p. 64.

113 *Ibid.*, p. 69-70.

114 FULLER, 1956, *passim*, especialmente p. 701-2.

115 HART, *op. cit.*, p. 86.

que, “primeiro, o *dever*, neste caso, pode não ter nenhuma relação com a moral”¹¹⁶, e, o que é ainda mais importante, aponta para o perigo da *naturalização retórica* de tais decisões, nas quais “uma forma de decidir nos é imposta como a única elaboração natural ou racional de uma regra”¹¹⁷. Contrariamente a esta ideia, ele conclui que “não há dúvida que, para a maioria dos casos, a escolha linguística por *legislação judicial* ou, até mesmo, *fiat* (ainda que um *fiat* não arbitrário) representa melhor a situação da realidade entre as alternativas possíveis”¹¹⁸.

2.2.2

A crítica de Hart a Radbruch

Hart traz uma última crítica da conjunção conceitual entre direito e moral baseada em “um apelo passional apoiado não em um raciocínio detalhado mas por lembranças de uma experiência terrível”¹¹⁹. Esta experiência a que se refere é o nazismo e a resposta é toda dirigida a Radbruch¹²⁰.

Hart não procura verificar os fatos históricos sobre o funcionamento do direito durante do nazismo e nem qual era sua doutrina ou concepção filosófica; ele parte já do que Radbruch propôs¹²¹, refletindo mais sobre como isto afeta a concepção de direito do que as questões históricas dos julgamentos em si:

É impossível não ler com simpatia o apaixonado pedido para que a consciência jurídica alemã deva estar aberta para demandas morais [...]. Por outro lado, há uma extraordinária ingenuidade na ideia de que a insensibilidade às demandas morais e a subserviência ao poder estatal de um povo como o alemão surgira da crença que uma lei possa ser lei ainda que falhe em se conformar com requisitos morais mínimos.¹²²

O perigo maior, porém, seria o *quietismo obsequioso*, do qual Bentham falava – dos reacionários que poderiam considerar que algo, por ser lei, seria o mesmo que um *dever-ser* moral:

Mas algo mais perturbador que a ingenuidade se encontra latente em toda a apresentação das questões que surgem a partir da existência de leis moralmente iníquas. [...] Pois tudo que ele afirma, na verdade, depende de uma enorme sobrevalorização do simples fato de que uma norma possa ser considerada como uma norma jurídica válida, e isto, uma vez declarado, seja conclusivo da questão: “esta norma jurídica deve ser obedecida”?¹²³

116 HART, 1983a, p. 86.

117 *Ibid.*, p. 87.

118 *Ibid.*, loc. cit..

119 *Ibid.*, p. 72.

120 Cf., *ibid.*, loc. cit..

121 Hart descreve a teoria de Radbruch da seguinte forma: “a doutrina propunha que cada advogado e juiz deveriam denunciar leis positivas que transgredissem princípios fundamentais não apenas como imorais ou erradas, mas como não tendo nenhum caráter jurídico” (*ibid.*, p. 74).

122 *Ibid.*, p. 74.

123 *Ibid.*, p. 75.

Para Hart, a melhor resposta “para qualquer uso sinistro da máxima *lei é lei* ou da distinção entre direito e moral é, ‘pois bem, mas isto não conclui a questão. Direito não é moral; não o deixemos suplantá-la’”¹²⁴. Ele também aborda a questão do *informante rancoroso*, mas utilizando um caso distinto que, contudo, possui a mesma lógica¹²⁵. Neste caso, houve uma concreta aplicação da *Fórmula de Radbruch*, pois, a corte de apelação considerou a defesa do réu – isto é, que, ao fazer a denúncia, estava seguindo a lei nazista – impertinente e declarou que tal lei “era contrária a uma consciência sadia e ao senso de justiça de qualquer ser humano decente”¹²⁶. Hart comenta que: “[e]ste raciocínio foi seguido em vários casos, os quais foram saudados como triunfos das doutrinas do direito natural e significavam a queda do positivismo. Esta satisfação desqualificada com tal resultado parece-me uma histeria”¹²⁷. Ele considera que esta retórica jusnaturalista foi uma saída fácil para esconder um verdadeiro dilema:

Haveria, é claro, duas outras escolhas. Uma seria deixar a mulher [a informante] sair impune [...]. A outra era encarar o fato que, se fosse para a mulher ser punida, isto precisaria ser feito com a introdução de uma legislação francamente retroativa e com a inteira consciência do que estava sendo sacrificado para garantir sua punição desta forma.¹²⁸

Hart não parece optar por nem uma nem outra das opções; o seu objetivo é muito mais mostrar a realidade da situação que fora escondida por meio da retórica da *Fórmula de Radbruch*: “se aprendemos algo com a história da moral é que o que se deve fazer diante de um dilema moral é não escondê-lo”¹²⁹.

2.2.3

A resposta de Fuller a Hart

O artigo de Fuller é totalmente dirigido a Hart, a começar por suas primeiras palavras, que são “Professor Hart”¹³⁰. Há um objetivo maior, é claro, que é defender o jusnaturalismo e a união conceitual entre o direito e a moral. Fuller define como positivismo a teoria que defende a distinção, o que Paulson chama de *positivismo jurídico genérico*¹³¹, enquanto que, para ele, jusnaturalismo seria a visão oposta, a qual defende:

124 HART, 1983a, p. 75.

125 A única diferença é que, em vez de dois conhecidos, trata-se de uma esposa que denuncia o marido – um soldado alemão – por comentários insultantes a Hitler (*cf. ibid.*, p. 75-6).

126 *Ibid.*, p. 76.

127 *Ibid.*, *loc. cit.*.

128 *Ibid.*, p. 76-7.

129 *Ibid.*, p. 77.

130 FULLER, 1958, p. 630.

131 *Cf.* PAULSON, 1994, p. 342.

Por positivismo jurídico, quero dizer a corrente do pensamento jurídico que insiste em traçar uma completa distinção entre o direito *que é* e o direito *que deve ser*. [...] O direito natural, por sua vez, é a visão que nega a possibilidade de uma rígida separação entre o *ser* e o *dever-ser* e tolera esta confusão nas discussões jurídicas.¹³²

Situando sua posição no debate, Fuller ataca os argumentos de Hart e, pelo que parece, tomou certas liberdades hermenêuticas, afirmando que uma das principais questões do texto que critica é “como podemos melhor definir e servir ao ideal de fidelidade ao direito”¹³³. Hart, porém, sequer utiliza tal expressão, de modo que necessitamos deduzir o que Fuller quer dizer com isto.

Ele comenta que o “[d]ireito, como algo que merece lealdade, precisa representar uma realização humana; não pode ser apenas um simples *fiat* ao poder ou um padrão repetitivo e discernível do comportamento dos agentes do estado”¹³⁴. Com isto, é possível inferir que *fidelidade* ou é idêntica ou guarda uma relação com *lealdade*, no sentido que o direito, já que é algo que deve ser obedecido, deve dar razões para que o seja. O argumento mais próximo que Hart chega a prover em relação a isto é quando refuta a tese do direito como comando do soberano, afirmando que o “[d]ireito certamente não é a situação do assaltante em maior escala, e o ordenamento jurídico, deste modo, certamente não deve ser meramente identificado pela compulsão”¹³⁵; e parece ser a partir disto que Fuller traz o tema da fidelidade ao direito¹³⁶. Como esta questão, porém, é apenas uma *ponte* que Fuller utiliza para chegar à sua teoria, estas considerações bastam.

Fuller segue criticando aspectos das teorias positivistas anteriores a Hart e suas considerações mais relevantes são que “um ‘corpo soberano’ precisa aceitar a limitação de regras antes que possa produzir qualquer direito”¹³⁷, e que “o direito só se torna direito em virtude de regras que não são direito”¹³⁸. A partir disto, porém, chega a conclusão que, “para ser efetiva, uma constituição escrita precisa ser aceita, ao menos provisoriamente, não apenas como direito, mas como bom direito”¹³⁹.

Fuller parece ter sempre em mente a ideia de *propósito* não apenas no que tange a interpretação intencional das leis, mas no propósito do direito como um

132 FULLER, 1966, p. 5.

133 *Id.*, 1958, p. 632.

134 *Ibid.*, *loc. cit.*.

135 HART, 1983a, p. 59.

136 “O professor Hart enfaticamente rejeita a *teoria do direito como comando*, para qual o direito é apenas um comando amparado por uma força suficiente para torná-lo efetivo (FULLER, *op. cit.*, p. 638).

137 *Ibid.*, p. 640.

138 *Ibid.*, p. 642.

139 *Ibid.*, *loc. cit.*.

todo. Em obra anterior, ele menciona Hobbes, “a quem podemos chamar de o pai do positivismo jurídico”¹⁴⁰, e afirma que, com relação a ele, “não há dúvida ou ambiguidade sobre o objetivo que buscou com sua teoria”¹⁴¹; já os que lhe seguiram “perderam de vista os propósitos do positivismo”¹⁴².

Estas considerações são trazidas por Fuller não porque seja partidário da teoria de Hobbes, mas para afirmar sua teoria do propósito. Seu ensaio anterior, o qual Hart critica, chama-se *Human purpose and natural law*¹⁴³; nele, Fuller afirma que “[o] problema que tenho em mente é aquele que surge quando tentamos reconciliar a dicotomia geralmente aceita atualmente entre fato e valor com uma interpretação intencional do comportamento humano”¹⁴⁴, e o direito, assim como diversas atividades humanas, seria uma “articulação colaborativa de propósitos em comum”¹⁴⁵. Como um sistema jurídico equivalente ao seu pensamento, Fuller cita o *common law*:

[P]enso que, na história do *common law*, temos um exemplo que ensina como uma instituição social pode derivar sua integridade e vitalidade do mesmo espírito de consulta que anima um debate entre dois amigos que compartilham um mesmo problema. O *common law* não é o trabalho de um só juiz, mas de muitos que colaboram através do tempo. No decorrer da sua história, a implementação de suas regras foi aprimorada e refinada. Ao mesmo tempo, as próprias regras foram revisadas para permitir sua implementação efetiva.¹⁴⁶

Fuller também afirma que “qualquer forma de ordem social contém [...] sua própria moralidade interna”¹⁴⁷. Esta ideia, que ele aborda no ensaio em que responde a Hart¹⁴⁸, terá sua exposição definitiva em sua obra mais conhecida, *The Morality of Law*; nela, expõe oito princípios diretivos cuja “total falência em qualquer destas oito direções não resulta em um mau ordenamento jurídico; resulta em algo não que pode ser chamado propriamente de um ordenamento jurídico”¹⁴⁹. Estas falhas são as seguintes:

A primeira e mais óbvia de todas está na falha em atingir regras, de modo que cada questão precise ser decidida de forma *ad hoc*. As outras rotas [para o *desastre* jurídico] são: (2) a falha em tornar públicas, ao menos para as partes afetadas, as regras cuja observância é esperada; (3) o abuso de legislação retroativa, as quais não só não podem orientar a ação, mas erodem a integridade das normas prospec-

140 FULLER, 1966, p. 19 (a obra foi escrita em 1940).

141 *Ibid.*, p. 19-20.

142 *Ibid.*, p. 19.

143 *Id.*, 1956, p. 697.

144 *Ibid.*, *loc. cit.*.

145 *Ibid.*, p. 702. E “a escola do direito natural que manteve viva a fé neste processo” (*ibid.*, *loc. cit.*).

146 *Ibid.*, p. 703.

147 *Ibid.*, p. 704.

148 *Cf. id.*, 1958, p. 644-8.

149 *Id.*, 1969, p. 39.

tivas, já que as colocam sob a ameaça de mudanças retrospectivas; (4) a falha em fazer com que as normas sejam compreensíveis; (5) a promulgação de normas contraditórias ou (6) normas que requerem uma conduta além das capacidades das partes afetadas; (7) introduzir alterações tão frequentes nas normas que os sujeitos não possam orientar suas ações por elas; e, finalmente, (8) a falha na congruência entre as normas como publicizadas e como são administradas de fato.¹⁵⁰

Como aponta Dyzenhaus, para cada falha há um princípio oposto correspondente – “generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, possibilidade de conformidade, constância através do tempo e [...] congruência entre a ação oficial e a regra declarada”¹⁵¹ –, e Fuller “afirma que a conformidade com estes oito princípios traria uma diferença moral positiva para todo os ordenamentos jurídicos, mesmo os mais perversos”¹⁵². É com base nestes princípios que Fuller defenderá Radbruch e fará sua crítica ao *positivismo nazista*.

2.2.4

Fuller defende Radbruch

Fuller defende Radbruch com base em sua teoria dos oito princípios da moralidade interna do direito, o que, curiosamente, acaba por obliterar a *tese da exoneração* do jurista alemão. Como foi mencionado, Paulson aponta que a tese de Fuller é outra – a da causalidade, isto é, que o positivismo foi permissivo à tomada nazista do poder –, e a base para esta afirmação é o seguinte trecho do texto de Fuller:

Deve ser lembrado que, nos setenta e cinco anos anteriores ao regime nazista, a filosofia positivista atingiu tamanha posição na Alemanha como nunca encontrou em nenhum outro país. [...] O positivismo jurídico alemão não somente banuiu da ciência jurídica qualquer consideração sobre os fins morais do direito, mas também foi indiferente ao que chamo de moralidade interna do direito. O jurista alemão estava, portanto, peculiarmente preparado para aceitar como lei qualquer coisa que se chamasse por este nome [...]. A luz destas considerações, não vejo como um absurdo ou perversidade a sugestão que as atitudes prevalecentes das profissões jurídicas alemãs foram úteis aos nazistas. Hitler não chegou ao poder por meio de uma violenta revolução. Ele foi chanceler antes de se tornar o Líder.¹⁵³

Paulson também considera sobre qual positivismo Fuller referia-se: o que chama de *genérico* – a simples disjunção conceitual entre direito e moral – ou o estatutário. De plano, descarta o primeiro e passa a tratar do segundo, apresentando vários fatos históricos que serão abordados na terceira parte desta tese¹⁵⁴.

150 FULLER, 1969, p. 39.

151 DYZENHAUS, 1991, p. 18.

152 *Ibid.*, p. 18-9.

153 FULLER, 1958, p. 658-9.

154 Cf. PAULSON, 1994, p. 342.

Um ponto que Paulson não trabalha, porém, é o fato de que, embora Fuller tenha utilizado o positivismo estatutário para sustentar a causalidade – ainda que, como pode ser visto no trecho acima, fala também de *desconsiderarem a moral tanto geral como a interna do direito* –, quando trata do funcionamento jurídico do nazismo, apresenta fatos que se opõem ao formalismo estatutário e só podem tratar do positivismo genérico ou até do *aberto*, visto anteriormente, que iguala direito ao poder. É o fato de tratar o funcionamento jurídico nazista como não formalista que oblitera a tese da exoneração de Radbruch:

Ao longo de seu período de dominação, os nazistas aproveitaram-se com frequência de [...] leis retroativas para curar irregularidades jurídicas passadas [...] Durante o regime nazista houve repetidos rumores de “leis secretas”. [...] sobre o não formalismo:] Em primeiro lugar, quando as formas jurídicas tornavam-se inconvenientes, era sempre possível para os nazistas ignorá-las completamente e “agir nas ruas por meio do partido”. [...] Em segundo lugar, as cortes, dominadas pelos nazistas, estavam sempre prontas a desprezar qualquer lei positiva, até mesmo as outorgadas pelos próprios nazistas, se isto fosse adequado às suas conveniências ou se temessem que uma interpretação advocatícia [*lawyer-like*] pudesse causar desconforto “aos de cima”. [...] Esta completa disposição dos nazistas para desprezar até suas próprias leis foi um importante fator que levou Radbruch a tomar o posicionamento que adotou nos artigos tão criticados pelo professor Hart.¹⁵⁵

Nesta última sentença, Fuller parece adotar mais uma liberdade hermenêutica, bastante comum em seu texto, pois, como visto, Radbruch não somente não menciona estes fatos, mas propõe sua tese com base na passividade dos juízes, a qual só pode ser sustentada adotando o conceito de um positivismo estatutário. Ademais, as descrições de Fuller parecem corroborar com a tese que tal funcionamento jurídico nazista só pode ser equiparado a um positivismo *qua* poder e é meramente descritivo – o que, como aponta Paulson, é trivial¹⁵⁶ –, e isto apenas de uma perspectiva externa, pois, a partir de uma perspectiva interna – a mentalidade jurídica nazista –, como será defendido na terceira parte desta tese, o que havia era uma ideia de moralização do direito.

Fuller, porém, parece acreditar que a *razão* só leva ao *bem*. Ele critica Hart por “alertar-nos que há algo como uma moralidade imoral e que há certos padrões de ‘o que deve ser’ que dificilmente podem ser chamados de morais”¹⁵⁷, e que ele “parece assumir que maus fins podem ter tanta coerência e lógica interna quanto os bons”¹⁵⁸. Fuller contesta esta ideia com o que parece ser o fundamento de sua

155 FULLER, 1958, 650-2.

156 Cf. PAULSON, 1994, p. 342.

157 FULLER, *op. cit.*, p. 635.

158 *Ibid.*, p. 636.

teoria da moralidade interna do direito e de sua defesa do *common law* como aplicação de sua teoria:

[C]oerência e bondade possuem mais afinidade do que coerência e o mal. Aceitando esta crença, também acredito que, quando os homens são compelidos a explicar e justificar suas decisões, o efeito será, em geral, de impulsionar essas decisões em direção à bondade, seja qual for o padrão de bondade última existente. Crendo nisto, considero de uma incongruência considerável qualquer concepção que preveja um possível futuro em que o *common law*, “construindo a si mesma puramente de um caso a outro”, caminhe para uma realização da mais perfeita iniquidade.¹⁵⁹

2.3

Dworkin, Hércules e os princípios

A teoria de Fuller sobre a moralidade interna do direito foi amplamente criticada tanto por positivistas quanto por neojusnaturalistas, de modo que, como se diz coloquialmente, *não agradou nem a gregos, nem a troianos*; e a acusação que ambas as partes proferiram foi de que não se tratava estritamente de uma moral.

Como comenta Dyzenhaus, “os positivistas não responderam a Fuller negando que haja princípios de legalidade, semelhantes à sua lista, necessários à existência do direito”¹⁶⁰. Hart, por exemplo, continuou a defender sua distinção entre atividade proposital ou intencional e moralidade; a partir de um curioso exemplo – que “[o] envenenamento é, sem dúvida alguma, uma atividade intencional, e reflexões sobre seus fins hão de mostrar que também possui seus princípios internos”¹⁶¹ –, ele “reiterou que ‘princípios de legalidade’ são ‘neutros com

159 FULLER, 1958, 636. Fuller também trata de outras questões que considero serem menos relevantes a esta tese e, por isto, dedicarei a elas apenas esta nota. Ao tratar do *caso do informante rancoroso*, ele a afirma que, “se a filosofia jurídica alemã houvesse preocupado-se mais com a moralidade interna do direito, não teria a necessidade de invocar qualquer ideia deste tipo [o apelo à justiça] para declarar nulas as leis nazistas mais ultrajantes” (*ibid.*, p. 659-60). Ele, contudo, não reprovava o resultado final, mas apenas sustenta que sua solução seria melhor. Fuller também parece distorcer algumas ideias de Hart e Radbruch. Ele afirma que ambos consideravam a legislação retroativa como uma melhor solução (*ibid.*, p. 655); como foi relatado, a proposta de Hart não expressa uma preferência pela lei retroativa, mas apenas afirma que havia um dilema moral e que recorrer a noções de moral, justiça e direito superior seria apenas uma retórica para encobrir este fato – algo imoral em sua visão. Radbruch, por sua vez, tomando como referência o texto ao qual Fuller refere-se (*A renovação do direito*; cf. *ibid.*, *loc. cit.*), não afirma que preferia legislação retroativa; ele afirma que: “[é] desejável que tal antidireito legal seja revogado pelo legislativo de modo a poupar os juízes de declará-lo ilegal e inválido” (RADBRUCH, 1990, p. 108); ele, porém, complementa seu raciocínio da seguinte forma: “[q]uando o antidireito legal não for revogado por meio da legislação, permanece o papel do judiciário de não aplicá-lo” (*ibid.*, *loc. cit.*). Sendo assim: em primeiro lugar, Radbruch não fala de legislação retroativa, mas de revogação de lei; em segundo lugar, ele não censura o judiciário por deixar de aplicar as leis nazistas, mas apenas prefere que esta revogação seja feita pela via legislativa, de modo que o papel do judiciário é muito mais semelhante ao de recepcionar ou não a legislação pré-constitucional do que de aplicar um direito retroativo.

160 DYZENHAUS, 1991, p. 19.

161 HART, 1983b, p. 350.

relação a fins moralmente bons ou maus”¹⁶². O veredito final foi que tais princípios se tratavam mais de uma questão de eficiência do que de moralidade¹⁶³.

A outra crítica veio dos que, como Dworkin, defendem uma concepção de direito ligada à moral. A crítica é muito semelhante, como Fuller reconhece:

Eles concordam com o ponto de vista expresso por H. L. A. Hart em sua crítica ao meu livro, que tratar os princípios da legalidade como uma espécie de moralidade “é obscurecer a distinção entre a noção de eficiência para atingir um fim e aqueles julgamentos finais sobre atividades e propósitos humanos com os quais a moralidade, em suas várias formas, concerne-se”¹⁶⁴.

Se observamos, contudo, sob qual perspectiva estas críticas se colocam, veremos que, apesar da conclusão comum, enquanto a primeira tinha como objetivo apontar que a tese de Fuller não afetavam o conceito positivista de direito, a outra se preocupava muito mais em afirmar uma verdadeira noção de moralidade que fora negligenciada por Fuller. É uma diferença sutil que é muito mais bem percebida a partir das obras de cada corrente crítica.

Dworkin, cujo pensamento jurídico é o assunto desta seção, ilustra bem o caso. Até certo ponto de sua crítica, ele segue Hart, concordando com sua afirmação sobre a moralidade interna da lei ser, “infelizmente, compatível com enormes iniquidades”¹⁶⁵. Sobre a afirmação de Fuller, que “a moralidade interna demanda alguma precisão, e é difícil ser preciso ao legislar a iniquidade”¹⁶⁶, Dworkin afirma que justo o contrário pode ocorrer:

Bons propósitos não são intrinsecamente mais fáceis de descrever do que maus, e uma lei positiva perfeitamente má pode ser escrita com requintada precisão; mas uma lei cuja ideia possa ser percebida e cujos propósitos possam ser apreciados pelos oficiais e cidadãos a quem se endereça normalmente requer *menos* precisão. [...] Uma lei profundamente antagônica ao nosso próprio senso de moralidade desarmar-nos-ia [...]. Já que seu propósito fundamental seria desagradável para nós, não poderíamos obter auxílio de nosso senso de imparcialidade [*fairness*] para realizar discriminações com base em tal lei.¹⁶⁷

Ele pensa que o objetivo que está por trás da obra de Fuller, isto é, “que, para fazer leis, é necessário observar algum conjunto de princípios morais, precisa

162 DYZENHAUS, *op. cit.*, *loc. cit.*

163 Dyzenhaus comenta que, “em conformidade com sua visão do direito como direito estabelecido, [os positivistas] responderam levando em conta a função do direito como sendo fornecer padrões autoritativos para guiar o comportamento” (*ibid.*, *loc. cit.*).

164 FULLER, 1965, p. 656. Cf. HART, 1983b, p. 350.

165 DWORKIN, 1965a, p. 671, e HART, 1997, p. 207. Hart, contudo, precede esta afirmação com a seguinte consideração “[s]e isto é o que significa a conexão necessária entre direito e moralidade, podemos aceitá-la” (*ibid.*, *loc. cit.*). Dworkin, como veremos, discorda desta proposição, e esta é a grande diferença entre as duas críticas.

166 DWORKIN, 1965a, p. 671-2. Cf. FULLER, 1969, p. 159-62.

167 DWORKIN, *op. cit.*, p. 672.

agora ser considerado em sua forma apropriada”¹⁶⁸. Dworkin permanece até o fim negando que os princípios de Fuller sejam morais mesmo não discordando “da afirmação de que haja uma moralidade preocupada com o direito e sua aplicação; o que discordo do professor Fuller é somente em negar que seus cânones abstratos [...] sejam, por si sós, os princípios desta moralidade”¹⁶⁹.

2.3.1

A busca de Dworkin pelo direito por meio de sua crítica a Hart

As críticas de Dworkin a Fuller não ocuparam mais espaço em suas obras, pois ele não era o seu alvo principal; este era o positivismo, principalmente, em sua vertente hartiana. Tal troca de argumentos também tornou-se conhecida nos meios acadêmicos como um *debate*: o *Hart-Dworkin*; este abordou diversos assuntos, mas, como Shapiro coloca, possui uma unidade: “o debate é organizado em torno de uma das mais profundas questões da filosofia do direito, a saber, a relação entre legalidade e moralidade”¹⁷⁰. A ênfase no pensamento de Hart não seria pela fraqueza de seus argumentos, mas por considerar sua teoria como a mais sofisticada do positivismo. Dworkin, contudo, apesar de considerar:

A versão de Hart do positivismo mais complexa que a de Austin, e seu teste de validade para normas jurídicas ser mais sofisticado, em um aspecto, porém, os dois modelos são bastante similares. Hart, tal como Austin, reconhece que regras jurídicas possuem bordas pouco definidas (ele fala delas como tendo uma *textura aberta*), e, novamente como Austin, ele afirma que, em casos difíceis, os juízes têm e exercem discricionariedade para decidir tais casos por meio de inovações legislativas.¹⁷¹

Deste modo, podemos considerar a tese hartiana da *discrição judicial* como o *gancho* pelo qual Dworkin afirma sua teoria e tenta introduzir a moral no direito. “Há recursos no direito [...] que fornecem argumentos de princípio vinculantes que direcionam os juízes e que são perfeitamente defensíveis como conclusões jurídicas e não apenas expressões de convicção privada ou pessoal”¹⁷².

Para refutar a tese positivista, primeiramente, Dworkin apresenta um modelo de como entende tal filosofia jurídica:

168 DWORKIN, 1965a, p. 673.

169 *Id.*, 1965b, p. 637.

170 SHAPIRO, 2007, p. 23. Shapiro aponta que “o debate preocupa-se com questões muito díspares, tais como a existência de discrição judicial, o papel das políticas [*viz. policies*] na adjudicação, os fundamentos ontológicos das normas, a possibilidade de uma filosofia do direito descritiva, a função do direito, a objetividade de valores, a vagueza dos conceitos e a natureza da infêrência jurídica” (*ibid.*, *loc. cit.*).

171 DWORKIN, 1977, p. 22.

172 POSTEMA, 2011, p. 404.

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto especial de regras, utilizadas direta ou indiretamente por esta, e têm como propósito determinar quais comportamentos serão punidos ou coagidos pelo poder público. Estas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas por critérios específicos; por testes que não levam em conta seu conteúdo, mas seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou desenvolvidas [...].

(b) O conjunto de tais regras jurídicas válidas exaure o *direito* de modo que, se algum caso não for abarcado por tais regras [...], o caso não pode ser decidido *aplicando o direito*. Ele precisa ser decidido por algum oficial, como um juiz, *exercendo sua discricionariedade* [...].

(c) Dizer que alguém possui uma *obrigação jurídica* é dizer que seu caso recai sobre uma regra jurídica válida que lhe requer fazer ou deixar de fazer algo.¹⁷³

Estas teses sobre o positivismo são conhecidas como a *tese do pedigree*, a *tese da discricionariedade* e a *tese da obrigação*¹⁷⁴. Dworkin procura derrubar todas estas teses, mas inicia seu ataque refutando a tese do *pedigree*. A maneira de atacá-la é por meio da distinção entre *regras* e *princípios*:

Na terminologia de Dworkin, regras são normas *tudo ou nada*. Quando uma regra válida aplica-se a um dado caso, ela é conclusiva ou, como diria um jurista, *dispositiva*. Como regras válidas são razões conclusivas para uma ação, elas não podem conflitar; se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser uma regra válida. [...] Em contraste, princípios não determinam os casos aos quais se aplicam. Eles servem de suporte justificatório para vários cursos de ação, mas não são necessariamente conclusivos. Princípios válidos, portanto, podem conflitar, o que normalmente ocorre. Além disto, em contraste com as regras, princípios tem *peso*. Quando princípios válidos entram em conflito, o método apropriado para resolver o conflito é escolher o posicionamento embasado por princípios que possui o maior peso agregado.¹⁷⁵

Dworkin inicia a defesa de sua tese argumentando que, na prática, princípios são utilizados, se não por todos, pela maior parte da comunidade jurídica. “Uma vez que identificamos os princípios jurídicos como uma espécie diferente de normas, diferente das regras jurídicas, percebemos subitamente que eles estão por toda a nossa volta”¹⁷⁶. Em casos específicos:

[P]rincípios formam uma parte essencial dos argumentos que fundamentam julgamentos sobre obrigações e direitos jurídicos específicos. Após o caso ser decidido, podemos dizer que ele é abarcado por alguma regra [...], mas a regra não existe antes do caso ser decidido: a corte cita princípios como sua justificativa para adotar e aplicar uma nova regra. [...] Uma análise do conceito de obrigação jurídica deve, portanto, levar em conta o importante papel dos princípios para se atingir certas decisões jurídicas.¹⁷⁷

O argumento procura levar as teses positivistas a um paradoxo: se os princípios geram obrigações e direitos, há normas jurídicas que não seriam as regras

173 DWORKIN, 1977, p. 17.

174 Cf. POSTEMA, *op. cit.*, p. 405, & SHAPIRO, 2007, p. 25.

175 SHAPIRO, *op. cit.*, p. 26. Cf., DWORKIN, *op. cit.*, p. 22-8.

176 *Ibid.*, p. 28.

177 *Ibid.*, p. 28-9.

positivadas pelo *pedigree*; por outro lado, se a tese do *pedigree* abarca-os, o direito não é constituído somente de regras. Esta última hipótese foi uma linha de defesa dos positivistas¹⁷⁸; a outra, foi a manutenção da tese da discricionariedade. Dworkin, porém, sustenta sua tese atacando em ambos os *fronts*. Ele nega que haja a discricionariedade e refuta a tese do *pedigree* que, em Hart, é postulada por meio de sua *regra de reconhecimento*.

A tese da discricionariedade é negada por Dworkin a partir da distinção entre discricionariedade *fraca* e *forte*:

Dworkin é cuidadoso em apontar que há vários sentidos *fracos* da discricionariedade exercida pelos juízes mesmo em casos difíceis. Eles precisam exercer discricionariedade no sentido que lhes é requerido utilizar seus juízos para, a partir de princípios jurídicos, chegar a conclusões jurídicas. [...] Dworkin, contudo, nega que juízes possam exercer o que chama de discricionariedade *forte*, isto é, a ideia que precisam ir além do direito e aplicar normas extrajurídicas para resolver os casos que lhes são apresentados. Uma vez que se reconhece a existência de princípios jurídicos, afirma Dworkin, torna-se claro que juízes estão vinculados por normas jurídicas até mesmo em casos difíceis.¹⁷⁹

Assim, o sentido fraco de discricionariedade seria trivial e tautológico, e o sentido forte, para Dworkin, seria irreal quando contrastado com a prática jurídica. É claro que a ideia de *vinculação judicial aos princípios* depende da distinção destes com as regras e sua teoria do *sopesamento* ou *ponderação*. Visto que não são aplicados plenamente, se fossem tratados como regras, não seriam vinculantes. O que Dworkin quer dizer é que eles devem ser considerados pelas decisões judiciais.

A tese da discricionariedade também é atacada em dois aspectos lógicos: primeiro, Dworkin aponta que, “[s]e as cortes possuísem a discricionariedade para alterar regras estabelecidas, estas regras não lhes seriam vinculantes, e, assim, não haveria direito conforme o modelo positivista”¹⁸⁰; o segundo ponto, que também diz respeito à tese da obrigação, afirma que, segundo a lógica positivista:

[E]m um caso difícil – quando nenhuma regra estabelecida pode ser encontrada –, não há nenhuma obrigação jurídica até que o juiz crie uma regra para o futuro. O juiz pode aplicar esta nova regra para as partes litigantes, mas isto seria uma legislação *ex post facto* e não a aplicação de uma obrigação existente.

Isto faria com que a tese da discricionariedade entrasse em conflito com a tese do *pedigree* e a da obrigação: se o direito consiste somente em regras com o tal

178 “Quando Hart falava de regras jurídicas, normalmente é indicado que ele não se referia apenas a normas *tudo ou nada*, que não podem entrar em conflito e não possuem a dimensão de *sopesamento*” (SHAPIRO, 2007, p. 29).

179 *Ibid.*, p. 27. Cf. DWORKIN, 1977, p. 31-4.

180 *Ibid.*, p. 37.

pedigree e obrigações somente podem surgir de regras, a discricionariedade não poderia criar obrigações a não ser que se reconhecesse que princípios também são abarcados pela tese do *pedigree*. Dworkin, contudo, nega esta possibilidade e, como já mencionamos, postula esta tese refutando a *regra de reconhecimento* de Hart.

Esta tese do *pedigree* que Hart propõe tem como origem sua refutação da afirmação de Austin que o direito seria apenas o comando do soberano¹⁸¹. Como esta crítica será aprofundada posteriormente, apresentarei agora apenas o que for necessário para a compreensão dos argumentos de Dworkin e da maneira que ele descreve a tese de Hart.

Como aponta Dworkin, para Hart, haveria dois tipos de regras: “[u]ma regra pode ser vinculante sobre um grupo de pessoas, porque tal grupo, mediante suas práticas, *aceita* esta regra como uma norma para sua conduta”¹⁸²; ou “[u]ma regra pode também se tornar vinculante [...] por ter sido promulgada em conformidade com alguma regra *secundária* que estipula que regras assim promulgadas devem ser vinculantes”¹⁸³. Regras do primeiro tipo seriam típicas de sociedades pré-jurídicas, de modo que, o direito propriamente só nasceria a partir da existência de tais regras secundárias¹⁸⁴. Estas, como se pode perceber, seriam regras procedimentais – regras sobre produção de regras –, e, em todo sistema que adota tais regras, haveria uma fundamental; “Hart chama tal regra secundária fundamental de *regra de reconhecimento*”¹⁸⁵. Como aponta Dworkin e parece ser óbvio:

Uma regra de reconhecimento, é claro, não pode ser válida por si só, pois, por hipótese, é última; e, assim, não pode se submeter aos testes estipulados por uma regra mais fundamental. A regra de reconhecimento é a única regra de um ordenamento jurídico cuja força vinculante depende de sua aceitação.¹⁸⁶

Esta *aceitação* seria a diferença da teoria de Hart da de Austin; não está claro, contudo, se tal aceitação seria uma *convicção íntima* ou uma mera *acquiescência*¹⁸⁷. Parece-nos que, no primeiro caso, Hart *flertaria* com o jusnaturalismo enquanto que, no segundo, não se distanciaria muito de Austin. O que realmente causa um dissenso teórico em Dworkin, porém, é o fato desta regra ser uma regra social; não uma regra social qualquer, mas uma que se torna *normativa* pela sua aceitação¹⁸⁸.

181 Cf. DWORKIN, 1977, p. 19.

182 *Ibid.*, p. 20.

183 *Ibid.*, *loc. cit.*.

184 Cf. *ibid.*, p. 20-1.

185 *Ibid.*, p. 21.

186 *Ibid.*, *loc. cit.*.

187 Cf. *ibid.*, p. 52.

188 Cf. *ibid.*, p. 51.

Dworkin também ataca a tese da *regra de reconhecimento* pela maneira que Hart trata dos costumes. Na teoria de Austin, “práticas consuetudinárias não seriam direito até que as cortes (ou agentes do soberano) reconhecessem-nas como tal”¹⁸⁹. Dworkin aponta que Hart contraria a teoria de Austin neste aspecto, mas de forma que cria alguns paradoxos para sua própria tese:

A regra mestre, ele diz, pode estipular que alguns costumes contam como direito mesmo antes das cortes reconhecerem-nos como tal, mas ele não encara a dificuldade que isto traz para a sua teoria geral, pois não demonstra o critério que a regra mestre utiliza para tal propósito. Ela não pode utilizar, como seu único critério, a provisão de que a comunidade considera a prática como *moralmente* vinculante, pois isto não distinguiria regras jurídicas consuetudinárias de regras morais consuetudinárias [...] O tratamento que Hart dá aos costumes significa, de fato, uma confissão de que há, ao menos, algumas regras que não são vinculantes por serem positivadas por uma regra mestre, mas são vinculantes – tal como a regra mestre – porque são aceitas como tais pela comunidade.¹⁹⁰

2.3.2

O juiz Hércules e a busca pela resposta certa

A técnica argumentativa de Dworkin é levar a teoria de Hart a paradoxos de modo que possa fundamentar sua tese de que a moralidade faz parte do direito. Esta teoria, *prima facie*, parece abrir espaço para tais ataques, embora seja possível interpretar seu conceito de *aceitação* de modo que não o leve ao jusnaturalismo. De fato, se há alguma moralidade na tese de Hart, por ser social, seria uma moralidade *contingente*, mas Dworkin também se opõe a isto, pois sua teoria afirma “haver apenas uma resposta certa para questões complexas de direito e de moralidade política”¹⁹¹; e a teoria que propõe para se chegar a tal resposta certa é a teoria do *juiz Hércules*¹⁹². Apesar do recurso estilístico de Dworkin a esta personagem mítica, sua teoria adjudicatória será apresentada da maneira mais objetiva possível, não como os atos de tal personagem – até porque este personagem não é outra pessoa senão Dworkin –, mas como uma sequência de procedimentos.

A primeira distinção, a qual Dworkin apresenta, até antes de Hércules, é a distinção entre princípios e políticas (*policies*):

Chamo uma *política* este tipo de norma que determina um objetivo a ser alcançado, geralmente, algum progresso em um aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Chamo um *princípio* uma norma que deve ser observada [...], pois é um requisito de justiça, imparcialidade ou alguma outra dimensão de moralidade.¹⁹³

189 DWORKIN, 1977, p. 42.

190 *Ibid.*, p. 42-3.

191 *Ibid.*, p. 279.

192 *Cf. ibid.*, p. 105-30. A definição de *Hércules* foi apresentada na introdução.

193 *Ibid.*, p. 22.

O característico da decisão judicial é ser feita com base em princípios, e isto é uma forma de Dworkin defender-se de críticas que o acusariam de violar a separação dos poderes; como aponta Dyzenhaus, “se juízes decidem com base em princípios, faz sentido isolá-los das ‘demandas da maioria política’”¹⁹⁴.

Dworkin também faz a distinção entre *direitos de fundo* (*background rights*) e *direitos institucionais*; os primeiros seriam abstratos enquanto que os segundos seriam direitos concretos¹⁹⁵. “A tese dos direitos provê que os juízes decidem casos difíceis confirmando ou denegando direitos concretos. [...] Eles necessitam ser institucionais em vez de direitos de fundo, e necessitam ser jurídicos”¹⁹⁶.

O primeiro passo, propriamente, é adotar uma *teoria constitucional*. “Mesmo que Dworkin não necessite da existência de uma constituição escrita, ele fia-se na afirmação de que um juiz, em qualquer ordem jurídica, precisa de uma *teoria constitucional*”¹⁹⁷. Assim, um juiz – no caso, Hércules – “necessita desenvolver uma teoria constitucional na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem tal arranjo governamental”¹⁹⁸.

Em seguida, o juiz deve avaliar as leis positivas aplicáveis ao caso; ao interpretá-las, o juiz deve chegar a um sentido “que mais amarra a linguagem usada pelo legislativo às suas responsabilidades constitucionais”¹⁹⁹. Dyzenhaus explica que “[a] política da lei positiva é determinada por uma combinação da linguagem utilizada pelo legislativo com o sentido dos direitos jurídicos dos indivíduos afetados por interpretações plausíveis”²⁰⁰.

No passo seguinte, Dworkin aborda o *common law*; este passo pode ser considerado complexo, pois é tratado de forma mais elaborada e possui três etapas. Primeiramente, Dworkin fala da questão dos precedentes. Uma distinção importante é a que ele faz entre *força de promulgação* e *força gravitacional*; aquela diz respeito “aos limites das decisões políticas que podem ser atribuídos a uma autoridade e são determinados pela linguagem enquanto a força gravitacional é uma espécie de autoridade que ‘escapa ... a linguagem’”²⁰¹. A distinção não equivale à distinção entre leis positivas e precedentes, mas, ainda que decisões

194 DYZENHAUS, 2007, p. 63. Cf. DWORKIN, 1977, p. 82-90.

195 *Ibid.*, xii, grifo adicionado. Tese dos direitos é como Dworkin chama sua teoria nesta obra.

196 *Ibid.*, p. 101.

197 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 64.

198 DWORKIN, *op. cit.*, p. 107.

199 *Ibid.*, p. 108.

200 DYZENHAUS, *op. cit.*, 64.

201 *Ibid.*, p. 65.

judiciais possam ter força de promulgação – o que, no caso, seria melhor descrito como *força de sentença, decisão ou sanção* –, “sua influência nos casos posteriores não é limitada a esta força”²⁰²; a força dos precedentes é a gravitacional e é produzida por princípios, mais especificamente o que Dworkin chama de *fairness*, o que se traduz por *imparcialidade* pelas razões a seguir:

A força gravitacional de um precedente não pode ser descrita por uma teoria que tome sua plena força como uma promulgação legislativa. A inadequação desta teoria, contudo, sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo não à sabedoria da aplicação de sentenças mas à imparcialidade [*fairness*] de tratar casos semelhantes da mesma forma.²⁰³

Raciocinando a partir de princípios, o juiz chegará à conclusão de que as forças gravitacionais de todos os precedentes de uma ordem jurídica formam o que Dworkin chama *a teia sem costuras (the seamless web)*²⁰⁴. Isto, pois, o juiz “precisa construir um esquema de princípios concretos e abstratos que forneça uma justificativa para todos os precedentes de *common law*, na medida que estes também se justifiquem por provisões de princípios, constitucionais ou legislativos”²⁰⁵. Dyzenhaus explica que o processo possui duas dimensões – *adequação e solidez*: “[o] juiz deve demonstrar que a interpretação está entre as que são consistentes com – adequam-se a – a história institucional relevante e que, dentre estas interpretações, é a mais sólida quanto a apresentar esta história da melhor forma moral”²⁰⁶.

Diante disto, o juiz terá dois desafios: o primeiro será atribuir pesos aos argumentos utilizados pelos outros juízes nos precedentes anteriores²⁰⁷; e, como uma total consistência é impossível de ser alcançada, deverá “desconsiderar parte da história institucional como sendo erro”²⁰⁸. Esta etapa consiste em duas partes, e a primeira é distinguir *erros embutidos* e *erros corrigíveis*: “erros embutidos são aqueles cuja autoridade é estabelecida, de modo que sobrevivem a perda da força gravitacional; erros corrigíveis são aqueles cuja autoridade depende da força gravi-

202 DWORKIN, 1977, p. 111. Ele explica que “Hércules concluirá que sua doutrina da imparcialidade provê a única descrição plena e adequada da prática dos precedentes. Ele traçará algumas conclusões adicionais sobre sua responsabilidade ao decidir casos difíceis. A mais importante destas é que deve restringir a força gravitacional de suas decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípios utilizados para justificar tais decisões. Se uma decisão anterior foi tomada com base apenas em um argumento que justificasse alguma política, esta decisão não terá nenhuma força gravitacional. Seu valor como precedente será limitado à força da decisão, isto é, a casos posteriores que se enquadrem em alguns termos específicos do precedente” (*ibid.*, p. 113).

203 *Ibid.*, p. 113.

204 Cf. *ibid.*, p. 115.

205 *Ibid.*, p. 116-7.

206 DYZENHAUS, 2007, p. 65.

207 Cf. DWORKIN, *op. cit.* p. 118.

208 *Ibid.*, p. 119.

tacional, de modo que não sobrevivem a sua perda”²⁰⁹. No primeiro caso, a força de promulgação é mantida, mas o dispositivo considerado não servirá a outros casos; de qualquer forma, porém, todos os erros deixam de servir como precedentes.

A segunda etapa considera o fato de uma decisão que afasta um precedente ser um posicionamento *prima facie* mais frágil que uma que o mantenha e, por isto, deve ser justificada. Dworkin considera duas máximas de aplicação de sua teoria:

[1] Se ele [Hércules] puder demonstrar, por argumentos históricos ou apontando alguma concepção da comunidade jurídica, que um princípio específico tem tão pouca força que será improvável produzir decisões jurídicas adicionais, ainda que alguma vez tivera apelo suficiente para persuadir uma legislatura ou uma corte a uma decisão, o argumento de imparcialidade que sustenta este princípio é enfraquecido. [2] Se ele puder demonstrar por argumentos de moralidade política que tal princípio, a despeito de sua popularidade, é injusto, o argumento de imparcialidade que suporta tal princípio é afastado.²¹⁰

Dyzenhaus comenta que “a segunda máxima claramente permite que as próprias convicções sobre justiça do juiz decidam a questão”²¹¹. Isto, é claro, poderia atrair críticas, e Dworkin defende-se afirmando que “indivíduos têm o direito a uma aplicação consistente dos princípios nos quais suas instituições apoiam-se. É este direito institucional, definido pela moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender”²¹². Esta proposição – convincente ou não – seria aprofundada e reformulada por Dworkin em sua obra posterior.

2.3.3

Direito como integridade e a crítica à visão de meros fatos

Em sua obra seguinte, *Law's empire*, Dworkin não recusa a sua teoria anterior, mas muda a forma de atacar o positivismo:

Enquanto a primeira crítica procura explorar o alegado fato de que juízes frequentemente consideram os fundamentos do direito como sendo de natureza moral, a segunda crítica tenta capitalizar sobre o alegado fato de que juízes frequentemente discordam uns com os outros sobre quais são os fundamentos do direito. [...] O positivismo não pode explicar tais desacordos [...], pois é comprometido com uma visão de meros fatos, de acordo com a qual, os fundamentos do direito seriam fixados por acordo.²¹³

Dworkin afirma que, para esta *visão de meros da fatos (plain-fact view)*, “[o] direito é somente uma questão do que as instituições jurídicas [...] decidiram no passado”²¹⁴. O que pode parecer uma retratação de sua teoria anterior, na

209 DWORKIN, 1977, p. 121.

210 *Ibid.*, p. 122-3.

211 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 66.

212 DWORKIN, *op. cit.*, p. 126

213 SHAPIRO, 2007, p. 41.

214 DWORKIN, 1986, p. 7.

verdade, parece mais se tratar de um reforço do seu posicionamento, no qual questões de direito não são apenas empíricas, mas morais²¹⁵.

O aspecto do positivismo que Dworkin ataca preponderantemente nesta obra é a filosofia do direito analítica, e ele afirma que os que seguem esta corrente sofreram de uma *ferroada semântica* (*semantic sting*)²¹⁶. “Eles pensam que apenas podemos argumentar sensatamente uns com os outros se, e somente se, aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas reivindicações são sólidas”²¹⁷. Este posicionamento, contudo, levaria a um dilema:

Ou, apesar das primeiras impressões, juristas realmente aceitam grosseiramente os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode haver nenhum acordo ou desacordo genuíno sobre o direito, mas apenas a estupidez das pessoas que pensam que discordam entre si porque atribuem diferentes significados à mesma palavra. A segunda parte deste dilema parece absurda. Assim, os filósofos jurídicos abraçam a primeira e tentam identificar as regras básicas ocultas da prática jurídica, que devem estar lá, incorporadas, embora não reconhecidas. Eles produzem e debatem teorias semânticas do direito.²¹⁸

Dyzenhaus comenta que esta crítica é dirigida à resposta de Hart a Dworkin, na qual é argumentado haver, em certas normas, um núcleo semântico duro, já estabelecido, mas que poderia haver áreas de *penumbra*, nas quais caberia aos juízes decidir – isto é, legislar – discricionariamente.

A primeira crítica de Dworkin a Hart propunha a ideia que, em casos de penumbra ou “difíceis”, juízes estariam sob o dever jurídico de decidi-los recorrendo a princípios já imanentes ao direito. A teoria da interpretação de Dworkin sustenta que, em princípio, há uma resposta correta para todos estes casos, e que tal resposta é inteiramente determinada pelo direito. [...] O segundo e posterior desafio de Dworkin a Hart atacava a parcialmente implícita alegação de que um ordenamento jurídico, composto de regras determinadas, não seria ameaçado pela penumbra da incerteza. [...] Dworkin argumentou que não haveria um núcleo duro no sentido positivista. [...] O núcleo seria apenas uma área de acordos provisórios de interpretação.²¹⁹

O que Dworkin quer propor é que não só é possível debater sobre fatos e consequências de conceitos estabelecidos – o que ele chama de *desacordos empíricos* –, mas também debater sobre os próprios conceitos – sobre o que seriam os *desacordos teóricos*²²⁰. Mais que isto, pretende propor uma “interpre-

215 Cf. DWORKIN, 1986, p. 9.

216 Cf. *ibid.*, p. 45.

217 *Ibid.*, *loc. cit.*

218 *Ibid.*, p. 45-6.

219 DYZENHAUS, 1997a, p. 7. Cf. DWORKIN, *op. cit.*, p. 39-43.

220 “Como argumenta convincentemente Dworkin, a visão dos meros fatos não pode tolerar a possibilidade de desacordos jurídicos teóricos. Pois se, de acordo com seu primeiro princípio, os juristas participantes necessitam estar de acordo com os fundamentos do direito, segue-se que não podem discordar dos mesmos. Qualquer desacordo sobre o direito requer reivindicações conflitantes sobre a existência ou não existência de meros fatos históricos. Necessita, em outras palavras, de um desacordo puramente empírico” (SHAPIRO, 2007, p. 37; cf. DWORKIN, *op. cit.*, p. 5-11).

tação construtiva [que] é uma questão de impor propósitos a um objeto ou a uma prática com o objetivo de fazê-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual ele é considerado pertencer”²²¹.

Todas estas considerações e refutações são feitas por Dworkin para que ele possa propor sua concepção alternativa, a qual chama *direito como integridade*; esta, por sua vez, é uma atualização de sua *tese dos direitos*²²². Ele procura esclarecer e aprofundar alguns aspectos de sua teoria anterior, mas também apresenta algumas propostas novas, como, por exemplo, que a ideia de integridade estende-se a toda a política e não apenas ao judiciário²²³. Quando trata da aplicação de sua teoria ao direito e, conseqüentemente, à interpretação jurídica, aprofunda seu conceito de *teia sem costuras*, além de procurar se blindar de possíveis críticas que contestariam o caráter democrático de sua teoria:

O direito como integridade nega que declarações jurídicas ou são relatos factuais convencionalistas voltados para o passado, ou programas instrumentais de pragmatismo jurídico voltados para o futuro. Ele insiste que as proposições jurídicas são julgamentos interpretativos e, portanto, combinam elementos de concepções tanto do passado como do futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa política que se desdobra. [...] O princípio jurisdicional da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, na medida do possível, sob o pressuposto de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e imparcialidade. [...] De acordo com o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se elas se enquadram ou são consequências dos princípios de justiça, imparcialidade e devido processo legal que proporcionam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.²²⁴

2.4

Alexy e o argumento da injustiça

Robert Alexy, apesar de suas especificidades, segue a lógica dos argumentos vistos até aqui. Ele é muito conhecido por suas obras *Teoria da argumentação jurídica* e *Teoria dos direitos fundamentais*, as quais ele afirma tê-las escrito sob um *certo* prisma positivista²²⁵. Esta adesão ao positivismo, contudo, deve ser

221 DWORKIN, 1986, p. 52.

222 Em *Taking rights seriously*, Dworkin baseou sua tese dos direitos na “doutrina da responsabilidade política” [...]. Os oficiais são obrigados a agir com base em princípios e de forma coerente, estendendo a todos da comunidade os padrões de justiça e imparcialidade que usam para alguns [...]. Em *Law’s empire*, Dworkin traçou uma analogia entre esta consistência de princípios como uma virtude política e a consistência de ação e convicção que associamos à virtude pessoal da integridade” (POSTEMA, 2011, p. 444).

223 “[E]u argumento que o princípio legislativo é tão parte da nossa prática política que nenhuma interpretação competente desta prática pode ignorá-lo” (DWORKIN, *op. cit.*, p. 176).

224 *Ibid.*, p. 225.

225 Sobre a *Teoria da argumentação jurídica*, na edição peruana desta obra, Manuel Atienza considera que “Alexy não poderia ter desenvolvido neste livro (que originalmente fora sua tese de doutorado) uma teoria completa da argumentação jurídica, entre outras coisas, porque [...] ainda

entendida com ressalvas, pois, como será explicado no desenvolver desta tese, ainda que suas teses sejam formais, pela utilização de princípios, elas são a *porta de entrada do jusnaturalismo no direito positivo*. Prova disto é que ele não as renuncia, e ambas são incorporadas à sua teoria final. O rompimento definitivo com o positivismo, porém, ocorre em *Conceito e validade do direito*, no qual propõe a tese que contém duas afirmações: “primeiro, há uma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral; e, segundo, há argumentos normativos para incluir elementos morais ao conceito de direito”²²⁶.

Nesta obra, Alexy incorpora aspectos de suas obras anteriores. Sua teoria dos princípios – que possui uma relação com a de Dworkin, embora tenha suas diferenças²²⁷ – é plenamente adotada, mas não se trata mais de princípios apenas positivados pela constituição ou derivados dela. De sua *Teoria da argumentação jurídica*, permanece o conceito de que o direito *reivindica ser correto* ou possui uma *pretensão de correção*²²⁸, que possui uma natureza dupla – real e ideal –, e que é possível uma argumentação prática racional e objetiva²²⁹.

A pretensão de correção, originalmente possuía uma influência mais habermasiana²³⁰, pois, quando foi formulada, referia-se a uma pretensão de correção do discurso; contudo, como “com o transcurso do tempo, esta afirmação ampliou-se até chegar à tese geral de que o direito exige necessariamente uma pretensão de correção”²³¹, ela adquiriu uma herança da teoria de Fuller²³².

não desenvolvera [...]: uma teoria dos princípios [...] como mandatos de otimização; uma teoria dos direitos fundamentais e da ponderação [...]; e uma concepção não positivista do direito” (ATIENZA, 2007, p. 22). Sobre a outra obra, o próprio Alexy declara que “[a] análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. [...] Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes” (ALEXY, 2011, p. 32-3).

226 *Id.*, 2002, p. 23. A obra foi traduzida para o inglês como *The argument from injustice*, mas a tradução foi aprovada por Alexy de forma muito elogiosa (*cf. ibid.*, p.xvii). Tal obra será referida, neste trabalho, pela tradução literal de *Begriff und Geltung des Rechts*, pois é como foi traduzida no Brasil.

227 Em entrevista concedida a Atienza, Alexy fala que “há muitas coisas em comum, mas o arcabouço conceitual das duas teorias é bastante distinto” (*id.*, 2007, p. 500).

228 O termo original é *Anspruch auf Richtung* (*cf. id.*, 2016, p. 67, por exemplo) e foi traduzido para o inglês por *claim of correctness* (*cf. id.*, 2002, p. 37). Atienza traduz o termo como *pretensión de corrección* (*cf. id.*, 2007, p. 165); quando o sentido permitir, será utilizado *pretensão de correção*, mas é pertinente explicar que esta pretensão não pode ser confundida como algo que *se almeja*, mas deve ser entendida como algo que *se exige*, que *se reivindica*, sentido do alemão *Anspruch* (*cf. DROSDOWSKI* 1989, p. 124). O termo *correção*, por sua vez, deve ser entendido como *ser correto* e não como *algo a se corrigir*, sentido de *Richtung* (*cf. ibid.*, p. 1255).

229 *Cf. ALEXY*, 2007, p. 496-7.

230 *Cf. ibid.*, p. 501.

231 *Ibid.*, p. 496.

232 “A pretensão de correção determina o caráter da lei. Ela exclui a compreensão da lei como um mero comando dos poderosos. Há embutido na lei uma dimensão ideal, uma ‘aspiração’ no sentido

A isto tudo se soma a *Fórmula de Radbruch* que passa a ser um ingrediente essencial à teoria de Alexy e é o cerne da forma final de sua teoria, pois é o que utiliza para fundamentar a conexão conceitual necessária entre direito e moral.

2.4.1

O conceito de direito para Alexy

Alexy afirma que se pode chegar a um conceito do direito a partir da relação entre três perspectivas: “*promulgação* autoritativa, *eficácia* social e *correção* de conteúdo”²³³. O positivismo ignoraria este último aspecto, concentrando-se apenas nos dois primeiros, e, conforme se enfatize um ou outro aspecto, teremos diversos tipos de positivismo²³⁴.

A partir disto, Alexy passa a defender conceitual e normativamente a tese da conexão entre o direito e a moral; para isto, ele elabora cinco categorias de distinções para argumentar sob qual delas esta tese faz sentido:

1. conceitos de direito que omitem a validade ou abarcam a validade;
2. sistemas jurídicos como sistemas de normas ou de procedimentos;
3. perspectivas do observador e do participante;
4. conexões classificatórias ou qualificatórias;
5. conexões necessárias conceitualmente ou normativamente.²³⁵

Pela descrição que faz, está claro que Alexy defenderá uma concepção de direito que abarca a validade, que é um sistema de procedimentos, que adota a perspectiva do participante e que é uma conexão, ainda que de forma parcial, classificatória. A última distinção, porém, não trata de conceitos mutuamente excluídos, pois sua tese é tanto conceitual quanto normativa²³⁶.

de Fuller. [...] A pretensão de correção compreende os oito princípios formais que, de acordo com Fuller, definem a moral interna do direito, mas vai mais além, incluindo a justiça substantiva e, portanto, o que Fuller denomina a moralidade externa do direito” (ALEXY, 1999, p. 28).

233 *Id.*, 2002, p. 13.

234 *Cf. ibid., loc. cit.* Alexy comenta que “[d]efinições de direito orientadas à eficácia são normalmente encontradas no âmbito das teorias sociológicas ou do realismo jurídico” (*ibid.*, p. 14), e “conceitos de direito orientados à promulgação são normalmente encontrados na teoria jurídica analítica” (*ibid.*, p. 16).

235 *Cf. ibid.*, p. 23-7.

236 Sobre a primeira distinção, Alexy explica que “[i]ncorporar ao conceito de direito o conceito de validade significa incluir no conceito de direito o contexto institucional da produção, aplicação e execução do direito [...], o que pode ser relevante para a questão conceitual necessária entre o direito e a moral” (*ibid.*, p. 24). Sobre a segunda, “[c]omo um sistema de *procedimentos*, o sistema jurídico consiste em procedimentos ou atos baseados e governados por regras; atos pelos quais as normas são promulgadas, interpretadas, aplicadas e executadas. Como um sistema de *normas*, o sistema jurídico consiste em resultados ou produtos de procedimentos criadores de normas, quaisquer que sejam seus resultados. Pode-se dizer que considerar o sistema jurídico como um sistema de normas é referir-se ao seu aspecto externo enquanto que considerá-lo como um sistema de

Em seguida, Alexy passa a considerar a perspectiva do observador e é neste momento que faz referência explícita à *Fórmula de Radbruch*, citando a sua primeira proposição, que resolve – ou, ao menos, pretende resolver – o conflito entre segurança jurídica e justiça:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido desta forma: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, prevalecendo até quando seu conteúdo é injusto e inconveniente a menos que o conflito entre a lei positiva e a justiça atinja tal grau de intolerabilidade que a lei positiva, como “direito viciado”, deve ceder à justiça.²³⁷

Para Alexy, ao considerar normas individuais, a *Fórmula de Radbruch* não se aplica a partir da perspectiva do observador, mas apenas da do participante²³⁸. Ao tratar do sistema jurídico como um todo, em vez de utilizar tal fórmula, ele aplica seu conceito de pretensão de correção para estabelecer a distinção entre um sistema jurídico e não jurídico. Ele descreve três tipos de ordens tirânicas, sendo que as duas primeiras não são consideradas jurídicas: *sem sentido*, *predatória* e de *chefatura*²³⁹.

Na primeira, “um grupo de indivíduos é controlado de uma forma cujos propósitos do(s) senhor(es) não são discerníveis e não é possível para os controlados perseguirem seus propósitos a longo prazo”²⁴⁰. Como exemplo, um grupo de pessoas é submetido a um bando de fora-da-lei: “os dominados não possuem nenhum direito e, entre os próprios *desperados*, qualquer utilização de força é permitido. Exceto por esta norma permissiva, não há nenhuma norma geral”²⁴¹.

procedimentos é referir-se ao seu aspecto interno” (ALEXY, 2002, p. 24-5). Sobre a terceira, “[a] perspectiva do participante é adotada por quem, de dentro de um sistema jurídico, participa na disputa sobre o que é comandado, proibido e permitido neste sistema jurídico, e com que fim este sistema jurídico confere poder [...]. A perspectiva do observador é adotada por quem não indaga sobre qual decisão é correta em um sistema jurídico, mas [...] como são realmente feitas as decisões” (*ibid.*, p. 25). Por último, “[u]ma conexão *classificatória* reflete-se na reivindicação que normas ou um sistema jurídico que não atingem um certo critério moral [...] não são normas ou um sistema jurídico. Uma conexão *qualificatória* reflete-se na reivindicação que normas ou um sistema jurídico que não atingem um certo critério moral podem ainda ser normas ou um sistema jurídico, mas [...] são juridicamente defeituosos” (*ibid.*, p. 26).

237 RADBRUCH, 2004a, p. 89, e *id.*, 2006a, p. 7. Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 28.

238 “A partir da perspectiva do observador, a tese da conexão de Radbruch não pode ser apoiada por um apelo à conexão necessária entre o direito e a moralidade” (*ibid.*, p. 30).

239 Em alemão, respectivamente, *sinnlose Ordnung*, *prädatorische Ordnung* e *Herrscherordnung* (cf. *id.*, 2016, p. 59-61). A tradução inglesa da última é *governor system* (cf. *id.*, 2002, p. 33), mas esta tradução pode não trazer a ideia de que o termo pretende, pois vem de *Herr* (senhor) e *Herrschaft*, o que implica um domínio, um poder ou um controle de uma parte à outra (cf. DROSDOWSKI, 1989, p. 696), e o termo *governo*, apesar de poder ter este significado, também pode implicar a ideia de um governo democrático ou constitucional, que seria melhor expresso por *Regierung* (cf. *ibid.*, p. 1231).

240 ALEXY, 2002, p. 32.

241 *Ibid.*, *loc. cit.* *Desperados* é o termo que o próprio Alexy utiliza e vem dos *fora-da-lei* do velho-oeste americano.

Esta ordem se torna *predatória* quando “os *desperados* organizam-se como uma quadrilha de bandidos, o que pressupõe introduzir, ao menos entre eles, uma hierarquia de comando e a proscrição do uso da força”²⁴². O exemplo dado é de uma quadrilha que aprisiona pessoas para tráfico de órgãos e obriga-as a manterem-se sadias. “Estas regras não estabelecem nenhum direito para os dominados, isto é, nenhuma obrigação da parte dos bandidos aos sujeitados. O propósito exploratório é claro para qualquer um”²⁴³.

Com o passar do tempo, esta ordem deixa de ser proveitosa e os bandidos procuram obter legitimidade. Assim nasce a ordem de *chefatura*. “Eles continuam a explorar seus dominados, mas seus atos exploratórios passam a ocorrer a partir de uma forma controlada por regras”²⁴⁴. O aspecto essencial, contudo, não é isto, mas o fato de ser “afirmado a todos que esta prática é correta pois serve a um propósito maior, por exemplo, o desenvolvimento do povo”²⁴⁵. Isto não parece ser muito convincente, mas Alexy afirma que, a partir daí, tratar tal ordem como um sistema jurídico não é algo que possa mais ser excluído:

A diferença não é que regras de alguma espécie agora prevalecem, pois isto já era o caso na ordem dos bandidos; e a diferença não é que a ordem de chefatura é igualmente vantajosa para todos, ainda que somente em um nível mínimo de proteção à vida, à liberdade e à propriedade, pois, nesta ordem, a matança e a pilhagem dos súditos permanece possível a qualquer momento. Ao contrário, o aspecto decisivo é que uma *pretensão de correção* torna-se atrelada à prática governamental; uma reivindicação feita a todos. A pretensão de correção é um elemento necessário ao conceito de direito.²⁴⁶

Estabelecido este requisito mínimo para o conceito de direito a partir da perspectiva do observador, Alexy concorda que a tese positivista ainda prevalece, pois não foi estabelecida ainda a conexão entre o direito e a moral. Sendo assim, passa a adotar a perspectiva do participante a partir de três argumentos: da correção, da injustiça e dos princípios²⁴⁷. Como o argumento da correção não acrescenta muito ao que foi dito²⁴⁸, e Alexy aponta que um positivista pode

242 ALEXY, 2002, p. 33

243 *Ibid.*, loc. cit..

244 *Ibid.*, loc. cit..

245 *Ibid.*, p. 33-4.

246 *Ibid.*, p. 34.

247 *Ibid.*, p. 35.

248 O aspecto mais relevante da discussão posterior de Alexy sobre a pretensão de correção que merece nossa atenção, pois servirá à discussões posteriores, é que a “pretensão de correção é necessariamente atrelada ao ato de arquitetar uma constituição. Um arquiteto de uma constituição realiza uma contradição performativa se o conteúdo de seu ato [...] nega uma reivindicação à justiça” (*ibid.*, p. 37-8). Algumas contradições podem surgir a partir desta afirmação e estas serão tratadas adiante.

aprová-lo e ainda afirmar que não há nenhuma conexão entre o direito e a moral, seus outros dois argumentos serão agora apresentados²⁴⁹.

2.4.2

O argumento da injustiça e a defesa da *Fórmula de Radbruch*

O argumento da injustiça feito por Alexy será todo baseado na *Fórmula de Radbruch*, e, adiantando as conclusões que chega ao final, ele afirma que tal fórmula só se aplica às normas individuais e não a um sistema jurídico como um todo²⁵⁰. Como foi visto, ele afirma que um ordenamento que não reivindica a correção não é jurídico. Para o ordenamento, isto basta; e a *Fórmula de Radbruch* será o complemento teórico que verifica, em cada norma individual, se tal reivindicação foi realmente efetuada²⁵¹. Além disto, Alexy invoca a segurança jurídica para negar a possibilidade do argumento da injustiça revogar um ordenamento inteiro²⁵².

Passando para sua aplicação às normas individuais, a estratégia de Alexy é apresentar oito argumentos positivistas contrários à tese e refutá-los. Estes são: “linguagem, clareza, efetividade, segurança jurídica, relativismo, democracia, dispensabilidade e honestidade”²⁵³.

O argumento da linguagem não acrescenta muito à discussão e foi até retirado em um artigo posterior de Alexy²⁵⁴. O argumento seria que, se não pudermos chamar uma lei que é considerada injusta de lei, faltar-lhe-ia um termo apropriado. Alexy defende sua posição com base na perspectiva do participante²⁵⁵. O argumento positivista da linguagem confunde-se com o da clareza, que trata de definição conceitual. Alexy admite que a definição positivista é mais clara, contudo, “clareza em termos de simplicidade não é o único objetivo da formu-

249 Alexy comenta que um positivista que adote tal posicionamento terá duas estratégias a sua disposição para negar a conexão entre direito e moral: “ele pode demonstrar que esta falha em satisfazer esta reivindicação não leva, por si só, a perda do caráter jurídico. [...] Uma segunda estratégia é manter que a pretensão de correção, tendo apenas um conteúdo trivial que carece de implicações morais, não leva a uma conexão conceitualmente necessária do direito com a moral. A primeira objeção positivista nos leva ao argumento da injustiça; a segunda, ao argumento dos princípios” (ALEXY, 2002, p. 39).

250 “[A]plicar o argumento da injustiça a um sistema jurídico como um todo não leva a consequências que vão além de aplicar ao argumento a normas individuais” (*ibid.*, p. 68).

251 Cf. *ibid.*, p. 66.

252 Cf. *ibid.*, p. 65.

253 *Ibid.*, p. 41.

254 Cf. *id.*, 1999, p. 28-38. O ano da primeira edição da obra anterior é 1992.

255 Cf. *id.*, 2002, p. 41-3.

lação de conceitos”²⁵⁶, e conclui que “o que dá origem a uma falta de clareza é não ser fácil [...] fazer uma distinção entre normas extremamente injustas e normas que não o são. Este é um problema, contudo, a ser abordado em termos de segurança jurídica e não clareza”²⁵⁷.

Os argumentos de eficácia e segurança jurídica também se confundem, e ambos são refutados com base no argumento que, somente nos casos de extrema injustiça, uma norma seria invalidada. Assim, Alexy afirma que sua tese “leva, no máximo, a uma mínima perda de segurança jurídica”²⁵⁸. Isto também será utilizado contra o argumento da democracia, ao qual ele acrescenta que qualquer um que rejeitasse sua tese, “teria que rejeitar também qualquer espécie de controle constitucional, independentemente do compromisso do legislador com os direitos fundamentais”²⁵⁹.

Os argumentos da dispensabilidade e da honestidade tratam do caso do informante rancoroso e muito pouco acrescentam ao que já foi visto anteriormente. Mais relevante, é o argumento do relativismo que coloca que “não só é difícil reconhecer os limites entre a injustiça que é ou não extrema, mas que nenhuma ideia de justiça [...] pode ser racionalmente justificada ou conhecida objetivamente”²⁶⁰. A relevância está menos nos argumentos contrários, pois Alexy não os fornece, mas em sua afirmação que os argumentos “não positivistas pressupõem um mínimo de uma ética não relativista rudimentar”²⁶¹; e é relevante também o que Alexy fala de críticas, como a de Hart, de que é possível existir uma *moralidade imoral*:

Que o conceito não positivista do direito possa ser utilizado em tal sociedade [nazista] é um inconveniente, mas não um que possua todo o peso [para refutá-lo]. Uma vez que uma *moralidade nazista* atinja a dominação, leis positivas que entrem em conflito com ela em grau extremo, de qualquer forma, não durarão por muito tempo.²⁶²

Assim, Alexy parece não conseguir provar uma conexão conceitual entre o direito e a moral apenas com seu argumento da injustiça e apelando para que a *Fórmula de Radbruch* seja utilizada.

256 ALEXY, 2002, p. 43.

257 *Ibid.*, p. 44.

258 *Ibid.*, p. 52.

259 *Ibid.*, p. 56.

260 *Ibid.*, p. 53.

261 *Ibid.*, *loc. cit.*.

262 *Ibid.*, p. 55.

2.4.3

O argumento de princípios

Com seu argumento a partir de princípios, Alexy invoca vários pontos já trabalhados até aqui. Ele fala da *textura aberta* da lei e que adota a posição na qual “o juiz é juridicamente vinculado na área aberta da lei positiva (promulgada e eficaz); de fato, juridicamente vinculado de uma forma que estabelece uma conexão necessária entre o direito e a moralidade”²⁶³. A distinção entre regras e princípios que adota é semelhante a Dworkin, com a exceção que considera os princípios como *mandamentos de otimização*²⁶⁴.

Uma digressão a alguns aspectos de sua *Teoria dos direitos fundamentais* ajudar-nos-á a entender algumas peculiaridades de sua teoria. Embora nesta obra, como mencionado, ele trate de direitos fundamentais positivos da constituição alemã, ele fala também de direitos fundamentais indiretamente atribuídos e afirma que “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*”²⁶⁵, o que, além de estabelecer uma ponte com sua teoria da argumentação, abre um espaço para que os mais diversos princípios possam ser considerados constitucionais.

Sobre o conceito de *mandamento de otimização*, ele declara que “[o] ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁶⁶. Esta limitação à otimização faz com que afirme que os princípios “não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”²⁶⁷. Sendo assim:

Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. [...] Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.²⁶⁸

A esta técnica de ponderação de princípios, Alexy dá o nome de *sopesamento* (do alemão *Abwägung*). Ele conclui que:

263 ALEXY, 2002, p. 69.

264 Cf. *ibid.*, p. 70.

265 *Id.*, 2011, p. 74.

266 ALEXY, 2011, p. 90.

267 *Ibid.*, p. 104.

268 *Ibid.*, p. 93-4.

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. [...] Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios [...].²⁶⁹

Voltando a sua obra posterior, Alexy afirma que a “distinção teórica de normas como regras e como princípios leva necessariamente à conexão entre direito e moralidade a partir de três teses: a *tese da incorporação*, a *tese da moralidade* e a *tese da correção*”²⁷⁰.

“A *tese da incorporação* afirma que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido compreende princípios”²⁷¹. A partir desta proposição, Alexy passa a rebater as possíveis refutações positivistas. Ele afirma que, quando razões competem entre si, é necessário atingir um equilíbrio e, conseqüentemente, recorrer a princípios. Um positivista poderia objetar que isto não faz com que princípios façam parte do sistema jurídico. Alexy defende sua posição apelando para a perspectiva do participante; a partir desta, “as razões levadas em conta em um procedimento – aqui, o processo de chegar a uma decisão e justificá-la – pertencem a ele e, portanto, ao sistema jurídico”²⁷².

Este argumento pode não convencer positivistas, e, para sustentá-lo, Alexy recorre, em seguida, à tese da correção: “uma decisão judicial necessariamente reivindica a correção [...]. A pretensão de correção requer, em um caso duvidoso, que se chegue a um equilíbrio sempre que possível e, portanto, que princípios sejam levados em conta”²⁷³.

Esta afirmação é utilizada por Alexy para sustentar sua proposição inicial: “sendo assim, em todos os sistemas jurídicos deste tipo, princípios são, por razões jurídicas, elementos necessários do sistema jurídico”²⁷⁴. Um positivista poderia ainda objetar que é possível existir um sistema jurídico sem princípios. Alexy rebate esta possibilidade afirmando que “tal sistema não seria um sistema jurídico minimamente desenvolvido”, o que é um argumento um tanto quanto circular.

Recorrendo agora a tese da moralidade, Alexy afirma haver duas versões. “Para a versão fraca, a tese afirma haver uma conexão entre o direito e *alguma*

269 ALEXY, 2011, p. 116-7.

270 *Id.*, 2002, p. 70.

271 *Ibid.*, p. 71.

272 *Ibid.*, p. 73. Com relação aos argumentos anteriores, *cf. ibid.*, p. 72-3.

273 *Ibid.*, p. 73.

274 *Ibid.*, p. 74.

moralidade. A versão forte afirma que existe uma conexão entre o direito e a *verdadeira* ou *correta* moralidade. Aqui, somente a versão fraca é de interesse”²⁷⁵. Sendo assim, “[a] tese da moralidade é correta se, entre os princípios levados em conta em um caso duvidoso para satisfazer a pretensão de correção, alguns princípios, que pertençam a alguma ou outra moralidade, são sempre encontrados”²⁷⁶.

A objeção positivista seria que tal fato não seria incompatível com uma teoria que afirma que, quando o direito se esgota, os juízes devem recorrer a recursos extrajurídicos. Para Alexy, contudo, esta objeção não atinge o cerne da questão, que é o fato dos “princípios [...], de acordo com a tese da incorporação, são componentes necessários do sistema jurídico, e [...], conforme a tese da moralidade, esta necessariamente inclui princípios que pertencem à moralidade”²⁷⁷.

Temos novamente um argumento circular, e Alexy parece concordar, pois comenta que “[a] óbvia objeção seria que isto é muito pouco, pois, quando se fala de uma conexão necessária entre o direito e a moral, geralmente se quer dizer uma conexão do direito com a – ou uma – moralidade correta”²⁷⁸. Para resolver este impasse, ele recorre à tese da correção, que é a “aplicação do argumento de correção a partir do arcabouço do argumento de princípios”²⁷⁹.

A resposta de Alexy, contudo, é confusa e chega a um impasse ao tratar da crítica já falada anteriormente, a saber, dos regimes com “morais imorais”, especificamente, o nazista²⁸⁰. Eis o que ele responde:

Não importa, neste momento, que os argumentos de princípios encontrem os argumentos da injustiça. O que é decisivo é que mesmo o juiz que aplica o princípio de raça e o *Führerprinzip* reivindica uma correção com a sua decisão. A pretensão de correção implica uma *pretensão de justificabilidade*.²⁸¹

A partir deste argumento, mais parece que a tese da correção torna-se apenas um artifício retórico. Alexy, realmente, está atento ao fato de que:

Um crítico poderia objetar que, desta forma, a conexão entre o direito e a correta moralidade é tão dissipada que não se pode mais falar de uma conexão necessária. A preocupação é agora somente com uma pretensão e não mais com sua satisfação, e, somando-se a isto, não se fala sobre o que é a correta moralidade.²⁸²

275 ALEXY, 2002, p. 75.

276 *Ibid.*, loc. cit..

277 *Ibid.*, p. 76.

278 *Ibid.*, p. 76

279 *Ibid.*, p. 77.

280 “Ele [o positivista] pode referir-se, neste contexto, a sistemas jurídicos como o nacional-socialismo, o qual, com seus princípios de raça e liderança absoluta (o *Führerprinzip*), compreendia princípios que refletiam uma moralidade completamente distinta da refletida pelos princípios da Lei Fundamental Alemã [a constituição alemã atual]” (*ibid.*, p. 78).

281 *Ibid.*, loc. cit..

282 *Ibid.*, loc. cit..

Tudo o que Alexy nos tem a oferecer, neste momento, é o consolo de que, “fora do âmbito do argumento da injustiça, isto é, abaixo do limite da extrema injustiça, a pretensão somente e não sua satisfação pode estabelecer uma conexão necessária entre o direito e a correta moralidade”²⁸³. É claro que isto abre espaço para críticas, como a de Brian Bix, que assim considera a questão:

Eu diria que a análise de Alexy confunde algo que é um aspecto geral da linguagem e da advocacia com algo que seria peculiar ou essencial ao direito. Se alguém está tentando vender, persuadir ou encorajar, utiliza termos positivos. [...] Isto é um assunto que se refere à linguagem e à retórica e não ao direito e à moralidade.²⁸⁴

O argumento de Alexy para adotar este posicionamento é que, “[a]lém do limite da extrema injustiça, há uma ampla concordância sobre o que viola a moralidade, mas, abaixo deste limite, a controvérsia prevalece”²⁸⁵. Além disto, afirma que, mesmo não eliminando completamente a injustiça, “a ideia de moralidade correta tem o caráter de uma ideia reguladora no sentido de um objetivo a ser perseguido. Assim, a pretensão de correção leva-nos a uma dimensão ideal que é necessariamente conectada ao direito”²⁸⁶. Por fim, Alexy chega à sua definição de direito:

O direito é um sistema de normas que (1) reivindica a correção, (2) consiste na totalidade de normas que pertencem à constituição e são, em geral, socialmente eficazes e não extremamente injustas; compreende igualmente a totalidade de normas que são promulgadas de acordo com a constituição; normas que manifestam um mínimo de, ou prospecto, de eficácia social e também não são injustas ao extremo; e, finalmente, (3) compreende os princípios e outros argumentos normativos nos quais o processo ou o procedimento de aplicação da lei é e/ou deve basear-se para satisfazer a pretensão de correção.²⁸⁷

2.5

Conclusão: a ameaça fantasma

Apesar do objetivo descritivo deste capítulo, reservando críticas mais gerais para as partes seguintes e apresentado apenas contradições internas das teorias propostas pelos juristas aqui tratados, tais teorias não foram apresentadas somente para serem refutadas e descartadas posteriormente. Mesmo que isto ocorra, alguns pontos levantados merecem séria consideração, como: o fato do direito ter um propósito; o papel de cada agente do direito e, principalmente, dos juízes; a reflexão sobre teorias não só do próprio direito, mas também da constituição e da

283 ALEXY, 2002, p. 79.

284 BIX, 2006, p. 147.

285 ALEXY, *op. cit.*, p. 79.

286 *Ibid.*, p. 81.

287 *Ibid.*, p. 127.

adjudicação, assim como sobre teorias normativas; as características internas de cada uma destas categorias e as que emergem das relações entre cada uma delas.

Os juristas aqui tratados não colocam esta lista de questões da maneira pormenorizada, tal como foi posta aqui, e parece que nisto se encontra uma fraqueza de suas teorias. Há uma confusão entre uma teoria do direito simplesmente e teorias da constituição e da adjudicação, de modo que acabam propondo a teoria de um *certo* direito e não uma teoria geral.

Além disto, por confundirem descrição com prescrição, acabam chegando a um compromisso muito precário sobre os dois aspectos teóricos. Como Hart deixa claro, nada impede que um filósofo ou um jurista tenha uma teoria prescritiva, além de uma teoria descritiva, e, fora isto, mudanças na realidade tornam-se muito mais possíveis a partir de uma descrição que não se confunda com o que se propõe; daí a necessidade de duas teorias.

O problema da confusão torna-se claro em Alexy, cuja teoria pretende ser as duas coisas, mas acaba não atingindo nenhum dos dois objetivos. Em uma crítica preliminar – abordando apenas as contradições internas –, é possível dizer que, com seu critério único de *injustiça extrema* para a revogação de leis conjugado com sua teoria da conexão entre moral e direito, acaba promovendo o *quietismo obsequioso* do qual Bentham falava. A razão disto está no fato de que, assim como, para Alexy, é uma *contradição performativa* um constituinte promulgar uma *constituição injusta*, ocorreria o mesmo se um juiz, ao sentenciar, afirmasse que uma lei é injusta, mas não o suficiente para ser revogada. Deste modo – compelido pela tese da conexão e da pretensão de correção –, ele seria induzido a proclamar que todas as suas decisões seriam *morais*. Este fato nos leva ao segundo problema de todas estas teorias, além das confusões ontológicas e epistemológicas que seus proponentes cometem: o problema do *moralismo*; um problema que possui implicações tanto descritivas como normativas.

No âmbito descritivo, o primeiro problema é nenhum dos juristas definir precisamente o que entende por *moral*, o que só pode ser inferido a partir do todo de suas obras. Radbruch seria talvez a exceção, pois adota explicitamente uma moral kantiana, na qual esta é um nómeno, mas só podemos percebê-la enquanto fenômeno. Fuller, por sua vez, fala de moralidades de *dever* e de *aspiração*, e que o direito comportaria as duas²⁸⁸, mas não elabora muito mais sobre qual seria esta

288 “A moralidade de aspiração [...] é a moralidade da boa vida, da excelência, da plena reali-

aspiração além da moralidade interna do direito que propõe e de sua conexão com o *common law*. Dworkin apresenta uma definição mais concreta de moral apenas em sua última obra²⁸⁹, embora não chegue a estabelecer uma solução cabal para todas as questões que propõe, sustentando, ao contrário, uma teoria interpretativa e construtivista da verdade²⁹⁰.

Todas estas considerações sobre a moral levam à conclusão, tal como Alexy propõe²⁹¹, que aqueles que sustentam a tese da conexão devem considerar que existe ao menos um conteúdo moral mínimo e objetivo²⁹². Isto o faz com que sejam adeptos do *realismo moral*, isto é, que a moralidade é independente da subjetividade e existe fora das mentes dos seres humanos²⁹³. É possível afirmar que sustentam tal tese no plano *ontológico*, isto é, sobre a *existência* da moral, mas, no plano *epistemológico*, ou seja, sobre a *cognoscibilidade* de fatos morais, embora rejeitem um subjetivismo, não conseguem sustentar uma plena objetividade do reconhecimento de moralidades ou imoralidades e, por consequência, da justiça ou da injustiça – embora afirmem ser possível reconhecer, no caso de Radbruch e Alexy, a *injustiça extrema*, ainda que não apresentem um procedimento inteiramente objetivo para se chegar a tal conclusão.

Este posicionamento não apenas afeta teorias descritivas, mas possuem efeitos perniciosos a uma teoria normativa, ao menos no que concerne uma teoria do direito sob uma constituição democrática e com uma teoria da adjudicação que determina o papel do judiciário a partir de tal constituição. Como foi visto, esta

zação das capacidades humanas. [...] Enquanto a moralidade de aspiração baseia-se no ápice das realizações humanas, a de dever contenta-se com o básico. Ela estabelece as regras básicas sem as quais uma sociedade ordenada seria impossível” (FULLER, 1969, p. 5-6). “A moralidade interna do direito [...] apresenta todos estes aspectos. Ela abarca uma moralidade de dever e uma moralidade de aspiração” (*ibid.*, p. 42).

289 “Este livro defende uma tese filosófica ampla e antiga: a unidade do valor. [...] Procuro ilustrar a unidade de, pelo menos, valores éticos e morais: descrevo uma teoria sobre o que é viver bem e o que, se quisermos viver bem, devemos fazer e não fazer a outras pessoas” (DWORKIN, 2011, p. 1).

290 Dworkin chega a esta proposta “ao explicar o porquê da política necessitar a verdade, desmascarando o ceticismo externo, definindo responsabilidade moral, localizando a verdade na interpretação, distinguindo conceitos interpretativos e, finalmente, considerando a verdade ser ela mesma um conceito interpretativo” (*ibid.*, p. 418).

291 Alexy também não apresenta uma definição concreta da moral exceto quando a faz ser equivalente à justiça ou, ao menos, gênero do qual esta é espécie.

292 Spaak também chega a esta conclusão: “temos razões para esperar que aqueles que mantêm que direito e moralidade são conceitualmente conectados também afirmarão que a moralidade é objetiva, pelo menos no que tange a extrema injustiça” (SPAACK, 2009, p. 281).

293 “Filósofos morais traçam a distinção entre *realismo moral*, o qual sustenta que fatos morais são independentes da mente [*mind-independent*, isto é, *objetivos*], no sentido que são conceitualmente independentes de nossas crenças e nossos desejos, e *antirrealismo moral*, o qual sustenta que fatos morais sequer existem (não cognitivismo) ou que suas existências dependem das crenças e dos desejos dos seres humanos (idealismo ou construtivismo)” (*ibid.*, p. 266).

teoria pode levar ao quietismo obsequioso, fazendo com que os juízes – assim como todos os outros agentes políticos – afirmem que suas decisões não determinam apenas o direito, mas também a moral. Indo mais além, apesar de sustentarem – a partir de sua ontologia realista – que o judiciário estaria apenas revelando tal moral, é preciso considerar se, em uma teoria democrática – além da dubiedade de tal revelação –, julgamentos morais seriam compatíveis com tal constituição. Faz parte desta tese refutar tal asserção, pois nisto localiza-se a *ameaça fantasma* de tais teorias.

3

Dyzenhaus e o *Mito de Weimar*

David Dyzenhaus segue a linhagem dos autores que vimos até aqui. Como não poderia deixar de ser, há um virulento ataque ao positivismo jurídico que, mesmo sendo atenuado em seus escritos mais recentes, é algo constante em sua produção acadêmica. Partindo da definição de que “[o] que é característico de qualquer espécie de positivismo é a insistência positivista na distinção entre a lei como ela é e a lei como deve ser”²⁹⁴, adota a tese contrária, afirmando que “concepções sobre o direito são também concepções sobre o direito legítimo”²⁹⁵.

Neste capítulo, que trata especificamente da questão da queda da República de Weimar tal como é vista por Dyzenhaus, todas estas influências podem ser sentidas em maior ou menor grau. Radbruch é mencionado brevemente como o marco teórico inicial, e é este o espaço que lhe concede Dyzenhaus, pois não aprofunda muito sobre o pensamento deste jusfilósofo alemão. Na verdade, Dyzenhaus trata Radbruch como tratou Fuller, considerando-o um expoente da *teoria da causalidade* e concordando com a interpretação deste que, para aquele, “um prevalente positivismo jurídico ajudou a pavimentar o caminho para o nazismo”²⁹⁶. Dyzenhaus afirma que: “[m]eu corrente projeto explora esta afirmação; e, novamente, concluo que o positivismo desencoraja uma prática jurídica sadia”²⁹⁷.

Novamente, pois, em sua primeira obra, na qual tratou do regime do *Apartheid* da África do Sul, mesmo reconhecendo a existência de um positivismo analítico genérico como os de Kelsen e Hart, afirmou que juízes guiados por um pensamento positivista seriam levados a decidir do modo que denomina, com uma visível influência de Dworkin, *plain-fact approach* ou *abordagem dos meros fatos*:

Juízes de meros fatos mantêm uma doutrina política particular sobre a responsabilidade judicial. Eles afirmam que seus papéis enquanto juízes não é criar o direito de acordo com suas convicções sobre os requisitos morais, mas aplicar o direito tal como de fato existe [...]. Quando a lei é estatutária, os juízes devem – em deferência ao legislador soberano – atribuir um sentido conforme a intenção do parlamento. Se houver incerteza sobre a intenção do parlamento, devem [...] inquirir não o que pensam sobre o que deva ser o direito, mas as fontes de fato que pareçam legitimar uma real atribuição de intenção ao parlamento.²⁹⁸

294 DYZENHAUS, 1992, p. 91.

295 *Id.*, 1993, p. 392.

296 *Id.*, 1997a, p. 1.

297 *Ibid.*, *loc. cit.*

298 *Id.*, 1991, p. 217-8.

A partir disto, podemos inferir que Dyzenhaus considera o positivismo nocivo, pois não serve para impedir a emergência de regimes autoritários e ainda facilita a manutenção dos mesmos; proposta que parece conter ou uma contradição ou uma falácia de equívoco, mas elaborarei sobre esta crítica posteriormente. Dyzenhaus, contudo, considera sua obra sobre Weimar, *Legality and Legitimacy*²⁹⁹, um desdobramento do pensamento exposto em seu primeiro livro *Hard Cases in Wicked Legal System*³⁰⁰, embora com uma mudança na abordagem:

Enquanto, em meu primeiro projeto, procurei afastar uma contumaz objeção a teorias jurídicas que afirmam a conexão entre legalidade e legitimidade, este segundo projeto tem mais como objetivo traçar conexões entre filosofias políticas e jurídicas que se manifestam no debate sobre o positivismo e o nazismo.³⁰¹

Fora esta mudança, ambas tratam destes *ordenamentos jurídicos perversos* (*wicked legal systems*³⁰²) e possuem uma preocupação em criar uma conexão entre legalidade e legitimidade:

O enigma central sobre a natureza do direito é como reconciliar suas duas faces. Por um lado, o direito reivindica autoridade a todos que lhe são sujeitos; reclama pelo direito de governar e, assim, reivindica a aliança dos governados. A primeira face do direito é a normatividade. Por outro lado, o direito ameaça os que violarem a lei com sua coerção. Considera-se uma característica de um ordenamento jurídico efetivo poder implementar amplamente esta ameaça. A segunda face do direito é sua efetiva coerção. [...] Eis o enigma: parece que, para entendermos o direito, devemos compreender sua reivindicação por autoridade assim como sua coercitividade. Mas como podemos entender esta reivindicação por autoridade quando o ordenamento jurídico [...] é considerado por vários dos que lhe são sujeitos, assim como por observadores externos, como sendo moralmente ilegítimo?³⁰³

Esta conexão entre legalidade e legitimidade não é uma conexão qualquer, mas uma que deve ser inerente ao direito³⁰⁴. Se, em sua primeira obra, Dyzenhaus procurou sustentar sua tese afirmando que juízes sul-africanos que levavam em consideração os princípios do *common law* decidiam melhor do que os juízes que utilizavam a *abordagem de meros fatos*³⁰⁵, na obra que este capítulo trata, ele

299 DYZENHAUS, 1997a.

300 *Id.*, 1991.

301 *Id.*, 1997a, p. 1.

302 “Um ordenamento jurídico perverso é aquele que satisfaz todos os critérios que supomos ser suficientes para a existência de um ordenamento jurídico, mas cujas leis foram implacavelmente feitas para servirem de instrumento a uma ideologia moral repugnante” (*id.*, 1992, p. 84).

303 *Id.*, 1993, p. 368.

304 “A principal diferença entre as concepções rivais é se o argumento pela legitimidade provém de fora da prática jurídica ou se é construído a partir de princípios internos ao direito, isto é, do que Fuller descreveu como a ‘moralidade interna ao direito’. E, tendo em vista as implicações autoritárias de uma concepção que se sustenta, conscientemente ou não, em um argumento pela legitimidade que provém de fora do direito, minha conclusão é que se deve preferir uma concepção que procura dar sentido ao direito, em primeiro lugar, levando em conta princípios internos à prática jurídica” (*ibid.*, p. 392).

305 “Para acentuar a diferença, chamarei a abordagem hermenêutica utilizada por Gardiner AJA

compara as teorias jurídicas de três juristas do período de Weimar – Hans Kelsen, Carl Schmitt e Hermann Heller –, concluindo que a concepção do direito deste último não seria apenas mais sólida, mas poderia, se não evitar, ao menos dificultar a tomada do poder pelos nazistas ou outros grupos de índole autoritária.

A abordagem continua a seguir as ideias de Fuller e Dworkin, além da menção a Radbruch e a ideia de *reivindicação de autoridade*, que é semelhante à *pretensão de correção* de Alexy. Com a incorporação das ideias de Heller à sua teoria, contudo, Dyzenhaus traz algo que pode ser considerado inovador nos discursos antipositivistas, que é o problema da *transcendência*. Para tratar deste problema, ele utiliza Habermas como uma ponte entre o pensamento de Dworkin e Heller. Faz isto porque enxerga um certo transcendentalismo nesse: “Dworkin argumenta que os juízes estão obrigados a aplicar o conteúdo de um direito mais amplo [que o positivo]; o direito que inclui certos princípios morais. [...] A teoria jurídica de Habermas livra os juízes desta obrigação”³⁰⁶. Dyzenhaus, no entanto, ainda vê resquícios de transcendência em Habermas, pois “pensa que precisamos de uma espécie de fundamentação transcendental para a moral e a política”³⁰⁷. Já “Heller oferece uma alternativa ao transcendentalismo de Habermas”³⁰⁸.

3.1

O *Preußenschlag* ou o Golpe contra a Prússia

Para embasar sua tese, Dyzenhaus parte de um dos mais famosos litígios ocorridos durante a República de Weimar, que foi o julgamento sobre a legalidade da intervenção federal no estado da Prússia – *Preußen contra Reich*. A razão para isto é o fato dos três juristas de quem sua obra trata terem participado do caso

[juiz sul-africano, AJA significa *juiz de apelação interino*] de *abordagem common law* [...]. Como aqueles que conduzem esta tradição, ele não vê o *common law* como uma mera coleção de regras; ao contrário, o *common law* é um conjunto de princípios fundamentais que tanto explica como justificam a lei expressa, e isto estabelece o contexto em que o juiz deve tentar interpretar os dados relevantes à questão levantada pelo caso. Estatutos, como Coke [jurista inglês dos séculos XVI e XVII] colocou, devem ser interpretados de ‘acordo com as regras e a razão do *common law*’ (DYZENHAUS, 1991, p. 62). “Um judiciário composto por juízes de *common law* tentaria fazer com que o governo obedecesse à reivindicação de que a África do Sul é uma democracia, observa o estado de direito [*rule of law*] e tudo o mais. [...] Tal judiciário teria obtido sucesso até certo ponto e por algum tempo em prover espaço para uma oposição legal extraparlamentar” (*ibid.*, p. 268).

306 *Id.*, 1997a, p. 245.

307 *Ibid.*, p. 248.

308 *Ibid.*, p. 249. Habermas não foi abordado no capítulo anterior, pois não é exatamente um filósofo neojusnaturalista, e há, inclusive, diversas críticas suas a Dworkin, Alexy e a teoria dos princípios que serão vistas mais a frente.

diretamente – Schmitt, como advogado do Reich, e Heller, para o SPD³⁰⁹ – ou indiretamente, como foi o caso de Kelsen³¹⁰.

É preciso ressaltar, contudo, que tanto as questões abordadas no julgamento quanto os argumentos dos juristas de quem Dyzenhaus trata não são o principal tema desta sua obra, mas, sim, as próprias teorias daqueles. Sendo assim, farei uma breve exposição do que se convencionou chamar de *Preußenschlag* ou *golpe contra a Prússia* e deu ensejo a este litígio, para, em seguida, apresentar as teorias destes três juristas junto às análises de Dyzenhaus. Pretendo seguir a linha do capítulo anterior, sendo o mais expositivo possível, mas, quando as críticas forem inevitáveis, estas serão feitas, ainda que possam ser retomadas posteriormente. Quanto ao *Preußenschlag*, apresentarei agora os detalhes históricos e jurídicos fundamentais para a compreensão dos temas deste capítulo. Voltarei, contudo, a tratar do tema na primeira seção da última parte do desenvolvimento desta tese.

3.1.1

A crise que antecedeu o *Preußenschlag*

Após sua crise formativa inicial, a República de Weimar teve um período de cinco anos de certa estabilidade³¹¹; esta calmaria, contudo, foi interrompida pelo *crash* da bolsa de Nova Iorque e a depressão econômica que lhe sucedeu³¹². Após a queda do chanceler Müller, em 1930, deu-se início ao chamado período dos *gabinetes presidenciais*³¹³.

309 O Reich, aqui e que não deve ser confundido com o III Reich, era como se referiam ao governo federal na República de Weimar e, também, à república como um todo: “[m]esmo com o desaparecimento do Kaiser, a nova república democrática continuou a chamar-se de ‘Reich’” (HUCKO, 1987, p. 50). SPD era, e ainda é, o Sozialdemokratische Partei Deutschlands, isto é, o Partido Social-Democrata Alemão. Sobre a participação dos dois no julgamento, cf. DYZENHAUS, 1999, p. 3.

310 “Kelsen era reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Colônia à época. Ainda que não tenha participado dos procedimentos perante a corte, sentiu-se compelido a escrever uma detalhada análise do julgamento antes mesmo que este fosse publicado” (*ibid.*, *loc. cit.*).

311 A historiografia da República de Weimar normalmente divide sua história em três fases (KOLB, 2005, p. iii-iv, e PEUKERT, 1993, p. v-vii) ou quatro, se destaca a revolução da primeira (FEUCHTWANGER, 1995, p. v-vii). Kolb nomeia as fases como *origem e consolidação da República* (1918-23), *a fase de relativa estabilização* (1924-29) e *a desintegração e destruição da República* (1930-3) (KOLB, *op. cit.*, *loc. cit.*); Peukert, menos otimista com relação à segunda fase, nomeia-as como *novas direções, estabilidade enganosa e crise total*, atribuindo-lhes as mesmas datas (PEUKERT, *op. cit.*, *loc. cit.*); Feuchtwanger, que divide a primeira fase em *revolução e os tempos de dificuldade*, é o mais generoso em relação à segunda, chamando-a de *os anos dourados*, enquanto nomeia a última como *crise, colapso e a chegada de Hitler*; as datas também são as mesmas (FEUCHTWANGER, *op. cit.*, *loc. cit.*).

312 Peukert comenta que “[n]a Alemanha [...], a crise econômica foi primeiramente um evento político: sinalizou o colapso de um experimento político” (PEUKERT, *op. cit.*, p. 249).

313 Complementando a nota acima sobre o fim de Weimar, Peukert comenta que, mesmo havendo controvérsias sobre quando datar o fim da república, “[a] queda da Grande Coalizão [SPD, o

Estes gabinetes eram viabilizados pela própria constituição de Weimar e pela interpretação que lhe deram, e sua possibilidade pode ser sintetizada na *fórmula 25-48-53*, números que se referem a artigos da constituição³¹⁴. O artigo 25 permitia o presidente dissolver o parlamento³¹⁵, e o 53 concedia-lhe o poder de indicar o chanceler³¹⁶; o artigo 48 será apresentado aqui na íntegra, pois seus §§ 1º e 2º foram os fundamentos da intervenção na Prússia:

[§ 1º] Quando um Estado-membro [*Land*] não cumprir com os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode fazer uso das Forças Armadas para compeli-lo a cumpri-los.

[§ 2º] Quando a segurança e a ordem públicas forem seriamente perturbadas ou ameaçadas no Reich Alemão, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, intervindo, se necessário, com o apoio das forças armadas. Para este fim, ele pode suspender temporariamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais dispostos nos Artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

[§ 3º] Para todas as medidas tomadas conforme os §§ 1º e 2º deste Artigo, o Presidente do Reich deve imediatamente informar o Reichstag [o Parlamento]. Estas medidas serão anuladas caso o Reichstag requeira.

[§ 4º] Quando houver perigo iminente, os Governos Estaduais podem tomar medidas provisórias dentro de seus territórios tais como indicadas no §2º. Estas medidas serão suspensas caso o Reichstag ou o Presidente requeiram.

[§ 5º] Detalhes serão determinados por Lei Federal [*Reichsgesetz*].³¹⁷

Voltando um pouco mais no tempo, já em 1926, um plano para utilizar esta fórmula e promover uma transição para um governo autoritário era tramado pelo general Kurt von Schleicher, logo após a eleição do presidente Paul Hindenburg³¹⁸. Este foi posto em prática em 1930 com o gabinete chefiado pelo chanceler

Zentrum Partei católico e os liberais mais à esquerda do DDP], em 27 de março de 1930, pode ser vista como o fim de ‘Weimar’ se o critério relevante a ser considerado é a capacidade do sistema político produzir uma maioria parlamentar estável [...]. A decisão de Heinrich Brüning, nomeado chanceler dois dias depois, de governar com base em decretos de emergência, sustentado pelo presidente do Reich, e de não depender do apoio de uma maioria parlamentar foi – e o foi intencionalmente – o primeiro passo da transformação para uma forma de constitucional bem diferente” (PEUKERT, 1993, p. 5). O termo *gabinete presidencial* é utilizado por todos os historiadores que tratam exclusivamente de Weimar aqui pesquisados (*ibid.*, p. 260; FEUCHTWANGER, 1995, p. 320; MOMMSEN, 1996, p. 196; e KOLB, 2005, p. 116); em alemão, *Präsidialkabinett* (cf. ROSSITER, 2002, p. 55n).

314 Cf. *ibid.*, p. 56.

315 “Art. 25 [§ 1º] O Presidente do Reich pode dissolver o *Reichstag*, mas somente uma vez pela mesma razão. [§ 2º] As novas eleições devem ocorrer não mais que sessenta dias após a dissolução” (HUCKO, 1987, p. 155).

316 “Art. 53 O Presidente do Reich nomeia e destitui o Chanceler do Reich e, com a recomendação deste, os Ministros do Reich” (*ibid.*, p. 161).

317 *Ibid.*, p. 160. O art. 114 trata da inviolabilidade da liberdade pessoal; o art. 115, da inviolabilidade de residência; o art. 117, do sigilo postal; o art. 118, da liberdade de expressão; o art. 123, da liberdade de reunião; o art. 124, da liberdade de associação; e o art. 153, do direito de propriedade (cf. *ibid.*, p. 175-83).

318 “Na virada do ano de 1926, ele [Schleicher] sugeriu a Hindenburg [o presidente do Reich] que, se fosse impossível formar uma coalizão de direita com o DNVP [o partido nacionalista conservador monarquista], o presidente deveria ‘nomear um governo no qual confiasse e sem consultar os partidos ou dar atenção às suas vontades’, e então, ‘com a ordem de dissolução em mãos, dar ao

Brüning, considerado ainda moderado³¹⁹. O período ditatorial não teve início com sua nomeação, mas ocorreu após sua proposta de lei orçamentária ser derrubada pelo Reichstag. Em retaliação, ele utilizou-se do artigo 25 para dissolver o parlamento e, em seguida e com base no artigo 48, reeditar o mesmo decreto³²⁰. Como era previsto na constituição, houve eleições dois meses depois, nas quais ocorreu a surpreendente ascensão do Partido Nazista (NSDAP) ao cenário político oficial, pois deixou de ser um partido irrelevante para ser o que possuía a segunda maior representação no Reichstag³²¹. Diante disto, o SPD adotou a posição de não apoiar as medidas legislativas de Brüning, mas, ao mesmo tempo, votar contra às moções de desconfiança que eram frequentemente propostas pelos NSDAP, DNVP e KPD (o Partido Comunista Alemão)³²².

Desta forma, Brüning conseguiu sustentar-se por pouco mais de dois anos, até suas políticas começarem a contrariar o interesse das elites que lhe haviam dado o cargo, forçando-o a renunciar. Ele caiu, pois acabou isolado. Enquanto apenas era tolerado pela esquerda moderada do SPD, com o tempo, acabou desa-

governo toda a oportunidade de obter uma maioria parlamentar'. Aqui já vemos a concepção de um governo presidencial autoritário, que se tornaria realidade alguns anos depois" (KOLB, 2005, p. 78). Mommsen aponta que isto decorreu de uma crescente interferência do exército alemão nos assuntos políticos: "[a]s propostas autoritárias de reforma constitucional que Schleicher circulou em 1926 já indicavam que o período de moderação dos militares nos assuntos domésticos havia chegado ao fim" (MOMMSEN, 1996, p. 203). Cf., também, PEUKERT, 1993, p. 215.

319 A moderação de Brüning deve ser entendida *cum grano salis* e relativamente aos que o sucederam: "[c]ertamente, as políticas moderadamente autoritárias de Brüning respeitavam a legalidade [*rule of law*], mas, mesmo assim, os poderes presidenciais eram levados aos seus limites extremos se comparados com todos os outros elementos da constituição. O parlamento foi em grande parte excluído das decisões políticas e confinado a um papel meramente negativo; os líderes do Reichswehr [as forças armadas alemãs] ocuparam posições chaves; os poderes das instituições burocráticas foram consolidados; e o público cada vez mais se acostumou com a ideia de medidas ditatoriais. Brüning limpou o caminho; foi fácil, após sua queda, para o regime presidencial autoritário desenvolver-se ainda mais" (KOLB, *op. cit.*, p. 126). Peukert já comenta que "[o] gabinete de Brüning foi aprovado pelo Presidente do Reich Hindenburg com o entendimento explícito de governar sem o Parlamento e combater a social-democracia" (PEUKERT, *op. cit.*, p. 258), mas também fala de um recrudescimento posterior: "[e]sta era a mudança na direção política que Brüning e Hindenburg procuravam e seria meramente um prelúdio ao consequente fortalecimento da autoridade presidencial que viria depois" (*ibid.*, *loc. cit.*).

320 Cf. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 297-8, e KOLB, *op. cit.*, p. 119.

321 O NSDAP passou dos 2,6%, obtidos nas eleições de maio de 1928, para 18,3% nas eleições de setembro de 1930, o que correspondia a 107 parlamentares, número apenas superado pelo SPD com 143 (cf. *ibid.*, p. 235). Cf. DYZENHAUS, 1997a, p. 23-4, sobre o mesmo assunto e, também, sobre a crise econômica.

322 "[O]s parlamentares do SPD – diante de oposição em seus próprios escalões – tomaram então a decisão de, por 'razões de estado' e como um cálculo racional político, 'tolerar' o gabinete de Brüning. Isto, é, votavam contra as moções de desconfiança, que falhavam portanto, e também rejeitavam as moções propostas pelo DNVP, NSDAP e KPD para repelir os decretos de emergência" (*ibid.*, p. 120). "Se Brüning caísse, um governo de direita de Hugenberg e Hitler suceder-lhe-ia. [...] Tolerância ao governo de Brüning, até sua queda, no fim de maio de 1932, tornou-se então a política consistente do SPD" (FEUCHTWANGER, 1995, p. 235). No Mesmo sentido, cf. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 359, e DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 24.

gradando o exército alemão e as elites agrárias ligadas a Hindenburg³²³. Um dos pontos de desacordo foi o banimento da SA, a organização paramilitar nazista³²⁴. Este ocorreu antes das eleições estaduais em que os nazistas obtiveram ampla votação³²⁵. Após este acontecimento, Schleicher passou a utilizar uma tática de *rapprochement* com relação ao NSDAP, excluindo Brüning. Segundo Feuchtwanger, estas eleições:

[P]uderam apenas confirmar para Hindenburg, Schleicher e outros que compartilhavam suas visões que chegara a hora de substituir Brüning por um governo mais à direita que incluísse os nazistas. Imediatamente em seguida a estas eleições, houve várias reuniões entre Schleicher e Hitler e uma rede inteira de negociações e contatos secretos. Estava claro que o preço para Hitler seria a revogação do banimento da SA e novas eleições.³²⁶

O estopim para a saída de Brüning foi a recusa de Hindenburg em assinar um decreto de reassentamento para famílias desempregadas. “O governo de Brüning foi acusado de ‘bolchevismo agrário’”³²⁷. Na reunião seguinte entre o chanceler e o presidente, Hindenburg entregou-lhe uma nota de seu bolso com as seguintes informações: “1. O governo, por sua impopularidade, não tem mais minha autorização para promulgar decretos de emergência. 2. O governo não tem mais minha autorização para efetuar mudanças de pessoal”³²⁸. Diante disto, Brüning renunciou.

3.1.2

O *Preußenschlag* e o caso *Preußen contra Reich*

O chanceler seguinte, Franz von Papen, deu início à radicalização com o seu *gabinete de barões*, e sua nomeação foi fruto das articulações de Schleicher, que permaneceu como ministro da defesa e procurou atender as demandas de Hitler para tolerar o novo governo³²⁹.

323 Cf. KOLB, 2005, p. 125. Mommsen comenta que “Hindenburg exigira que se iniciasse uma abertura para a direita [e] tinha pouca simpatia com o argumento do chanceler que uma ruptura com a maioria parlamentar levaria ao conflito constitucional assumido” (MOMMSEN, 1996, p. 399). Dyzenhaus também comenta que Hindenburg sentiu-se humilhado de não ter ganhado imediatamente as eleições presidenciais de seu segundo mandato e ter que disputar um segundo turno com Hitler (cf. DYZENHAUS, 1997a, p. 25).

324 *Sturmabteilung*, literalmente, *Divisão de Assalto*, traduzido para o inglês como *Stormtroopers* como, por exemplo, em *Hitler's Stormtroopers and the Assault on the German Republic* (MITCHELL, 2008) ou *Storm Troops* (cf. BRECHT, 1944, p. 57). Embora termos estrangeiros comumente recebam o artigo masculino, por questões de uso, referir-me-ei à SA e à SS.

325 Cf. FEUCHTWANGER, 1995, p. 270-1.

326 *Ibid.*, p. 271. DYZENHAUS, *op. cit.*, *loc. cit.*

327 FEUCHTWANGER, *op. cit.*, p. 276.

328 *Ibid.*, *loc. cit.*

329 “Ele recrutou o gabinete de ‘barões’ – o gabinete de aristocratas de direita, dos quais nenhum era membro do Reichstag. Papen foi nomeado chanceler e Schleicher, ministro da defesa [posição

Schleicher, contudo, não parou por aí e “fez mais do que prometera. Ele persuadiu o presidente a concordar com uma ‘ação de estado’ contra a Prússia, planejada, em conjunto, por ele, Papen e ministro do interior do Reich, Freiherr von Gayl”³³⁰, a chamada *camarilla* de Hindenberg³³¹; este plano que seria o chamado *Preußenschlag*.

A questão da Prússia era algo controverso na Constituição de Weimar, pois a república herdou a estrutura federativa do antigo império, e este estado “compreendia dois terços do território e três quintos da população”³³²; este problema era o chamado *dualismo do Reich e da Prússia*³³³. No império, não havia esta questão, pois o imperador era também o rei da Prússia³³⁴, mas, na república, era como se houvesse dois estados em um. Reformas foram propostas e até aprovadas, ainda que não tenham sido implementadas, mas a solução oferecida pelo *Preußenschlag* não era o que nenhum democrata teria em mente³³⁵.

O golpe teve uma ligação direta com a revogação do banimento da SA:

O recuo das autoridades governamentais diante das provocações nazistas teve consequências imediatas. Simultaneamente à SA, todas as outras organizações políticas de autodefesa mobilizaram suas forças para as campanhas eleitorais que se aproximavam. A onda de violências que acompanhou estas campanhas ultrapassou qualquer outra que a Alemanha já testemunhara.³³⁶

que ocupava desde 1929]. O banimento da SA foi revogado, o Reichstag dissolvido e novas eleições convocadas para 31 de julho de 1932” (DYZENHAUS, 1997a, p. 25). Mommsen faz as mesmas observações e acrescenta que um “decreto de emergência publicado dez dias depois [da apresentação do programa de governo] tornou claro o pronunciado viés antissocial do governo e seu favoritismo aos interesses da agricultura de ampla escala e dos grandes negócios. [...] Este decreto [também] significou o fim da seguridade social que existira desde os fins do século XIX” (MOMMSEN, 1996, p. 438). Feuchtwanger confirma o “papel de Schleicher como o principal instigador” da mudança de gabinete e seu chanceler (FEUCHTWANGER, 1995, p. 280); sobre Papen, comenta que ele “era um membro secundário do Zentrum Partei, mas suas ligações com este se tornaram tênues desde que, em 1925, recusou-se a apoiar seu colega de partido Wilhelm Marx ao cargo de primeiro-ministro da Prússia. [...] Ele pertencia à aristocracia católica westphaliana e, pela sua esposa, era ligado aos industriais de Saar. [...] Ao assumir o cargo de chanceler,] acusou todos os governos do Pós-Guerra de terem promovido socialismo estatal e um estado de bem-estar que minaram as forças morais da nação. Jurou por fim à desintegração moral do povo que fora agravada pela luta de classes e pelo bolchevismo cultural” (*ibid.*, p. 280-2).

330 KOLB, 2005, p. 127.

331 A expressão *camarilla*, que significa um grupo de conspiradores, é utilizada por Mommsen, que comenta que “[a]s conexões com o presidente que Schleicher fruía, não somente por meio da pessoa de seu filho Oskar [von Hindenburg] mas também pelo secretário de estado Otto Meißner, proveram-lhe uma influência sem paralelos e levaram à formação da *camarilla* presidencial que, em grau crescente, moldou as decisões de governo do Reich” (MOMMSEN, *op. cit.*, p. 421).

332 STOLLEIS, 2004, p. 109.

333 “Os problemas do sistema federativo e o dualismo do Reich e da Prússia estavam sempre sob ataque e foram objetos de propostas de reforma” (FEUCHTWANGER, *op. cit.*, p. 320).

334 Cf., BRECHT, 1944, p. 51.

335 Brecht descreve a proposta de reforma que foi aprovada e comenta que Brüning não a implementou por estar mais preocupado com questões internacionais e financeiras (*cf. ibid.*, p. 51-5).

336 MOMMSEN, *op. cit.*, p. 439.

O auge desta crise e uma das desculpas utilizadas para desferir o golpe contra a Prússia foi o chamado *Domingo sangrento de Altona*, um distrito de Hamburgo cujos habitantes eram majoritariamente operários e cuja a autodefesa local era provida pelo KPD. Provocativamente, membros da SA e da SS resolveram realizar uma passeata por lá, resultando em um violento conflito que deixou dezoito mortos³³⁷.

A segunda desculpa utilizada foi uma reunião entre Wilhelm Abegg, secretário de estado do Ministério do Interior da Prússia, e dois parlamentares do KPD, Ernst Toggler e Wilhelm Kasper. Abegg pedia a estes que “ajudassem a pôr um fim à campanha de terror do partido e unissem suas forças com o SPD na luta contra o nacional-socialismo”³³⁸. Tal reunião, porém, foi presenciada por Rudolf Diels, que também era membro do Ministério do Interior da Prússia, mas atuava como espião para Gayl. Ele informou-o da reunião e ainda distorceu o assunto, afirmando que se tratava de “uma tentativa da parte de Abegg de ganhar o apoio dos deputados comunistas para uma ‘fusão do SPD com o KPD’”³³⁹.

O golpe foi então desferido no dia 20 de julho de 1932, três dias após Altona, utilizando este evento como base para o §2º do art. 48, e a reunião de Abegg com os parlamentares comunistas como fundamento para o §1º do mesmo artigo. O decreto de Hindenburg determinava o seguinte:

Com base no artigo 48, §§ 1º e 2º, da Constituição do Reich, ordeno o seguinte para o restabelecimento da segurança e da ordem públicas no território do Estado da Prússia: §1º Durante a vigência deste regulamento, o Chanceler do Reich é nomeado Comissário do Reich para o Estado da Prússia. Ele está autorizado, nesta capacidade, para afastar os membros do Ministério do Estado da Prússia de seus cargos. Ele está ainda autorizado a assumir todos as funções de Primeiro-Ministro da Prússia e a nomear outras pessoas como Comissários do Reich para conduzir os Ministérios da Prússia. Pertencem ao Chanceler do Reich todos os poderes do Primeiro-Ministro da Prússia, e as pessoas por ele nomeadas a conduzir os Ministérios da Prússia terão os poderes de Ministros de Prússia. O Chanceler do Reich e as pessoas por ele nomeadas à condução dos Ministérios da Prússia exercem os poderes do Ministério da Prússia [do gabinete como um órgão].³⁴⁰

O SPD não tentou resistir à força ao golpe, pois já se encontrava fragilizado pelas eleições estaduais anteriores, na qual sua coalizão perdeu a maioria e só se manteve no poder como um governo interino graças “a uma alteração nos procedi-

337 Cf. FEUCHTWANGER, 1995, p. 287; MOMMSEN, 1996, p. 441-2 e 448; CALDWEL, 1997, P. 164; e DYZENHAUS, 1997a, p. 30. SS, abreviatura de Schutzstaffel, que significa *esquadrão de proteção*, era a notória organização paramilitar nazista que, nesta época, ainda exercia um papel secundário, mas, após a tomada de poder de Hitler, tornar-se-ia o principal órgão de terror nazista.

338 MOMMSEN, *op. cit.*, p. 448.

339 *Ibid.*, *loc. cit.*. No mesmo sentido, cf. FEUCHTWANGER, *op. cit.*, p. 286-7.

340 ALEMANHA, 1932, p. 377. Reproduzido e traduzido para o inglês em BRECHT, 1944, p. 145.

mentos parlamentares, imediatamente antes das eleições, pela qual o primeiro-ministro deveria ser eleito pela maioria absoluta do parlamento”³⁴¹. Esta medida já fora tomada como meio de evitar uma eventual tomada de poder pelos nazistas³⁴²; e, mesmo após ter sido implementada, ainda havia rumores de uma possível coligação NSDAP-Zentrum formar tal maioria³⁴³. Uma greve geral também estava fora dos planos diante dos altos níveis de desemprego³⁴⁴. Sendo assim, a única medida tomada foi recorrer ao *Staatsgerichtshof*.

Este órgão, apesar de muitas vezes ser chamado de *Corte Constitucional*, na verdade, não corresponde um órgão deste tipo, pois não havia uma corte de controle constitucional concentrado na República de Weimar³⁴⁵:

Sua competência compreendia disputas de propriedade que surgissem de uma reorganização territorial; disputas constitucionais entre os *Länder* [estados membros]; disputas entre o Reich e os *Länder* e entre os *Länder* [entre si] que não fossem da esfera do direito privado; acusações feitas contra presidente, o chanceler ou um ministro; e, finalmente, disputas sobre direitos soberanos dos *Länder* assumidos pelo Reich (ferrovias, correios, telégrafos e vias de navegação).³⁴⁶

Vinx traduz o nome do tribunal para *Corte de Justiça para Assuntos de Estado*³⁴⁷ e comenta que este sequer era um órgão autônomo, mas uma corte especial do Reichsgericht – o tribunal superior alemão em assuntos cíveis e criminais, situado acima dos tribunais de apelação estatais – e que se reunia quando se tratasse dos casos acima³⁴⁸.

341 MOMMSEN, 1996, p. 412. No mesmo sentido, cf. CALDWEL, 1997, p. 164; DYZENHAUS, 1997a, p. 30; e VINX, 2015, p.3.

342 Cf. MOMMSEN, *op. cit.*, *loc. cit.*. Ver também, VINX, *op. cit.*, *loc. cit.*.

343 Cf. FEUCHTWANGER, 1995, p. 286. “A gradual virada à direita do Zentrum Partei já se refletira nos compromissos que levaram à eleição de Hans Kerrl [nazista] à presidência do Parlamento Prussiano e à exclusão dos Social-Democratas” (MOMMSEN, *op. cit.*, p. 444).

344 “A oferta do KPD de participar de uma greve geral contra o golpe era como um cálice envenenado para o SPD” (FEUCHTWANGER, *op. cit.*, p. 288); “líderes do partido e dos sindicatos também chegaram à conclusão que fins meramente negativos não seriam suficientes para executar uma greve geral sob as extremamente difíceis circunstâncias de desemprego em massa. Aproximadamente 44% de todos os sindicalizados estavam desempregados enquanto que outros 24% tinham trabalhos de meio expediente” (MOMMSEN, *op. cit.*, p. 451).

345 É como Dyzenhaus refere-se a tal corte: “[r]eferir-me-ei a ela como Corte Constitucional ainda que não seja claro se tinha a competência de julgar a validade constitucional de leis e atos executivos” (DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 20). Como comenta Stolleis, “não havia provisão para uma reclamação constitucional sobre violação de direitos individuais: como era entendido à época, conflitos de direito público entre o estado e seus cidadãos eram de competência da justiça administrativa. Como os *Staatsgerichtshöfe* do século XIX, o *Staatsgerichtshof* não poderia ser acionado como um agente controlador tanto do executivo como do Reichstag” (STOLLEIS, 2004, p. 96).

346 *Ibid.*, *loc. cit.*

347 Cf. VINX, *op. cit.*, p. 4.

348 “O *Staatsgerichtshof* não era um tribunal constitucional pleno, dotado de autoridade não incidental e exclusiva para rever e anular a legislação e os atos administrativos inconstitucionais. Era um tribunal especial, convocado ocasionalmente no Reichsgericht (o mais alto tribunal civil e penal da República de Weimar) e autorizado, pelo artigo 19 [e também 108 e 172, cf. HUCKO, 1987, p. 154, 108 e 188] da Constituição de Weimar, para julgar conflitos entre o governo federal e os estados”

Assim, ao contrário do que se possa pensar, apesar da matéria em pauta ser constitucional, o que ocorreu foi realmente um litígio e não um controle de constitucionalidade. As partes eram o Reich, defendendo sua intervenção, e, do outro lado, uma constelação de interesses formada pelos partidos SPD e Zentrum, os estados da Prússia, Baden e Baviera, além de vários ministros destituídos³⁴⁹.

Devido às várias partes envolvidas, muitos à época comentaram que, na verdade, haveria vários processos embutidos em um³⁵⁰; no entanto, todos os pleitos dos partidos – inclusive o do SPD de Heller –, dos ministros e dos estados que não eram a Prússia foram rejeitados por não se tratarem de matéria de competência da corte: no caso dos primeiros, porque a corte tratava de casos entre estados e entre estes e o Reich, e os partidos não tinham capacidade para representar a Prússia; por razões semelhantes, o pleito dos ministros foi denegado; no segundo caso, por se tratar de questão abstrata – o que demonstra o caráter do caso não ser de controle de constitucionalidade³⁵¹.

(VINX, 2015, p. 4). “Não era uma corte fixa com membros permanentes [...], mas basicamente um órgão *ad hoc* cujos membros eram o presidente da mais alta corte constituída, o Reichsgericht, os três conselheiros desta corte (*Reichsgerichtsräte*) e representantes das cortes supremas da Prússia, Baviera e Saxônia. [...] No célebre caso *Preußen contra Reich*, o juiz-presidente era Erwin Bumke, os *Reichsgerichtsräte* eram Trieble, Schmitz e Schwalb, e os três juízes adicionais eram von Müller de Berlim, Gumbel de Munique e Striegler de Dresden” (BECK, 1959, p. 133).

349 Cf., StGH, 1932, p. 1-2. Como comenta Beck, “[o]s advogados que atuaram perante esta corte eram de tal estatura que elevaram os procedimentos aos ápices das realizações jurídicas” (BECK, *op. cit.*, *loc. cit.*); defendendo o Reich havia um time capitaneado por Georg Gottheiner, mas cuja principal estrela era Carl Schmitt, auxiliado por Erwin Jakobi e Karl Bilfinger; para a Prússia, Arnold Brecht, com o auxílio de Hermann Badt, Gerhard Anschütz e Friedrich Giese; para a Baviera, Hans Nawiaskey e Heinrich von Jan; para Baden, Hermann Fecht; para o Zentrum Partei, Hans Peters; e, para o SPD, Hermann Heller (cf. BECK, *op. cit.*, p. 134).

350 “Havia, em primeiro lugar, a reclamação dos membros do deposto Ministério de Estado Prussiano (em nome do próprio ministério), alegando que as ordens presidenciais, que serviram de base para o golpe de 20 de julho de 1932, eram inconstitucionais e deveriam, portanto, ser declaradas nulas. Intimamente relacionado a isto, mas frequentemente levando as discussões na corte a outras direções, estavam os apelos de Baden e Baviera, que não buscavam apenas uma resposta favorável à Prússia neste caso, mas uma decisão da corte que se adequasse à sua concepção de que o caráter federal do Reich não permitiria a intrusão nos assuntos internos dos estados de tal modo que suas existências contínuas e autônomas fossem postas em perigo. Os representantes do Zentrum Partei e do SPD apresentaram as suas alegações como representantes solidários dos funcionários públicos de suas fileiras que foram afastados pelo governo comissarial na Prússia, ameaçando assim os seus direitos justamente adquiridos [...] aos seus empregos” (BECK, *op. cit.*, p. 134-5).

351 “A decisão da corte, proferida em 25 de outubro, começou por definir as limitações de sua competência e a capacidade das partes no processo. O tribunal declarou que não poderia cumprir o pedido de Baden e da Baviera, prescrevendo limites para atos futuros e indefinidos da parte do Reich. Em outras palavras, rejeitou emitir o que seria substancialmente uma opinião consultiva sobre a interpretação da constituição antes de um processo legal concreto que lidasse com atos e fatos concretos. O tribunal também rejeitou a capacidade das delegações dos Partidos Social-Democrata e Centrista do Landtag [o Parlamento estadual, no caso, Prussiano] para pleitear perante o tribunal. Dentro da competência do Staatsgerichtshof, caberia apenas disputas entre o Reich e *Länder* [...]. De igual modo, as reclamações apresentadas pelos ministros individualmente foram consideradas fora da competência da corte” (*ibid.*, p. 142).

Deste modo, o que restou foi a questão concreta entre o Reich e a Prússia e a corte assim decidiu:

O decreto do Presidente do Reich de 20 de julho de 1932 para a restauração da segurança pública e da ordem no território do Estado da Prússia é compatível com a Constituição do Reich na medida em que aponta o Chanceler do Reich como Comissário do Reich para o Estado da Prússia e autoriza-o, temporariamente, a afastar os Ministros da Prússia de suas funções oficiais e assumir seus poderes ou transferi-los para outras pessoas como Comissários do Reich. Esta autorização, contudo, não poderia ser ampliada de modo a privar o Ministério do Estado da Prússia e seus membros da representação do Estado da Prússia no Reichstag, no Reichsrat [o equivalente a um Senado Federal] ou, de outra forma, em suas relações com o Reich, com o Parlamento da Prússia, com o Conselho de Estado da Prússia ou com os outros Estados.³⁵²

Como comenta Dyzenhaus, “a corte rejeitou os argumentos do governo do Reich na medida em que se fundamentavam no parágrafo 1º [do artigo 48]”³⁵³; fato corroborado por outros como Caldwell³⁵⁴ e Beck³⁵⁵. No entanto, acolheu os argumentos para a intervenção com base no parágrafo 2º³⁵⁶. Assim, Dyzenhaus conclui que, “[n]a verdade, isto deixou a Prússia com nada”³⁵⁷.

Esta conclusão possui sua verdade, mas também tem suas controvérsias. Caldwell, por exemplo, concorda que:

Com uma mão, o Staatsgerichtshof ofereceu uma vitória à Prússia. Com a outra, contudo, tomou-a de volta. Com sua decisão sobre a cláusula ditatorial (Art. 48, § 2º), a corte deixou o presidente com as mãos livres para utilizar decretos de emergência. [...] A Prússia, assim, celebrou uma vitória pírrica: o Staatsgerichtshof anunciou que o governo de Papen não poderia dismantelar as instituições representativas prussianas, mas, ao mesmo tempo, deu ao governo comissarial a autoridade para tomar quaisquer medidas concretas e temporárias que julgasse necessárias.³⁵⁸

Ao mesmo tempo, comenta que:

A decisão de 25 de outubro de 1932 entrou para a história como uma grande falha do judiciário em impedir a dissolução da república [...]. Reações contemporâneas foram bem diferentes. De fato, aqueles que defendiam a república, inicialmente, acolheram bem a decisão, enquanto que os apoiadores de Papen e da tentativa autoritária de alterar a constituição ficaram indignados com ela.³⁵⁹

352 StGH, 1932, p. 2-3. Traduzido para o inglês em BRECHT, 1944, p. 146.

353 DYZENHAUS, 1997a, p. 35.

354 “O governo federal não satisfaz as condições necessárias para intervir em um *Land* com base no artigo 48, parágrafo 1º [...]. Além disto, ainda que social-democratas, enquanto indivíduos, houvessem conversado com comunistas, não havia evidências que o SPD fosse dependente do KPD” (CALDWELL, 1997, p. 166).

355 “A corte considerou e rejeitou, considerando falha, toda a linha de argumentação capciosa construída pelo Reich para empregar o parágrafo primeiro do artigo 48 (Execução) contra a Prússia” (BECK, 1959, p. 143).

356 Cf. DYZENHAUS, *op. cit. loc. cit.*; CALDWELL, *op. cit. loc. cit.*; e BECK, *op. cit. loc. cit.*

357 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 36.

358 CALDWELL, *op. cit.*, p. 166-7.

359 *Ibid.*, p. 168.

Mommsen comenta que:

A decisão do *Staatsgerichtshof*, não obstante, representou um definitivo revés para Papen e Gayl em seus esforços de reorganizar as instituições básicas do estado Alemão. Ao sustentar que a Alemanha era uma federação de estados, a decisão preveniu a absorção formal da Prússia pelo Reich e estabeleceu inequivocamente que a implementação da reforma da estrutura federal alemã por meio do artigo 48 era inconstitucional. [...] Como uma análise final, portanto, a decisão bloqueou o caminho do gabinete presidencial para um golpe de estado aberto e preveniu-o de utilizar o Reichsrat como um substituto constitucional para o Reichstag.³⁶⁰

Brecht, que atuou no caso pela Prússia, descreve que:

Não obstante a ampla autoridade concedida ao Presidente do Reich pelo artigo 48, a corte determinou que ele não poderia destituir os ministros do estado, que não poderia alterar ou diminuir suas relações com as assembleias estaduais, que ele não poderia expulsá-los ou seus delegados da segunda câmara federal, o Reichsrat, e que ele não poderia impedi-los de utilizar seu direito constitucional [...] de se dirigir ao Reichstag em suas capacidades como representantes de seus estados. Um outro importante tema também foi decidido pelos juízes do *Staatsgerichtshof*: eles disseram que poderiam deixar como uma questão aberta se o artigo 48 daria amplos poderes ao Presidente caso um governo de estado houvesse violado seus deveres constitucionais perante o governo do Reich, pois [...] em caso algum o estado da Prússia violou seus deveres constitucionais perante o governo federal.³⁶¹

Beck vai mais além e afirma que “[a] decisão de Leipzig [cidade que sediava o *Staatsgerichtshof*] no caso *Preußen contra Reich* foi um dos fatores fundamentais para a queda do regime de Papen”³⁶².

Todas estas opiniões contrárias somadas ao fato da atuação de Heller perante o tribunal não ter sido a das mais elogiadas podem ter contribuído para que Dyzenhaus optasse por concentrar-se nas teorias dos juristas em vez de suas atuações perante o *Staatsgerichtshof*³⁶³; assunto que veremos agora.

3.2 Carl Schmitt

Sob o aspecto jurídico, Carl Schmitt foi o grande teórico da conspiração que levou às ditaduras presidencialistas no final da República de Weimar:

Schmitt desempenhou um papel especial em um grupo conservador que escrevia enquanto os céus tornavam-se sombrios na Alemanha no final dos anos 1920 e início dos anos 1930. [...] O papel especial de Schmitt neste grupo era defender a possibilidade de derrubar, a partir do direito, as defesas da legalidade democrática

360 MOMMSEN, 1996, p. 452.

361 BRECHT, 1944, p. 65-6.

362 BECK, 1959, p. 147.

363 Beck, comentando sobre a participação do SPD no caso, fala que este era representado pelo “temperamental e irascível professor Hermann Heller” (BECK, 1959, p. 134); Caldwell comenta que “[o]utros advogados no processo referiam-se, brincando ou depreciando, ao ‘temperamento’ de Heller, e, em um momento, o juiz Bumke advertiu Heller a baixar o tom de sua voz” (CALDWELL, 1997, p. 174).

liberal. Ele encontrou esta possibilidade nas provisões sobre o estado de emergência da Constituição de Weimar – artigo 48 – lidas em conjunto com os outros poderes executivos concedidos ao cargo do presidente plebiscitário, aquele que agia por delegação do povo.³⁶⁴

Indo mais além, apesar do fato de que, como aponta Caldwell, “Schmitt conspirou com Kurt von Schleicher e outros generais para estabelecer um estado autoritário que excluiria os nazistas”³⁶⁵, penso que sua teoria político-jurídica – ou, mais precisamente, como será visto, antijurídica – serviu como arcabouço para o funcionamento (anti)jurídico-administrativo do estado nazista.

“Depois que Hitler tomou o poder, Schmitt filiou-se ao partido nazista e participou da construção do novo sistema”³⁶⁶, como complementa o mesmo autor; mas isto não quer dizer que sua teoria pré-nazista tenha sofrido grandes transformações: no que propunha durante o período de Weimar, já havia uma forma que levaria ao *Führersstaat*. Neste sentido, podemos dizer que é uma teoria *metafantasmagórica* e apenas necessitava de um complemento, que seria preenchido pela ideologia nacional-socialista, já que, “[e]nquanto ele e seus colegas reacionários construíram hinos para o irracional, não foram capazes de especificar seu conteúdo”³⁶⁷.

Este que grupo que Dyzenhaus fala é o dos autodenominados *conservadores revolucionários*³⁶⁸ ou, como batizou Herf, *modernistas reacionários*³⁶⁹. Embora nem todos tenham se filiado ao partido nazista e alguns intérpretes enfatizem as diferenças de pensamento³⁷⁰, este autor considera que:

364 DYZENHAUS, 1997a, p. 15. No mesmo sentido, cf. FEUCHTWANGER, 1995, p. 218 e 282; MOMMSEN, 1996, p. 57 e 454; e NEUMANN, 2009, p. 43.

365 CALDWELL, 1997, p. 87.

366 *Ibid.*, loc. cit..

367 DYZENHAUS, op. cit., loc. cit..

368 “A Revolução Conservadora [...] estende-se para antes do século XX como uma tradição de nacionalismo militarista e autoritário que rejeitava o liberalismo, o socialismo, a democracia e o internacionalismo. [...] Embora o termo Revolução Conservadora anteceda a I Guerra Mundial, só se tornou um conceito estabelecido no período de Weimar, passando para o vocabulário cultural e político da época através do escritor Hugo von Hofmannsthal e do teórico político Edgar Jung” (WOODS, 1996, p. 1). Ver também MOHLER, 1989, *passim*.

369 “Antes e depois da tomada do poder nazista, uma corrente importante dentro da ideologia conservadora e, subsequentemente, nazista era uma reconciliação entre as ideias antimodernistas, românticas e irracionalistas presentes no nacionalismo alemão e a manifestação mais óbvia da racionalidade de meios direcionados a fins, isto é, a tecnologia moderna. O modernismo reacionário é uma construção típica ideal. Os pensadores a quem chamo de modernistas reacionários nunca se descreveram precisamente nestes termos. [...] Embora eu os chame de modernistas reacionários, esses pensadores se viam como revolucionários culturais buscando consignar o materialismo ao passado” (HERF, 1986, p. 1-2). Dyzenhaus também menciona esta corrente em DYZENHAUS, op. cit., p. 14.

370 “[E]les ou nunca se filiaram ao partido nazista (Jünger, Freyer, Sombart, Spengler), ou filiaram-se por pouco tempo (Heidegger, Schmitt); alguns intérpretes enfatizam a distância entre suas ideias e a dos nacional-socialistas” (HERF, op. cit., p. 46).

[A]s semelhanças superaram as diferenças. Quer gostassem disso ou não, Hitler tentou realizar a revolução cultural que buscavam. [...] Ele compartilhava com os modernistas reacionários uma ideologia da vontade extraída de Nietzsche e Schopenhauer; uma visão da política como realização estética; uma visão social-darwinista da política como luta, irracionalismo e antissemitismo; e uma sensação de que a Alemanha estava afundando em um estado de degeneração sem esperança.³⁷¹

Dito isto, minha interpretação de Schmitt não difere da de Dyzenhaus, que considera que “há uma continuidade essencial nas obras de Schmitt produzidas entre 1922 e 1938 aproximadamente”³⁷² e que a melhor interpretação de sua obra é que “o liberalismo é o principal alvo e suas polêmicas contra ele são feitas para preparar o caminho para uma decisão sobre uma nova ordem soberana que frustrará a luta do liberalismo pela supremacia”³⁷³.

3.2.1

O liberalismo que Schmitt critica

É preciso, primeiro, fazer um alerta sobre as críticas de Schmitt ao liberalismo, pois estas podem parecer sedutoras para progressistas, algo que, inclusive, já vem ocorrendo³⁷⁴. Isto não quer dizer que este trabalho tenha qualquer comprometimento com o modelo neoliberal ou com o entendimento atual do liberalismo que o vê apenas pelo lado econômico e prega um fundamentalismo de mercado – uma fantasmagoria por si só³⁷⁵ –, mas apenas apontar que o que Schmitt critica sob o rótulo de *liberalismo* pode ser outra coisa.

Duas observações devem ser feitas antes: em primeiro lugar, o liberalismo, mesmo no sentido puramente econômico, jamais atingiu proeminência na

371 HERF, 1986, 46-7.

372 DYZENHAUS, 1997a, p. 39.

373 *Ibid.*, p. 40.

374 Matthew Specter, em um artigo intitulado *What's “Left” of Schmitt?*, analisa “as recentes apropriações de Schmitt por três teóricos políticos ocidentais que se autoidentificam como parte de um projeto político de esquerda: Chantal Mouffe, Gopal Balakrishnan e Andreas Kalyvas” (SPECTER, 2016, p. 427). A estes, podemos acrescentar Ernesto Laclau que, em seu projeto autodenominado de *populismo*, faz amplo uso da distinção *amigo/inimigo* criada por Schmitt: “[e]u tento constituir uma identidade popular mais ampla e um inimigo mais global através de uma articulação de demandas setoriais” (LACLAU, 2005, p. 98). Mouffe também adota este conceito schmittiano, afirmando que, “como Carl Schmitt apontou corretamente, o critério do político é a relação amigo/inimigo” (MOUFFE, 1993, p. 68). Estas observações, contudo, não querem dizer que Schmitt não deva ser lido; como Specter mesmo comenta: “seria hipócrita para a esquerda considerar que a única posição ética ou politicamente responsável seria declarar, *a priori*, o pensamento de Schmitt como um tabu ou indigno de engajamento” (SPECTER, *op. cit.*, *loc. cit.*). Penso, contudo, e procurarei demonstrar nesta tese, que Schmitt deve ser lido criticamente e não como influência.

375 “[U]samos a classificação ‘fundamentalismo de mercado’ porque o termo transmite a certeza quase religiosa expressa pelos defensores contemporâneos da autorregulação do mercado. Além disto, queremos enfatizar a afinidade com fundamentalismos religiosos que dependem da revelação ou de uma reivindicação à verdade independente do tipo de verificação empírica esperada nas ciências sociais” (BLOCK & SOMMERS, 2014, p. 3).

Alemanha senão por um breve período³⁷⁶; em segundo lugar, o que se entendia por liberalismo nos séculos XIX e início do XX, mesmo que houvesse uma disputa de sentido ou mesmo vários sentidos de liberalismo³⁷⁷, era algo mais amplo que o fundamentalismo de mercado dos dias de hoje. Como aponta Krieger, a ideia de liberalismo:

[C]ompreendia três tipos de direitos: a liberdade do espírito, que incluía o direito de manter e comunicar crenças e opiniões; liberdades materiais, que incluíam direitos de livre iniciativa econômica e troca, de mobilidade social e segurança jurídica; e finalmente a ampla distribuição de poderes políticos que conferiam controle sobre instituições públicas sobre seções representativas dos governados.³⁷⁸

Sendo assim, para entendermos a crítica de Schmitt, é preciso ver o que ele ataca; e o que ele menos ataca é o aspecto econômico do liberalismo. Isto não quer dizer que ele não se opusesse a um capitalismo liberal; devido às suas preferências comunitaristas e nacionalistas, ele demonstra uma preferência por um protecionismo e pela primazia da política sobre o econômico, como parece propor com sua ideia de *estado total* em seu *O conceito de político*³⁷⁹, mas ele não ataca o *capitalismo em si* nem a exploração decorrente do sistema.

O alvo de Schmitt é muito mais um *ethos*, um modo de ser, o que o acaba levando a uma crítica da própria democracia tal como é concebida nos dias de hoje. Este *ethos* é o que ele chama de *romantismo político*:

376 “[N]a Alemanha, [...] nem academicamente nem entre o público (político) houve qualquer defesa vigorosa da criação de instituições economicamente liberais. A reação à obra de Adam Smith no final do século XVIII e início do século XIX já apresentava uma série de vozes céticas dizendo que um livre mercado apenas encorajava o comportamento oportunista das empresas, que não teriam um interesse espontâneo na concorrência leal e na boa convivência social. [...]. O fenômeno posterior do liberalismo de Manchester nunca encontrou um eco positivo na Alemanha – com a exceção de um breve período nas décadas de 1850 e 1860” (PLUMPE, 2016, p. 10). Foge do escopo deste trabalho tratar da ascensão e queda do liberalismo na Alemanha, mas, como outras referências, indico KRIEGER, 1972; SHEEHAN, 1978; e BLACKBOURN & ELEY, 1984.

377 “[H]á um traço de ambiguidade perpassando o liberalismo europeu, o que é percebido no caráter variado dos partidos liberais: alguns são considerados como pertencentes à esquerda, alguns se sentem mais à vontade à direita, enquanto outros pairam desconfortavelmente entre os dois. [...] O liberalismo gozou de seu auge durante o século XIX, e a forte influência de partidos liberais antes dominantes persistiu nas primeiras décadas do século XX. [...] O liberalismo estava na vanguarda dos movimentos pela reforma constitucional e pela ampliação da proteção das liberdades civis. Como expressão de dissenso radical, o liberalismo entrou em conflito com o estado autoritário e as elites que se beneficiavam de seu poder. O liberalismo também se opôs aos interesses e autoridade das igrejas, especialmente onde a religião organizada e o Estado agiram em aliança contra o progresso do Iluminismo. As batalhas contra os privilégios e o poder da igreja deram aos partidos liberais uma coloração anticlerical indelével. [...] A extensão destes conflitos variou de um país para outro, de modo que os partidos liberais individuais diferiam em sua ênfase – liberdade econômica, reforma constitucional ou a secularização do Estado – embora as questões também estivessem ligadas” (SMITH, 1988, p. 16-7).

378 KRIEGER, *op. cit.*, p. 3.

379 “É o estado total que não conhece mais nada absolutamente apolítico, o qual deve eliminar as despolitizações do século XIX e, em particular, pôr fim ao axioma da economia livre do estado (apolítica) e do estado livre da economia” (SCHMITT, 1932, p. 13n).

A concepção de Schmitt do político situa-se em oposição à sua concepção de “romantismo político”. O romantismo político é caracterizado por uma postura irônica ocasional, no qual não há uma última palavra sobre qualquer coisa. O romantismo político é a doutrina do indivíduo autônomo, isolado e solitário, cuja postura absoluta em relação a si mesmo produz um mundo em que nada está ligado a qualquer outra coisa. O romantismo político está, portanto, na raiz do que Schmitt vê como a tendência liberal de substituir o político pela discussão perpétua.³⁸⁰

Assim, embora Schmitt seja um crítico do cálculo racional economicista³⁸¹, a quem ele opõe-se é muito mais um *homo dilettantis* do que um *homo æconomicus*³⁸². Curiosamente, mas acertadamente, Herf considera Schmitt e seus companheiros do modernismo reacionário tão românticos quanto aqueles que eles criticam: eles “eram críticos do que consideravam como aspectos passivos e afeminados do romanticismo”³⁸³, “mas seu entusiasmo pela *Fronterlebnis* (experiência do fronte de batalha), e sua crença que a matança fazia surgir um novo homem era uma velha visão romântica em um contexto moderno”³⁸⁴.

Este comentário de Herf sobre o entusiasmo de Schmitt pelo fronte de batalha não é uma mera nota; uma lógica de guerra permeia toda a sua construção teórica; suas origens podem até ser encontradas em suas análises do estado de sítio imposto na Alemanha durante a I Guerra Mundial³⁸⁵. A partir destas análises, passando pela sua obra *Ditadura* até chegarmos em seu conhecido livro *Teologia política*, temos um crescente desenvolvimento de uma teoria que propõe um decisionismo absolutista nas mãos de um soberano personificado.

3.2.2 A decisão pura

“O soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”³⁸⁶. É assim que, polemicamente, Schmitt abre sua obra *Teologia política*. Para ele, como aponta Dyzenhaus, o soberano não apenas decide, mas “precisa decidir também quando existe tal

380 STRONG, 1996, p. xiii-xiv.

381 Em *Romanticismo político*, Schmitt fala da “aversão que Burke, De Maistre e Bonald têm pelo ‘artifício’ nos assuntos políticos, pelas constituições artificiais baseadas nos cálculos de um indivíduo astuto, pelos fabricantes de constituição e geômetras políticos” (SCHMITT, 1986, p. 81); e, em *O conceito de político*, ele fala que “[o] liberalismo, em um dos seus típicos dilemas entre o intelecto [*Geist*] e a economia, tentou transformar o inimigo, do ponto de vista econômico, em um concorrente e, do ponto de vista intelectual, em um oponente de debate” (*id.*, 1932, p. 15).

382 Schmitt usa o termo *dilettante* duas vezes em *Romanticismo político* (*cf. id.*, 1986, p. 49 e 93).

383 HERF, 1986, p. 30.

384 *Ibid.*, p. 15.

385 “Sua concepção [de teoria do estado] pareceu tornar-se realidade com a I Guerra Mundial e a implementação do ‘estado de sítio’ (*Belagerungszustand*) em 31 de julho de 1914” (CALDWELL, 1997, p. 54).

386 SCHMITT, 2009, p. 13.

estado e como lidar com ele³⁸⁷; é uma decisão pessoal, pois não é algo que surge do sistema jurídico: “[a] soberania do estado não é algo que pode ser subsumido de um ordenamento jurídico abstratamente válido, mas é sempre algo concreto – a subordinação dos súditos ao poder de uma(s) pessoa(s) específica(s)”³⁸⁸.

O grande adversário desta obra é o positivismo, que é considerado como o modelo jurídico do liberalismo – lembrando que, para Schmitt, *liberalismo* é a *falta de decisão sobre o inimigo* –, e Kelsen em particular³⁸⁹, mas Schmitt parece usar *Kelsen contra Kelsen* quando afirma que:

Cada decisão jurídica concreta contém um momento de indiferença com relação ao seu conteúdo, pois a decisão jurídica não pode ser derivada, em seus últimos detalhes, de suas premissas; e, considerando que uma decisão é necessária, esta permanece sendo um momento autônomo determinante.³⁹⁰

Assim, ele procura minar qualquer possibilidade de decisão pautada por normas de modo a restar apenas a *decisão pura*, o que é, nesta obra, uma radicalização de sua teoria³⁹¹; para ele, no entanto, sua teoria permanece no âmbito do direito, pois tal *decisão pura* faz parte do jurídico:

Schmitt comentou que é um erro liberal supor que o estado de exceção é um vácuo jurídico; um erro nascido da pressuposição liberal errônea de que o direito equivale às normas contidas nas leis positivas de uma ordem jurídica válida [...]. O que Schmitt reivindicava, ao contrário, era que todas as ordens jurídicas são baseadas em uma decisão e não em uma norma. [...] Para Schmitt [...], porque o estado permanece enquanto a lei se retrai, o estado de exceção ainda é, em um sentido jurídico, uma ordem.³⁹²

387 DYZENHAUS, 1997a, p. 42.

388 *Ibid.*, p. 44.

389 Cf. *ibid.*, p. 43. Schmitt dedica boa parte do segundo capítulo de sua obra a atacar Kelsen (cf. SCHMITT, 2009, p. 25-40).

390 *Ibid.*, p. 36. Tratarei posteriormente da resposta de Kelsen a esta afirmação.

391 Dyzenhaus aponta que, “em outra monografia de 1922 [*Ditadura* (*id.*, 2014)], ele estabeleceu a distinção entre ditadura *soberana* (ilimitada juridicamente) e ditadura *comissarial* (limitada juridicamente)” (DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 43). Esta ditadura comissarial é o clássico estado de emergência que possui objetivo e duração definidos; em *Teologia política*, contudo, há uma radicalização da ideia de emergência: “[n]a ditadura clássica, a tecnologia política da autoridade emergencial é consignada apenas ao momento excepcional e temporário, e, neste esquema, a ordem regular normal e determinada por regras é apresentada como substantivamente correta por Schmitt e digna de restauração. No entanto, na obra posterior, *Teologia política*, a situação excepcional é aquela que exige o surgimento de um soberano potencialmente todo-poderoso que não apenas deve resgatar uma ordem constitucional de uma crise política específica mas também libertá-la carismáticamente de seus próprios procedimentos constitucionais – procedimentos que Schmitt considera pejorativamente técnicos e mecânicos” (MCCORMICK, 1997, p. 217). Como Schmitt afirma em *Teologia política*, à exceção “pertence à autoridade ilimitada, isto é, à suspensão de toda a ordem existente” (SCHMITT, 2009, p. 18), mas, como aponta McCormick, este poder não pretende restaurar a ordem constitucional anterior, mas “restaurar uma existência substancial a ordens constitucionais que necessariamente se tornaram ‘tópidas’ pela ‘repetição mecânica’” (MCCORMICK, *op. cit.*, p. 218; cf. SCHMITT, *op. cit.*, p. 21).

392 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 43-4. Cf. SCHMITT, *op. cit.*, *loc. cit.*. Esta *ordem*, contudo, é uma ordem sem *normas* – se não houver uma contradição em Schmitt –, pois ele mesmo afirma que “[n]ão há norma que seja aplicável ao caos” (*ibid.*, p. 19).

McCormick vai mais além em sua interpretação de Schmitt, apontando que, em uma espécie de leitura recortada do *estado de natureza* hobbesiano – *recortada*, pois não há a possibilidade de pacto –, “[a] guerra civil torna-se o sempre iminente estado normal das coisas, para o qual o estado soberano é a solução excepcional”³⁹³.

Esta decisão é a de um compromisso sobre uma espécie de ordem política³⁹⁴, ideia que é complementada pelo que propõe em um outro livro seu, *O conceito de político*. Nesta obra, Schmitt afirma que “[o] conceito de estado pressupõe o conceito de político”³⁹⁵, mas “[a] distinção específica do político [...] é a distinção entre amigo e inimigo”³⁹⁶, de modo que, sempre que se ler *político* em Schmitt, deve ter-se em mente que isto significa *distinguir os inimigos*.

A lógica da guerra permanece, e Schmitt afirma que, “[a]o estado, como entidade essencialmente política, pertence o *jus belli*, isto é, a possibilidade real de, por sua própria decisão, determinar o inimigo e combatê-lo em um caso específico”³⁹⁷. Ele traça uma distinção fundamental entre o inimigo privado e o inimigo público, deixando claro que trata apenas deste último:

O inimigo [*Feind*] não é o concorrente ou o oponente de um conflito qualquer. O inimigo também não é o inimigo [*Gegner*] privado por quem se tem antipatia. Um inimigo só existe, ao menos potencialmente, quando uma coletividade combatente enfrenta uma outra coletividade similar. O inimigo é sempre o inimigo público, porque tudo o que se relaciona com tais coletividades e, em particular, com um povo [*Volk*] inteiro, torna-se público. O inimigo é *hostis*, não *inimicus* em um sentido mais amplo; é *πολέμος* [*polemos*], não *ἐχθρός* [*echthros*].³⁹⁸

Com isto, podemos perceber uma influência da doutrina do direito internacional, para o qual a guerra é “uma disputa entre dois ou mais estados por meio de suas forças armadas”³⁹⁹; não devemos, contudo, supor que a teoria de Schmitt restringe-se apenas a conceitos jurídicos, pois ele afirma que “tudo isto não tem um sentido normativo, mas, sim, existencial e, de fato, repousa na realidade de

393 MCCORMICK, 1997, p. 223. Tratarei do conceito de *estado de natureza* posteriormente. A passagem de Schmitt que corrobora com esta interpretação é: “[a] ordem precisa ser criada para que a ordem jurídica faça sentido; ela precisa criar uma situação normal, e é soberano aquele que decide definitivamente se esta situação normal prevalece ou não” (SCHMITT, 2009, p. 19).

394 “Schmitt afirma que todas as ordens jurídicas são baseadas em uma decisão que é uma irreduzível e inspiradora base política de tais ordens. A decisão é básica no sentido de que não é uma mera decisão judicial ou uma decisão de uma maioria parlamentar que promulga uma lei, mas uma decisão sobre a natureza de uma ordem legal” (DYZENHAUS, 1997a, p. 39).

395 SCHMITT, 1932, p. 7.

396 *Ibid.*, p. 14.

397 *Ibid.*, p. 33.

398 *Ibid.*, p. 28.

399 KELSEN, 1952, p. 27, comentando que a maioria dos autores do direito internacional definem a guerra nestes termos, tal como Schmitt: “[a] guerra é uma luta armada entre unidades organizadas politicamente” (SCHMITT, *op. cit.*, p. 20).

uma situação de luta real contra um inimigo real, não em quaisquer ideais, planejamentos ou normatividades”⁴⁰⁰.

Este existencialismo, juntamente à ideia de intensidade, é a chave para entender o conceito de político em Schmitt, e sua conexão com o conceito de soberania deste mesmo jurista⁴⁰¹. A intensidade não fixa um conteúdo, mas significa que é a partir do momento em que surge a possibilidade de conflito armado que algo se torna político. Schmitt distingue o político de outros fatores, como o econômico, o religioso, o ético e o estético, e afirma que, embora divergências nestes aspectos possam levar a uma guerra, não serão suas especificidades que os definirão como políticos, mas, sim, a intensificação do conflito⁴⁰². O existencialismo também não fixa um conteúdo, mas aponta para um: como afirma Schmitt, “[s]e tal aniquilação física da vida humana não procede da afirmação ontológica de uma própria forma de existência [*Existenzform*] em oposição a uma equivalente negação ontológica desta forma, então ela não pode justificar a si mesma”⁴⁰³.

Assim, embora possa parecer ser difícil classificar o pensamento jurídico de Schmitt ou ele até possa aparentar ser um positivista do tipo aberto com seu decisionismo, seu existencialismo leva a um jusnaturalismo; e, por isto, digo que sua teoria é *metafantasmagórica*. Ele até apresenta uma imparcialidade em seus escritos teóricos, afirmando que qualquer *Existenzform* possa ser política, mas cada uma destas formas possui o seu *a priori*; e estas formas não podem conviver: cada uma deve ficar *trancada em sua bolha (a)política*.

Além disto, apesar de sua pretensa imparcialidade, Schmitt possui sua *Existenzform* preferencial, e isto se reflete em sua teoria política, tornando-a moral. Como aponta Dyzenhaus:

“Existe um elemento metafísico ou teológico para tais afirmações. Uma vez que vemos que o que está em jogo no direito são decisões sobre diferentes tipos de ordem, e que estas decisões são inerentemente políticas, também veremos que são nossos compromissos políticos que fundamental e metafisicamente nos separam uns dos outros. [...] Os compromissos, em suma, são constitutivos da identidade coletiva [...]. Qualquer decisão para um determinado tipo de ordem é, portanto, uma decisão absolutista e ditatorial”⁴⁰⁴.

400 SCHMITT, 1932, p. 37.

401 “É a ideia de intensidade que liga o conceito de político ao conceito de soberania. O agrupamento que na situação concreta define-se com intensidade suficiente como unidade política será a unidade decisiva e, portanto, soberana” (DYZENHAUS, 1997a, p. 48-9).

402 “[O]posições religiosas ou morais, entre outras, podem intensificar-se e fazer surgir o decisivo agrupamento de combate entre amigos e inimigos; porém, se isto ocorrer, a oposição decisiva não será mais moral, religiosa ou econômica, mas, sim, política” (SCHMITT, *op. cit.*, p. 24).

403 *Ibid.*, p. 49.

404 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 45. Sobre o moralismo da teoria de Schmitt: “[e]m *Teologia*

3.2.3

A “democracia” schmittiana

Poderíamos supor que, pela própria teoria de Schmitt, já que as divergências econômicas, religiosas, morais e estéticas não são políticas em si, estas poderiam existir dentro de um estado, principalmente, de uma democracia. Não é esta a conclusão, contudo, a qual ele chega. A meu ver, isto seria uma contradição, pois faria com o que ele chama de *político* deixasse de ser uma categoria autônoma, para tornar-se uma característica de qualquer divergência; Schmitt, no entanto, utilizando sua ideia de *estado total* – não sendo exatamente claro se isto é uma proposta ou a constatação de um fato –, afirma que não há mais *neutralidades* e tudo passa a ser político, no sentido que dá ao termo:

Como um contra-conceito [*Gegenbegriff*] polêmico diante de tais neutralizações e despolitizações de importantes concepções, surge o estado total [*totale Staat*] que, potencialmente, não se desinteressa por nada e a tudo abarca, resultando na identidade do estado e da sociedade. Como resultado, tudo nele é, pelo menos, tão político quanto possível; e o que é referente ao Estado não permite mais que se estabeleça uma característica específica e distintiva do “político”.⁴⁰⁵

Esta não é a única contradição em Schmitt, pois, como aponta Caldwell sobre a distinção amigo/inimigo, “o povo constitui uma vontade unificada se tiver a vontade de se constituir como uma vontade unificada diante de um inimigo que represente uma ameaça àquela (ainda não formada) vontade unificada”⁴⁰⁶; e todas estas contradições indicam o viés da teoria schmittiana, levando-o de volta à sua *Teologia política*: “quando a vontade do povo é a única base de legitimidade, leva-se à exigência de uma ditadura política”⁴⁰⁷.

política, esta necessidade [de distinguir o amigo do inimigo] parece ser, em certo sentido, moral. Lá, Schmitt falou do ‘cerne da ideia política’, exposto pelos filósofos [católicos] da contrarrevolução, como Donoso Cortés e de Maistre [além de Bonald], como sendo a ‘exigida decisão moral’” (DYZENHAUS, 1997a, p. 50. Cf. SCHMITT, 2009, p. 69). Estas influências de Schmitt revelam sua *Existenzform* preferencial, assim como uma entrada de seus diários, na qual escreveu que “a chave secreta de toda a minha existência intelectual e autoral [é] uma luta pela intensificação intrinsecamente católica (contra os neutralizadores, os ociosos estéticos, contra os abortadores, cremadores e pacifistas)” (*id.*, 1991, p. 165). Isto, obviamente, não quer dizer que o catolicismo leve ao nazismo, mas apenas apresenta a visão política do catolicismo que Schmitt tinha.

405 *Id.*, 1932, p. 11. Schmitt, em nota de *O conceito de político* que se refere a um trecho de *O guardião da constituição*, aponta tal estado como algo que está se concretizando, e o faz de forma receptiva. No original desta última obra: “a sociedade que se auto-organiza no estado está em vias de passar do estado neutro, do século XIX liberal, para um estado potencialmente total. Esta enorme mudança se constrói a partir de um desenvolvimento dialético que corre em três estágios: do estado absoluto dos séculos XVII e XVIII, passando pelo estado neutro do século XIX, até o estado total que torna estado e sociedade idênticos” (*id.*, 1996, p. 79).

406 CALDWELL, 1997, p. 101.

407 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 50. Dyzenhaus refere-se à passagem conclusiva de *Teologia política* na qual Schmitt faz referência elogiosa a Donoso Cortés: “[a]ssim que Donoso Cortés percebeu que o tempo da monarquia havia acabado [...], ele exigiu uma ditadura política. [...]

Schmitt, contudo, ao invés de atacar a democracia, passa a *defendê-la* – em um sentido distorcido, é claro, sobre o qual Mouffe comenta que, “[c]ertamente, muitos afirmariam que isto não deveria se chamar democracia, mas populismo”⁴⁰⁸. O alvo passa a ser o parlamentarismo, isto é, a ideia de democracia tal como é entendida atualmente⁴⁰⁹, que tem suas falhas, mas a solução evidentemente não é a que a Schmitt pretende, pois seria o mesmo que eliminar a própria democracia.

Esta *defesa* da democracia feita por Schmitt foi um produto de sua *virada populista*, que ocorre quando ele percebe que as ideias de suas influências contrarrevolucionárias monarquistas seriam um anacronismo, e qualquer solução para os problemas políticos que percebia deveria incorporar as massas⁴¹⁰. A mudança em sua teoria, porém, é apenas superficial e retórica, havendo uma continuidade com suas formulações anteriores, incluindo sua ideia de *romantismo político*:

[Em *Romantismo político*], o inimigo é a tradição liberal clássica do século XVIII [...], e [, em *A crise da democracia parlamentar*] o inimigo é a interminável tagarelice do próprio parlamentarismo, que emana da natureza contraditória da democracia liberal e da estetização romântica do político. É esta tagarelice que torna impossível a tomada de decisões políticas.⁴¹¹

Nesta obra citada acima, *A crise da democracia parlamentar*, além da diatribe contra as *tagarelices* do parlamento, Schmitt ataca o *pluralismo*. A estas críticas, ele contrapõe *decisão*, como visto acima, e *homogeneidade*, conceitos que, respectivamente, conectam-se com as ideias tratadas em *Teologia política* e *O conceito de político*:

A crença no parlamentarismo, no governo por discussão, pertence ao mundo intelectual do liberalismo. Não pertence à democracia. [...] Toda democracia verdadeira repousa no princípio de que não apenas os iguais são iguais, mas os desiguais serão tratados desigualmente. A democracia requer, portanto, primeiramente, a homogeneidade e, em segundo lugar, se a necessidade surgir, a eliminação ou a erradicação da heterogeneidade.⁴¹²

Donoso estava convencido de que o momento da última luta havia chegado; em face do mal radical, há somente uma ditadura [como resposta]” (SCHMITT, 2009, p. 69).

408 MOUFFE, 1997, p. 163-4.

409 Schmitt fala apenas do parlamentarismo, pois era o sistema vigente em seu país, mas o mesmo aplicar-se-ia a um presidencialismo com separação de poderes, porque, como veremos, sua solução ditatorial é, como não poderia ser de outra forma, absolutista.

410 Um de seus biógrafos, Gopal Balakrishnan, comenta que, após *Teologia política*, “ele tornou-se mais sintonizado com o aspecto demótico e plebiscitário do nacionalismo [...]. Schmitt considerava a política de restauração monárquica totalmente anacrônica para a Alemanha republicana do pós-Guerra” (BALAKRISHNAN, 2000, p. 56). Em “*A crise da democracia parlamentar*, [...] Schmitt estimava positivamente o espírito heroico das mobilizações de massa e, influenciado pelo trabalho do sindicalista [no sentido teórico] francês George Sorel, identificava os grandes mitos políticos como a força motriz por detrás delas” (*ibid.*, p. 67).

411 HOELZL & WARD, 2014, p. xiv.

412 SCHMITT, 1988, p. 8-9.

Poderíamos supor que Schmitt, ao falar da *erradicação das desigualdades*, estaria propondo uma fórmula de justiça como a de Radbruch, a qual repete no trecho acima, mas o que ele realmente pretende está contido nesta afirmação: “[c]ada estado provê, portanto, alguma espécie fórmula para declarar o inimigo interno”⁴¹³. Ainda assim, apesar de toda a sua xenofobia⁴¹⁴, poderíamos pensar que esta decisão discriminatória seria democratizada; a “democracia” schmittiana, contudo, não inclui sequer o sufrágio:

Direitos iguais fazem muito sentido onde existe homogeneidade. Mas o “uso corrente” de “sufrágio universal” implica outra coisa: toda pessoa adulta, simplesmente como pessoa, em razão disto, deve ser politicamente igual a todas as outras pessoas. Esta é uma ideia liberal e não democrática; ela substitui as democracias anteriormente existentes, baseadas em igualdade e homogeneidade substanciais, por uma democracia da humanidade.[...]

A opinião unânime de cem milhões de pessoas particulares não é a vontade do povo nem a opinião pública. A vontade do povo pode ser expressa tão bem ou até melhor talvez por meio da aclamação, de algo dado como certo ou de uma posição óbvia e incontestável do que por meio do aparato estatístico que foi construído com tanta meticulosidade nos últimos cinquenta anos.⁴¹⁵

Para Schmitt, “a democracia é corretamente definida como a identidade entre governantes e governados”⁴¹⁶ e – “porque a desigualdade sempre pertence à igualdade – [a democracia] pode excluir uma parte dos governados sem deixar de ser uma democracia”⁴¹⁷. Em sua *Teoria da constituição*, Schmitt repete estas ideias, tentando dar a elas um aspecto mais sistematizado⁴¹⁸. O que é inédito é sua distinção entre *constituição* e *leis constitucionais*:

413 SCHMITT, 1932, p. 46. Dyzenhaus considera que esta proposição é, para Schmitt, o fator constitutivo de um agrupamento político soberano: “parece claro que é na eliminação de inimigos internos que se abre o caminho para o surgimento do agrupamento coletivo que é a base homogênea da política” (DYZENHAUS, 1997a, p. 49).

414 Embora Mouffe afirme que, é um erro crer que esta distinção entre amigo e inimigo “só poderia ser concebida em termos raciais; ao contrário, ele [Schmitt] insistiu na multiplicidade de maneiras pelas quais a homogeneidade constitutiva de um *demos* poderia manifestar-se” (MOUFFE, 1997, p. 162), é difícil não enxergar xenofobia nesta definição do inimigo de Schmitt: “[e]le é apenas o diferente [*Andere*], o estranho [*Fremde*], e é suficiente que a sua natureza [*Wesen*] seja, em um sentido existencial particularmente intenso, algo diferente e estranho, de modo que, em casos extremos, os conflitos com ele sejam possíveis” (SCHMITT, *op. cit.*, p. 14).

415 *Id.*, 1988, p. 10-16.

416 *Ibid.*, p. 14.

417 *Ibid.*, p. 9.

418 Schmitt repete suas críticas ao sufrágio e sua definição de democracia. Esclarecedor é sua distinção entre o sufrágio e a aclamação: “[a] forma natural da expressão direta da vontade do povo é a declaração sobre seu consentimento ou desaprovação de uma multidão reunida, a aclamação” (*id.*, 2008, p. 131); “[o] voto individual secreto significa que o cidadão, eleitor de um estado, está isolado no momento decisivo. Desta forma, a reunião dos presentes e qualquer aclamação torna-se impossível. A conexão entre as pessoas reunidas e o voto é completamente desmantelada. As pessoas elegem e votam não mais como o povo” (*ibid.*, p. 273). Ele também repete sua definição de democracia: “[c]omo uma forma de estado, assim como uma forma governamental ou legislativa, a democracia é a identidade do governante e governado, [...] comandante e seguidor” (*ibid.*, p. 264).

Um conceito da constituição só é possível quando se distingue a constituição de lei constitucional. Não é aceitável primeiro dissolver a constituição em uma multiplicidade de leis constitucionais individuais e depois definir o direito constitucional com referência a alguma característica externa ou mesmo de acordo com o método de sua alteração.⁴¹⁹

Schmitt estabelece esta distinção para, primeiramente, discernir o conceito *relativo* de constituição do *absoluto* – este que é “a forma concreta de existência que é dada a cada unidade política”⁴²⁰ – e, em seguida, define o conceito *positivo* de constituição, não no sentido do positivismo jurídico, mas no sentido de um “ato que institui uma constituição [...] que] determina a totalidade da unidade política em relação à sua forma peculiar de existência por meio de uma única instância de decisão”⁴²¹. Tais distinções permitem a conexão de sua teoria constitucional com seu conceito de político:

Em síntese, pode-se dizer que o estado como unidade política repousa sobre a conexão de dois princípios constitutivos opostos. O primeiro é o princípio da identidade (especificamente, a identidade própria de um povo então existente como uma unidade política, se, em virtude de sua própria consciência política e vontade nacional, possui a capacidade de distinguir amigo e inimigo); e o outro é o princípio da representação, através do qual o governo representa a unidade política.⁴²²

Assim, como se pode ver, a “democracia” schmittiana está muito longe do sentido original do termo. Não quero, com isto, discutir sobre palavras ou dizer que estas possuam essências transcendentais; há, contudo, um certo acordo semântico indicativo do propósito/função do termo – no caso da democracia, autonomia e, como disse Lincoln, “governo do povo, para o povo e pelo povo”⁴²³ – que, quando distorcido – seu oposto – torna-se mera retórica. Schmitt, além do seu *conceito de político*, definia “democracia como uma identidade de governantes e governados, aqueles que comandam e aqueles que obedecem”⁴²⁴. “Democracia, para ele, era o governo de um líder representando a nação como um todo unificado”⁴²⁵, de modo que, como vimos Mouffe comentar, o nome mais apropriado para isto seria *populismo* ou mesmo *demagogia*, tanto no sentido coloquial como no original⁴²⁶.

419 SCHMITT, 2008, p. 75.

420 *Ibid.*, p. 59.

421 *Ibid.*, p. 75.

422 *Ibid.*, p. 247-8. Como comenta Dyzenhaus, “[o] *conceito absoluto* de constituição [...] foi elaborado para nos persuadir que qualquer constituição digna de seu nome é a expressão de uma identidade coletiva de um povo específico e, assim, precisa definir-se contra seus inimigos” (DYZENHAUS, 1997a, p. 52).

423 LINCOLN, 2009, p. 128.

424 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 57.

425 CALDWELL, 1997, p. 118.

426 *Demagogos*, no original em grego antigo, “líder popular; demagogo” (MORWOOD & TAYLOR, 2002, p. 76).

3.2.4 O guardião da constituição

Estas ideias de Schmitt foram postas em prática com os gabinetes presidenciais do fim da república de Weimar, e foi neste momento que seu discurso pode sair do meramente teórico. Sua obra *O guardião da Constituição*, com exceção de breves artigos, foi a que mais se voltou para um problema concreto. É claro que Schmitt, em todas as suas obras discutidas aqui, tinha Weimar sempre em mente, mas, em *O guardião*, ele pode, pela primeira vez, defender algo que se realizava. Como aponta Dyzenhaus:

O guardião da Constituição [...] possui dois objetivos principais. O primeiro é sustentar que a corte instituída pelo artigo 19 da Constituição de Weimar para adjudicar sobre matérias constitucionais não deveria ser considerada como o guardião da Constituição, já que isto requeria que ela agisse politicamente e, portanto, violando a função judicial. [...] O segundo objetivo da obra é o mais importante – sustentar que o verdadeiro guardião da Constituição é o presidente.⁴²⁷

Os ataques ao judiciário contidos neste livro, além de repetirem várias ideias já tratadas aqui, espelham o que Schmitt arguiu perante o *Staatsgerichtshof*, no caso sobre o *Preußenschlag*; lá, Schmitt chega, de certa maneira, a contestar a competência do tribunal para julgar a causa: “Schmitt não contestou a alegação de que a corte era a guardiã da Constituição do Reich; porém, neste papel, a corte estaria limitada a uma corte de Direito, de modo que seria a guardiã apenas no que fosse cabível a um órgão judicial”⁴²⁸.

Como Dyzenhaus acrescenta, “a concepção de Schmitt da função judicial é puramente executória e, portanto, cruamente positivista: Juízes realizam sua função quando e somente quando o que fazem é aplicar o conteúdo das normas aos fatos de um litígio”⁴²⁹, assim, só teriam competência, “na medida em que, em razão de seu conteúdo, a norma constitucional permitir, uma subsunção, que seja calculável e mensurável, correspondente ao tipo do caso a ser decidido”⁴³⁰. Isto, contudo, é um mero artifício retórico, pois o próprio Schmitt afirma, repetindo o

427 DYZENHAUS, 1997a, p. 76. Dyzenhaus trata o *Staatsgerichtshof* como uma corte constitucional, ao contrário do que já vimos; a corte tratava de assuntos que se encontravam na constituição, mas não era uma corte de ampla competência de revisão constitucional. Sobre o presidente ser o guardião da constituição: “[a]ntes que, então, se institua um tribunal como guardião da Constituição para as questões e conflitos relativos à alta política e, por meio de tais politizações, sobre-carregue-se e ponha em risco a justiça, deve-se, primeiramente, lembrar que [...] d]e acordo com o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich” (SCHMITT, 1996, 158).

428 DYZENHAUS, 1997b, p. 126.

429 *Id.*, 1997a, p. 62.

430 SCHMITT, 1996, 15.

que já dissera em sua *Teologia política*, que, “em toda decisão, mesmo no caso de um julgamento decido por meio de um processo que subsume o fato ao tipo, há um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma”⁴³¹. Em outras palavras, é como se dissesse, *reducto ad absurdum*: *juízes só podem subsumir; como a subsunção é impossível, juízes não existem*.

É claro que, no mundo real, Schmitt não poderia prescindir de juízes, mas ele afirma que “[t]oda justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se, em seu conteúdo, duvidosas e discutíveis”⁴³²; neste caso, estaríamos diante de uma decisão política e, caso algo fosse decidido, criar-se-ia “uma espécie de *estado de emergência* do juiz quando normas legais contraditórias apresentam-se, e ele [...], apesar disto, deve tomar uma decisão quanto ao processo”⁴³³.

A justificativa de Schmitt para que o presidente seja o *guardião da Constituição* seria o fato de considerá-lo como um poder neutro, argumento que faz com base na teoria do *poder moderador* de Benjamin Constant⁴³⁴. O judiciário também teria a obrigação de ser neutro, mas só o é quando *subsume o fato ao tipo*; já o parlamento seria apenas a “coalizão de grupos de interesses”⁴³⁵, e “o sistema partidário seria ilegítimo na medida que dividia a vontade do povo, a qual pressupunha como a base existencial e unificada de seu sistema”⁴³⁶:

Que o Reichspräsident é o guardião da Constituição, porém, corresponde também apenas ao princípio democrático sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O Reichspräsident é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas [...] são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Ao fazer do presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como neutro em relação à política partidária, a vigente constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso ao pluralismo dos grupos de poder sociais e econômicos, defendendo a unidade do povo como uma totalidade política.⁴³⁷

Schmitt também repetiu estes argumentos durante o julgamento sobre o *Preußenschlag*, e o fundamento para que fosse o presidente quem decidisse sobre quem seria o *inimigo do estado* foi que “tal decisão não poderia ser feita [...] por uma das partes do conflito, que decidiria de uma maneira puramente egoísta”⁴³⁸. Realmente, há um problema em um partido decidir sobre o estado de exceção – o

431 SCHMITT, 1996, p. 46.

432 *Ibid.*, p. 19.

433 *Ibid.*, p. 20.

434 Cf. *ibid.*, p. 132-40.

435 DYZENHAUS, 1997a, p. 63.

436 CALDWELL, 1997, p. 86.

437 *Ibid.*, p. 159.

438 DYZENHAUS, 1997b, p. 125.

que a própria história do nazismo comprova –, mas a solução proposta por Schmitt é tão absurda que beira o *nonsense*. Fora o fato de que não é eleito – no sentido de *escolhido* – por *tudo o povo*, mas por apenas uma parcela deste, o Reichspräsident jamais foi uma instância neutra e, sem nem precisar considerar o fato de que nenhum indivíduo é neutro, a própria forma como ele era eleito refuta a tese de Schmitt: apenas como exemplo, no primeiro turno das eleições de 1925, a maioria dos partidos nomeou seus candidatos⁴³⁹. Por meio de uma peculiaridade do sistema eleitoral de Weimar, que permitia candidatos novos no segundo turno – o que o caracteriza, mais apropriadamente, como novas eleições⁴⁴⁰ –, uma coalizão de direita substituiu o candidato Karl Jarres por Paul von Hindenburg⁴⁴¹.

Schmitt, criticando o artigo 76 que permitia emendas constitucionais, procura passar a ideia que apenas tentava salvar a Constituição de Weimar de grupos que, por meios procedimentais, tentassem criar outra constituição⁴⁴²; esta *mea-culpa*, no entanto, é totalmente contraditória com seu projeto existencialista que invoca a decisão sobre o inimigo. Admitir esta interpretação seria crer que Schmitt planejava proteger os *românticos políticos* que ele mesmo criticava. Além disto, “[a] teoria de Schmitt sobre a autoridade presidencial extraordinária criou [...] uma segunda constituição que sobrepujou a escrita”⁴⁴³. Assim, como pondera Dyzenhaus:

Reconheço que Schmitt, como os conservadores alemães de quem ele era próximo, não queria que os nazistas desempenhassem qualquer papel na construção de tal ordem. No entanto, parece claro que, uma vez que Hitler chegou ao poder, Schmitt e os outros conservadores não tinham recursos filosóficos para fazer outra coisa senão recebê-lo.⁴⁴⁴

439 “Como a lei eleitoral previa um segundo turno no caso de nenhum candidato receber maioria absoluta no primeiro, cada partido apresentou seu próprio candidato: Ernst Thälmann para o KPD, Otto Braun para o SPD, Wilhelm Marx para o *Zentrum*, Heinrich Held para o BVP, Willy Hellpach para o DDP, Karl Jarres para o DVP e DNVP, e Erich Ludendorff para o Partido da Liberdade Nacional Socialista [NSFP]” (MOMMSEN, 1996, p. 235-6).

440 “Se nenhum candidato obtivesse a maioria absoluta, uma segunda votação deveria ser realizada, na qual candidatos que não houvessem concorrido à eleição no primeiro turno poderiam ser indicados. Na segunda votação, o candidato que obtivesse a maioria dos votos válidos (ou seja, a maioria absoluta ou a maioria simples) era eleito” (KOLB, 2005, p. 227).

441 Apesar de ser um candidato independente, “[t]endo se aposentado da vida política ativa, o general de setenta e oito anos aceitou a candidatura somente depois que emissários do DNVP, incluindo o ex-almirante Alfred von Tripitz, apelaram para seu senso de dever patriótico e asseguraram-lhe o apoio indiviso de todas as seções da direita alemã” (MOMMSEN, *op. cit.*, p. 236).

442 “Esta interpretação dominante do artigo 76 priva a Constituição de Weimar da sua substância política e de seus ‘fundamentos’, permitindo um processo de emenda que é neutro e indiferente com relação a todos os conteúdos e, mais ainda, com relação à forma de estado atualmente existente. A todos os partidos, deve então ser igualmente dada a absoluta oportunidade de obter as maiores necessárias para realizar o seu propósito [...] e criar outra constituição” (SCHMITT, 1996, p.113).

443 CALDWELL, 1997, p. 109.

444 DYZENHAUS, 1997a, p. 83.

3.3 Hans Kelsen

Kelsen pode ser compreendido, sob muitos aspectos, como o extremo oposto de Schmitt; como pondera Dyzenhaus, “há boas razões para vermos a teoria pura [do direito] como parte da resposta de Kelsen a Schmitt”⁴⁴⁵, e, como vimos, “Schmitt pensava que Kelsen era o arqui-inimigo da decisão soberana”⁴⁴⁶. No entanto, como aponta Caldwell, “Kelsen e Schmitt, que viriam a ser os antípodas da teoria constitucional de Weimar, iniciaram suas carreiras com críticas surpreendentemente similares da tradição [positivista] labandiana”⁴⁴⁷. Além disto, ambos levaram as críticas do Movimento do Direito Livre a sério:

O paradoxo de Jellinek [a formulação feita por este sobre o estado com base na teoria de Laband] e a crítica do Movimento do Direito Livre sobre noções simplistas da prática jurídica, juntos, formaram a base dos reexames críticos do direito estatal feitos por Kelsen e Schmitt.⁴⁴⁸

Isto faz com que Kelsen seja um positivista *sui generis*; omissão feita por Dyzenhaus – conscientemente ou não – e que não contribui para a sua tese de apresentá-lo como o positivista paradigmático de Weimar. Uma primeira diferença era que, para os proponentes do positivismo labandiano, “o estado apresentava duas faces ao observador: uma factual e outra jurídica. Do lado factual estava o estado como uma vontade real [...]. Do outro lado, contudo, o estado era uma pessoa jurídica”⁴⁴⁹. Kelsen rejeitava o factual e considerava o estado apenas juridicamente: “[n]enhuma parte do direito seria *não* estatal [...]; se nenhum direito existia fora do estado, a vontade do estado existia apenas *dentro* do direito;⁴⁵⁰ mais ainda, para ele, “direito e estado eram idênticos”⁴⁵¹.

Outro aspecto que o diferencia de seus antecessores era o fato que “[o] legislativo, como o porta-estandarte do positivismo estatutário (*Gesetzespositivismus*) do século XIX, perde sua posição privilegiada”⁴⁵² em sua teoria; e, além destas duas considerações, mas intimamente conectada a elas, temos o fato deste

445 DYZENHAUS, 1997a, p. 105.

446 *Ibid.*, p. 132.

447 CALDWELL, 1997, p. 41.

448 *Ibid.*, p. 42. O Movimento do Direito Livre guarda algumas semelhanças com o realismo jurídico, mas, “[d]iferentemente dos Realistas Jurídicos dos Estados Unidos, os juristas do Movimento do Direito Livre não pediam que juízes decidissem contra a letra da lei, mas enfatizavam os aspectos extrajurídicos e, frequentemente, extralógicos das decisões judiciais” (*ibid.*, p. 44).

449 *Ibid.*, p. 43.

450 *Ibid.*, p. 49.

451 *Ibid.*, p. 90.

452 PAULSON, 2013, p. 31.

Gesetzespositivismus ser um projeto político, e isto repousa no fato da teoria de Laband rejeitar qualquer revisão constitucional por uma corte e, complementarmente, no fato de operar sob a ficção de que “o Kaiser atuava como guardião e defensor da constituição [...] e, em sua promulgação, implicitamente afirmava a compatibilidade da lei com a constituição”⁴⁵³. Já Kelsen pretendeu estabelecer uma “pura teoria do direito, isto é, uma teoria purificada de toda ideologia política e de todos os elementos das ciências naturais”⁴⁵⁴.

3.3.1

A teoria pura do direito

A teoria pura do direito difere também de outras abordagens positivistas no que tange o seu método, algo que está intimamente ligado à ideia de Kelsen de purificá-la de todos os elementos das ciências naturais. Este método é o kantiano. Paulson aponta que as teorias anteriores, além de adotarem a *tese da separabilidade* entre o direito e a moral, também incorporavam o que ele chama de *tese da redutibilidade*, isto é, a inseparabilidade entre o direito e os fatos; Kelsen, por sua vez, adota a tese das duas separabilidades⁴⁵⁵. Para isto, utiliza a ideia kantiana de *transcendental*, que difere da concepção tradicional de “seres que transcendem a possibilidade de serem classificados em gêneros e espécies”⁴⁵⁶, mas significa a possibilidade de “conhecimento que concerne ‘não tanto os objetos tais como os conhecemos, mas como isto é possível *a priori*’”⁴⁵⁷.

Assim, o conceito de *norma* adquire, na teoria de Kelsen, um caráter de *a priori* e todos os elementos do direito são subsumidos nesta categoria. “O direito como um ordenamento – o ordenamento jurídico – é um sistema de normas jurídicas”⁴⁵⁸. A norma jurídica, contudo, também terá um aspecto distinto para Kelsen, pois ele não a considera simplesmente como um imperativo:

453 CALDWELL, 1997, p. 36. Complementando, “Laband e seus seguidores organizaram sua abordagem sobre o direito estatal a partir do conceito de estatuto [*i.e.*, lei em sentido estrito, produzida pelo legislativo], concebido como a mais alta expressão da vontade estatal. [...] Laband pressupunha a primazia da vontade sobre a norma e assumiu que o estado, como uma vontade organizada, precedia todas as normas. [...] Conforme este esquema, o judiciário não possuía nenhum papel de revisão constitucional” (*ibid.*, *loc. cit.*).

454 KELSEN, 1934, p.1. Utilizo o texto da primeira edição da *Teoria pura do direito*, pois é a obra que representa a formulação mais completa de Kelsen ao fim dos debates de Weimar. Obras posteriores, contudo, serão utilizadas como complemento. A tradução é minha, mas utilizando a tradução para o inglês dos Paulson como fonte complementar (*id.*, 2002).

455 PAULSON, 2002, p. xxv-ii.

456 *Ibid.*, p. xxx.

457 *Ibid.*, *loc. cit.*.

458 KELSEN, 1934, p. 62.

A teoria pura do direito esforça-se em desfazer completamente qualquer caracterização conceitual do direito como sendo uma norma moral e, assim, trazê-lo à tona, assegurando sua autonomia mesmo que em oposição à norma moral. A Teoria Pura faz isso entendendo a norma jurídica não como um imperativo, como é o caso da norma moral [...], mas entendendo-a como um julgamento hipotético que expressa a conexão específica de um fato [*Tatbestand*] condicionante com uma consequência [*Folge*] condicionada. A norma jurídica torna-se proposição jurídica [*Rechtssatz*], a qual exibe a forma básica das leis [*Gesetzes*].⁴⁵⁹

Como se pode inferir do parágrafo acima, a *pureza* da teoria de Kelsen não é apenas no sentido de separá-la da moral e das ciências naturais, mas também de encontrar o que considera *único* do direito. Isto, que podemos chamar de um *monismo ontológico* de Kelsen, criará uma série de *tensões* em sua teoria⁴⁶⁰. Kelsen prossegue com relação ao que é *único* do direito com relação às ciências naturais:

Assim como uma lei da natureza conecta um determinado fato material como causa a outro como efeito, a lei da normatividade vincula a condição jurídica à consequência jurídica (à consequência de um ato ilegal). Se, em um caso, o modo de conectar os fatos materiais é a causalidade, no outro, é a imputação [*Zurechnung*], que é reconhecida pela Teoria Pura do Direito como a legalidade característica do direito.⁴⁶¹

A forma de proceder de Kelsen é típica de um kantiano que opera na distinção entre *ser* e *dever ser*⁴⁶²; o conceito de *imputação* é fruto desta distinção e é o que o permite separar o direito das ciências naturais. Já o conceito de *proposição jurídica* é utilizado para distinguir o direito da moral, mas a ênfase no que é único ao direito acaba por colocar o conteúdo da norma jurídica no segundo plano. Kelsen chama a parte imperativa da norma de *secundária*, enquanto a *primária* é a proposição jurídica⁴⁶³; esta cisão acaba criando a distinção entre a *dinâmica jurídica* e a *estática jurídica*, algo que não é estabelecido nestes termos na primeira edição da *Teoria pura do direito*, mas já era implícito⁴⁶⁴. Reproduzo aqui o texto de *Teoria geral do direito e do estado*, a grande obra de Kelsen seguinte àquela anterior, que é mais sintético e não contradiz o original:

459 KELSEN, 1934, p. 21-22.

460 Utilizei o termo *tensões*, pois é o que Dyzenhaus usa. Ele, contudo, não considera que a causa das tensões seja este monismo ontológico. Tratarei disto no decorrer desta seção.

461 KELSEN, *op. cit.*, p. 22.

462 “Em toda sua obra, Kelsen defendeu uma distinção rígida entre ‘ser’ e ‘dever ser’; uma distinção familiar ao dualismo metodológico dos neokantianos de Heidelberg” (PAULSON, 2002, p. xxxii).

463 “A norma que estabelece o comportamento que não implica a sanção [...] significa, portanto, uma norma jurídica apenas na condição de que indique [...] algo que é completo e correto somente com o que a proposição jurídica estabelece: que, sob a condição da conduta contrária, um ato coercitivo deve ocorrer como consequência. Esta é a norma jurídica em sua forma primária. Portanto, a norma que constitui o comportamento compulsório só pode ser considerada como norma jurídica secundária” (KELSEN, *op. cit.*, p. 30).

464 Cf. *ibid.*, p. 55-7.

De acordo com a natureza da norma fundamental [*Grundnorm*], podemos distinguir dois tipos de ordens ou sistemas normativos: sistemas estáticos e dinâmicos. Dentro de uma ordem do primeiro tipo as normas são “válidas” [...] em virtude do conteúdo destas [...].

[A] derivação de uma norma particular também pode ser realizada de outra maneira. [...] A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico devem ser criadas por meio de atos de vontade dos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. [...] O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico.⁴⁶⁵

Assim, Kelsen faz mais um movimento em direção contrária ao conteúdo da norma. Embora afirme “a tese que somente normas jurídicas podem ser objeto de cognição jurídica”⁴⁶⁶, é preciso notar que ele fala de normas jurídicas (*Rechtsnormen*) e não de leis (*Gesetzen*). Com isto, em um primeiro momento, o direito, de um sistema normativo, passa a ser entendido como um sistema coercitivo; em um segundo momento, como normas de autorização⁴⁶⁷. Kelsen demonstra preocupação com o conteúdo das normas em certos momentos, como poderá ser visto em suas discussões com Schmitt, mas, quando trata da interpretação jurídica, afirma que “[a] norma a ser aplicada forma [...] apenas uma moldura [*Rahmen*] dentro da qual há várias possibilidades de aplicação, e todo ato que se encaixa nesta moldura – que preenche tal moldura em algum sentido possível – é normativo”⁴⁶⁸. Deste modo, o *sistema dinâmico* obtém total preeminência sobre o *estático*, pois, como aponta Dyzenhaus, “Kelsen frequentemente enfatizava que a estrutura normativa governa não tanto a interpretação das normas, mas sua criação”⁴⁶⁹.

É assim que as ideias de *estrutura hierárquica das normas jurídicas* – teoria, na verdade, de Adolf Julius Merkl que Kelsen incorpora à sua⁴⁷⁰ – e de *norma fundamental* – mencionada na citação longa anterior – tornam-se elementos fundamentais da teoria de Kelsen:

Para Kelsen, dois elementos tornam possível uma indagação objetiva sobre o direito: o primeiro é que ele é um sistema de normas; o segundo, a validade de cada norma dentro do sistema é [...] determinada não por uma avaliação de seu conteúdo, mas em termos de verificações que analisam apenas a questão desta norma ter sido produzida ou postulada de acordo com os critérios de validade de alguma norma superior; por sua vez, a validade desta norma dependerá da existência de outra norma na hierarquia até que, passo a passo, chega-se ao topo da hierarquia normativa – a norma fundamental ou *Grundnorm*.⁴⁷¹

465 KELSEN, 2005, p. 163-5.

466 *Id.*, 1934, p. 6.

467 Paulson considera-as duas perspectivas da mesma ideia (*cf.* PAULSON, 2013, p. 36-9).

468 KELSEN, *op. cit.*, p. 94.

469 DYZENHAUS, 1997a, p. 103.

470 *Cf.* PAULSON, 2013, p. 30.

471 DYZENHAUS, *op. cit.*, *loc. cit.*. *Cf.* KELSEN, 1934, p. 62-66.

A norma fundamental não é *positiva*, no sentido de ser válida com base em uma norma superior; este é o artifício utilizado por Kelsen para evitar uma regressão ao infinito⁴⁷². Ela também não deve ser confundida com a constituição, pois esta apenas “representa o nível mais alto do direito positivo”⁴⁷³. É neste momento em que Kelsen trata da constituição que podemos perceber uma tensão em sua teoria com relação ao conteúdo. Ele afirma que “o ordenamento jurídico [...] não é um sistema de normas emparelhadas, justapostas umas as outras, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas jurídicas”⁴⁷⁴, o que nos leva a concluir que o conteúdo das normas não seria especificamente jurídico, mas algo que se acopla a esta cadeia jurídica dinâmica; em seguida, contudo, ele fala da “constituição em um sentido material do termo [...] e que ela] pode determinar o conteúdo de leis futuras [...], já que prescreve ou proíbe certas matérias”⁴⁷⁵.

Há uma tensão também entre a distinção proposta por Kelsen entre *ser* e *dever-ser* ou entre *realidade* e *idealidade* quando ele aborda o conteúdo da norma fundamental. O conteúdo, na realidade, não há; é uma norma puramente dinâmica⁴⁷⁶. Em uma seção que, contudo, possui o nome de *o conteúdo da norma fundamental*, ele explica seu processo de instituição, afirmando que “[o] significado da norma fundamental torna-se particularmente claro quando um ordenamento jurídico não é modificado por meios legais, mas é substituído por outro por meios revolucionários”⁴⁷⁷; e prossegue dizendo que, “[s]e isto for bem-sucedido, a antiga ordem cessa e a nova passa a ser efetiva, pois o comportamento das pessoas [...] passa a corresponder não mais ao antigo, mas ao novo ordenamento [...], isto é, pressupõe-se uma nova norma fundamental”⁴⁷⁸. É uma tensão que decorre do fato das “normas individuais de um sistema jurídico [...] necessitarem ser produzidas por meio de [...] atos de vontade”⁴⁷⁹, mas, ao mesmo tempo, Kelsen afirmar que, “se a ciência jurídica não deve ser absorvida pela ciência natural, o direito deve ser claramente separado da natureza”⁴⁸⁰.

472 Cf. Kelsen, 1934, p. 66-7.

473 *Ibid.*, p. 74-5.

474 *Ibid.*, p. 74.

475 *Ibid.*, p. 75.

476 “A norma básica de um ordenamento jurídico positivo [...] nada mais é do que a regra básica pela qual as normas do ordenamento jurídico são produzidas [...]; ela tem um caráter completamente dinâmico e formal” (*ibid.*, p. 64).

477 *Ibid.*, p. 67.

478 *Ibid.*, p. 67-8.

479 *Ibid.*, p. 64.

480 *Ibid.*, p. 2.

Há também uma tensão na forma como Kelsen trata a relação entre validade e efetividade. Ele afirma que, embora esta relação equivalha “[a]té certo ponto[,] uma correspondência completa e inequívoca não é necessária. [...] Esta relação – que pode ser chamada figurativamente de tensão entre o *ser* e o *dever-ser* – não pode ser determinada senão por um limite superior e um inferior”⁴⁸¹.

Isto não significa que eu discorde completamente das conclusões de Kelsen. Algumas delas são muito importantes e, talvez, apontem para paradoxos irresolúveis. Percebo, porém, uma discrepância em sua proposta metodológica e seus resultados. Kelsen não consegue evitar analisar o direito empiricamente, mas insiste em tratá-lo como um *transcendental*; a meu ver, estas tensões são frutos deste transcendentalismo. Dyzenhaus, por outro lado pensa que o “relativismo [...] está na raiz de todas as tensões e dificuldades da teoria pura do direito. Ele demanda que Kelsen afirme que o direito é, ao mesmo tempo, logicamente completo e radicalmente indeterminado”⁴⁸². Verificaremos isto, em conjunto às observações de Dyzenhaus, analisando os textos de Kelsen mais voltados aos problemas concretos de Weimar.

3.3.2

Quem deve ser o guardião da constituição

Nos debates de Weimar, Kelsen apresentou dois textos que ilustram bem o lado prático de sua teoria: o primeiro é uma defesa da existência de uma corte constitucional, o qual é atacado por Schmitt em *O guardião da constituição*⁴⁸³; o segundo, sua réplica a Schmitt – *Quem deve ser o guardião da constituição*⁴⁸⁴. Neles, contudo, ao mesmo tempo em que alguns aspectos de sua teoria são esclarecidos, as tensões permanecem.

Dyzenhaus, ao analisá-los, traz uma importante distinção entre três tipos de argumentos: o *científico*, o *político* e o *técnico*. Embora, exceto pelo técnico, ele não os defina propriamente, podemos supor que o científico é o que Kelsen propõe – um argumento meramente descritivo, ou seja, sua teoria “pretende descrever o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto”⁴⁸⁵ –, enquanto que o político é o que Kelsen chama de ideológico: “[t]oda ideologia tem sua origem na volição e não na cognição; surge de certos

481 KELSEN, 1934, p. 68-9.

482 DYZENHAUS, 1997a, p. 158.

483 KELSEN, 2015a.

484 *Id.*, 2015b.

485 *Id.*, 1934, p. 17.

interesses ou, melhor dizendo, de interesses outros que a verdade, o que não significa que aqui se diga algo sobre o valor ou a virtude de tais interesses”⁴⁸⁶. Descrição com a qual Dyzenhaus provavelmente não concordaria, já que pretende propor sua teoria como *verdade* – seu livro, inclusive, teria o título *A vingança da verdade* antes de ser alterado para *Legalidade e legitimidade*⁴⁸⁷. Deixando, contudo, estas discussões para depois, o argumento técnico, seguindo a descrição de Dyzenhaus, “concerniria aos melhores meios jurídicos para se atingir um fim substantivo, tendo este fim como um dado”⁴⁸⁸.

Dyzenhaus afirma que Kelsen tem dificuldade em compartimentalizar seus argumentos – algo que discordo –, pois, “às vezes, aparentava meramente querer demonstrar que os argumentos de Schmitt eram essencialmente políticos, enquanto que, em outros momentos, parecia querer refutá-los em seus próprios termos”⁴⁸⁹. Creio que ele falha em perceber que há o Kelsen cientista e o Kelsen democrata⁴⁹⁰, mas a confusão de Dyzenhaus surge, pois, ao mesmo tempo em que Kelsen defende o controle de constitucionalidade, ele afirma que tal controle é uma escolha política⁴⁹¹; e, embora me pareça claro que ele é a favor desta escolha como um valor político⁴⁹², ele argumenta de forma técnica, no sentido de que, se alguém quiser algo que chamarei de *constitucionalização*⁴⁹³, é necessário um controle de constitucionalidade.

Para demonstrar seu argumento, Kelsen utiliza sua teoria da hierarquia das normas⁴⁹⁴. “Constituição, lei, decreto, ato administrativo, decisão judicial e execução da sentença: estes são apenas estágios na formação da vontade da comunidade, que são típicos, dado a forma que o direito positivo organiza o estado

486 KELSEN, 1934, p. 17.

487 Cf. DYZENHAUS, 1997b, p. 133.

488 DYZENHAUS, 1997a, p. 108.

489 *Ibid.*, *loc. cit.*

490 Neste momento, pois, ao fim de sua análise, afirma que “um Kelsen diferente, em alguns momentos, largava a armadura lógica da Teoria Pura. Este Kelsen era um democrata, um pacifista, um apóstolo da tolerância e um defensor tanto das liberdades e dos direitos individuais quanto de equilibrar as desigualdades sociais e econômicas” (*ibid.*, p. 159).

491 Ele afirma que “[a]lguém pode, sob certas circunstâncias, considerar que tal ausência de restrições [isto é, de controle de constitucionalidade] pode ser desejável, mas tal ponto de vista não pode ser defendido por meio de argumentos jurídicos” (KELSEN, 2015a, p. 45), e que “[a]lguém pode – a partir de diferentes pontos de vista políticos e com relação a diferentes constituições – discordar profundamente da utilidade desta demanda” (*id.*, 2015b, p. 175).

492 Ele afirma que “[a] constitucionalidade das leis é, portanto, um interesse preeminente da minoria” (*Id.*, 2015a, p. 72), por exemplo.

493 Utilizo este termo para distingui-lo de *constituição*, isto é, algo que há em qualquer estado ou organização política independentemente de haver uma constituição escrita, normas constitucionais péticas ou meios de modificação constitucional por procedimentos qualificados.

494 Cf. KELSEN, *op. cit.*, p. 27.

moderno”⁴⁹⁵; e “legalidade não é nada além da relação de conformidade que o nível inferior do ordenamento jurídico estabelece com o superior”⁴⁹⁶; opor-se ao controle de constitucionalidade seria o mesmo que se opor ao controle da legalidade dos atos administrativos. Indo mais além, Kelsen afirma que, opor-se ao controle constitucionalidade, seria o mesmo que se opor à ideia de constitucionalização, isto é, opor-se à ideia de que as normas constitucionais teriam valor jurídico e, portanto, seriam normas:

Se faltarem garantias [...] de anulabilidade de atos inconstitucionais a uma constituição, ela não terá o caráter de plena vinculação legal no sentido técnico. Uma constituição que permita que atos inconstitucionais e, especificamente, leis inconstitucionais permaneçam válidos, pois não podem ser anulados com base em sua inconstitucionalidade, não significa, de um ponto de vista técnico-jurídico, nada além de um desejo não vinculante.⁴⁹⁷

E, na polêmica com Schmitt, aponta a necessidade de que o órgão que decida sobre a constitucionalidade não seja o próprio órgão que emite as normas:

Apenas uma coisa parece ter sido universalmente aceita até agora, e parece ter sido considerada uma percepção sobre uma ideia tão primitiva e autoexplicativa que ninguém sequer se preocupou em explicitamente enfatizá-la dentro da importante discussão sobre o problema da garantia da constitucionalidade que tem ocorrido nos últimos anos: a saber, que se for criada uma instituição que controlará a constitucionalidade de certos atos de estado imediatos à constituição, em particular os do parlamento e do governo, esse poder de controle deve não pode ser conferido a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados.⁴⁹⁸

Kelsen também desconstrói o *revival*, feito por Schmitt, da doutrina da monarquia constitucional de Benjamin Constant encarnada no *Reichspräsident*⁴⁹⁹. Esta forma de interpretar a constituição, que “culmina na apoteose do artigo 48”⁵⁰⁰, opera sob a ficção de que o presidente seria neutro, mas ele está muito longe de ser neutro⁵⁰¹. Além disto, também requer a ficção da *unidade* ou *homoge-*

495 KELSEN, 2015a, p. 23.

496 *Ibid.*, p. 24.

497 *Ibid.*, p. 69.

498 *Id.*, 2015b, p. 175. Kelsen já observara isto em seu artigo anterior (*cf. id.*, 2015a, p. 44-5).

499 “C.S. até transforma esta fórmula de Constant no principal instrumento de interpretação da Constituição de Weimar. É só com este auxílio que ele pode chegar a conclusão de que o ‘guardião da constituição não é, como alguém deveria esperar com base no artigo 19, o Staatsgerichtshof ou alguma outra corte mas o presidente do Reich; e isto de acordo com a constituição agora em vigor, e não conforme alguma reforma constitucional que deva acontecer” (*id.*, 2015b, p. 179).

500 *Ibid.*, p. 219.

501 “Uma eleição presidencial que, inevitavelmente, ocorre sob a alta pressão das atuações político-partidárias pode ser um método democrático de nomear um chefe de estado, mas dificilmente parece oferecer garantias específicas de independência. Inferir do fato de que o chefe de Estado é ‘eleito pelo povo como um todo’ – o que realmente significa que ele é eleito pela maioria do povo ou talvez apenas por uma minoria combatendo outros grupos – que ele expressará a vontade geral do povo unido é questionável não apenas porque tal vontade geral não existe; é questionável pelo motivo seguinte: que uma eleição é especificamente inadequada em garantir que o chefe de estado pensará sua função como uma que media conflitos de interesse” (*ibid.*, p. 209).

neidade – “[u]m ideal jusnaturalista, baseado em pensamentos ilusórios, [que] toma o lugar da constituição como elemento de direito positivo”. Esta substituição da constituição escrita pela ideal termina por fazer com que a primeira seja paradoxal, pois estabelece os meios para a sua autodestruição por meio do artigo 48:

Os dois pilares da autoridade estatal criados pela constituição são transformados em inimigo e amigo do estado; um que tenta destruir o estado, isto é, sua “unidade” [o parlamento], e outro que defende o estado contra esta destruição [o presidente]: o violador e o guardião da constituição. Tudo isso não tem mais nada a ver com uma interpretação da constituição baseada no direito positivo. Não é nada mais que a mitologia de Ormuzd e Ahriman vestida com um traje jurisprudencial.⁵⁰²

Até aqui, não discordo da interpretação de Dyzenhaus, exceto pelo fato dele afirmar que Kelsen não compartimentaliza bem os argumentos. Dyzenhaus, porém, afirma ainda que “a surpresa, após a contundente crítica de Kelsen, é que ele não conclui que Schmitt estava errado em adotar o objetivo político de expandir os poderes presidenciais”⁵⁰³. Neste aspecto, do ponto de vista *político* – do desejo –, Schmitt não pode estar errado; o que ele deseja é uma opinião, e opiniões ou se acatam, ou se rejeitam. Agora, sob os pontos de vista técnico e científico, Kelsen afirma que “estes argumentos não somente falham em provar qualquer coisa sobre a decisiva questão político-jurídica [técnica], mas também são inúteis do ponto de vista teórico-jurídico [científico]”⁵⁰⁴. A falha técnica está em propor uma unidade e, como meio de zelar por esta unidade, conceber o presidente como órgão neutro. Dentro de uma fórmula do gênero *se isto (antecedente), então aquilo (consequente)*, teríamos um erro no consequente. Já, do ponto de vista científico, embora concorde que Schmitt também não atinge seu objetivo, como comenta Dyzenhaus, “[a]qui podemos ver o início de uma séria tensão nos argumentos de Kelsen”⁵⁰⁵.

3.3.3 As tensões da teoria de Kelsen

Kelsen refuta a ideia de que juízes apenas podem subsumir a consequência jurídica de um fato a partir da norma, ou melhor, ele não nega a subsunção, mas afirma que toda decisão é, em si, política. O que ele rejeita é a ideia do *juiz automático*, afirmando que isto é um resquício ideológico da teoria monarquista:

502 KELSEN, 2015b, p. 220. Ormuzd e Ahriman são, respectivamente, o deus bom e o demônio mal do zoroastrianismo.

503 DYZENHAUS, 1997a, p. 120.

504 KELSEN, *op. cit.*, p. 183.

505 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 116.

Esta doutrina também é derivada do arsenal ideológico da monarquia constitucional. O juiz, que acabara de obter independência do monarca, não deveria desenvolver uma consciência do poder que o direito positivo concede-lhe ou, mais precisamente, deve conceder-lhe, dado que a lei é sempre de caráter geral. O juiz deveria acreditar, ao contrário, que ele não é nada além de um autômato, que ele não cria leis, mas apenas “encontra” a lei já existente, na forma de uma decisão já contida na norma legislativa.⁵⁰⁶

Isto, pois, para Kelsen, a relação entre legislação e execução não é de oposição mútua, “no sentido de que há um absoluto contraste entre criação e aplicação da lei: ao contrário, [...] cada uma delas acaba sendo tanto criação como aplicação da lei. O contraste relevante é relativo e, não, absoluto”⁵⁰⁷. Assim, ele não nega que a decisão judicial seja política:

Se “o político” é concebido como a resolução autorizada de conflitos de interesse, então deve-se admitir que cada decisão de uma corte, em grau maior ou menor, contém um elemento de decisão, um elemento de exercício de poder. O caráter político da adjudicação é mais intenso o quanto maior for a esfera de discricionariedade que a legislação, que é em sua essência genérica, conceder à adjudicação.⁵⁰⁸

A contradição surge, contudo, quando, em seu ensaio anterior, afirma que:

Se a constituição faz a exigência de que o legislador realize sua atividade em harmonia com “justiça”, “liberdade”, “equidade”, “decência”, e assim por diante, [...] não é, portanto, excluída de modo algum a possibilidade de que um tribunal constitucional, se for chamado a decidir sobre a questão da constitucionalidade de uma determinada lei, possa anulá-la com base no fato de ser injusta, alegando que a “justiça” deve ser considerada como um princípio constitucional que deve ser aplicado pelo tribunal constitucional. Isto, no entanto, concederia ao tribunal constitucional uma plenitude de poder que deve ser considerada totalmente intolerável. O que a maioria dos juízes deste tribunal considera como justo pode contradizer completamente o que a maioria dos habitantes do estado considera justo e, sem dúvida, contradiz o que a maioria do parlamento que promulgou o estatuto em questão considerou justo. Esta transferência de poder do parlamento a uma instituição extraparlamentar, que pode se transformar no expoente de forças políticas completamente diferentes daquelas que se expressam no parlamento, certamente não é pretendida pela constituição e altamente inadequada politicamente. Se é para ser evitado, a constituição deve, se nomear um tribunal constitucional, abster-se de toda a fraseologia deste tipo; e se quiser apresentar princípios básicos, diretrizes e limitações para o conteúdo dos estatutos a serem decretados, deve certificar-se de determiná-los com a maior precisão possível.⁵⁰⁹

Poder-se-ia dizer que Kelsen está argumentando politicamente quando afirma que isto é intolerável, mas isto não o impediria de, descritivamente, afirmar que há uma diferença entre uma competência de *aplicação da lei* e uma competência *prerrogativa*. Ele não está apenas apontando algo que é um valor, do seu

506 KELSEN, 2015b, p. 189.

507 *Id.*, 2015a, p. 23.

508 *Id.*, 2015b, p. 184.

509 *Id.*, 2015a, p. 60-1. *Cf. id.*, 2015b, p. 193, no mesmo sentido.

ponto de vista democrático, mas indicando a existência de uma distinção possível: entre um judiciário que possui um poder discricionário e outro que decide algo com base em uma norma. Quando argumenta cientificamente, contudo, afirma que esta distinção não é possível; a meu ver, uma clara contradição, principalmente quando pretende tratar o direito enquanto *conceito* e não como um *dado empírico*.

Kelsen, quando trata da subsunção, afirma que “a ‘matéria de fato’ a ser subsumida a uma norma constitucional, no caso de uma decisão de constitucionalidade de uma lei, não é uma norma [...], mas a criação de uma norma”⁵¹⁰. Ele diz isto, porque, apesar de considerar que “a inconstitucionalidade de uma lei pode consistir [...] no fato de ter um conteúdo que, conforme a constituição, não poderia ter”⁵¹¹, afirma que:

[O] escrutínio sobre a constitucionalidade de uma lei por uma corte constitucional sempre se reduz à questão de a lei ter sido promulgada de acordo com os procedimentos determinados pela constituição. Dizer que uma lei é inconstitucional, pois contém uma provisão que é inconstitucional é o mesmo que dizer que é inconstitucional, pois não foi promulgada como uma emenda constitucional. Mesmo quando a constituição categoricamente proíbe uma específica provisão legislativa [...], a inconstitucionalidade da lei consiste em como ela foi produzida; não no fato de que não foi promulgada da maneira correta, mas no fato de que, todavia, foi promulgada.⁵¹²

Embora a perspectiva apresentada por Kelsen me pareça correta, priorizar o formal em relação ao material não o é. Ela é correta no sentido de haver uma intercambialidade de perspectivas, mas é impossível ignorar que, para determinar uma inconstitucionalidade material, é necessário verificar o conteúdo da lei. Isto se torna patente quando ele analisa a questão das cláusulas pétreas e a mudança de perspectiva soa um tanto quanto forçada. Deste modo, embora não concorde com todas as análises e conclusões de Dyzenhaus, reconheço que há uma patente tensão – para não dizer, contradição – na teoria de Kelsen.

A tensão torna-se mais evidente quando nos deparamos com a maneira que Kelsen trata atos normativos ilegais do estado, tal como aponta Dyzenhaus⁵¹³. Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*, lança a questão sobre “[c]omo [...] a unidade da lei da ordem pode ser mantida como um sistema logicamente contido de normas se houver uma contradição lógica entre duas normas de diferentes graus neste sistema”⁵¹⁴; sua resposta é:

510 KELSEN, 2015b, p. 188.

511 *Ibid.*, p. 187.

512 *Ibid.*, p. 188.

513 Cf. DYZENHAUS, 1997a, p. 155-7.

514 KELSEN, 1934, p. 84.

[O direito positivo] considera a lei ilegal e confirma sua existência precisamente pelo fato de que toma inúmeras medidas para preveni-la ou, ao menos, limitá-la; mas, [...] ao aceitar uma norma como lei, por qualquer que seja a razão, mesmo a mais indesejável, elimina este específico caráter de ilegalidade. De fato, se o fenômeno chamado de norma contrária a norma – a lei inconstitucional, o julgamento ilegal *etc.* – realmente significasse uma contradição lógica entre uma norma superior e uma norma inferior, isto seria o fim da unidade do ordenamento jurídico; não é o caso, porém. [...] Se, por exemplo, uma lei inconstitucional – isto é, uma lei válida que, seja pela forma como foi produzida ou pelo seu conteúdo, contradiz as disposições da constituição vigente –, este fato não pode ser interpretado de outra forma senão que a constituição almeja não só a validade da lei constitucional, mas [...] também a da lei “inconstitucional”; caso contrário, a validade desta não seria uma questão.⁵¹⁵

Na edição suíça da *Teoria pura do direito*, aparece uma frase que seria incorporada posteriormente na sua segunda edição, comumente considerada uma obra distinta⁵¹⁶: “[d]a mesma forma que tudo que o rei Midas tocava transformava-se em ouro, todo objeto ao qual o direito aplica-se adquire uma existência jurídica”⁵¹⁷. Assim, é curioso que Kelsen, que despendeu várias linhas de suas obras para criticar as doutrinas monarquistas que propunham que o rei ou imperador controlavam a constitucionalidade das leis, pois “a função de controle era reivindicada, precisamente, por aquele poder que mais necessitava ser controlado”⁵¹⁸, por fim, acabe por criar o dogma da *infalibilidade do direito*; e, como “[o] estado é um ordenamento jurídico”⁵¹⁹, temos o dogma da *infalibilidade do estado*.

3.3.4

O parecer de Kelsen sobre o julgamento do *Preußenschlag*

Ao tratar do assunto desta seção, Dyzenhaus continua apontando as tensões da teoria de Kelsen. A meu ver, contudo, há alguns equívocos em sua interpretação do parecer deste. Ele afirma que “Kelsen concluiu sua crítica do julgamento exonerando a corte. [...] Foi] a constituição [que] falhou em prover meios para sua preservação”⁵²⁰. Conclui também que “Kelsen pareceu deixar claro sua visão de que, o que a corte ordenasse, contanto que fosse uma ordem constitutiva e clara, seria igualmente válido do ponto de vista da ciência jurídica”⁵²¹.

515 KELSEN, 1934, p. 84-5.

516 “[P]ara muitos propósitos, a segunda edição é uma nova obra, aparecendo ao fim da terceira fase de Kelsen e refletindo mudanças doutrinárias” (PAULSON & PAULSON, 2002, p. vi).

517 KELSEN, 1953, p. 133. *Cf. id.*, 2000a, p. 308.

518 *Id.*, 2015a, p. 27.

519 *Id.*, 1934, p. 117.

520 DYZENHAUS, 1997a, p. 127.

521 *Ibid.*, p. 128.

Sobre a última conclusão, concordo que, para adequar-se à sua teoria – e às suas tensões –, Kelsen não o refutaria, pois “[u]m julgamento [...] é necessário porque uma norma permanece válida até que um julgamento o invalide”⁵²², mas Dyzenhaus falha em perceber que há, na verdade, três críticas no parecer de Kelsen: ao decreto, à constituição e à corte.

Sobre o decreto – fato que Dyzenhaus reconhece, mas apenas comenta *en passant*⁵²³ – Kelsen afirma que:

Com base no artigo 48, §§ 1º e 2º, toda a competência executiva de um estado [*Land*] é transferida para o Reich. Isto significa que [...] os dois princípios organizacionais básicos da Constituição de Weimar – o princípio do federalismo e o princípio da democracia – são suspensos no maior estado alemão na esfera executiva e, no que concerne o primeiro princípio, também na esfera legislativa.⁵²⁴

Quanto ao julgamento em si, ele afirma haver uma contradição:

É contraditório declarar que, por um lado, “uma mera mudança de competência, na forma de uma transferência dos assuntos e poderes do governo do estado para um órgão do Reich” é permissível, mas exigir, por outro lado, que a provisão do artigo 17 seja respeitada, o que garante a cada estado o seu próprio governo formado pelo próprio estado.⁵²⁵

Poderia parecer que, como entende Dyzenhaus, Kelsen apenas criticava o Staatsgerichtshof por não decidir entre a concessão de poderes absolutos ao presidente ou manter a federação; afinal, ele afirma que “um compromisso entre estas duas opiniões jurídicas que mutuamente se excluem seria impossível, mas o Staatsgerichtshof, contudo, tentou oferecer este compromisso”⁵²⁶. Ele também afirma, porém, que, “[s]e as delimitações de competência do Reich e dos estados podem ser removidas por uma medida com base no artigo 48, § 2º, então, simplesmente, não há limites constitucionais [...] que possam ser observados”⁵²⁷. Assim, diferentemente do que entende Dyzenhaus, penso que Kelsen, por considerar que uma constituição é lei e deve ser observada, considera o decreto patentemente inconstitucional. Ele acredita que, escondida por detrás de uma retórica de ponderação, a corte acabou criando uma “verdadeira *societas leonina*”⁵²⁸. Por isto, creio eu, se ele fosse um juiz do caso, teria julgado a favor da Prússia.

522 DYZENHAUS, 1997a, p. 126.

523 Cf. *ibid.*, p. 123.

524 KELSEN, 2015c, p. 230.

525 *Ibid.*, p. 238.

526 *Ibid.*, p. 240.

527 *Ibid.*, p. 237.

528 *Ibid.*, p. 244. “Isto é especialmente verdade se a espada de Dâmocles, na forma da ameaça de sanção pelo artigo 48, § 1º, está suspensa sobre um dos dois ‘governos’, e somente sobre um: aquele que é o governo do estado da Prússia somente em nome” (*ibid.*, *loc. cit.*).

Ocorre que, além destas conclusões, Kelsen também faz uma crítica técnica ao julgamento – ou, melhor, à sua ausência –, pois considera que foi feita apenas uma opinião jurídica, e “[é] somente o julgamento que pode ser executado e não a opinião jurídica que o justifica”⁵²⁹; e, mesmo que se considere tal opinião jurídica como vinculante:

Já que nem a constituição do Reich, nem a lei concernente ao Staatsgerichtshof dotam os julgamentos deste tribunal [...] com o poder de anular normas jurídicas gerais, pode-se inferir que um decreto que seja considerado inconstitucional pelo Staatsgerichtshof não é imediatamente anulado por um julgamento da corte, mas requer um ato subsequente do presidente do Reich que, de acordo com o artigo 19, é responsável pela execução do julgamento.⁵³⁰

A partir disto, Kelsen faz uma crítica da própria Constituição de Weimar:

Mas seria injusto responsabilizar o Staatsgerichtshof por este resultado [...]. A raiz do problema está na insuficiência técnica da própria Constituição de Weimar. Esta criou um sistema federativo bastante complicado, com uma distribuição de competências bem equilibrada entre o Reich e os Estados, mas não considerou necessário fornecer a este sistema garantias efetivas para a sua própria preservação. A constituição negligenciou, em particular, criar um sistema intencionalmente construído de adjudicação constitucional. A forma como o Staatsgerichtshof foi concebido – que só pode atuar, é claro, em uma gama muito limitada de casos – demonstra muito claramente o desgosto que a doutrina jurídica alemã sempre teve por tal controle judicial da esfera “política”, uma esfera que considera estar fora da lei.⁵³¹

Dyzenhaus, contudo, critica estas considerações de Kelsen sobre os problemas da Constituição de Weimar⁵³² e, a meu ver, acaba distorcendo suas conclusões, chegando a afirmar que “Kelsen concluiu dizendo que a interpretação do artigo 48 implicava que o decreto presidencial não somente era plausível como até seria preferível do ponto de vista político”⁵³³. Além desta afirmação não ter a menor plausibilidade, ele acaba negligenciado vários fatos, como que: o Staatsgerichtshof não era uma plena corte constitucional; que Kelsen, dos três juristas que trata, era o único que defendia um controle de constitucionalidade; e que Kelsen, inclusive, estava criticando um certo tipo de positivismo que negava à constituição o caráter de lei, no sentido de algo que deve ter efetividade jurídica. Mais ainda, neste parecer, Kelsen até se distancia de sua teoria pura, apontando a importância do conteúdo da lei; ele afirma que:

A mais grave deficiência técnica [...] aflige a formulação do artigo 48 e, em particular, do seu § 2º [...]. Este artigo confere ao presidente do Reich o direito de

529 KELSEN, 2015c, p. 246.

530 *Ibid.*, p. 247-8.

531 *Ibid.*, p. 251-2.

532 DYZENHAUS, 1997a, p. 127.

533 *Ibid.*, p. 128.

tomar medidas para restaurar a segurança e a ordem públicas, interferindo assim nas competências dos estados, sem limitar o alcance de tal interferência de maneira inequívoca. [...] A consequência desta técnica jurídica é que os órgãos que devem aplicar o artigo 48 gozam de uma discricionariedade totalmente ilimitada [...] com respeito a uma das questões mais essenciais da constituição: a questão de até que ponto as competências de um estado podem ser transferidas para o Reich.⁵³⁴

Neste trecho, Kelsen demonstra uma clara preocupação com o conteúdo da lei; e, se alguma crítica pode ser feita, é à sua teoria pura que não lida bem com a tensão entre o conteúdo e a aplicação do direito mas não a este seu artigo. Dyzenhaus, porém, prefere criticar Kelsen, adotando a conclusão de Schmitt, de que ele “ilustrou perfeitamente o desejo do liberalismo de sempre subsumir a política a uma norma e a substancial inabilidade de conseguir isto”⁵³⁵, assim como a consideração de que o “relativismo parece estar na raiz de todas as tensões e dificuldades da teoria pura do direito”⁵³⁶.

Quanto ao primeiro ponto, creio que Kelsen só pode ser chamado de liberal no sentido amplo do termo, pois, para os que pregam o fundamentalismo de mercado, o positivismo faz parte do problema, como atesta o contrerrâneo de Kelsen e notório liberal – neste último sentido – Friedrich Hayek que, em um capítulo chamado *O declínio do direito* de uma de suas obras mais conhecidas, *A constituição da liberdade*, dedica uma seção inteira ao positivismo, atacando-o e defendendo o direito natural⁵³⁷, além de mencionar Kelsen diversas vezes e afirmar que “[e]sta nova formulação, conhecida como a ‘teoria pura do direito’ e exposta pelo professor H. Kelsen, sinalizou o eclipse definitivo de todas as tradições do governo limitado”⁵³⁸. Kelsen, por sua vez, em sua teoria pura, critica um dualismo entre direito objetivo e subjetivo:

A intenção original do dualismo entre direito objetivo e subjetivo é que este precede aquele lógica e temporalmente. A ideia é decisiva: o direito subjetivo emerge primeiro – sobretudo a propriedade, que é o protótipo dos direitos subjetivos (por meio da aquisição originária) –, e o direito objetivo surge apenas depois, como ordem estatal, protegendo, reconhecendo e garantindo os direitos subjetivos. [...] A função ideológica é fácil de ser vista [...]: a ideia a ser sustentada é que o direito subjetivo – isto é, a propriedade privada – é uma categoria que transcende o direito objetivo; uma instituição que coloca limites intransponíveis na formação do conteúdo do ordenamento jurídico.⁵³⁹

534 KELSEN, 2015c, p. 252.

535 DYZENHAUS, 1997a, p. 122.

536 *Ibid.*, p. 158.

537 “As doutrinas do positivismo jurídico foram desenvolvidas em direção oposta a uma tradição que [...] é a concepção de um direito natural, que, para muitos, ainda oferece a resposta para a nossa mais importante questão [que é garantir a propriedade]” (HAYEK, 1978, p. 236).

538 *Ibid.*, p. 238.

539 KELSEN, 1934, p. 40-3.

Com isto, podemos perceber o porquê de Hayek atacar Kelsen e defender o direito natural. É claro que a obsessão de Kelsen em sustentar que o direito é uma unidade lógica leva a problemas, como aponte e tornarei a revê-los, mas, certamente não é o mesmo que Hayek enxerga.

Quanto ao relativismo, este, de fato, existe tanto na teoria pura do direito quanto na teoria democrática de Kelsen. Dyzenhaus, porém, falha em perceber que são dois relativismos distintos. O primeiro é um relativismo metodológico que é necessário em razão de Kelsen propor uma “teoria geral do direito [*allgemeine Rechtslehre*] e não uma teoria de normas jurídicas específicas nacionais ou internacionais”⁵⁴⁰, ou seja, pretende abarcar todos os sistemas coercitivos e de criação de normas – os quais chama de *direito*. O segundo – que nem merece ser propriamente chamado de relativismo, pois é uma postura antidogmática e antiessencialista e, por isto, não é relativista – dá-se pelo fato de Kelsen considerar que estes posicionamentos são incompatíveis com a democracia. Tratarei deste tema, porém, no próximo capítulo.

3.4 Hermann Heller

Dyzenhaus apresenta Heller como uma espécie de síntese dialética entre Kelsen e Schmitt, pois:

Heller arguiu, com Schmitt e contra Kelsen, que todas as concepções do direito são fundamentalmente políticas e ligadas a específicos contextos históricos e sociais. Ele, contudo, compartilhava com Kelsen um compromisso com a democracia, a liberdade individual e a igualdade social. Além disto [...], ele também comungava do respeito de Kelsen pelo direito, da ideia de que é importante à qualquer sociedade política decente conceber os limites da legalidade.⁵⁴¹

Ele esclarece, contudo, que as semelhanças com Schmitt não ultrapassam alguns aspectos teóricos, porque Heller repudiava os fins políticos deste:

A tarefa que ele estabeleceu para si mesmo no âmbito das filosofias jurídica e política era nada menos que reivindicar uma concepção bastante política do estado de direito que pudesse ser usada para defender e expandir a democracia diante de ataques da direita fascista. [...] Schmitt permaneceu sendo o principal alvo político de Heller, pois ele compreendia sua filosofia política como a mais apta a explorar os problemas encontrados na apolítica teoria pura do direito. [...] O positivismo de Kelsen, que concedia o título de *Rechtsstaat* a qualquer estado, seria o “melhor estimulante para ditaduras”.⁵⁴²

540 KELSEN, 1934, p. 1.

541 DYZENHAUS, 1997a, p. 162-3.

542 *Ibid.*, p. 163. “Assim, a norma fundamental kelseniana [...] leva-nos ao arbítrio do legislador real, livre de todo vínculo jurídico-moral, e chega, desta maneira também, em última análise, à

Heller era crítico da ideia de Kelsen de subsumir o estado ao ordenamento jurídico, e é nisto que consiste uma primeira diferença entre Heller e Kelsen: enquanto este escreve uma teoria do direito, aquele escreve uma teoria do estado⁵⁴³. Neste aspecto, há uma concordância com Schmitt, mas, ao contrário deste que quis demonstrar não haver nada por detrás da legalidade que não fosse uma decisão pura, ele acreditava que seria possível dar um sentido ao direito combinando-o com uma teoria política da democracia⁵⁴⁴.

Dyzenhaus comenta que Heller, com o seu projeto, “tentou recuperar a ideia jusnaturalista de *Rechtsstaat* como algo substantivo que coloca limites genuínos ao exercício do poder”⁵⁴⁵. Assim, ele concebe a distinção entre direito positivo e *princípios fundamentais do direito*⁵⁴⁶, que será o primeiro assunto que veremos da teoria de Heller. No entanto, Dyzenhaus considera que esta ideia de Heller não seria transcendental, tanto que ele a recupera para destranscendentalizar Dworkin.

3.4.1

Os princípios fundamentais do direito

Dyzenhaus comenta que “Heller sustentava que o estado não pode ser entendido sem que, primeiro, compreenda-se o propósito do estado”⁵⁴⁷; e, para ele, este propósito deve ser ético ou será impossível conceber a legitimidade do estado:

A função de sentido do Estado, como a de todo fenómeno histórico, sempre está, certamente, referida a valores. Mas esta relação pode ser positiva ou negativa. Qualquer quadrilha de ladrões ou organização de assassinos tem também um sentido compreensível. [...] Assim como o Estado só se pode explicar pela totalidade do nosso ser social, do mesmo modo só pode ser justificado pela totalidade de um ser aceito pela nossa consciência moral. A justificação pode ser unicamente moral [...].⁵⁴⁸

Este posicionamento tem como alvo o positivismo e, especialmente Kelsen, quem ele acusa de ser um *jusnaturalista formal*⁵⁴⁹. Ele guarda também uma

identificação de direito e força e à afirmação de que todo Estado é Estado de Direito” (HELLER, 1968, p. 265).

543 “Ao identificar, como o faz Kelsen, o Estado com o Direito, terá por força desaparecer, com a legalidade peculiar do Estado, a autonomia da Teoria do Estado” (*ibid.*, p. 238). Cf. DYZENHAUS, 1997a, p. 164.

544 Cf. *ibid.*, *loc. cit.*.

545 *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*. “[A] época que se seguiu à quebra do Direito Natural caracterizou-se por uma incapacidade de princípio para compreender a questão da justificação do Estado” (HELLER, *op. cit.*, p. 264).

546 Cf. DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 165.

547 *Ibid.*, p. 183.

548 HELLER, *op. cit.*, p. 260-1.

549 “O propósito kelseniano de dissolver o Estado no direito constitui uma doutrina exclusivamente formal de um Direito Natural sem conteúdo. A ‘doutrina pura do direito’ não leva à repre-

relação tanto com a ideia de *reivindicação de autoridade* de Dyzenhaus quanto com a de *pretensão de correção* de Alexy; ideias que demonstram uma preocupação não apenas com a legitimidade do estado e do direito, mas também com a eficácia destes. Como afirma Heller, “[p]ara que alguém tenha poder, isto é, para que as suas ordens sejam cumpridas de modo constante, é necessário que os que o sustentam, ou ao menos os de mais influência, estejam convencidos da legitimidade do seu poder”⁵⁵⁰.

Poder-se-ia dizer que, tal como Alexy propõe, todo governo afirma ser justo, o que o próprio Heller reconhece⁵⁵¹. Penso, contudo, que ele vai além de Alexy e não está apenas preocupado com uma pretensão ou reivindicação, mas com que o estado aja de forma a obter uma legitimação real:

A instância que no Estado estabelece as normas torna-se legítima quando os destinatários da norma creem que o criador do direito, ao estabelecer os preceitos jurídicos, não faz senão dar caráter positivo a certos princípios de direito eticamente obrigatórios que transcendem ao Estado e ao seu direito, e cujo fundamento justamente constituem.⁵⁵²

[O] Estado está justificado enquanto representa a organização necessária para garantir o direito de uma determinada etapa de sua evolução. Ao falar de direitos, referimo-nos, em primeiro lugar, aos princípios morais do direito que constituem a base das normas jurídicas positivas.⁵⁵³

Estes princípios morais são os princípios fundamentais do direito (*Rechtsgrundsätze*) de que Dyzenhaus fala. Este comenta que “Kelsen e Schmitt iriam ambos sustentar que este apelo de Heller à ética seria transcendental”⁵⁵⁴; o que não é de se estranhar pelo fato deste afirmar que “[o] preceito jurídico recebe toda a sua força moral obrigatória exclusivamente do princípio ético do direito, supraordinário”⁵⁵⁵. Dyzenhaus, contudo, refuta esta ideia afirmando que:

A distinção jurídica chave na obra de Heller é entre o direito positivo e os princípios jurídicos fundamentais. A ideia do direito deve ser estabelecida relativizando o direito positivo por meio de princípios jurídicos fundamentais suprapositivos, lógicos e éticos. [... Contudo] os princípios jurídicos fundamentais suprapositivos de que Heller fala não são princípios que vêm de fora de nossas práticas. Em sua visão, a condição para qualquer tentativa moderna de justificar o estado e o direito

sentação de uma autoridade impessoal do direito, mas à de uma autoridade do direito expurgada de todo conteúdo ético e sociológico” (HELLER, 1968, p. 238).

550 *Ibid.*, p. 231. Heller prossegue afirmando que, “[s]em crença na retidão obrigatória dos critérios sobre os quais se baseia a ponderação dos interesses[,] não se concebe, em última análise, a autoridade de nenhum governo” (*ibid.*, p. 232); e que “[a] autoridade da vontade soberana do Estado, a sua qualidade de poder ‘supremo’, baseia-se na sua legitimidade” (*ibid.*, p. 233).

551 “Todo exercício de poder político afirma a si mesmo, não obstante, que está para servir à justiça” (*ibid.*, *loc. cit.*).

552 *Ibid.*, p. 231.

553 *Ibid.*, p. 266.

554 DYZENHAUS, 1997a, p. 166.

555 HELLER, *op. cit.*, p. 266.

é que esta justificativa seja imanente. Ela não deve apelar para nada que, de modo geral, transcenda a nossa prática, ainda que possa apelar, por assim dizer, a princípios embebidos em nossas práticas éticas.⁵⁵⁶

Esta interpretação, porém, é duvidosa, pois é Heller afirma que “[a] validade desses princípios é de natureza geral e apriorística em parte, mas, com mais frequência, é historicamente variável e depende do círculo de cultura correspondente”⁵⁵⁷, ou seja, há também o *a priori*. Dyzenhaus parece confundir dois momentos da teoria de Heller. Estas considerações sobre princípios são de sua obra póstuma de 1934, *Teoria do estado*, que é posterior à queda da República de Weimar, o que pode ter influenciado a mudança em sua teoria; em sua obra anterior, *Soberania*, Heller, contudo, afirma que estes princípios não são direito:

[E]stas normas jurídicas fundamentais existem, mas não são normas de direito ou, em outras palavras, não são direito positivo, ainda que sejam princípios constitutivos da forma pura do direito e, como tais, tenham validade como regras da lógica jurídica ou princípios construtores do conteúdo do direito com uma pretensão ética de validade [...], sua validade está condicionada ao seu reconhecimento pelos círculos culturais da comunidade, e podem ser negados por um ato de vontade ou pelo direito positivo. Os dois grupos de princípios, lógicos e éticos, são possibilidades jurídicas; apenas o direito positivo, no entanto, possui realidade jurídica.⁵⁵⁸

Pode-se perceber uma mudança clara de posição: na obra mais antiga, estes princípios éticos se assemelham aos costumes e situam-se em grau inferior ao direito positivo; na obra posterior, os princípios transcendentalizam-se e tornam-se não apenas o fundamento do direito, mas algo que o direito positivo deve realizar. Os desdobramentos do pensamento de Heller em *Teoria do estado*, inclusive, guardam muita semelhança com as teorias dos princípios atuais, principalmente, com a de Alexy. Ele, por exemplo, afirma que:

A Constituição normada juridicamente não consiste nunca de modo exclusivo em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado mas que, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e por aqueles outros normados porém não jurídicos. [...] A Constituição de Weimar, na sua segunda parte, e as listas de direitos fundamentais da maior parte das Constituições escritas referem-se, com caráter material, a princípios éticos do Direito.⁵⁵⁹

Embora Heller pareça ser mais literal na admissão de princípios extraconstitucionais do que o Alexy da *Teoria dos direitos fundamentais*, a referência aos direitos fundamentais como princípios torna a comparação inevitável. E, embora Heller não utilize o termo *ponderação* ou outro semelhante, a forma como ele

556 DYZENHAUS, 1997a, p. 165.

557 HELLER, 1968, p. 303.

558 *Id.*, 1965, p. 129.

559 *id.*, 1968, p. 302-3.

descreve o papel dos princípios no ordenamento jurídico é muito semelhante à dos neoconstitucionalistas atuais:

Os princípios do direito proporcionam só as diretrizes gerais [...]. Falta-lhes para isso [para uma decisão para o caso concreto] o caráter de determinação taxativa [...]. Sobre a base de idênticos princípios jurídicos admite-se que sejam possíveis (e às vezes mesmo têm que ser) decisões jurídicas diversas [...].⁵⁶⁰

Se, para Heller, os princípios não se aplicam na base do *tudo ou nada* – utilizando, aqui, a expressão comumente empregada –, é muito fácil a partir disto chegar a uma teoria do sopesamento. Ele defende, inclusive, a falta de precisão destes princípios, em oposição a Kelsen que, como vimos, considera isto uma má técnica legislativa:

O legislador realiza uma remissão formal aos princípios jurídicos que imperam na sociedade quando, sem formar o conteúdo dos mesmos, se refere simplesmente aos bons costumes, à boa fé, aos usos do comércio ou à equidade. Neste caso, o legislador [quando se refere aos princípios éticos do direito] autoriza o juiz, mediante carta branca, a concentrar em normas de decisão os princípios jurídicos inicialmente só legitimados pela sociedade. [...] Sem esse apelo aos princípios do Direito, inclusive nos casos em que o legislador não se recorre expressamente a eles, não se pode compreender nem interpretar nem aplicar a maioria dos preceitos positivos do Direito constitucional. [...] É justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita esses princípios jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição.⁵⁶¹

Além da oposição a Kelsen, que considera isto uma cessão de poder a um órgão não democrático – mesmo com todas as contradições que, como vimos, este seu posicionamento político tem com sua própria teoria –, esta proposta de Heller é muito perigosa, pois a técnica de utilizar *cláusulas abertas* ou *cláusulas gerais* (*Generalklauseln*) foi amplamente utilizada pelos nazistas tanto na produção legislativa quanto nas determinações administrativas, assunto que será tratado posteriormente. Para concluir, então, a análise da teoria dos princípios de Heller, devemos atentar para o fato que a utilização de princípios como cláusulas gerais leva-o a uma teoria da *mutação constitucional*:

Mediante a evolução gradual dos princípios jurídicos pode acontecer que, não obstante permanecer imutável o texto do preceito jurídico, o seu sentido experiente uma completa revolução, embora fique salvaguardada a continuidade do Direito perante os membros da comunidade jurídica [...]. Tal mudança na significação do preceito jurídico realiza-se graças aos preceitos jurídicos mutáveis, que vêm a ser a porta por onde a realidade social valorada positivamente penetra todos os dias na normatividade estatal.⁵⁶²

560 HELLER, 1968, p. 266.

561 *Ibid.*, p. 303-4.

562 *Ibid.*, p. 305.

3.4.2 A soberania

Heller afirma que também se preocupa com a segurança jurídica, mas que esta inclui a aplicação e execução dos princípios fundamentais do direito⁵⁶³; para isto, é necessária a soberania: “[p]ara garantir tão alto grau de segurança jurídica é suposto necessário a soberania do Estado. A sua qualidade de unidade suprema de decisão e ação é o que lhe permite assegurar a unidade do direito e da execução”⁵⁶⁴. Este pensamento leva-o a colidir mais uma vez com Kelsen que, como vimos, subsume o estado ao direito e, como consequência, faz o mesmo com a soberania⁵⁶⁵.

Heller, porém, apesar de dar tanta importância ao conceito quanto Schmitt, rejeita sua teoria absolutista, afirmando que a soberania não pode ser localizada em único sujeito ou órgão do estado⁵⁶⁶; e, neste sentido, aproxima-se de Kelsen⁵⁶⁷. Dyzenhaus comenta que Heller “chamou a crença de Schmitt no decisionismo ditatorial de *decretinismo*”⁵⁶⁸, um *portmanteau* de *decreto* e *cretinismo*. Situando-se entre seus dois adversários, contudo, ele enfrenta a dificuldade de criar um conceito de soberania que, ao mesmo tempo em que não seja um atributo do sistema, não caia no personalismo schmittiano.

De fato, por negar a localização da soberania plena em um único órgão, Heller torna-se mais próximo a Kelsen, mas há um fator que os distingue, que é o internacionalismo deste – talvez o seu *calcanhar de aquiles*, pois é o aspecto mais

563 “Quando se declara que o Estado só pode ser consagrado por sua qualidade de organização para a segurança jurídica, quer-se dizer que só pode justificar-se enquanto sirva à aplicação e execução dos princípios morais do direito. [...] É evidente que o nosso conceito de segurança jurídica torna-se muito mais amplo que o usual. Não é tão somente a exigência de uma certeza de execução, garantida pela coação organizada estatalmente, mas, além disso, e antes dela [...], a certeza de sentido do direito é o que reclama a organização do Estado pelas vias do direito” (HELLER, 1968, p. 267-8).

564 *Ibid.*, p. 269.

565 A “soberania, se existe, deve ser um atributo da ordem do estado” (KELSEN, 2015a, p. 45), o que, por sua vez, é o ordenamento jurídico, pois “[o] estado é um ordenamento jurídico” (KELSEN, 1934, p. 117).

566 “[A] totalidade do poder objetivo da organização tampouco pode ser localizada em nenhum membro da organização pelo fato de, para que uma organização permanente e importante disponha de poder, precisar de uma permanente divisão de poderes [...]. Como, por esse motivo, a capacidade de ação do todo não está nunca à livre disposição de um único sujeito de poder, como existem sempre limitações do poder de cada um dos seus depositários por outros e não se dá uma onipotência social absoluta, só se pode atribuir, o poder objetivo de uma organização a ela mesma como um todo” (HELLER, *op. cit.*, p. 190-1).

567 “[N]ão se pode falar coerentemente da soberania de um órgão estatal singular” (KELSEN, 2015a, p. 45).

568 DYZENHAUS, 1997a, p. 175.

político de sua teoria⁵⁶⁹. Heller, por sua vez, como aponta Caldwell – e o que é um fato negligenciado por Dyzenhaus –, era um nacionalista, o que, inclusive, colocava-o à direita do espectro político dos social-democratas⁵⁷⁰. Outro aspecto que o distancia de Kelsen, e diz respeito também à concepção deste do *estado qua ordenamento jurídico*, é o fato de Heller afirmar não apenas o aspecto jurídico do estado, mas também o real. Ele afirma que “[u]ma consideração científica da unidade estatal não pode identificar esta com nenhum dos seus elementos. O Estado não é uma ordem normativa; também não o é o ‘povo’; não é formado por homens mas por atividades humanas”⁵⁷¹.

Se, por alguns aspectos, a conceitualização da soberania por Heller não se distancia muito das tradicionais⁵⁷², ele vai tratá-la como *unidade de decisão e ação*⁵⁷³. A partir disto, ele terá uma preocupação que não existe na teoria de Kelsen, que é encontrar o *titular da soberania*:

A esta tendência obscurantista, deve opor-se firmemente a tese de que em toda ordem de poder, incluída a democracia, deve haver um titular do poder, uma unidade decisória efetiva: o mínimo de determinação dos mandamentos, isto é, a fixação de sua medula, daquele aspecto essencial que deve subsistir e atuar eficazmente em todo momento, é obra única e exclusiva do titular do poder.⁵⁷⁴

Heller concebe teoricamente a forma de governo *autocrática*, a qual “organiza o Estado de cima para baixo [...] e] o princípio da soberania vem do dominador: o chefe do estado reúne em si todo o poder do Estado”⁵⁷⁵, mas a que mais lhe interessa politicamente – e, podemos dizer, também teoricamente, pois a auto-

569 Kelsen afirma que “a dissolução teórica do dogma da soberania, o principal instrumento contra o direito internacional da ideologia imperialista, é uma das mais substanciais realizações da teoria pura do direito. [...] Neste sentido, pode-se dizer que a teoria pura do direito, assegurando a unidade cognitiva de todo o direito por meio da relativização do conceito de estado, cria um pressuposto não negligenciável para a unidade organizacional de uma ordem jurídica mundial centralizada” (KELSEN, 1934, p. 153-4).

570 “Os argumentos de Heller fundiam nacionalismo e socialismo, um empreendimento compartilhado com o Círculo Hofgeismar de Jovens Socialistas de direita. A crítica de Heller sobre o ‘vergonhoso’ tratado de Versalhes e a defesa ostensiva do ‘indefeso e pilhado povo alemão’ [...] ecoavam a retórica da direita” (CALDWELL, 1997, p. 128). Caldwell, contudo, comenta que “[o] emprego da retórica de direita por Heller começa a desvanecer no fim dos anos 20. Após visitar a Itália fascista em 1928, ele produziu uma longa crítica ao alegado estado ‘integral’” (*ibid.*, p. 130).

571 HELLER, 1968, p. 282.

572 “Chamamos de soberana aquela unidade decisória que não está subordinada a nenhuma outra unidade decisória universal e eficaz” (*id.*, 1965, p. 121-2); “a essência da soberania consiste na capacidade ou faculdade de positivar as normas de maior alcance da comunidade” (p. 141); “a soberania é a qualidade de independência absoluta de uma unidade de vontade diante de qualquer outra vontade decisória universal efetiva” (*ibid.*, p. 197).

573 “O gênero próximo do Estado é, pois, a organização, a estrutura de efetividade organizada de forma planejada para a unidade de decisão e da ação. A diferença específica, relativamente a todas as outras organizações, é a sua qualidade de dominação territorial soberana” (*id.*, 1968, p. 282).

574 *Id.*, 1965, p. 117.

575 *Id.*, 1968, p. 292.

crática não apresenta muitos mistérios por ser um poder absoluto – é a *democrática*, na qual a “estrutura de poder é construída de baixo para cima [...] e] rege o princípio da soberania do povo”⁵⁷⁶.

O povo, como visto acima, é um princípio. Heller mantém a ideia de não atribuir a soberania a um único órgão, mas à unidade de decisão e ação, o que acaba sendo o estado. Em sua obra anterior, ele afirma que “são idênticas a soberania do povo e a soberania do estado”⁵⁷⁷, e é “a supremacia do povo como unidade sobre o povo como pluralidade”⁵⁷⁸; em *Teoria do estado*, porém, como vimos na página anterior, ele afirma que o povo não é o estado. Se ele estivesse tratando de uma democracia direta, poderia considerar a assembleia do povo todo reunido como o órgão soberano, mas não é isto que ele faz; ele trabalha com a ideia de representação⁵⁷⁹. Em *A soberania*, ele também utiliza o conceito de *vontade geral*⁵⁸⁰, mas, na obra seguinte, trata esta ideia como fictícia⁵⁸¹. No entanto, apesar desta desmistificação, ele ainda mantém a ideia – agora tratada meramente como *soberania do povo* – como um princípio orientador da ação política e, por consequência, de sua legitimidade:

Apesar de todas estas limitações e falseamentos, a localização jurídica da soberania no povo não é, em absoluto, uma simples ficção, mas uma realidade política cuja importância só se compreende quando se concebe a soberania do povo como deve ser concebida, isto é, como um princípio polêmico da divisão política do poder, oposto ao princípio da soberania do dominador. [...] Só a ignorância ou a demagogia podem negar que a soberania do povo exprima um princípio de estrutura da divisão política [...].⁵⁸²

576 HELLER, 1968, p. 292.

577 HELLER, 1965, p. 168.

578 *Ibid.*, loc. cit..

579 Ele, por exemplo, afirma que: “[o] direito da democracia [...] atribui a formação do poder do Estado ao ‘povo’ [...]. Mas mesmo em uma democracia em que exista a igualdade de oportunidades sociais, o povo só pode mandar por meio de uma organização de dominação. Toda organização, não obstante, precisa de uma autoridade[,] e todo exercício de poder está sujeito à lei do pequeno número (minoria); os que atualizam as atividades de poder unidas na organização hão de dispor sempre de uma determinada soma de liberdade de decisão e, com isso, de poder não limitado democraticamente” (*id.*, 1968, p. 293).

580 “Resumindo: tanto no estado democrático como no monárquico, somente podemos alcançar um sujeito adequado e utilizável da soberania e um conceito do estado se concebemos a *volonté générale* como algo real e presente, unificada em uma instância representativa; somente outorgando à *volonté générale* as duas características de *realidade* e *presença* é possível entender a natureza representativa de uma instância e dos representantes” (*id.*, 1965, p. 168).

581 “Não é possível conceber o Estado como unidade, segundo um critério científico-real, afirmando que consiste na função real de uma vontade unitária que vive em todos os habitantes, como unidade de consciência, sentimento, interesses ou vontade. E como os nossos teóricos do Estado não podem deixar de considerar a *volonté générale* como uma transubstanciação da *volonté de tous*, convencem-se facilmente de que a unidade de tal ‘grupo de vontade’ não seja apenas uma ficção. [...] A unidade estatal não parece, de fato, nem como ‘orgânica’ nem como fictícia, mas como unidade de ação humana organizada de natureza especial” (*id.*, 1968, p. 274).

582 *Ibid.*, p. 293.

3.4.3 Democracia e homogeneidade

Uma ideia que guarda relação com o princípio da soberania do povo e, também, com a questão da eficácia do sistema jurídico é a ideia de homogeneidade, que, assim como o fez Schmitt, Heller também aborda. Entretanto, apesar de tratarem do mesmo tema, este trabalha contra aquele, que, neste assunto, é seu principal adversário.

Primeiro de tudo, como comenta Dyzenhaus, “Heller negava haver uma crise da democracia”⁵⁸³, e a prova disto é que “[m]esmo antirracionaisistas como Schmitt apelam para a soberania do povo para legitimar o ditador que estabelecerá a nova constituição”⁵⁸⁴. Seguindo este raciocínio, ele defende o parlamentarismo e afirma que Schmitt está equivocado quando considera a essência desta instituição ser a *crença na discussão*⁵⁸⁵. Para Heller:

Na verdade, a história intelectual apresenta, como fundamento do parlamentarismo, a crença não na discussão em si mas na existência de uma base comum para a discussão e na possibilidade de *fair play* [em inglês no original] para os oponentes políticos internos [...], aos quais se pensa poder excluir a força bruta e poder chegar a compromissos.⁵⁸⁶

Assim, embora Heller considere que “[a] unidade de decisão territorial torna a essência do político compreensível para nós”⁵⁸⁷, e que “toda política consiste na formação e manutenção desta unidade”⁵⁸⁸, ele rejeita a distinção *amigo/inimigo* de Schmitt como algo que “procura eliminar a política interna de um estado”⁵⁸⁹. Ele prossegue, afirmando que, se a democracia é o governo do povo, este precisa formar uma unidade de decisão⁵⁹⁰; e a maneira de realizar isto é por meio da representação parlamentar, na qual “os representantes [...] possuem um mandato magisterial e não soberano”⁵⁹¹. Assim, fazendo uma referência ao que expus na seção anterior, “[a]pesar de seu poder como representante autônomo, ele permanece juridicamente vinculado à vontade do povo”⁵⁹².

583 DYZENHAUS, 1997a, p. 189.

584 *Ibid.*, loc. cit..

585 Cf. HELLER, 2000, p. 260.

586 *Ibid.*, loc. cit..

587 *Ibid.*, p. 256.

588 *Ibid.*, p. 258.

589 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 147..

590 Cf. HELLER, *op. cit.*, p. 259.

591 *Ibid.*, loc. cit..

592 *Ibid.*, loc. cit..

Seguindo estas diretrizes para a legitimidade e a estabilidade do estado, Heller declara que “[p]ara que a formação da unidade política seja possível, é necessário que exista um certo grau de homogeneidade social”⁵⁹³. Esta homogeneidade, contudo, é distinta da proposta por Schmitt. Assim explica Dyzenhaus:

[A]pesar de Heller propor uma unidade cultural que é socialmente homogênea na maneira necessária para uma democracia devidamente funcional, seu entendimento de homogeneidade é completamente diferente do conceito de homogeneidade do povo de Schmitt. [...] Heller propôs uma homogeneidade social ou um platô de igualdade social sustentado por uma cultura de compromissos e ampliação desta igualdade.⁵⁹⁴

Diferentemente também de Schmitt, sua proposta não pretende encerrar os conflitos internos ou acabar com a política interna. Criticando a distinção amigo/inimigo de seu adversário, ele afirma que, se fosse verdade que isto é o essencial da política, “seguir-se-ia que a instituição e a existência da unidade política seria algo completamente apolítico”⁵⁹⁵; e, sobre o fim dos conflitos, considera que “homogeneidade social não pode nunca significar a abolição da estrutura social inerentemente antagonística. A comunidade pacífica livre de conflitos e a sociedade sem dominação podem ter sentido como promessas proféticas”⁵⁹⁶.

Sua preocupação é novamente com a legitimidade e a estabilidade do estado, e estas críticas têm um alvo específico – algo que Dyzenhaus considera como um dos catalisadores para o fim da República de Weimar⁵⁹⁷ – que é a igualdade meramente formal:

Uma vez que [...] o proletariado creia que a igualdade democrática de seu oponente superpotente condene a forma democrática da luta de classes a uma falta de esperanças, ele recorrerá à ditadura. [...] Sem homogeneidade social, a mais radical igualdade formal torna-se a mais radical desigualdade; e a democracia formal torna-se a ditadura da classe dominante. [...] O estadista que não tentar honestamente fazer com que suas decisões políticas transcendam os preconceitos de classe, o juiz que não tentar constantemente equilibrar os juízos de valor de todas as classes para evitar uma justiça que está atada a uma delas [...] representarão para o proletariado o estado de classe nu que não tem poder de obrigá-lo e, como mero instrumento de repressão, vale apenas ser combatido. Em tal situação, não apenas a condição econômica, mas também suas consciências éticas e intelectuais confrontar-se-ão como entidades heterogêneas sem nenhum meio de mediação.⁵⁹⁸

593 HELLER, 2000, p. 260.

594 DYZENHAUS, 1997a, p. 189-90.

595 HELLER, *op. cit.*, p. 258.

596 *Ibid.*, p. 261.

597 “De fato, a homogeneidade jurídico-política formal, instituída pelo princípio da proteção sob o direito, é precisamente o que, no fim de Weimar, ameaçava a formação democrática da unidade política” (DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 193).

598 HELLER, *op. cit.*, p. 262-3.

Concordo com as opiniões de Heller de que a igualdade material é importante para uma democracia e, até, para outras formas de governo; mas isto é uma opinião política, mesmo que embasada na conclusão técnica de que, quanto mais cidadãos estiverem satisfeitos com o direito e com o estado, por óbvio, menos resistirão a estes. É claro que isto não encerraria o problema da violação ao direito, pois alguém poderia cometer um ilícito para obter alguma vantagem; fá-lo-ia, contudo, não por se opor ao direito em si, mas para burlá-lo. De qualquer forma, mesmo não resolvendo o problema, a igualdade aumentaria a eficácia do direito. Como coloquei, porém, é uma questão de *eficácia* e não de *existência*: o direito – ou, se quiserem me censurar por utilizar este termo, o sistema normativo-coercitivo – continuaria existindo.

3.4.4

O paradoxo da decisão

Apropriando-me da frase de Dyzenhaus, esta dificuldade de compartimentalizar os argumentos leva a teoria de Heller a algumas dificuldades. A maior delas é, mesmo do ponto de vista técnico, não chegar a nenhum resultado efetivo; e isto se reflete em sua teoria da decisão judicial. A conclusão de Heller que mais reflete este problema é o seguinte trecho de *Teoria do estado*:

Em última instância, sempre veremos confirmar-se a tese de que a Constituição real consiste nas relações de poder. [...] Por mais controles que se estabeleçam, nunca se poderá resolver o problema: *Quis custodes ipsos custodem?* [*Quem vigia o vigia?*]⁵⁹⁹

É claro que este problema também se encontra em Kelsen, mas, se este ignora o problema, afirmando que uma ciência jurídica nada pode dizer sobre a interpretação, Heller tenta solucionar o dilema por meio de sua teoria dos princípios. Solução um tanto impotente, já que a conclusão acima é feita após a exposição da mesma teoria, o que demonstra que ele reconhece o problema.

Os problemas permanecem quando ele analisa os *direitos de resistência legal e moral*, afirmando que o primeiro não possui existência lógica diante da razão de estado e do perigo da anarquia⁶⁰⁰, mas o segundo nunca poderá deixar de existir. No entanto:

599 HELLER, 1968, p. 306.

600 “A razão de Estado tem ‘direito’ de afirmar [...] que a legalização de um direito de resistência contra uma ordem estatal que se considera eticamente reprovável não significa outra coisa senão a legalização [...] da anarquia. E o abandono de toda segurança jurídica levaria ao aniquilamento tanto do indivíduo como do Estado” (*ibid.*, p. 270).

O reconhecimento de um direito moral de resistência não implica, de modo algum, que se vá eliminar da eterna luta da consciência jurídica contra o direito positivo esse caráter trágico [...]. A resistência não legalizada da consciência jurídica só é possível, em última análise [...], arriscando a vida.⁶⁰¹

Somado a tudo isto, há o problema de Heller ser veemente contra a revisão constitucional, algo que Dyzenhaus reconhece⁶⁰², mas ele tenta mediar esta situação recorrendo à teoria dos princípios⁶⁰³. Na verdade, ele novamente confunde os dois momentos da teoria de Heller, que, como Caldwell explica, adota uma posição pragmática e política muito semelhante a de Radbruch antes da guerra – que o direito é mais que a mera positividade, mas que a positividade deve ser obedecida pelos juízes:

A ideia substantiva do *Rechtsstaat* não privava o legislativo de toda vontade, mas estabelecia limites dentro dos quais podia atuar. [...] De fato, as inclinações reformistas e social-democráticas de Heller requeria tal teoria da organização. A social-democracia estava diante da tarefa aparentemente contraditória de defender a lei fundamental da Alemanha e, ao mesmo tempo, condenar a ordem econômica básica da sociedade alemã. O socialismo reformista de Heller adotou a pressuposição estratégica de que um estado parlamentarista formalmente democrático era “relativamente autônomo” a possuía suas próprias leis internas [...] que poderiam ser usadas para transformar a sociedade. [...] A teoria hierárquica da interpretação de Heller era baseada em sua teoria da organização. O judiciário tinha o direito de aplicar as leis somente nos limites das leis existentes.⁶⁰⁴

Apenas em *Teoria do estado* Heller surge com a seguinte proposta:

Esta [a soberania] consiste na capacidade, tanto jurídica como real, de decidir de maneira definitiva e eficaz em todo conflito que altere a unidade da cooperação social-territorial, em caso necessário mesmo contra o direito positivo e, além disso, impor a decisão a todos [...].⁶⁰⁵

Além disto, há todas as considerações sobre os princípios, que já vimos, e como, ao positivar os princípios, o legislador concede autoridade ao judiciário para concretizá-los. Todas estas propostas são posteriores ao julgamento *Preußen contra Reich*, e a experiência de Heller neste, além do trauma do fim da república, podem ter contribuído para a transformação de sua teoria.

601 HELLER, 1968, p. 272.

602 “Heller parecia rejeitar completamente conceder qualquer papel construtivo à interpretação judicial. Assim, ele vigorosamente criticava o judiciário de Weimar pela arrogação de poderes legislativos nos anos Vinte” (DYZENHAUS, 1997a, p. 201).

603 Cf. *ibid.*, p. 202-205. “Quando se declara que o Estado só pode ser consagrado por sua qualidade de organização para a segurança jurídica, quer-se dizer que só pode justificar-se enquanto sirva à aplicação e execução dos princípios morais do direito. [...] É evidente que o nosso conceito de segurança jurídica torna-se muito mais amplo que o usual. Não é tão somente a exigência de uma certeza de execução, garantida pela coação organizada estatalmente, mas, além disso, e antes dela [...], a certeza de sentido do direito é o que reclama a organização do Estado pelas vias do direito” (HELLER, *op. cit.*, p. 267-8).

604 CALDWELL, 1997, p. 132-41.

605 HELLER, *op. cit.*, p. 289.

Nos argumentos de Heller perante a corte, se podemos observar alguma mudança de posição, esta é bastante tímida. Ele utilizou um argumento político, mas este era mais de fato do que teórico – acusações de conspiração entre Papen e os nazistas⁶⁰⁶. A corte, contudo, rejeitou tanto estes argumentos quanto os contrários, isto é, de que havia uma conspiração do SPD com os comunistas⁶⁰⁷; como vimos, ela baseou sua decisão no §2º, que tratava das convulsões sociais, e não no §1º, que tratava do fato da Prússia ter descumprido lei do Reich.

No que diz respeito aos argumentos sobre o §2º, Heller trata de princípios de forma muito discreta e não se distingue muito de Kelsen. Ele afirma que, para a intervenção ser válida, “a magnitude da alteração [ordem] ou o perigo para a segurança e a ordem públicas [deveria ser] *mais grave* que nos outros estados federados [... U]m procedimento unilateral contra e dentro da Prússia violaria o princípio da igualdade federal”⁶⁰⁸. Além disto, afirma também que “uma competência ilimitada [do presidente do Reich] representaria uma *contradictio in adjecto*”⁶⁰⁹.

Heller, como segundo requisito, afirma também que seria uma condição para a legalidade da intervenção que “o governo da Prússia não pudesse ou não quisesse proteger a segurança e a ordem”⁶¹⁰. Embora este argumento seja relacionado com o princípio federativo, acaba tornando-se uma questão mais de fato, e a explicação de Heller para a perturbação na ordem foi “a revogação da proibição do uso de uniformes e da realização de manifestações, ou seja, graças a uma medida tomada pelo governo do Reich”⁶¹¹. Dito isto, ele considera que, mesmo que a intervenção seja considerada válida, ela só será legal se:

1. somente se possam aplicar as medidas “necessárias”;
 2. não se pode infringir o assim chamado “mínimo organizacional” da Constituição;
 3. os direitos fundamentais a serem suspensos não se enumeram de forma exemplificativa, mas de forma taxativa, de modo que não se pode derrogar nenhum outro direito fundamental;
- Da essência do estado de exceção resulta que as medidas “necessárias” [...] *não podem ser adotadas de forma permanente*.⁶¹²

606 “Ele estava determinado a provar que o padrão de eventos tanto antes quanto depois do *coup* do governo federal demonstravam que o *coup*, longe de ser a ação de um governo apolítico e independente, tal como retratado por Schmitt, era resultado de um conluio deliberado entre os nazistas e o gabinete de Papen” (DYZENHAUS, 1997a, p. 208).

607 Cf. CALDWELL, p. 165-7.

608 HELLER, 2015, ed. eletrônica não paginada, §8º. Estas citações são de um artigo de Heller publicado entre o julgamento e a sentença que sintetizam seus argumentos perante a corte.

609 *Ibid.*, §3º.

610 *Ibid.*, §8º.

611 *Ibid.*, loc. cit..

612 *Ibid.*, §§10-3.

Como se pode ver anteriormente na decisão da corte, estas exigências de Heller foram atendidas. Podemos dizer que o princípio federativo foi levado em conta quando o Staatsgerichtshof decidiu que o Reich não poderia substituir a Prússia nas instâncias representativas. Agora, como foi dito, tratava-se de um litígio no qual as questões de fato deveriam ser provadas, e ambas as partes não conseguiram provar os conluíus que alegavam⁶¹³.

A questão que permanece é que, se Heller houvesse utilizado sua teoria dos princípios de forma mais contundente e como foi elaborada em *Teoria do estado*: 1) isto afetaria o julgamento da corte; 2) isto impediria o avanço nazista e sua subsequente tomada do poder e sincronização de todas as áreas do estado e da sociedade; 3) isto serviria como teoria geral do direito ou apenas seria um expediente tático a ser utilizado naquele momento, o que o caracterizaria mais como parte da teoria da estratégia do que como parte da teoria jurídica. Todos estes pontos serão tratados na última parte do desenvolvimento desta tese, assim como em sua conclusão, mas, para finalizar este capítulo, tecerei algumas palavras sobre o último ponto deste questionamento.

3.5

Conclusão: Dyzenhaus e o efeito *Humpty Dumpty*

A menção que faço aqui a personagem de *Alice através do espelho* não é uma liberdade, mas uma referência direta a Dyzenhaus, pois ele utiliza-a em um de seus ensaios. Este se chama exatamente *Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law* e traz uma menção a uma decisão de Lord Atkin em *Liveridge vs Anderson*, a qual reproduz citando diretamente Dyzenhaus, pois é seu pensamento que importa e não a decisão em si ou a obra de Lewis Carroll: “‘quando eu uso uma palavra’, disse Humpty Dumpty em um tom bastante zombador, ‘ela significa o que eu quiser que ela signifique, nem mais, nem menos’”⁶¹⁴.

A crítica é dirigida ao positivismo e, é claro, pode ser aplicada perfeitamente à teoria da *moldura da lei* de Kelsen. A questão, contudo, é se o mesmo não pode ser dito da teoria dos princípios que Dyzenhaus adota. Como vimos quando tratei de Dworkin, ele afirma que não há um núcleo duro da lei no sentido positivo e

613 Caldwell comenta que “a corte não se questionou se Papen pretendia utilizar os poderes presidenciais de emergência para alterar a constituição em uma direção autoritária; um ponto que poderia ser sustentado pelos discursos de Papen nas rádios. A acusação, contudo, falhou em apresentar este argumento, sustentando, em vez disto, acusações de conspiração” (CALDWELL, 1997, p. 167).

614 DYZENHAUS, 2003, p.1.

tudo é um mero acordo provisório sobre uma determinada interpretação. Se não há, porém, determinação de sentido na lei positiva, haverá muito menos em princípios vagos e não escritos. Como o próprio Heller coloca, “[é] justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita esses princípios jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição”⁶¹⁵. Poderíamos, todavia, reescrever a proposição como *é justamente esta falta de determinação de conteúdo que capacita estes princípios jurídicos a desempenharem uma função Humpty Dumpty na constituição*.

A solução de Kelsen – ou melhor, a ausência de solução –, é claro, não é satisfatória, mas a solução proposta por Dyzenhaus, Dworkin, Heller, Radbruch e Alexy também não provê nenhuma garantia que estes princípios serão efetivados da maneira que eles querem que sejam efetivados, mas, ao contrário, permite muito mais que juízes sejam *Humpty Dumptys* do que se adotassem uma interpretação formalista. É claro que, se o direito positivo for ruim, a interpretação formalista sê-lo-á igualmente, mas a adoção de princípios vagos e indeterminados tampouco soluciona o problema; ao contrário, como veremos posteriormente, foi um recurso amplamente utilizado pelos nazistas.

Com isto, chegamos a um outro problema. Dyzenhaus conclui sua obra da seguinte forma:

As instituições da legalidade precisam ser democráticas – precisam responder aos princípios de prestação de contas [*accountability*] e de participação que sempre, ainda que de forma embrionária, fizeram parte de nossa concepção ocidental do direito. Precisam, no entanto, também responder aos ideais de igualdade em constante mudança. Se o *Rechtsstaat* formal permanecer puramente formal, como Heller alertou, ele falha em se transformar em um *Rechtsstaat* social; sua promessa de igualdade será pior do que vazia: será vista como um engodo.⁶¹⁶

Embora eu concorde politicamente com as considerações de Dyzenhaus e de Heller – *politicamente* no sentido que Kelsen dá quando afirma que: “quando eu defendi a democracia ou o pacifismo, nunca passei este julgamento como resultado de uma estudo objetivo, mas declarei aberta e honestamente ser a consequência de um juízo subjetivo de valor”⁶¹⁷ –, além de concordar no sentido técnico relativo à eficácia e estabilidade tanto do estado quanto do ordenamento jurídico, creio que ambos falham imensamente não só no plano teórico da definição do direito mas também no aspecto técnico, no sentido de não fornecer uma solução

615 HELLER, 1968, p. 304.

616 DYZENHAUS, 1997a, p. 258.

617 KELSEN, 2000b, p. 80.

pragmática e formal para a solução do problema e terminar com a indagação *quis custodet ipsos custodem*.

Tudo isto será temas que tratarei nos próximos capítulos, mas, para concluir, creio que Dyzenhaus também falha na proposta de seu livro. Ele inicia sua obra como se fosse apresentar uma solução, se não fosse para o problema da ascensão do nazismo, ao menos, para o problema da decisão do Staatsgerichtshof, mas ele termina o livro apenas defendendo uma proposta política social; o que sobra da proposta jurídica é sua defesa de um ativismo judicial ancorado em uma concepção moral. Deste modo, a única conclusão que permanece, feita na introdução e que pode ser aplicada tanto sobre sua visão sobre o fim de Weimar quanto ao julgamento, é: “que não havia democratas o suficiente para defender Weimar significa que não havia pessoas o suficiente com o tipo certo de compromisso político”⁶¹⁸.

Esta afirmação possui os mais diversos problemas. Do ponto de vista formal, que não é o objetivo de Dyzenhaus, mas merece ser observado, havia compromissos políticos dos mais diversos, de modo que não era um problema de não haver compromissos morais, mas diversas morais em confronto, algumas, contra a democracia. Como não é o objetivo de Dyzenhaus, chegamos ao aspecto substancial; isto, contudo, é trivial – ou, como se diz coloquialmente, o *óbvio ululante* –, pois é como se ele falasse *se todos pensassem como eu – e Dworkin, e Heller, etc. – Weimar não cairia ou se não houvesse nazistas ou golpistas dos mais diversos matizes políticos, idem, e não haveria nazismo*. Por último, chegamos ao problema – parafraseando Dyzenhaus ao contrário – dele não compartimentalizar seus argumentos. Esta não compartimentalização não o leva a uma teoria que conjuga substância e forma, mas que acaba por ignorar esta última. Como efeito prático, tomemos esta observação de Heller:

As ideologias legitimadoras socialmente válidas em uma comunidade jurídica são as que decidem qual a autoridade chamada para estabelecer, aplicar e executar os preceitos jurídicos positivos. Essa autoridade deverá estar autorizada e dotada de poder para efetuar a asseguuração do direito.⁶¹⁹

Ele afirma que deve haver um órgão para aplicar e executar o direito, este que, por sua vez, deve incluir os princípios fundamentais do direito. Se for o legislativo ou o executivo, teremos apenas a concepção fictícia do *órgão que se autor-regula* – uma transposição do princípio da *infalibilidade real* para a democracia.

618 DYZENHAUS, 1997a, p. 5.

619 HELLER, 1968, p. 268.

Se for o judiciário, teremos a delegação a um órgão não democrático para decidir sobre a moral da sociedade. Mais uma vez, tudo termina no problema *quis custodet ipsos custodem*, e tudo que as teorias neojusnaturalistas e neoconstitucionalistas têm a oferecer ao problema da moldura da lei de Kelsen é uma retórica moralista – uma espécie de moral para juízes – que não apenas não resolve o problema mas pode intensificá-lo.

Por último, a ideia de Dyzenhaus que Heller *destranscendentaliza a moral* é problemática, pois, embora este apele para uma moral social, contextual e, assim, supostamente *imane*nte, ao defender que os juízes devem ser os guardiões desta moral, ela passa a ser uma *ideia* e, portanto, um *transcendental*. Como Kelsen afirmou, “[o] que a maioria dos juízes [...] considera como justo pode contradizer completamente o que a maioria dos habitantes do estado considera justo”⁶²⁰, e nada garante que chegarão à conclusão certa, mesmo que estejam bem-intencionados.

620 Kelsen, 2015a, p. 60-1.

4

Fantasmagoria e hostilidade

A partir da virada deste século, podemos perceber uma mudança no pensamento de Dyzenhaus tanto em sua própria teoria quanto no tratamento que dá à filosofia de Hobbes. As causas mais evidentes disto foram os eventos de 11 de setembro nos Estados Unidos e a subsequente *guerra ao terror*. Mas esta transformação também parece ter raízes no diferente tratamento que ele dá ao pensamento político-jurídico de Hobbes; algo que parece ser fruto de um estudo mais aprofundado da obra do filósofo inglês.

Esta mudança é aparenta ser *radical*, pois parece ter havido uma *conversão* em Dyzenhaus – de opositor, ele passa a ser um defensor da teoria de Hobbes. A *radicalidade* desta mudança, contudo, deve ser minimizada, porque ele passa a tratar o filósofo inglês não como o fundador do positivismo mas como alguém que pode oferecer meios de confrontar esta corrente do pensamento jurídico. Se, antes, ele afirmava que o “ideal [da concepção do direito como fato] é autoritário e tem suas raízes no positivismo jurídico de [...] Thomas Hobbes”⁶²¹, a partir de 2001, ele passa a afirmar que:

O positivismo jurídico domina, atualmente, o grande debate da filosofia jurídica entre ele e o direito natural. Argumentarei que uma leitura mais atenta da obra de Thomas Hobbes – considerado por muitos como o fundador da tradição positivista – revela uma versão de antipositivismo que possui o potencial de alterar os contornos deste debate.⁶²²

O maior sinal de que ele se aprofundou não apenas na leitura da obra de Hobbes, mas, também, em sua literatura secundária é o conhecimento da tese do *hobbismo*. Esta tese não é nova, e Parkin aponta que os contemporâneos de Hobbes – tanto seus seguidores como seus detratores – já se utilizavam do termo⁶²³. Sobre a análise do conceito no século XX, Phyllis Doyle, já em 1927, comentou que, a partir da segunda metade do século XVII, “[h]obbismo” tornou-se um termo que exprimia completa depravação e licenciosidade⁶²⁴. A primeira análise, contudo, que procurou diferenciar uma leitura mais adequada da teoria de Hobbes do *hobbismo* foi feita por Sterling Lamprecht em 1940:

621 DYZENHAUS, 1991, p. 221.

622 *Id.*, 2001, p. 461.

623 *Cf.* PARKIN, 1999, p. 95, *id.*, 2007a, *passim*, e *id.*, 2007b, p. 447.

624 DOYLE, 1927, p. 336.

Lamprecht argumentou que, coletivamente, para estes críticos [hobbitas], a teoria política de Hobbes resumir-se-ia em quatro pontos que constituíam o hobbitismo político. O primeiro seria uma concepção misantrópica da natureza humana, pela qual o homem estaria naturalmente inclinado a malícia e a fraude, a violência e a crueldade. O segundo seria o aparente relativismo moral de Hobbes, segundo o qual as distinções morais seriam meras convenções arbitrárias, em última análise, determinadas pelo Estado. Os dois últimos elementos referir-se-iam ao absolutismo de Hobbes, sugerindo que um governante de fato não poderia ser injusto ou imoral, já que seus comandos eram os critérios do certo e do errado, e que qualquer recurso à lei para a proteção de direitos era inválido.⁶²⁵

Lamprecht comenta que o “[h]obbitismo, assim definido, pode encontrar fundamentação nas obras de Hobbes quando estas são lidas apressadamente ou quando frases destacadas destas são citadas fora do contexto”⁶²⁶; o próprio Hobbes, porém, declarou que “não são as palavras nuas, mas o Escopo do que pretende o autor que dá a correta luz [para a interpretação do texto]; e aqueles que insistem em Fragmentos isolados, sem considerar o projeto principal, nada extraem deles com clareza”⁶²⁷. Deste modo, o próprio autor condena a leitura hobbitista de sua obra.

Dyzenhaus, por sua vez, ao mudar de opinião, praticamente confessa ter sido um hobbitista⁶²⁸. Anteriormente, ele afirmava que:

Hobbes era um subjetivista: ele pensava não haver nada além de uma expressão de desejo individual para uma reivindicação de direitos. Concluiu que indivíduos no estado de natureza, no qual não há uma ordem política, terminariam em uma guerra de todos contra todos, pois não seriam capazes de transcender o confronto inevitável de suas razões individuais *naturais*. A única solução para este problema é provida quando indivíduos instituem o soberano como padrão *artificial* de correta razão. [...] A solução de Hobbes é autoritária, porque ele considera, como se percebe de sua definição de direito, que qualquer ordenamento jurídico positivo é justificado qualquer que seja seu conteúdo [...].⁶²⁹

A semelhança deste trecho com a definição de hobbitismo proposta por Lamprecht é imensa. Sua releitura de Hobbes, porém, parece produzir um *hobbitismo às avessas*, pois ele enfatiza excessivamente uma leitura moral da obra do filósofo, com base em seu *direito natural*:

O direito natural de Hobbes revela os compromissos de moralidade política com os quais está implicada uma sociedade cujo poder político pertence a um tipo específico de pessoa *artificial*: um estado que é legalmente constituído e, portanto, exerce seu poder por meio do direito.⁶³⁰

625 PARKIN, 2007a, p. 3. Reproduzo aqui a descrição de Parkin por ser mais sintética; a descrição original encontra-se em LAMPRECHT, 1940, p. 32-33.

626 *Ibid.*, p. 33.

627 HOBBS, 1991a, p. 415.

628 DYZENHAUS, 2001, p. 463.

629 *Id.*, 1991, p. 222.

630 *Id.*, 2012, p. 189.

Não discordo da última proposição de Dyzenhaus – que o *estado de direito* é um *estado legalmente constituído que exerce seu poder por meio do direito* – e, quando digo que sua releitura leva a um *hobbismo às avessas*, não quero dizer que esta seja totalmente inválida; ao contrário, ele suscita questões pertinentes e, como igualmente acontecia com os críticos hobbistas de Hobbes, ao engajar-se com o pensamento mais sofisticado do filósofo, ele acaba por aprimorar sua teoria jurídica⁶³¹. Ele também oferece uma sofisticada análise do catálogo das leis naturais de Hobbes que, embora pareça intuitiva após sua leitura, é, até onde eu sei, inédita⁶³². A partir desta análise, sua teoria também toma contornos mais fulleri-
anos do que dworkinianos, pois ele afirma que “o antipositivismo de Hobbes manifesta-se mais como requisitos de forma do que de substância”⁶³³.

Por outro lado, ele parece misturar a teoria ética de Hobbes com a política e minimizar seu relativismo. Hobbes era, de certo modo, sim, um relativista, mas também era um consequencialista, no sentido de que toda ação leva a uma reação⁶³⁴. Este consequencialismo possui implicações tanto éticas quanto políticas, mas situa-se mais no âmbito da questão da eficácia do que da existência de um estado. O relativismo também deve ser entendido a partir de suas bases filosóficas, algo de que Dyzenhaus não trata. Sendo assim, dedicar-me-ei neste capítulo a aprofundar, quando possível, ou refutar, quando necessário, a análise feita por ele e, a partir disto, desenvolver os conceitos de *fantasmagoria* e *hostilidade* a partir da obra de Hobbes; conceitos fundamentais para afastar a crítica do positivismo baseada em sua suposta adoção pelo nazismo.

4.1 As bases filosóficas de Hobbes

É impossível entender plenamente a teoria político-jurídica de Hobbes sem a compreensão de suas bases filosóficas; e, quando digo bases filosóficas, quero dizer as bases ontológicas e epistemológicas de sua filosofia – aspectos comumente negligenciados nas análises mais superficiais de sua teoria.

631 Samuel Mintz, em um clássico estudo sobre a recepção da obra de Hobbes e seus críticos, afirma que “Hobbes exerceu uma sutil mas poderosa influência sobre seus críticos: ele impôs sobre eles seus próprios estritos e racionais padrões de argumentação” (MINTZ, 1970, p. 149).

632 É sua própria opinião, a qual tomarei como um *fiat*, pois refutá-la não é algo relevante para este trabalho. Cf. DYZENHAUS, 2001, p. 469.

633 *Ibid.*, p. 479.

634 “Hobbes argumentava que o conhecimento consiste na conexão necessária de eventos” (KASSLER, 1995, p. 97).

Ontologicamente, Hobbes pode ser descrito como um *realista*, no sentido de que há um mundo real, independentemente das mentes, o que o contrapõe aos *idealistas* ou *subjetivistas*, que acreditam que as mentes criam o mundo⁶³⁵. Além disto, ele é um *materialista*, pois afirma que o *universo* – *tudo o que há* – é *corpóreo*⁶³⁶. Epistemologicamente, porém, ele é um *subjetivista*, pois considera que a percepção do mundo é sempre *interpretada* ou *mediada pelos sentidos*, contrapondo-o aos *objetivistas* que, dentre seus contemporâneos, eram representados pelos escolásticos aristotelianos. A partir desta ideia, embora sua ontologia seja realista, suas *categorias* não o serão mas, sim, *convencionais*. Estes aspectos epistemológicos são fundamentais para a compreensão dos desdobramentos de sua filosofia e será o primeiro assunto a ser tratado nesta seção.

4.1.1 Fantasmas da mente

Hobbes abre *Leviatã* com a seguinte passagem:

A respeito dos Pensamentos do homem [...]. *Individualmente*, cada um deles é a *Representação* ou a *Aparência* de determinada qualidade ou outro Acidente de um corpo exterior ao nosso, comumente chamado de *Objeto*. [...] A Origem de todos eles é o que chamamos de Sensação (pois não há nenhuma concepção na mente de um homem que não tenha sido primeiramente apreendida, totalmente ou em parte, pelos órgãos dos Sentidos). O restante deriva desta origem.⁶³⁷

Nesta passagem, podemos ver alguns elementos essenciais da filosofia de Hobbes. Primeiro, há a ideia de que a mente é uma *tabula rasa*, isto é, não há nenhuma ideia ou concepção inerente a ela, embora haja, é claro, funções sensoriais e cognitivas sem as quais seria impossível apreender as imagens do mundo exterior e conceitualizá-las em ideias. Em segundo lugar, há a ideia de que a percepção do mundo exterior não é a percepção do *mundo em si*, mas uma

635 Falando do experimento intelectual proposto por Hobbes em *De corpore*, o qual trata do que sobraria na mente de um indivíduo se tudo mais fosse aniquilado (*cf.*, HOBBS, 2005, p. 91), Zarka comenta que “a hipótese não lança nenhuma dúvida sobre a existência do mundo: ao contrário, aquilo que supostamente permanece uma vez que o mundo é supostamente destruído demonstra que o mundo existiu em algum momento” (ZARKA, 2011, p. 94).

636 “A Palavra *Corpo*, em sua acepção mais comum, significa aquilo que ocupa algum lugar ou espaço imaginado; e não depende da imaginação, mas de uma parte real do que chamamos *Universo*. Pois, sendo o *Universo* o Agregado de todos os *Corpos*, não há nenhuma parte dele que não seja também *Corpo* nem algo que seja propriamente um *Corpo* que não seja parte deste Agregado de todos os *Corpos* que é o *Universo*” (HOBBS, 1991a, p. 269-70). “O Mundo (e digo não a Terra [...]) mas o *Universo*, isto é, toda a massa de coisas que existem) é *Corpóreo*, isto é, *Corpo* [...]; e o que não é *Corpo*, não é parte do *Universo*: e, como o *Universo* é *Tudo*, o que não é parte dele é *Nada* e, conseqüentemente, *nenhum lugar*” (*ibid.*, p. 463). Hobbes considera *incorpóreo* e *imaterial* como sinônimos: “*Incorpóreo*, isto é, *Imaterial*” (*ibid.*, p. 352).

637 *Ibid.*, p. 13. *Acidente*, termo que vem da escolástica, significa tudo que não é *essencial*.

percepção mediada pelas funções sensoriais e cognitivas, isto é, uma interpretação. Em obra anterior a *Leviatã* ele apresenta a seguinte proposição:

[Q]uaisquer acidentes ou qualidades que nossos sentidos nos fazem pensar haver no mundo não existem realmente lá, mas são apenas aparências e aparições. As coisas que realmente existem no mundo, independentemente de nossos sentidos, são os movimentos pelos quais estas aparências são causadas. E esta é a grande ilusão dos sentidos, que também deve ser corrigida pelos mesmos sentidos.⁶³⁸

Esta proposição é também uma refutação da doutrina escolástica, que propunha ser a percepção de um objeto o efeito deste emitir *species intelligibilis*: algo como uma *emissão de essências à distância* que nos permitiria perceber o objeto tal como ele é, isto é, o *noúmeno* ou a *coisa em si*⁶³⁹. Hobbes rejeita esta ideia e afirma que “uma coisa é o objeto; outra, a imagem”⁶⁴⁰; e estes “primórdios do conhecimento [...] são os fantasmas do sentido e a imaginação”⁶⁴¹.

Estas proposições de Hobbes estão de acordo com os conhecimentos científicos atuais, pois, como afirma o físico-químico Jim Baggott, “[o] que você toma como realidade não passa de sinais elétricos interpretados pelo seu cérebro”⁶⁴². Ele prossegue descrevendo o aparato sensorial:

[A]s pressões da seleção evolutiva levam ao desenvolvimento de um aparato sensorial que permita uma *representação* bem calibrada da realidade. Tudo o que importa é que seja uma representação que permita à criatura vantagens para sobreviver. Não há nenhuma pressão seletiva evolucionária para que a mente represente a realidade tal como ela é.⁶⁴³

4.1.2

Teoria da linguagem e a crítica das essências separadas

A ideia de Hobbes de que a percepção do mundo não constitui uma imagem fidedigna do mesmo mas uma representação interpretada reflete-se em sua teoria da linguagem. Esta teoria possui fundamental importância nos desdobramentos de sua filosofia nos âmbitos da ética e da política. Como comenta Zarka:

638 HOBBS, 1999a, p. 26.

639 Hobbes apresenta tal ideia nesta crítica: “a Escolástica, em todas as Universidades da Cristandade, com base em certos Textos de *Aristóteles*, ensinam outra doutrina: dizem, no que diz respeito à *Visão*, que a coisa vista emite, nas várias direções, uma *espécie visível* [...]. Com referência à *Audição*, dizem que a coisa ouvida emite uma *espécie audível* [...]. Inclusive sobre o *Entendimento*, dizem que a coisa Compreendida emana de si uma *espécie inteligível*, ou seja, algo *inteligível* que, ao chegar à Compreensão, faz-nos Compreender” (*id.*, 1991a, p. 14).

640 *Ibid.*, p. 14.

641 *Id.*, 2005, p. 66.

642 BAGGOTT, 2013, p. 4. Tenhamos em mente que Baggott não é um proponente de um *anarquismo metodológico*, mas, ao contrário, é crítico de que ele chama “física de contos de fada” (*ibid.*, p. xi): “partículas supersimétricas, supercordas, o multiverso, o universo como informação, o princípio holográfico, o princípio antrópico cosmológico” (*ibid.*, p. x).

643 *Ibid.*, p. 4-5.

A teoria das paixões, a dinâmica relacional que conduz ao estado de guerra, a instituição e o funcionamento jurídico do Estado não podem ser explicados em termos de movimentos e composição de movimentos. Sendo assim, os efeitos de um poder de um homem ou do poder político são definidos em termos de uma concepção que não se baseia na física, mas nos signos. Tanto a ética da potência humana quanto a teoria do poder político envolvem, em diferentes níveis, uma modalidade específica de uma *relação semiológica entre um significante e um significado*.⁶⁴⁴

Para Hobbes, assim como a percepção não constitui a captura de essências emitidas por um ser, objeto, qualidade ou situação – termos que, para evitar a repetição, descreverei como um *evento* a partir de agora –, o termo utilizado para definir um evento não reflete a essência deste. Ele constrói sua teoria a partir do conceito de *nota* – recurso mnemônico que um indivíduo utiliza para classificar um evento para si mesmo⁶⁴⁵ – e, quando esta é utilizada para comunicar-se com alguém, tal marca torna-se um *signo*⁶⁴⁶. Quando um signo se torna uma palavra, torna-se um *nome*, que, tal como as notas e os signos, é arbitrário:

*Um NOME é uma palavra tomada ao bel-prazer para servir como marca, que pode fazer surgir em nossas mentes um pensamento similar a outro que tivéramos antes, e, sendo pronunciada a outrem, possa ser um signo do que o falante tinha ou não em sua mente.*⁶⁴⁷

Hobbes afirma que “é por razões de brevidade que [ele supõe] que a origem dos nomes seja arbitrária”⁶⁴⁸, pois a principal questão para ele não é definir se a escolha de um som para representar uma ideia é inteiramente aleatória ou teve alguma outra origem como uma onomatopeia ou algo parecido; o que ele pretende é, novamente, refutar teorias escolásticas:

[C]omo pode algum homem pensar que os nomes das coisas foram impostos a partir de suas naturezas? [...] Sendo os nomes ordenados em uma fala [...], signos de nossas concepções, é manifesto que não são signos das próprias coisas. [...] Esta disputa – se os nomes significam a substância, a forma ou uma combinação das duas –, assim como outros tipos de sutilezas da *metafísica*, é mantida por homens equivocados que não entendem o significado das próprias palavras que disputam.⁶⁴⁹

644 ZARKA, 2001, p. 87, grifos meus. George MacDonald Ross comenta que “Hobbes ressaltou a importância da linguagem para a filosofia muito mais do que qualquer outro filósofo até a ‘virada linguística’ do século XX” (ROSS, 2009, p. 37-8). Para Martel, “a metáfora operativa de Hobbes para a política é ler” (MARTEL, 2007, p. 17-8), e a prova disto é “quando Hobbes deliberadamente traduz errado *Nosce teipsum* como ‘*Leia-te a ti mesmo*’” (*ibid.*, p. 92; cf. HOBBS, 1991a, p. 10).

645 “Chamo de NOTAS [...] imagens sensíveis que tomamos ao bel-prazer para que, pelas suas sensações, pensamentos possam ser lembrados pelas nossas mentes” (HOBBS, 2005, p. 14). É importante ressaltar que tais notas ainda não são sons ou imagens externalizadas, como placas ou escritos. Hobbes não deixa claro o que são talvez por não ter uma ideia precisa de como funcionam os processos mnemônicos, mas apenas uma intuição de que algum processo deve ocorrer.

646 “A diferença, portanto, entre notas e signos é esta: que utilizamos aquelas para o nosso próprio uso, mas estas para o uso de outros” (*ibid.*, p. 15).

647 *Ibid.*, p. 16.

648 *Ibid.*, loc. cit..

649 *Id.*, 2005, p. 16-7. É neste sentido que se deve entender a afirmação de que os nomes são *arbitrários*: não é por não terem causa, mas porque não guardam uma relação *necessária* com a coisa

Neste ponto, as críticas das teorias escolásticas da percepção e da significação se encontram, e ambas têm como raiz uma crítica dos *universais* ou das *essências separadas*. Sobre os universais, Hobbes afirma que

Esta universalidade de um nome para muitas coisas tem sido a causa do fato de os homens pensarem que as próprias coisas são universais; e argumentam seriamente que, além de Pedro, João e todo o resto dos homens – que existem, existiram ou existirão em todo o mundo –, há ainda algo mais, que chamamos de homem, ou seja, o homem em geral, enganando-nos a nós mesmos, tomando a denominação universal, ou geral, para a coisa que ela significa. [...] Não existe nada universal exceto nomes.⁶⁵⁰

Para ele, não há universais: “um *universal* não é nada senão um *nome*, e a compreensão [do *nome*] não é a da coisa *em si*, mas dos nomes e de linguagens constituídas de nomes”⁶⁵¹; e disto decorre o *erro das essências separadas*.

Destas Metafísicas, que são combinadas com as Escrituras para formar a Escolástica, dizem-nos que há, no mundo, certas Essências separadas dos Corpos, às quais chamam *essências abstratas* e *formas substanciais*. [...] Uma vez caindo no Erro das *Essências Separadas*, os homens veem-se, portanto, necessariamente envolvidos em muitos outros absurdos que dele decorrem.⁶⁵²

A partir de sua negação da existência material de universais, Hobbes é comumente classificado como um *nominalista*⁶⁵³. Esta posição, que diz respeito estritamente à questão dos universais, contrapõe-se à *realista*, cujos primeiros dois representantes mais notórios são Platão e Aristóteles⁶⁵⁴:

Platão sustentava que universais eram ideias que existiam independentemente dos objetos particulares. *Universalia sunt ante res* [...] era a caracterização medieval da posição platonista. Os primeiros escolásticos sustentavam que os universais eram, de fato, coisas reais cuja existência substancial poderia ser observada na pluralidade de objetos [...]. *Universalia sunt in rebus* [...].⁶⁵⁵

Já os nominalistas “argumentavam que apenas indivíduos existem na natureza. Em sua visão, os universais não se referem a nada e são apenas nomes (*nomina*) ou emissões vocais (*flatus vocis*). O lema desta escola era *universalia sunt post res*”⁶⁵⁶. Hobbes nunca utilizou o termo com relação a si mesmo, mas,

nomeada. No mesmo sentido: “[o] que os outros dizem [...] – que os nomes foram impostos às coisas singulares de acordo com a natureza destas – é infantil” (HOBBS, 1991b, p. 39).

650 *Id.*, 1999a, p. 36. “Um universal é aquilo abarca uma classe inteira de coisas, contrastado com uma palavra ou conceito que se refere a um indivíduo particular” (ROSS, 2009, p. 59).

651 HOBBS, 1976, p. 376, grifos meus.

652 *Id.*, 1991a, p. 463-66.

653 *Cf.*, por exemplo: FINN, 2007, p. 45-6; ROSS, *op. cit.*, p. 59-65; e ZARKA, 2001, p. 98.

654 “Realistas são normalmente divididos em platonistas (que acreditam que propriedades ou relações universais existem independentemente dos objetos particulares) e aristotélicos (que acreditam que os universais existem nos objetos particulares)” (FINN, *op. cit.*, p. 45; no mesmo sentido, *cf.*, ROSS, *op. cit.*, p. 60-1).

655 NÖTH, 1995, p. 18.

656 *Ibid.*, p. 18. Hobbes tinha um conceito ligeiramente distinto: “que ‘a existência de cada *ens*, criado ou não’, é o mesmo que sua ‘essência’” (HOBBS, 1976, p. 360).

como vimos, declarava que universais são apenas nomes. É preciso, contudo, certa cautela com a utilização da ideia de *individualidade* na teoria de Hobbes:

A alegação de Hobbes é que não há nenhum princípio único de individuação, fornecido por matéria ou forma, mas que os juízos de identidade e diferença dependem da matéria, da forma ou do agregado de todos os acidentes. [...] Segue-se que o princípio de individuação não deve ser dito como residente na matéria ou na forma, mas deve ser considerado como variando de acordo com a maneira como consideramos ou nomeamos a coisa cuja identidade está em questão. [...] Hobbes não está fazendo nada menos que modificar um princípio fundamental de individuação, transformando-o de princípio ontológico em princípio semântico. A questão da individuação não é mais ligada à constituição ontológica do indivíduo, mas antes aos modos de concebê-lo e designá-lo.⁶⁵⁷

Hobbes também tinha uma concepção do mundo distinta dos filósofos mecanicistas, como Newton e Descartes, que concebiam a realidade como um espaço absoluto no qual existiriam objetos discretos. Jamie C. Kassler explica esta diferença desta forma:

Eu contraste as teorias destes homens [Hobbes, Robert Hooke e Roger North] com a dos chamados ‘filósofos mecanicistas’. [...] Ao conceber como a ação mecânica pode ser transmitida de um ponto ao outro, os filósofos mecanicistas escolheram como explicação as ideias de impacto e pressão, pelas quais a impenetrabilidade era tida como a propriedade última de existentes mas imperceptíveis corpúsculos indivisíveis. Por meio desta abordagem [...] a mecânica é definida como uma teoria da percussão. [...] Elementos individualizados não são uma imagem apropriada da mecânica de Hobbes que se fundamenta no conceito de continuidade [...]. Contra os filósofos mecanicistas, Hobbes argumentava que a ação ocorre em um meio contínuo [...]. Por meio desta abordagem, a força é algo que tudo permeia mas é continuamente diferenciada, como um feixe de cordas elásticas esticadas sob diferentes tensões, e a mecânica é definida como uma teoria da vibração.⁶⁵⁸

Negando a existência tanto do espaço absoluto como do vácuo e concebendo o universo como um único corpo⁶⁵⁹, podemos dizer que menos que uma individuação, Hobbes concebe a existência de entes distintos como uma diferenci-

657 ZARKA, 2011, p. 102-3.

658 KASSLER, 1995, p. 2-3.

659 Como aponta Hobbes: “ainda que se afirme que um lugar é imóvel porque o espaço em geral é considerado como estando lá; se lembrássemos que nada é geral ou universal exceto nomes ou signos, ver-se-ia, facilmente, que *este espaço*, o qual diz ser considerado em geral, *não é não mais do que um fantasma*” (HOBBS, 1976, p. 106, grifos meus). A ideia de um espaço absoluto ganhou força com a física de Newton – para ele, “o espaço é absoluto e o movimento é absoluto” (ROVELLI, 2006, p. 29) –, caso contrário, algumas de suas leis sequer fariam sentido, como o princípio da aceleração (*cf.*, *ibid.*, p. 30). No entanto, “[d]epois de três séculos, Einstein encontrou uma resposta mais simples. [...] É o campo gravitacional e não o inerte espaço absoluto newtoniano que indica se um objeto está acelerando ou não” (*ibid.*, *loc. cit.*). “As concepções de espaço e tempo para Einstein são radicalmente diferentes [das de Newton]. [...] Quando massa e energia estão ausentes, o espaço é plano; conforme massas são adicionadas, o espaço curva” (BARROW, 2000, p. 168). Neste sentido, o conceito de espaço de Hobbes é bastante avançado para o pensamento de sua época. Outro aspecto revolucionário do pensamento de Hobbes é o fato da ciência moderna considerar “não haver vácuo no sentido ordinário de um plácido nada; há, na verdade, um flutuante vácuo quântico” (MILONNI, 1994, p. xi); “[n]ão podemos mais sustentar a ideia de um vácuo como se fosse uma caixa vazia. [...] Haveria sempre presente uma energia básica irreduzível que jamais poderia ser removida” (BARROW, *op. cit.*, p. 204).

ação do universo⁶⁶⁰. Isto nos leva a várias possibilidades filosóficas, muitas das quais fogem do escopo deste trabalho, mas quis deixar claro estas distinções da filosofia de Hobbes para afastar a interpretação vulgar que o considera como um mero mecanicista individualista.

4.1.3

Razão em Hobbes

O primeiro aspecto a ser ressaltado quando se fala de *razão* em Hobbes é que, para ele, não existe uma razão *transcendental*, acima de opiniões e desejos dos seres humanos, no sentido de um *bem platônico*⁶⁶¹. Como vimos, para ele, “não há nada que seja um *Finis ultimus* (fim último) ou *Summum Bonum* (bem maior) como é dito nos Livros dos antigos Filósofos Morais”⁶⁶². Para ele:

Cada homem, de sua própria parte, chama aquilo que lhe agrada e encanta de BOM; e aquilo que o desagrada de MAU. Da mesma forma que cada homem difere do outro em constituição, diferem também no que concerne a distinção do que é bom e do que é mau. Não há nada que seja [...] simplesmente bom, pois até a bondade que atribuímos ao Deus Todo Poderoso é sua bondade para nós.⁶⁶³

Hobbes refuta uma concepção racional de *vontade* que estaria ligada à ideia de uma razão que almeja este *summum bonum*. Ele redefine o conceito de *deliberação* tornando-o intrinsecamente ligado a esta ideia de desejo:

Quando, na mente humana, Apetites e Aversões, Esperanças e Temores relativos a uma mesma coisa registram-se alternadamente, e diversas consequências, boas e

660 Hobbes trata *essência* apenas como um conjunto de *acidentes* no *meio contínuo*: “embora a filosofia primeira remeta a noção de *ens* a de *corpus*, ela remete a noção de *esse* à *accidens* ao reduzir este *esse* a *inesse corporibus*. [...] Os acidentes de um corpo são modos desse corpo. [...] A implicação é que uma essência não é nada além de um acidente em virtude do qual damos certo nome a um corpo” (ZARKA, 2011, p. 99). Nas palavras do próprio Hobbes: “[o] resultado é que *esse* não é nada além de um acidente de um corpo pelo qual os meios de percebê-lo são determinados e sinalizados. [...] *Que acidentes estão presentes e são inerentes aos corpos* não deve ser entendido da mesma forma que *um corpo está presente em um corpo como parte do todo*, mas no sentido de que há movimento em um corpo movido. Sendo assim, *esse* é o mesmo que acidente” (HOBBS, 1976, p. 312).

661 Em Platão, há o *logos*, que é uma faculdade ou uma parte da alma – superior a todas as outras – que, com ajuda do *espírito* – *thymos* –, deve dominar a parte sensível – *epithymetes* – e guiar a alma – *psyche* – em direção ao bem – *agathon*: “[n]ão seria irracional [...], se afirmássemos que há duas partes distintas da alma, definindo a parte que calcula de racional e a parte que ama, sente fome e sede, e é agitada por outros desejos, de irracional” (PLATO, 1991, p. 119); e “não há na alma uma terceira [parte], a espiritual, por natureza, auxiliar da parte racional, se não for má cultivada?” (*ibid.*, p. 120). “Não é apropriado que a parte racional governe, já que é sábia e antecipou tudo que há sobre a alma, e que a parte espiritual seja obediente a ela e sua aliada? [...] E estas duas partes, assim treinadas, aprendendo seus próprios deveres e sendo educadas, assumirão controle sobre a parte sensível [...] e observá-la-ão por temor que seja preenchida pelos chamados prazeres do corpo e, assim, tornando-se maior e mais forte, sem observar seus próprios deveres, tentar escravizar e governar o que não é próprio de sua classe, subvertendo a vida inteira de um indivíduo” (*ibid.*, p. 121). Já este *bem*, mais que um universal, é o *Universal*: “aquilo que provê a verdade às coisas conhecidas e dá o poder àquele que a conhece é a *ideia* do bem” (*ibid.*, p. 189).

662 HOBBS, 1991a, p. 70.

663 *Id.*, 1999, p. 44.

más, dos nossos atos ou omissões surgem sucessivamente em nossos pensamentos, [...] a soma destes Desejos, Aversões, Esperanças e Temores, que continuam até que a coisa seja feita ou considerada impossível, é a chamada DELIBERAÇÃO.⁶⁶⁴

Em seguida, redefine o conceito de vontade da seguinte forma:

Na *Deliberação*, o último *Apetite* ou *Aversão* que ocorre imediatamente junto à ação ou omissão correspondente é o que se chama de VONTADE. O Ato (não a faculdade) de *Querer*. [...] A Definição de *Vontade* proposta pela Escolástica, considerada como um *Apetite Racional*, é falha, pois, se fosse correta, não poderia haver Ação voluntária contra a Razão. Porém, se em lugar de um *Apetite Racional* dissermos um *Apetite* originado na deliberação precedente, então a definição é igual a que foi dada por nós. *Vontade*, portanto, é o último *Apetite* da *Deliberação*.⁶⁶⁵

Para Hobbes, todo ato volicional parte de um desejo, de modo que, para ele, a razão é apenas um cálculo para atingir um fim, ou seja, um algoritmo⁶⁶⁶:

Por RACIOCÍNIO, quero dizer *computação*. Computar ou é adicionar várias parcelas ou saber o que resta quando alguma é retirada de outra. [...] Não devemos, assim, pensar que *computação*, isto é, *raciocínio*, só tem lugar com números, como se o homem fosse distinto de outras criaturas vivas [...] somente pela capacidade de enumerar, pois *magnitude, corpo, movimento, tempo, graus de qualidade, ação, concepção, proporção, velocidade e nomes* [...] são passíveis de adição e subtração. Quanto a estas coisas que adicionamos e subtraímos, ou seja, *raciocinamos*, isto quer dizer que as *contemplamos* – em grego, *λογίζεσθαι* [*logizesthæ*], linguagem, na qual, *συλλογίζεσθαι* [*syllogizesthæ*] também significa *computar, raciocinar* ou *avaliar*.⁶⁶⁷

Assim, para Hobbes, o raciocínio pode ser *reto* – no sentido de *verdadeiro* – apenas porque o *raciocínio* é *mera lógica* que parte de definições arbitrárias: “Razão, neste sentido, nada mais é que a *Consideração* (isto é, Adição e Subtração) das *Consequências* de nomes [...], para a *caracterização* e *significação* de nossos pensamentos”⁶⁶⁸. Em síntese, a razão não é nada mais do que um *processo algorítmico*: por exemplo, se alguém estiver em um cômodo e quiser dirigir-se a outro, deverá procurar a porta e, não havendo nenhum obstáculo pelo caminho, seguir uma linha reta; caso, ao contrário, dirija-se em direção à parede, terá *raciocinado errado*⁶⁶⁹. Isto também elimina uma concepção de que a *razão*

664 HOBBS, 1991a, p. 44.

665 *Ibid.*, p. 44-5. Embora o conceito de *inconsciente* seja posterior à filosofia de Hobbes, não há nada que implique a deliberação não possa ocorrer de forma inconsciente como se vê aqui.

666 “Informalmente, um *algoritmo* é qualquer procedimento computacional bem definido que toma algum valor ou conjunto de valores como *entrada* e produz algum valor ou conjunto de valores como *saída*. Um algoritmo é, assim, uma sequência de passos computacionais que transformam uma entrada em uma saída” (CORMEN, 2009, p. 5).

667 HOBBS, 2005, p. 3-5.

668 *Id.*, 1991a, p. 32.

669 “Pois cada homem utiliza a razão para procurar os meios para os fins que propõe para si mesmo. Se raciocinar corretamente – isto é, se começar pelos princípios mais evidentes e traçar um discurso contínuo de consequências necessárias –, ele procederá pelo caminho mais curto; se não, desviar-se-á, isto é, *fará, dirá* ou *tentará* algo contra seu propósito; e quando isto fizer, diremos que *errou* o raciocínio” (*id.*, 1998, p. 162).

nunca erra, pois a vontade “segue tanto o julgamento de uma razão equivocada quanto de uma certa, e a verdade é que segue sempre a opinião sobre o benefício ou malefício de seu objeto, seja esta opinião verdadeira ou falsa”⁶⁷⁰.

A partir disto, Hobbes traça a distinção ente *verdade/falsidade* e *acerto/erro*. Ele propõe que “*verdadeiro e falso* são atributos da Linguagem e não das Coisas. Logo, onde não há Linguagem não há nem *Verdade* ou *Falsidade*. *Erro* pode existir, como quando esperamos que algo não aconteça [mas acontece]”⁶⁷¹. Sendo assim, o conhecimento, para Hobbes, será sempre algo contingente e passível de erros.

Do ponto de vista empírico, ele afirma que:

[S]ignos são apenas conjecturais e, de acordo com a frequência com que falham ou sucedem, suas garantias são maiores ou menores, mas nunca plenas e evidentes. Pois, ainda que um homem tenha sempre visto o dia e a noite sucederem-se um ao outro, não se pode concluir que será sempre assim ou que isto ocorre desde a eternidade. *A experiência não conclui nada de modo universal*. Se um signo ocorre vinte vezes para cada erro, um homem pode apostar vinte contra um que o evento ocorrerá, mas não pode concluir isto como uma verdade.⁶⁷²

Já do ponto de vista da razão, ele considera que uma “proposição *verdadeira* é aquela cujo predicado contém ou compreende seu sujeito, ou cujo predicado é o nome de todas as coisas das quais o sujeito é o nome”⁶⁷³; e é verdadeira porque:

[P]odemos deduzir que as primeiras verdades foram arbitrariamente impostas por aqueles que primeiro atribuíram nomes às coisas ou já as receberam atribuídas por outros; por exemplo, é verdade que *o homem é uma criatura viva*, mas simplesmente porque foi apazível aos homens atribuir ambas as referências à mesma coisa.⁶⁷⁴

Para Hobbes, a lógica é apenas “uma forma simples de linguagem, sem tropos ou figuras”⁶⁷⁵, mas cujos princípios ou “proposições *primárias* não são nada mais do que definições [...], sendo verdades construídas arbitrariamente pelos inventores da fala e, por isto, não demonstráveis”⁶⁷⁶. É o que vemos na seguinte afirmação:

‘Homem é um animal’ é verdadeiro, porque a palavra ‘animal’ abrange e inclui o que quer que a palavra ‘homem’ significa realmente. [...] A verdade demonstrável, portanto, encontra-se em inferências lógicas, e, em cada demonstração, o termo que forma o sujeito da conclusão demonstrada é tomado como o nome não de uma coisa que existe, mas que *supostamente existe*. Sendo assim, *uma conclusão tem uma força que não é categórica, mas apenas hipotética*. [...] Para provar que algo existe, é necessário utilizar os sentidos ou a experiência; e, ainda assim, não se estabelece uma demonstração.⁶⁷⁷

670 HOBBS, 1999b, p. 74

671 *Id.*, 1991a, p. 27-8.

672 *Id.*, 1999a, p. 33, grifo meu.

673 *Id.*, 2005, p. 35.

674 *Ibid.*, p. 36.

675 *Id.*, 1976, p. 25.

676 *Id.*, 2005, p. 37.

677 *Id.*, 1976, p. 305, grifos meus. O que Hobbes quer dizer com isto é que, se tomarmos *H* como

4.1.4

Hobbes e a desconstrução

Pelo que vimos anteriormente, o que permeia a filosofia de Hobbes é uma posição cética. Ele distingue os conhecimentos dedutivos dos conhecimentos de fato, mas percebe problemas nos dois. Estes últimos permitem apenas um conhecimento probabilístico, pois, como o filósofo concluiu, *a experiência não conclui nada de modo universal*; já os primeiros permitem deduzir verdades, mas porque partem de axiomas que podem ter ou não algum lastro na realidade.

Diante disto, a pergunta que se coloca é: *seria Hobbes um desconstrucionista*? James R. Martel comenta que: “a questão não é simplesmente demonstrar que *Leviatã* pode ser desconstruído; pode-se afirmar isto de qualquer texto. Ao contrário, veremos que *Leviatã* é um texto que aponta e facilita sua própria desconstrução”⁶⁷⁸. De fato, há vários pontos em comum entre a filosofia de Hobbes e a de Derrida, embora haja também muitas diferenças.

Quanto ao modo de Hobbes escrever, é relevante o comentário de Arthur M. Melzer que, pelo menos, até “a primeira metade do Século XVIII, a escrita esotérica ainda era bem conhecida, abertamente discutida e amplamente praticada”⁶⁷⁹. Quentin Skinner, por sua vez, analisou o amplo uso da retórica e de figuras de linguagem em *Leviatã*⁶⁸⁰. Por fim, Carl Schmitt comenta que:

homem e A como animal, a proposição $H \rightarrow A$ (se ‘homem’, então ‘animal’) é verdadeira apenas porque $H \subset A$ (‘homem’ está contido em ‘animal’). “Portanto temos este bastante conhecido princípio do raciocínio: ‘o indivíduo está incluído no universal’ é o que os lógicos chamam de uma declaração relativa ao todo, isto é, que um nome descrevendo um universal também descreve o singular” (HOBBES, 1976, p. 35).

678 MARTEL, 2007, p. 3.

679 MELZER, 2014, p. xii. Algo *esotérico*, no sentido estrito pretendido por Melzer, “é algo difícil de entender pois [seu verdadeiro significado] está oculto [...]. Uma escrita ou um autor esotérico possui as seguintes características: primeiro, o esforço em transmitir certas verdades – o ensino ‘esotérico’ – a um grupo seletivo de indivíduos por meio de algum modo de comunicação indireta ou secreta; segundo, o esforço concomitante de reter ou ocultar essas mesmas verdades da maioria das pessoas; e, terceiro, [...] o esforço para propagar em benefício deste último grupo uma doutrina fictícia – o ensino ‘exotérico’ – no lugar da doutrina verdadeira que foi retida” (*ibid.*, p. 1-2). Segundo o autor, é possível distinguir “quatro tipos primários de esoterismo filosófico. [...] Um autor filosófico propositadamente esforçar-se-á para obscurecer o seu verdadeiro significado ou para evitar algum mal ou para alcançar algum bem. Os males a serem evitados são essencialmente dois: ou algum mal que a sociedade possa fazer ao autor (perseguição) ou algum dano que o escritor possa fazer à sociedade (‘verdades perigosas’), ou ambos. O esforço para evitar esses dois perigos dá origem ao que chamarei de esoterismo defensivo e protetor, respectivamente. [...] Mas é claro que uma maneira ainda mais fácil de evitar os perigos da escrita seria evitar o ato de escrever. Se os filósofos optam por publicar, apesar desses perigos consideráveis, é em prol de algum bem, dos quais existem basicamente dois: ou a reforma política (cultural, intelectual, religiosa) da sociedade em geral ou a educação filosófica dos raros e indivíduo talentoso (ou ambos). E cada um desses objetivos positivos também exige uma retórica artística – seja propagandística ou educacional. Deles surge o que chamarei de esoterismo político e pedagógico” (*ibid.*, p. 4).

680 “Hobbes tornou-se cada vez mais interessado no estudo formal da retórica e [...] a composição

Em razão das características psicológicas de Hobbes, é ainda possível que, ao fim de tudo, por trás da imagem [do *Leviatã*], um profundo e misterioso significado esteja escondido. Hobbes, como todos os grandes pensadores de seu tempo, tinha uma inclinação para dissimulações esotéricas. Ele disse sobre si mesmo que, vez ou outra, fornecia “aberturas” para seu verdadeiro pensamento, mas revelava apenas metade; agia, assim, como quem abre uma janela por um breve instante e, com medo da tempestade, torna a fechá-la rapidamente.⁶⁸¹

Quanto às semelhanças entre Hobbes e Derrida: primeiramente, a crítica do filósofo francês ao *logocentrismo* é análoga à crítica de Hobbes aos universais e às essências separadas: “[a] história da metafísica sempre atribuiu ao *logos* a origem da verdade em geral, apesar de todas as diferenças, e não somente de Platão a Hegel, mas, também, fora de seus limites aparentes, dos pré-socráticos a Heidegger”⁶⁸².

A crítica de Hobbes que postula que axiomas não são verdades atemporais mas apenas acordos convencionais também guarda uma relação com o que Derrida chamou de *différance*⁶⁸³ ou *trace*⁶⁸⁴: algo que revela o que é deixado de fora em qualquer sistema e, ao mesmo tempo, simboliza uma certa circularidade do próprio⁶⁸⁵. Isto se reflete no problema da *definição lexical* ilustrada na ideia de um

de *Leviatã* representa o apogeu não apenas do seu compromisso teórico com a *ars rhetorica*, mas sua vontade em por seus preceitos em prática” (SKINNER, 1996, p. 12). Também sobre o uso da retórica em Hobbes, cf. MARTEL, 2007, *passim*, especificamente, p. 91-3.

681 SCHMITT, 1982, p. 43-4.

682 DERRIDA, 1976, p. 11-12. Na introdução de *Da gramatologia*, Gayatri Spivak comenta que: “Derrida sugere que esta rejeição da escrita como um apêndice [da fala ...] é um sintoma de uma tendência muito mais ampla. Ele relaciona este fonocentrismo ao logocentrismo – a crença de que as primeiras e últimas coisas são o *Logos*, a Palavra, a Mente Divina, a compreensão infinita de Deus, uma subjetividade infinitamente criativa e, mais próximo ao nosso tempo, a presença de autoconsciência” (SPIVAK, 1976, p. lxviii).

683 Conceito proposto por Derrida que é uma combinação de *différer* (*diferir, adiar*) e um trocadilho com o termo francês *différence* (*diferença*). “É por isto que o *a* de *différance* lembra que o espaçamento é temporização; um desvio e adiamento dos meios pelos quais a relação de um *ser* com o presente – a referência à presente realidade – [...] é sempre *adiada* [*deferred*]. Adiada pela mesma virtude do princípio da diferença, que garante que um elemento funciona e significa – tem ou transmite significado – somente se referindo a outro elemento passado ou futuro na economia dos traços” (DERRIDA, *op. cit.*, p. 28-9).

684 “Por que traços? [...] Este conceito pode ser chamado de *gram* ou *différance*. O jogo das diferenças, na realidade, supõe sínteses e referências que proíbem, em qualquer momento ou em qualquer sentido, que um simples elemento esteja *presente* em si e por si, referindo-se somente a si mesmo. Seja na ordem do discurso falado ou escrito, nenhum elemento pode funcionar como um sinal sem se referir a outro elemento, o qual, simplesmente, não se encontra presente. Este entrelaçamento resulta que cada ‘elemento’ [...] é constituído, na base do traço dentro dele, de outros elementos da cadeia sistêmica. [...] Este entrelaçamento, este têxtil, é o *texto* produzido somente na transformação de outro texto. Há somente, em todos os lugares, diferenças e traços de traços” (DERRIDA, 1981b, p. 26).

685 Isto exemplifica um aspecto da definição de *différance* e *trace* visto nas duas últimas notas. Outra forma de elucidar as concepções de Derrida é pelo teorema da incompletude de Kurt Gödel, a quem ele refere-se nominalmente: “[u]ma proposição indecidível, como Gödel demonstrou em 1931, é uma proposição que, dado um sistema de axiomas governando uma multiplicidade, não é nem uma consequência analítica, nem dedutiva destes axiomas; não é uma contradição com eles nem falsa ou verdadeira em relação a estes axiomas” (DERRIDA, 1981a, p. 219). Como explica Newman: “[u]ma

dicionário: ele define e provê os significados de palavras, mas estes significados, contudo, são definidos com base em outras palavras. Se fôssemos até os limites desta concepção de *definição*, veríamos que nada é verdadeiramente definido em razão de uma circularidade.

O que encontramos em Derrida não parece ser muito diferente do que vemos na filosofia de Hobbes: ele afirma que da lógica só podemos extrair conteúdos analíticos – como, no citado exemplo, *o homem é um ser vivo* –, mas que, no entanto, estes conteúdos analíticos se baseiam, em última instância, em estipulações convencionais. É o que aponta Hans Albert quando afirma que, “[p]ela dedução lógica nunca se pode obter um conteúdo [sintético]. [...] De um processo dedutivo, só se pode tirar a informação que já está contida nele”⁶⁸⁶.

Mas, ao mesmo tempo em que há tais semelhanças, há diferenças marcantes. É claro que muitos dos problemas da desconstrução podem ser culpa dos seguidores de Derrida e não do próprio, pois ele mesmo critica as *duas tentações da desconstrução*: a *substituição* e o *niilismo*⁶⁸⁷. Derrida, contudo, apesar de afirmar que “o gesto desconstrutivo é acompanhado ou pode ser acompanhado [...] por

forma de pensarmos sobre isto é por meio do teorema da incompletude de Gödel, o qual afirma que, em qualquer domínio da matemática, haverá sempre certas proposições que não podem ser verificadas usando os próprios axiomas deste sistema de modo que precisamos sair dele, criando outros cada vez maiores. Colocando a questão de forma simples, não pode haver nenhum sistema ou estrutura que seja fechado, completo e autocontido, pois haverá sempre elementos dentro do sistema cuja identidade só pode ser estabelecida por algo fora dele” (NEWMAN, 2005, p. 6-7). No mesmo sentido: “é possível especificar a analogia entre os resultados de Gödel e a indecidibilidade desconstrutiva em, pelo menos, dois pontos significantes. Primeiro, ambos tratam [...] da incapacidade de um sistema total de signos, dirigido ao estabelecimento da verdade ou à manutenção da presença, em representar suas próprias condições constitutivas de possibilidade; em apontar as bases das distinções centrais que organizam o próprio sistema. [...] Desta forma, em cada caso, o sistema atinge uma espécie de autorreferência total [...]. Isto equivale à demonstração da incompletude essencial do sistema em questão; da existência necessária de pontos ou sentenças [...] que não podem ser decididos em termos do próprio sistema. [...] Segundo, em ambos os casos, o resultado pode ser generalizado” (LIVINGSTON, 2010, p. 225-6).

686 ALBERT, 1976, p. 25. Ele prossegue da seguinte forma: “[i]sto significa [...] que enunciados de conteúdo não podem ser deduzidos de enunciados analíticos. [...] Um argumento dedutivo nada diz sobre a verdade de seus argumentos, e isto quer dizer exatamente: em um tal argumento todos os componentes podem ser falsos, as premissas também podem ser todas ou em parte falsas, e as conclusões verdadeiras ou falsas; apenas um caso não pode ocorrer: que premissas totalmente verdadeiras deem origem a conclusões falsas” (*ibid.*, *loc. cit.*)

687 Analisando o texto *Crítica da violência* de Walter Benjamin, ele faz o seguinte comentário: “veremos que Benjamin distingue duas espécies de greve geral, umas destinadas a *substituir* a ordem de um Estado por outra [...], outra a *suprimir* o Estado. [...] Em suma, as *duas tentações da desconstrução*” (DERRIDA, 2007, p. 87, grifos meus). Burik comenta que “algumas más interpretações de Derrida levaram tanto críticos como seguidores a assumirem que há uma certa atitude filosófica de ‘vale tudo’ [*anything goes*] em sua obra. [...] Em primeiro lugar, há a infame/famosa [(in)famous] noção de ‘desconstrução’ que se tornou um dos conceitos, termos ou *slogans* mais usados atualmente, perdendo, assim, muito de sua força e direção originais. [...] Em várias ocasiões [...], ele denunciou explicitamente o lado puramente negativo da desconstrução, [...] afirmando] que alguns críticos acham que esta é ‘uma operação técnica usada para dismantelar sistemas’ ou estruturas e nada mais” (BURIK, 2009, p. 53-4). Cf. DERRIDA, 1985, p. 85-6.

uma afirmação”⁶⁸⁸, ele não afirma como proceder a partir disto, além de ter certa responsabilidade pelos mal-entendidos relacionados à sua teoria⁶⁸⁹.

Estas considerações, é claro, não implicam o abandono do pensamento de Derrida; sua obra possui grande valor para a interpretação de obras literárias e filosóficas, além de instigar o pensamento crítico. Contudo, para não cairmos nas tentações do niilismo ou da substituição de um logocentrismo por outro, creio que devemos voltar a Hobbes.

4.2

Do estado de natureza ao estado civil

Hobbes, embora chegue a diversas conclusões semelhantes às de Derrida, ao contrário deste, pensa que boas definições podem ser estabelecidas – e faz muito uso delas⁶⁹⁰. Ele também acredita nos benefícios e possibilidades da linguagem, pois considera esta a “mais nobre e proveitosa invenção de todas”⁶⁹¹, embora abusos possam ser cometidos⁶⁹².

Para evitar tais abusos, Hobbes parte de um mundo vazio de significados, mas que possui existência real. Esta realidade, por sua vez, só pode ser percebida *empiricamente*, já que a realidade como *coisa em si* é algo que não pode ser experienciada diretamente mas apenas por meio dos sentidos e das sensações geradas por estes. Novamente, esta ideia não é alheia à ciência, como explica Baggott:

Realidade é um conceito metafísico e, como tal, está além do alcance da ciência. Realidade consiste em *coisas-em-si* das quais nunca podemos esperar obter conhecimento. Em vez disso, temos que nos contentar com o conhecimento da *realidade empírica*, das coisas como elas aparecem ou das coisas como elas são medidas. No entanto, os realistas científicos pressupõem que a realidade (e suas entidades) existe objetivamente e independentemente da percepção ou da mensuração. Eles acreditam que a realidade é racional, previsível e acessível à razão humana.⁶⁹³

688 DERRIDA, 1985, p. 85.

689 “Para sermos justo com seus críticos, há várias aberturas para que esses mal-entendidos surjam, e Derrida foi, de certa forma, instrumental por surgirem e persistirem. Por exemplo, a complexidade de seus textos, sua ambiguidade inerente e o jogo com as palavras não são exatamente conducentes a qualquer entendimento claro” (BURIK, *op. cit.*, p. 57).

690 “As obras de Hobbes tem a característica de conterem uma abundância de definições igualada por poucos outros filósofos” (ROSS, 2009, p. 39).

691 HOBBS, 1991a, p. 24.

692 “Já disse anteriormente que o Homem se destaca de todos os animais nesta faculdade; esta pela qual, concebida qualquer coisa, ele é apto a inquirir as consequências desta e os efeitos que lhe seguem. E, agora, posso adicionar este outro grau de excelência, pelo qual, por meio do uso de palavras, pode reduzir as consequências que encontra em Regras gerais, chamadas de Teoremas ou Aforismos; isto é, pode raciocinar ou calcular, não somente com números, mas com todas as outras coisas que podem ser adicionadas ou subtraídas umas das outras. [...] Mas este privilégio é reduzido por outro, que é o privilégio ao Absurdo, ao qual nenhuma outra criatura é sujeita exceto o homem” (*ibid.*, p. 34).

693 BAGGOTT, 2013, p. 8.

A partir desta percepção, Hobbes desenvolveu toda a sua filosofia, partindo dos movimentos da matéria até chegar às suas teorias ética, política e jurídica, sempre enfatizando relações de *causa* e *efeito*, assim como de *significação*⁶⁹⁴.

4.2.1

Hobbes e a construção do conhecimento

Em *Leviatã*, Hobbes distingue o conhecimento provindo da experiência como *prudência* e o raciocínio lógico e sistematizado como *ciência*⁶⁹⁵, pois é como define o conhecimento científico. É claro que isto não significa que a experiência não leve à ciência, mas que esta é uma sistematização da experiência feita com o auxílio da linguagem⁶⁹⁶; todavia:

A Razão [...] é] obtida com Indústria: primeiro através de uma adequada imposição de Nomes; em segundo lugar, através de um Método bom e ordenado de passar dos Elementos, que são Nomes, à Asserções feitas por Conexão de um deles com o outro; e, daí para os Silogismos, que são as Conexões de uma Asserção com a outra, até chegarmos a um conhecimento de todas as Consequências de nomes referentes ao assunto em questão, e é a isto que os homens chamam de CIÊNCIA.⁶⁹⁷

Para Hobbes, ciência é quase sinônimo de *filosofia*, pois assim ele a define:

FILOSOFIA é o conhecimento dos efeitos ou aparências, tais como o adquirimos pelo correto raciocínio do conhecimento que temos, primeiramente, de suas causas ou produções; e, novamente, de suas causas ou produções que possam ser conhecidas, primeiramente, por seus efeitos.⁶⁹⁸

694 “Se a física de *De corpore* envolve uma teoria da matéria em movimento, *Leviatã* envolve o que é necessário chamar, sem qualquer anacronismo, uma semiologia ético-política” (ZARKA, 2001, p. 87). Umberto Eco, em um artigo, refere-se ao filósofo inglês como “um grande antigo semiotista chamado Thomas Hobbes” (ECO, 1981, p. 38).

695 “Tal como muita Experiência é *Prudência*; muita Ciência é *Sapiência*” (*ibid.*, p. 36).

696 Isto é claro a partir do exemplo que Hobbes utiliza: “para que a diferença entre elas apareça de maneira mais clara, suponhamos um homem dotado de um excelente uso natural e destreza em manusear suas armas e um outro que acrescentou a esta destreza uma ciência adquirida sobre os lugares em que pode ferir seu adversário ou ser ferido por ele em quaisquer possíveis posturas ou guardas. A habilidade do primeiro estaria para o segundo assim como a prudência para a sapiência: ambas úteis, mas a segunda infalível” (HOBBS, 1991a, p. 36-7).

697 *Ibid.*, p. 35.

698 *Id.*, 2005, p. 3; no mesmo sentido, “[p]or FILOSOFIA entende-se o conhecimento adquirido pelo Raciocínio a partir dos Modos de Produção de alguma coisa às suas propriedades; ou, das Propriedades ao Modo de Produção” (*cf. id.*, 1991a, p. 458). Para Hobbes, *conhecer* é *conhecer pela causa*; isto fica claro quando Hobbes fala que “o conhecimento de qualquer efeito pode ser obtido do conhecimento de sua produção” (*id.*, 2005, p. 6). Ele dá o exemplo de um *círculo*. “A ideia central para Hobbes é que as figuras mais básicas devem ser definidas não pela descrição estática de suas propriedades mas pelo modo como são construídas [...]. Assim, o exemplo de Hobbes da definição de um círculo implica o uso de um par de compassos que preserva a mesma linha reta entre seus pontos. É bastante diferente da própria definição de Euclides” (ROSS, 2009, p. 40). Como conclui Hobbes, “a partir de tal meio de produção obtém-se uma figura que, a partir do ponto médio, chega-se a todos os pontos extremos por um mesmo raio” (HOBBS, 2005, p. 6). Como aponta Leon H. Craig, “[é] importante reconhecer desde logo o quão importante é, para Hobbes, a análise causal para a ciência e a filosofia. Há cerca de trezentas referências diretas à causalidade em *Leviatã*” (CRAIG, 2010, p. 29).

A partir disto, Hobbes prossegue com o seu método – que, na filosofia, define-o como “*o meio mais curto para conceber os efeitos pelas suas causas conhecidas ou as causas pelos seus efeitos conhecidos*”⁶⁹⁹ –, afirmando que:

Os primórdios [...] do conhecimento são os fantasmas do sentido e da imaginação [...], mas, para saber porque existem ou de quais causas procedem, é preciso raciocinar, o que se consiste [...] em *composição* e *divisão* ou *resolução*. Não há portanto nenhum método para se conceber as causas das coisas que não seja *compositivo* ou *resolutivo* [...]. O resolutivo é comumente chamado método *analítico*, enquanto o compositivo é chamado *sintético*.⁷⁰⁰

Hobbes também trata de várias minúcias do seu método e da lógica, definindo, além do que já vimos, conceitos como *proposição* e *silogismo*. Para não ter que discorrer sobre algo que fugiria do assunto tratado neste trabalho – não por não ter relação, mas por esta ser incidental e algo que não foge muito das concepções lógicas tradicionais, encontradas em qualquer tratado sobre o assunto –, ressalto apenas a relação entre as teorias da lógica e da linguagem, esta vista anteriormente, passando a tratar apenas de alguns pontos fundamentais⁷⁰¹.

O primeiro deles é que, “embora Hobbes fale em termos de causas e efeitos, sua explicação não se limita a eventos no mundo material. O termo ‘causa’ tinha um uso mais amplo em seus dias, e ele pretendia que abrangesse lógica e matemática também”⁷⁰². Assim como da *causa* sucede o *efeito*, do *antecedente* sucede o *consequente*: “as verdades da razão são essencialmente hipotéticas: se todas as pré-condições estiverem presentes, então a conclusão seguir-se-á”⁷⁰³, o que é formalmente representado na lógica como $x \rightarrow y$ (*se x, então y*). Disto resulta que as proposições de Hobbes nunca são *absolutas* ou *categóricas*, mas sempre *relacionais* e, como afirmou Ross no trecho acima, *hipotéticas*.

Do mesmo modo, devem ser entendidas suas *categorias* – isto é, os termos e definições que ele utiliza – e o todo do seu sistema. Ele estabelece um certo voca-

699 HOBBS, 2005, p. 66.

700 *Ibid.*, loc. cit..

701 Como ressalta Zarka, “[n]o que concerne à lógica, é suficiente lembrar que seu contexto apropriado é empregado em uma teoria de nomes, proposição, silogismo e método, a fim de mostrar sua relação essencial com sua imediata função linguística: o espaço lógico é um espaço lógico-linguístico. Eu digo lógico-linguístico e não gramático-linguístico” (ZARKA, 2001, p. 65).

702 ROSS, 2009, p. 34.

703 *Ibid.*, p. 108. Hobbes chega a definir um *signo* como “os *antecedentes de seus consequentes*, e os *consequentes de seus antecedentes*” (HOBBS, 2005, p. 14). Esta definição pode parecer estranha, mas Eco, após mencionar esta ideia de Hobbes, comenta que: “essa identificação muito rígida entre inferência e significação deixa na sombra muitas nuances; mas bastaria corrigi-la com a especificação: ‘quando essa associação é culturalmente reconhecida e sistematicamente codificada’” (ECO, 1976, p. 17). Como vimos que, para Hobbes, um signo é uma convenção, acredito que esta correção não precisa ser feita se considerarmos o todo de sua obra.

bulário cuja melhor forma de entendê-lo é no sentido de *definições básicas para poder filosofar*, ou seja, *estabelecendo um léxico para se comunicar* com base no seu princípio de *univocidade dos termos*, um dos principais requisitos para o seu conceito de *definição*⁷⁰⁴. Isto é o que atualmente se chama *ontologia*, no sentido não metafísico do termo, pois trata-se “não de categorias do ser, mas categorias de sistematização”⁷⁰⁵.

Um último aspecto que deve ser tratado da filosofia de Hobbes é rebater a acusação de Leibniz que ele seria o mais radical dos nominalistas, e que sua própria concepção de verdade dependeria do arbítrio humano⁷⁰⁶. Primeiro de tudo, Hobbes era um pragmático:

*O fim ou o escopo da filosofia é que, para nosso benefício, possamos fazer uso de efeitos previamente percebidos; ou que, pela aplicação de um corpo a outro, possamos produzir os efeitos concebidos em nossas mentes [...] para a comodidade da vida humana.*⁷⁰⁷

Em segundo lugar, como se pode perceber da proposição acima, para que tais benefícios possam ser obtidos e comodidades produzidas, o *mapeamento* das percepções da *realidade empírica* – a designação das *notas, signos e palavras* –, necessita ter algum lastro na mesma. Como esta, enquanto *coisa-em-si*, é inescrutável, a forma de se estabelecer este lastro é a partir de relações de causa e efeito.

704 Hobbes aponta como a primeira propriedade de uma definição é “que ela retira as ambiguidades [*equivocations* no sentido de *æquus voces*] como também as inúmeras distinções que são utilizadas por aqueles que pensam que podem aprender filosofia por meio de *disputationes*” (HOBBS, 2005, p. 84). Esta última observação é mais uma referência crítica à retórica escolástica.

705 WESTERHOF, 2005, p. 9. “Categorias ontológicas revelam-se não como as coisas fundamentais que existem no mundo, mas as formas fundamentais de como o sistematizamos” (*ibid.*, p. 207). “A palavra ontologia é derivada de τὸ ὄν (*tò ón*), que é o particípio neutro de εἶμι (*imí – eu sou*), cujo foma genitiva é ὄντος (*óntos*), e de λόγος (*lógos*). O significado literal da disciplina, portanto, é ‘investigação do que há’. Correntemente, ‘ontologia’ é utilizada principalmente com dois sentidos: a) uma disciplina filosófica que estuda o Ser e é uma parte da metafísica; b) uma teoria que trabalha com tipos de entidades, especificamente, os tipos de entidades abstratas que são permitidas em uma linguagem (ontologia como uma especificação de uma conceitualização). O sentido *b* tornou-se amplamente utilizado, sobretudo em áreas ligadas à inteligência artificial e à ciência da computação” (VALORE, 2006, p. 11). As categorias da filosofia de Hobbes enquadram-se nesta segunda concepção de ontologia, e ele parece deixar isto claro quando, após oferecer uma categorização, pondera o seguinte: “eu não acredito que nenhum homem pensará que apresento as formas acima como uma verdadeira e exata ordenação de nomes, pois isto não pode ser feito enquanto a filosofia permanecer imperfeita [...]. Acredito que Aristóteles, quando percebeu que não poderia assimilar as coisas em si em tais ordens, desejou, no entanto, por força de sua autoridade, reduzir as palavras a tais formas, como o fiz. Mas eu somente o fiz com o intuito de demonstrar o que significa esta ordenação e não para que a mesma seja tomada como verdade sem que haja uma boa razão para tal” (HOBBS, *op. cit.*, p. 28, grifos meus).

706 “Thomas Hobbes parece-me ser mais do que um nominalista. Não contente em reduzir universais a nomes [...], ele diz que a própria verdade consiste-se em nomes que, por sua vez dependem do arbítrio humano, pois a verdade depende da definição dos termos e estes do arbítrio humano” (LEIBNIZ, 1880, p. 158). A crítica de Leibniz é totalmente descabida, pois Hobbes não está definindo a *Verdade*, no sentido da *coisa-em-si*, mas o que poder ser entendido como *uma verdade*.

707 HOBBS, *op. cit.*, p. 7.

É correto afirmar que Hobbes reserva os termos *verdade* e *falsidade* para o âmbito da lógica, como já disse, mas, também como deixei claro, ele utiliza o termo *erro* para falhas de percepção e de inferência; e faz isto para evitar ambiguidades em suas definições.

Notas, signos e palavras são arbitrários pois envolvem um ato criativo e não exprimem uma *essência*⁷⁰⁸; quando se tornam objetos de comunicação, contudo, uma *convenção* é estabelecida, e, se o objetivo for efetuar um *cálculo racional*, para que isto seja possível, o significado não deve ser ambíguo, como propõe a teoria das definições de Hobbes. É claro que isto não é um retorno à teoria dos universais com outras palavras, e todas as convenções podem ser reformuladas, pois, a partir de suas bases filosóficas, creio que a ideia de ciência, para Hobbes, é um contínuo processo de *desconstrução e reconstrução*⁷⁰⁹. Para finalizar esta seção, volto mais uma vez às palavras de Baggott, as quais acredito que refletem bem o pensamento de Hobbes:

Ainda que teorias físicas sejam construídas para descrever fatos empíricos sobre a realidade, elas são, contudo, fundadas em conceitos matemáticos abstratos (poderíamos até dizer que são metafísicos). O processo de abstração dos fatos às teorias é bastante complexo, intuitivo e não sujeito a regras simples, universais e aplicáveis a toda a ciência por todo o tempo. Ao ato de criação científica, toda abordagem é válida em princípio contanto que proveja uma teoria que funcione.⁷¹⁰

708 A ideia de *arbitrariedade signica* é amplamente aceita na teoria semiótica atual. Saussure postulou isto como seu primeiro princípio: “[o] laço que une o significante ao significado é arbitrário, ou então, visto que entendemos por signo o total resultante da associação de um significante com um significado, podemos dizer mais simplesmente: *o signo linguístico é arbitrário*” (SAUSSURE, 2006, p. 81). Sobre a teoria de Peirce, Eco comenta que ele definiu “índice como uma espécie de signo causalmente conectado com o seu objeto [...]”; na verdade, ainda que haja uma conexão causal com o objeto ao qual se referem, não são signos naturais mas artificiais e, de fato, frequentemente arbitrários” (ECO, 1976, p. 115); e mesmo que se adote o conceito de *índice* de Peirce, este é apenas um tipo de signo, havendo os *símbolos* que são inteiramente arbitrários (cf. *ibid.*, p. 178), de modo que a correlação causal entre significado e significante não é uma condição necessária para a existência de um signo. Como vimos, Hobbes adota o termo *arbitrário* apenas por razões de brevidade e seu maior objetivo é criticar a ideia que *nomes revelam essências ou verdades sobre as coisas*. Eco propõe a adoção da ideia de *convencionalidade* (cf. *ibid.*, p. 191), mas isto é algo que já existe na teoria de Hobbes – a partir do momento em que uma nota se torna um *signo*, estabelece-se uma convenção – e, em segundo lugar, simplesmente por haver a necessidade de uma convenção, pelo fato desta poder existir ou não, percebe-se o seu caráter arbitrário.

709 Corroborando com o que foi dito acima, temos o seguinte comentário de Hobbes no prefácio de *De corpore*: “[e]ste é o método que segui e, se convir-lhe, poderá utilizá-lo, pois apenas proponho e não comando qualquer coisa que seja minha” (HOBBS, 2005, p. xiv). Sobre esta nota, Kassler considera que: “[p]rimeiro, filosofia é um método para adquirir ciência, definida como conhecimento; segundo, este método não é autoritativo mas histórico, de modo que o conhecimento não é *ciência feita* mas *ciência a ser feita*” (KASSLER, 1995, p. 99).

710 BAGGOTT, 2013, p. 17.

4.2.2

Construindo a sociedade a partir do estado de natureza

Em todas as suas obras políticas gerais⁷¹¹, Hobbes aborda o conceito de *estado de natureza*, embora não utilize o termo expressamente em sua obra mais célebre, *Leviatã*⁷¹². Este conceito é tão notório quanto infame, pois rendeu ao filósofo inglês várias, se não todas as, acusações *hobbistas*: a natureza misantrópica do ser humano e o relativismo moral⁷¹³. Esta última acusação é uma meia verdade, mas totalmente retirada de seu contexto teórico e destacada de suas bases filosóficas; tratarei dela posteriormente, mas a base de sua refutação é a recusa dos universais por Hobbes. Já a acusação de misantropia é falsa e também pode ser afastada com base na recusa dos universais. Após refutá-la de maneira breve – pois não é algo fundamental para este trabalho –, apresentarei uma visão do *estado de natureza* mais coerente com as bases teórico-filosóficas de Hobbes e seus desdobramentos éticos, políticos e jurídicos.

É claro que Hobbes dá algumas razões para más interpretações quando retiram frases suas de seu contexto, como dois dos mais célebre clichês *hobbistas*: *o homem é o lobo do homem* e *guerra de todos contra todos*. O primeiro é retirado de *De cive* e é uma versão mutilada, pois a passagem inteira é a seguinte:

Há duas máximas que são ambas certamente corretas: *um homem é um deus para um homem*, e *um homem é um lobo para um homem*. A primeira é correta, se tomarmos as relações dos cidadãos entre si; a segunda, das relações entre Estados. Na justiça e na caridade – as virtudes da paz –, os cidadãos demonstram certa semelhança a Deus. Mas entre Estados, a perversidade dos homens maus compele os bons, para sua própria proteção, a recorrer às virtudes da guerra – as quais são a violência e a fraude –, ou seja, à natureza predatória das bestas.⁷¹⁴

Como podemos ver, há uma reflexão, no sentido de que um ser humano pode ser uma grande dádiva para outro mas, também, um grande problema. Além disto, Hobbes atribui o benefício às relações pessoais enquanto o malefício, exemplificado pela guerra, é atribuído às relações entre estados. Em síntese, temos mais uma situação paradoxal do que uma categorização de que o ser humano seja mau.

711 Chamo, aqui, de *obras políticas gerais* de Hobbes aquelas nas quais ele pretendeu elaborar uma teoria geral da política e não algum assunto específico: *The Elements of Law Natural and Politic* (HOBBES, 1999), *De Cive* (traduzida para o inglês como *Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*, HOBBES, 1998) e, a mais conhecida de todas, *Leviatã* (HOBBES, 1991a).

712 Segundo Martinich, cerca de 80% das vezes que Hobbes utiliza o termo ocorre em *De Cive*; 15%, em *Elements of Law*; e o restante em obras menores (cf., MARTINICH, 1995, p. 293).

713 Como vimos anteriormente, as outras duas acusações – do absolutismo monárquico, decorrente da ausência de um direito natural que o limitasse, e a ausência de direitos do cidadão, consequência deste absolutismo – decorrem da misantropia e do relativismo.

714 HOBBES, 1998, p. 3-4, grifos meus.

A própria refutação dos universais por Hobbes afasta esta possibilidade, e ele, inclusive, nega atribuir uma característica única a um indivíduo. O que há é a singularidade de cada ser humano e, até, de um mesmo ser humano em cada momento singular:

Já que [...] o bem e o mal não são os mesmos para todos, ocorre que os mesmos comportamentos são louvados por alguns e condenados por outros, isto é, são chamados de bons por uns, maus por outros, virtudes por uns e vícios por outros. Sendo assim, como diz o provérbio – ‘tantos homens, tantas opiniões’ –, podemos também dizer – ‘tantos homens, tantas regras para os vícios e virtudes’.⁷¹⁵ E como a constituição do corpo de um homem encontra-se em mutação contínua, é impossível que as mesmas coisas causem nele sempre os mesmos apetites e aversões; muito menos podem os homens concordar em desejo sobre um único e mesmo objeto.⁷¹⁶

Quanto à *guerra de todos contra todos*, a frase realmente existe em *Leviatã*⁷¹⁷, um livro mais sombrio que os outros, provavelmente, devido à Guerra Civil Inglesa que levou Hobbes a exilar-se na França⁷¹⁸. Inclusive, a situação de uma guerra civil é uma das possíveis interpretações do *estado de natureza* já que o próprio Hobbes, em uma de suas analogias, retrata-o como o “modo de vida que homens, anteriormente vivendo sob um governo pacífico, deixam-se degenerar em uma Guerra civil”⁷¹⁹.

Há outras analogias também⁷²⁰, mas o aspecto mais interessante do *estado de natureza* é como Hobbes o utiliza para explicar a possibilidade de construir-se uma sociedade que saia deste estado de guerra. Sendo assim, os paralelos mais relevantes para entender o *estado de natureza* são a analogia com o regime internacional – já mencionado anteriormente, quando tratei do enunciado *o homem é o lobo do homem* – e a uma situação como a *Torre de Babel*, na qual os indivíduos não se comunicam. A primeira analogia é feita pelo próprio Hobbes no seguinte comentário:

Mesmo não tendo existido um tempo em que todos os homens estivessem em guerra, lutando uns contra os outros, sempre existiram Reis e outras Autoridades Soberanas que, para defenderem sua Independência, vivem em eterna rivalidade,

715 HOBBS, 1991b, p. 68.

716 *Id.*, 1991a, p. 39.

717 *Cf. ibid.*, p. 88.

718 *Cf.*, MARTINICH, 1999, p. 162. Foge do escopo deste trabalho tratar das minúcias da Guerra Civil Inglesa; o que importa para nós é sabermos que o conflito opôs o rei Carlos I e seus aliados – entre os quais, incluía-se Hobbes – a várias facções, descritas pelo filósofo em sua obra *Beemote* ou *Behemoth*, ou *O Longo Parlamento*, dentre as quais, ele cita principalmente os presbiterianos *Covenanters*, puritanos e parte dos parlamentares (*cf.*, HOBBS, 2001, p. 32-5). Como aponta Hoekstra, “[n]ão há nenhuma dúvida que o pensamento de Hobbes foi moldado tanto por relatos quanto por sua própria experiência de uma guerra civil e de conflitos internacionais” (HOEKSTRA, 2007, p. 114).

719 HOBBS, 1991a, p. 90.

720 Hobbes fala dos “selvagens” das Américas (*cf. ibid.*, p. 89) e dos povos da Alemanha (*cf. ibid.*, p. 67-8; escrevo *Germânia*, pois *Alemanha* seria anacrônico, já que este estado não existia).

mantendo-se como os Gladiadores, com suas armas apontadas e sem se perderem de vista; ou seja, seus Fortes e Guarnições em vigia, seus Canhões preparados, guardando as Fronteiras de seus Reinos, e, ainda, espionando territórios vizinhos. Tudo isso não é uma Guerra, mas uma postura de Guerra.⁷²¹

É claro que no direito internacional moderno, assim como em boa parte da história da humanidade – no sentido específico do termo, ou seja, *história escrita* –, associações políticas distintas podem realizar tratados⁷²², mas Hobbes, no que podemos conceber como um exercício intelectual, concebe tal estado como prévio a qualquer tratado e ainda extrapola esta ideia para uma situação na qual cada indivíduo seria soberano. Esta interpretação é compartilhada por Noel Malcolm que assim a analisa:

[O] estado primário de conflito entre indivíduos, postulado por Hobbes, não é de um conflito contingente e factual que não existiria se as pessoas cessassem de ser irascíveis ou competitivas, mas é um conflito jurídico necessário entre pessoas cujos direitos, de certa forma, sobrepõem-se uns aos outros, até que eles sejam renunciados.⁷²³

Apesar de ser criticado em razão de tal estado muito provavelmente jamais ter existido, o próprio Hobbes aponta tal situação como implausível ao tratá-la, em *De cive*, como a situação na qual “os homens acabassem de sair da terra como cogumelos e crescessem sem nenhuma obrigação uns com os outros”⁷²⁴; e, sobre tal *guerra de todos contra todos*, ele afirma que esta não seria uma guerra solitária, pois, “se teremos *guerra*, não será uma guerra contra todos os homens sem nenhuma ajuda”⁷²⁵, ou seja, alianças formar-se-iam. Podemos deduzir, assim, que tal estado de indivíduos atomizados é apenas um recurso heurístico.

Já a analogia com a Torre de Babel, esta é mencionada uma vez por Hobbes, em *Leviatã*⁷²⁶, e demonstra sua preocupação com a comunicação e a definição dos

721 HOBBS, 1991a, p. 90.

722 Conforme Rezek, “[o] primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição” (REZEK, 2008, p. 11).

723 MALCOLM, 1991. p. 535.

724 HOBBS, 1998, p. 102. Em várias de suas obras, Hobbes comenta sobre o fato deste estado ser ficcional: “[é] possível, porventura, pensar que nunca houve tempo assim nem uma condição de guerra como esta, e acredito que, de forma geral, isto nunca ocorreu no mundo todo” (HOBBS, 1991a, p. 89; “[é] bem provável que nunca houve uma época, desde a criação, na qual a humanidade nunca esteve completamente fora de sociedade” (*id.*, 1999b, p. 76).

725 *Id.*, 1998, p. 30.

726 “Mas a mais nobre e proveitosa invenção, entre todas as outras, foi a linguagem [...] sem a qual não haveria entre os homens nem Estado, nem Sociedade, nem Contrato, nem Paz, não mais do que há entre Leões, Ursos e Lobos. [...] Mas toda esta linguagem obtida e expandida por *Adão* e seus descendentes foi novamente perdida na torre de *Babel*, quando, pela mão de Deus, todos os homens foram castigados pela rebeldia com o esquecimento da língua que falavam” (HOBBS, 1991a, p. 25).

significados dos termos. Zarka analisa o *estado de natureza* como um estado formativo da comunicação da seguinte forma:

A comunicação foi constituída pouco a pouco, de um ser humano a outro “conforme a necessidade (a mãe de todas as invenções) ensinou-os; e, com o passar do tempo, tornou-se cada vez mais abundante”. O estado de natureza fornece o modelo a-histórico de tal constituição, que é desenvolvida em um processo de reconhecimento. A linguagem é, de fato, a causa tanto da união quanto do conflito dos seres humanos antes de ser a causa de sua união no estado. O primeiro esforço de comunicação torna necessário um segundo e vários outros, sem os quais precisaríamos supor uma convenção coletiva desde o começo, já que o estado de natureza é precisamente o da suspeita e da comunicação truncada.⁷²⁷

Para Zarka, o *estado de natureza* representa tanto um modelo do estágio inicial da comunicação quanto um estado de inflação de signos:

O estado de natureza é um regime de funcionamento de signos caracterizado, por um lado, pela multiplicidade de centros de produção e de interpretação de signos e, por outro, pela identidade destes dois tipos de centro. Cada indivíduo, de fato, é livre para produzir signos pelos quais ele significa seu poder e é igualmente livre para interpretar os signos que são emitidos por outros. O estado de natureza é assim caracterizado pela ausência de um centro hierarquicamente dominante ao contrário do que será o poder político [o estado]. [...] No regime de inflação de signos (o estado de natureza), os signos de poder não são mais do que conjecturais ou insuficientes.⁷²⁸

Isto não significa que a confusão linguística seja a única causa de conflito no *estado de natureza*, mas é uma caracterização deste estado e, por consequência, cessar esta confusão é uma condição necessária para a instituição do que Hobbes chama de *commonwealth*. Isto possui implicações para o direito, algo que Kelsen negligencia, tratando-o apenas como a necessidade da *decisão judicial adequar-se à moldura da lei*. O direito – não obstante suas outras características – é um sistema semiótico e de comunicação que depende da linguagem natural; podemos dizer *parasitário*, mas sem nenhuma conotação negativa⁷²⁹. Isto é uma observação que faço agora, mas elaborarei suas consequências posteriormente, passando agora a tratar do direito natural e de sua ética – as *leis naturais* – em conjunto com a análise feita por Dyzenhaus.

727 ZARKA, 2001, p. 98. A citação que Zarka faz de Hobbes é a continuação do trecho da nota acima (cf. HOBBS, 1991a, p. 25),

728 ZARKA, *op. cit.*, p. 112.

729 Utilizo o termo *parasitário*, analogamente a como Eco trata os conceitos de *denotação* e *conotação*: “[é] conotativa uma semiótica em que o plano da expressão se constitui de uma outra semiótica. Em outras palavras, tem-se código conotativo quando o plano de expressão é um outro código [...]. O que constitui uma conotação enquanto tal é o fato de que ela se institui *parasitariamente* à base de um código precedente e não pode ser veiculada antes do conteúdo primário ser denotado” (ECO, 2002, p. 46, grifos meus). A seção em que falei da relação da teoria de Derrida com a de Gödel também ajuda a entender esta relação, pois o direito é um sistema cuja significação é dependente do sistema linguístico.

4.2.3

O direito natural e as leis naturais

Hobbes aponta as seguintes causas imediatas da guerra “primeiro, competição; segundo, suspeitas; terceiro, glória”⁷³⁰. A confusão linguística, como disse, é um fator de manutenção do *estado de natureza* e algo subjacente a estas causas – a ausência de um código comum para mediar estes conflitos. Como a glória é uma causa a parte, a competição refere-se ao *estado de necessidade*: “se dois homens desejam a mesma coisa e ambos não podem fruí-la, tornam-se inimigos”⁷³¹. A suspeita, por sua vez, relaciona-se com a ideia de *legítima defesa* que, no *estado de natureza*, torna-se preemptiva: “desta suspeita generalizada, não há uma forma de manter-se seguro senão antecipar-se”⁷³². Quanto à glória, que Hobbes trata como *soberba* ou *vanglória* em outras partes de sua obra, leva-nos de volta à questão da natureza humana e como, para ele, não é algo taxativo mas variável. Ele distingue dois tipos de caráter:

No estado de natureza há em todos os homens uma tendência à agressão, mas não pela mesma razão ou igual culpabilidade. Um homem pratica a igualdade natural e permite aos outros tudo que permite a si mesmo: esta é a marca de um homem modesto, que possui uma verdadeira estimativa de suas próprias capacidades. Outro, supondo ser superior aos demais, quer que tudo lhe seja permitido e demanda mais honra para si do que para os outros: o que é o sinal de um caráter agressivo. Neste caso, a vontade de agredir os outros deriva da vanglória e do excesso de estima de sua própria força.⁷³³

Esta distinção é muito importante, pois toda a ética hobbesiana será pautada na ideia de igualdade⁷³⁴; e, adiantando suas conclusões sobre as leis naturais, Hobbes afirma que, “para que ninguém se escuse de cumpri-las, elas foram sintetizadas em uma única máxima, inteligível até para os mais perversos: *não faz a outrem o que não farias a ti mesmo*”⁷³⁵. Contudo, embora todas as outras leis naturais possam ser uma derivação deste mandamento, como aponta Dyzenhaus,

730 HOBBS, 1991a, p. 88.

731 *Ibid.*, p. 87.

732 *Ibid.*, loc. cit..

733 *Id.*, 1998, p. 26. Hobbes comenta que os modestos são levados à guerra por questões de insegurança: “[a]inda que haja menos homens maus do que bons, como não se pode distinguir o bom do mau, pessoas boas e modestas ficariam incumbidas com a necessidade constante de vigiar, desconfiar, antecipar, subjugar e proteger-se dos outros por quaisquer meios necessários” (*ibid.*, p. 11).

734 Ele, inclusive, trata todos os seres humanos como iguais no *estado de natureza*: “[a] natureza fez os homens tão iguais nas faculdades do corpo e da mente que, mesmo que se encontre alguém manifestamente mais forte de corpo ou ágil de mente, quando consideramos tudo em conjunto, a diferença entre os homens não é tanta a ponto de alguém poder reclamar para si algum benefício que outro também não possa. Isto, pois, no que concerne a força corporal, o mais fraco pode matar o mais forte, seja por uma maquinação secreta, seja por confederar-se com outros que estejam correndo o mesmo perigo” (*id.*, p. 1991a, p. 87).

735 *Ibid.*, p. 109.

algumas são constitutivas do estado, outras são fundamentos da adjudicação, enquanto um terceiro grupo são derivações simples do mandamento geral⁷³⁶.

A primeira lei, como o próprio Hobbes aponta, define tanto a base das leis naturais e da instituição de um estado em comum como o direito natural:

*Que cada um deve esforçar-se pela Paz, tanto quanto tenha esperança em obtê-la; e, quando não possa obtê-la, que busque e utilize todos os auxílios da guerra. A primeira parte desta Norma contém a primeira e Fundamental Lei da Natureza, que é almejar a Paz e mantê-la; a segunda, a totalidade do Direito Natural, que é, por todos os meios possíveis, defendermo-nos.*⁷³⁷

A segunda lei trata da renúncia deste direito natural – o que, como veremos, nada mais é do que a soberania:

*Que concorde, quando os outros também o façam e na medida que considere necessário para obter a paz e a defesa de si mesmo, em renunciar seu direito a todas as coisas e que se contente com a mesma liberdade em relação aos outros tanto quanto a permitir com relação a si mesmo.*⁷³⁸

A terceira é a famosa máxima *pacta sunt servanda*, ainda que Hobbes não utiliza estas palavras mas, sim, “*que se cumpram os acordos feitos*”⁷³⁹; e é a obediência a esta norma que institui a justiça⁷⁴⁰. Deixarei, porém, as implicações destas regras no que concerne à instituição do estado para a última parte desta seção, passando agora às normas que fundamentam a adjudicação, que são: “[*q*]ue a todos que medeiam a Paz seja garantido salvo Conduto”; “[*q*]ue todos que entrarem em controvérsias submetam seus Direitos ao julgamento de um Árbitro”; que “ninguém é apto a ser Árbitro de sua própria causa”; que “ninguém possa ser Árbitro cujo lucro, honra ou prazer aparentemente surja da vitória de uma das partes”; além da última, que trata da admissão de testemunhas⁷⁴¹.

736 Dyzenhaus considera as três primeiras leis como “as leis mais fundamentais” (DYZENHAUS, 2001, p. 469); o que eu chamei de terceiro grupo, em razão da simples derivação do mandamento geral, ele descrevo-o em segundo em razão da ordem de apresentação feita por Hobbes e considera-as a “psicologia moral do homem justo e virtuoso” (*ibid.*, p. 472); as últimas leis, em ordem de apresentação, são “sobre a instituição da ordem jurídica, pois concernem a interpretação e a implementação do direito tanto natural como positivo” (*ibid.*, p. 473). Apenas repito as palavras de Dyzenhaus, pois, como veremos, não compartilho desta ideia de *implementação do direito natural* ou, pelo menos, acho que a ideia deve ser esclarecida para não dar azo a moralismos. Por questões de brevidade, não tratarei das leis simplesmente derivadas do mandamento em geral; estas são: *gratidão, complacência, perdão, não contumélia, não orgulho, não arrogância, equidade* e um grupo de leis que trata do uso e distribuição dos bens (*cf.* HOBBS, 1991a, p. 105-8).

737 *Ibid.*, p. 92.

738 *Ibid.*, *loc. cit.*.

739 *Ibid.*, p. 100.

740 “E é esta lei da Natureza que consiste a Fonte e a Origem da JUSTIÇA, pois, onde não há um Acordo precedente, nenhum Direito foi transferido, e todos possuem direito a tudo. Consequentemente, nenhuma ação pode ser Injusta; quando um Acordo é feito, contudo, violá-lo é Injusto: a definição de INJUSTIÇA não é outra senão o não Cumprimento de um Acordo” (*ibid.*, p. 100).

741 Todas as citações destas normas em *ibid.*, p. 108-9, grifos no original.

A questão que surge com a análise de Dyzenhaus é sobre a relação destas normas com o direito positivo. Ele é cauteloso e, corretamente, afirma que “Hobbes não adota a máxima jusnaturalista de que há um bem moral autônomo que deve triunfar ao entrar em conflito com o direito positivo, afastando deste o caráter de direito”⁷⁴²; por isto, logo em seguida, classifica-o como antipositivista em vez de jusnaturalista e, como vimos na introdução deste capítulo, afirma que os requisitos da ordem jurídica para Hobbes são mais formais do que substanciais.

Ele também reconhece que Hobbes trata a lei como o comando do soberano⁷⁴³; ideia que precisa ser qualificada, pois a lei não é um mero comando mas uma espécie deste gênero. O termo mais apropriado talvez fosse *imperativo*, pois o que Hobbes quer dizer é que a submissão a lei não é opcional e, por isto, distingue-a de um conselho; entretanto, a lei é um comando para distinguir o certo do errado: “DIREITO CIVIL é, para cada Súdito, as normas que o Estado [*Commonwealth*], por meio de Palavras, Escritos ou qualquer outro Signo de Vontade, comandou-o a fazer uso para poder distinguir o Certo do Errado”⁷⁴⁴. Além disto, como Dyzenhaus bem aponta – com a exceção do uso de termo *moral* –, este comando tem uma forma que precisa ser observada: “um soberano é, por definição, alguém que governa pelo direito [...]. Um governo conforme o direito [*rule of law*] é um governo sujeito aos limites morais da instituição da ordem jurídica”⁷⁴⁵.

A utilização do termo moral é um problema, pois pode trazer significados que são alheios ou até opostos à teoria de Hobbes. Dyzenhaus reconhece que não há um *summum bonum* na filosofia hobbesiana, como vimos anteriormente, mas, ao propor que os juízes devem incorporar as leis naturais às suas decisões para interpretar ou até afastar o direito o positivo pode ir contra a teoria de Hobbes. Ao defender esta tese, Dyzenhaus chega a contradizer-se, afirmando que “ele parece adotar a premissa clássica da tradição jusnaturalista, que não pode haver conflitos entre as leis da natureza – a lei moral – e o direito positivo”⁷⁴⁶, e faz isto apelando

742 DYZENHAUS, 2001, p. 463.

743 “Uma Lei, em geral, não é Conselho mas Comando” (HOBBS, 1991a, p. 183). Cf. DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 466. Posteriormente, Dyzenhaus tenta rever esta ideia, afirmando que ele não seria um *proponente da teoria do comando*, pois, “para Hobbes, a coerção não faz parte de sua definição de lei mas, sim, a obrigação baseada em um consentimento prévio” (*id.*, 2012, p. 188). Ocorre que esta afirmação vai contra a afirmação de Hobbes que “a Lei [...], sem o temor de uma punição, não seria lei mas palavras vãs” (HOBBS, *op. cit.*, p. 203).

744 *Ibid.*, p. 183. Semioticamente, a lei cria um *signo comum* que, para ser efetivo, não é opcional.

745 DYZENHAUS, 2001, p. 464-5. Segundo Hobbes, “o Soberano exige por força de uma lei prévia e não em virtude de seu poder; por meio dela, ele declara que não requer mais do que lhe parece devido por tal Lei” (HOBBS, *op. cit.*, p. 152).

746 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 465.

para uma proposição de Hobbes que diz que “[o] Direito Natural [*Natural Law*] e o Direito Civil [estatal, positivo] contêm um ao outro e são de igual extensão”⁷⁴⁷.

Esta proposição de Hobbes é realmente, ao menos *prima facie*, paradoxal em sua teoria, pois, após descrever as leis da natureza, ele afirma que o que chama de *leis naturais* não são leis:

Os homens costumam impropriamente dar o nome de Leis a estes ditames da Razão; eles são apenas Conclusões ou Teoremas relativos ao que conduz à conservação e à defesa dos seres humanos, enquanto que a Lei, propriamente dita, é a palavra de quem, por Direito, tem o poder de mando sobre os demais.⁷⁴⁸

Uma das formas de tentar resolver o paradoxo da relação entre as *leis naturais* de Hobbes e o direito positivo é a partir de sua concepção de soberania e como ela se desenvolve a partir do *estado de natureza*. O primeiro passo é voltarmos ao seu conceito de *direito natural* (*right of nature*, distinto do direito natural, na primeira citação desta página) que, como vimos, no *estado de natureza*, equivale à soberania, pois aquele é absoluto. Tal característica fez com que Hobbes fosse visto como um *protoliberal*, defensor de direitos inalienáveis perante o Estado⁷⁴⁹; na verdade, para entendermos o porquê deste direito ser absoluto, devemos voltar ao paralelo entre o *estado de natureza* e a ordem internacional, assim como vemos a distinção que Hobbes faz entre *jus* e *lex*, isto é, entre *direito* e *lei*:

O DIREITO NATURAL, o qual os autores comumente chamam *Jus Naturale*, é a Liberdade que cada um tem para utilizar como quiser sua própria potência para preservar sua própria Natureza – isto é, sua Vida – e, conseqüentemente, fazer tudo aquilo que, segundo seu Julgamento e sua Razão, considere adequado para atingir tal fim.[...]

747 HOBBS, *op. cit.*, p. 185.

748 HOBBS, 1991a, p. 111. No mesmo sentido, *De Cive* (cf., HOBBS, 1998, p. 56) e *Elements of Law* (cf., HOBBS, 1999, p. 97).

749 Leo Strauss, por exemplo, afirma que: “[a] mudança fundamental de uma orientação segundo deveres naturais para uma orientação segundo direitos naturais encontra sua expressão mais clara e mais sintomática no ensinamento de Hobbes” (STRAUSS, 2009, p. 157). Além disto, temos a notória tese de MacPherson, na qual Hobbes não é apenas um proponente de direitos alienáveis, mas de uma teoria de mercado, o *individualismo possessivo*: “os postulados explícitos de Hobbes [...] são essencialmente os de uma sociedade de mercado possessivo; [...] o modelo que Hobbes construiu em sua análise do poder [...] corresponde essencialmente ao modelo de mercado possessivo” (MAC-PHERSON, *op. cit.*, p. 78). Estas teorias não encontram nenhum lastro na obra de Hobbes, já que ele afirma que: “a Introdução da *Propriedade* é um efeito do Estado [...] e consiste em leis, que não podem ser feitas por ninguém que não tenha o Poder Soberano. E isto era de conhecimento dos antigos, que chamavam de *Νόμος* [*Nómos*] (o que quer dizer, *Distribuição*) o que chamamos Lei e definiam a justiça como *distribuir* a cada um o que é seu” (HOBBS, 1991a, p. 171); e “[a] Quinta doutrina, que influi na dissolução de um Estado, é *Que cada particular possui uma absoluta Propriedade de seus Bens, tal que exclua o Direito do Soberano*. [...] Também, às vezes, nos Estados, há uma Doença que lembra a Pleurisia e ocorre quando o Tesouro do Estado, desviando-se de seu devido curso, é acumulado em grande abundância em um ou poucos indivíduos particulares, por meio de Monopólios ou de Arrendamentos das Rendas Públicas [...]. De igual modo, a Popularidade de um Súdito poderoso [...] é uma grande Doença, pois as pessoas, pela adulação e pela reputação de um homem ambicioso, são desviadas da obediência às Leis para seguir um homem cujos desígnios e virtudes desconhecem” (*ibid.*, p. 224-9).

Por LIBERDADE, entende-se, conforme o significado apropriado da palavra, a ausência de impedimentos externos [...]. Uma LEI NATURAL (*Lex Naturalis*) é um Preceito ou Regra geral estabelecido pela Razão que proíbe alguém de agir de forma a destruir sua vida ou abdicar-se dos meios que considere mais aptos para preservá-la. Ainda que os que tratam deste assunto confundam *Jus* e *Lex* ou *Direito* e *Lei*, é preciso distingui-los, pois Direito é a liberdade de agir ou não agir, enquanto a Lei determina e obriga. Portanto, Lei e o Direito diferem tanto quanto Obrigação e Liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria.⁷⁵⁰

Deste modo, para Hobbes, uma lei é uma restrição. É claro que uma lei pode atribuir direitos, mas, para isto, precisa determinar uma restrição antes, seja ao estado ou aos cidadãos⁷⁵¹. Sendo assim, concebendo o *estado de natureza* como análogo à ordem internacional antes de qualquer tratado ser estabelecido, se não há lei, o direito é absoluto.

Isto, porém, ainda não explica como as leis da natureza podem integrar o direito positivo. A meu ver, isto decorre da *igualdade formal* que ocorre no *estado de natureza*, pois, como aponta Hobbes, quando houver, “[a] Desigualdade dos Súditos decorre de Atos do Poder Soberano”⁷⁵²; com isto, no silêncio da lei, um juiz tem a obrigação de interpretar todos como iguais⁷⁵³. Hobbes também dispõe que, “[s]e alguém tiver alguma questão de Lesão [*Injury*], dependente da lei da natureza, isto é, da Equidade comum, a Sentença do Juiz[...] é uma Verificação suficiente da lei da natureza no caso individual”⁷⁵⁴. Como o mandamento geral da lei da natureza e da equidade é *não faça a outrem o que não quer que lhe façam* – o que pode ser entendido como um *alterum non laedere* – quem lesar alguém, é obrigado a reparar. É neste sentido que a lei da natureza integra o direito: como uma presunção de igualdade – *equidade* – e como uma vedação a lesões.

750 HOBBS, 1991a, p. 91.

751 Exemplificando: se o direito garante a liberdade de expressão, precisa restringir o estado de limitá-la ou censurá-la; se o direito garante a vida, é preciso haver uma lei que restrinja tanto o estado quanto os demais cidadãos de praticar homicídio; mesmo no caso de direitos redistributivos, é preciso restringir a propriedade e captar recursos – *tributos* – para redistribuí-los. É claro que isto não afasta a fórmula *violação* → *sanção*, pois, como vimos, para Hobbes, sem isto, não haveria leis mas conselhos. Não importa a redação, mas o importante é que se extraia um sentido da lei que seja *disposição*; *violação (da disposição)* → *sanção*. Utilizo *sanção*, apesar de Hobbes não utilizar este termo, pois *punição* pode implicar algo mais grave; o que importa é haver uma medida que restabeleça a legalidade. Por exemplo, no caso de uma lei que apenas determine uma interpretação ou esclareça algum termo jurídico, a *sanção*, neste caso, pode simplesmente ser a anulação ou adequação da decisão para que esta seja conforme a lei.

752 HOBBS, *op. cit.*, p. 238.

753 “Ora, a Intenção do Legislador deve sempre ser suposta como almejando a Equidade, pois seria uma grande contumélia de um Juiz supor o contrário do Soberano” (*ibid.*, p. 194). Hobbes afirma que, em um julgamento, “é um preceito das leis da natureza *que se trate ambas as partes igualmente*. [...] A observância desta Lei que determina a distribuição equitativa a cada um [...] é chamada EQUIDADE” (*ibid.*, p. 108).

754 *Ibid.*, p. 190.

4.2.4 Leviatã

A ideia da aplicação da *equidade* ao direito em Hobbes guarda uma intrínseca relação com dois conceitos jurídicos: a responsabilidade civil ou *tort law*, no direito anglo-saxônico, e o princípio da reciprocidade do direito internacional. Sobre o primeiro, por exemplo, em um tratado sobre o tema, Frederick Pollock escreveu que:

Todos os membros de um estado [*commonwealth*] civilizado estão sob o dever geral não causar dano a seus vizinhos sem causa ou escusa jurídica. A extensão precisa do dever, bem como a natureza e extensão das exceções reconhecidas, variam de acordo com a natureza do caso. Isto, contudo, não afeta a generalidade do princípio. [...] De fato, o princípio foi enunciado há muito tempo por Ulpiano em sua conhecida declaração dos mandamentos do direito, preservada no capítulo introdutório dos Institutos de Justiniano: “*juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*”.⁷⁵⁵

Sobre o segundo:

O conceito de reciprocidade assume importância especial em um mundo no qual não há autoridade externa que faça os acordos valerem. Isto é, em um mundo que existe em um estado de natureza hobbesiano. Historicamente, as normas de reciprocidade foram vitais para escapar-se de uma vida que, de outra forma, seria ‘solitária, pobre, desagradável, brutal e curta’. [...] O direito internacional, neste sentido, existe em um estado de natureza, porque não há uma autoridade jurídica abrangente com jurisdição compulsória para fazer cumprir os acordos. Inevitavelmente, a reciprocidade tornou-se um elemento importante das relações entre nações soberanas e do direito internacional.⁷⁵⁶

O princípio da reciprocidade está expresso na primeira lei natural de Hobbes, na qual ele afirma que todos devem almejar a paz, mas, se não for possível, devem defender-se de todas as maneiras possíveis. Ele, inclusive, a divide em duas partes, afirmando que a primeira é a lei fundamental da natureza enquanto que a segunda é o direito natural. Este é o duplo aspecto da reciprocidade.

755 POLLOCK, 1901, p. 1-2. Na doutrina brasileira, Cavalieri Filho fala que “a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem lædere*” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 1); e, “a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa*, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil [Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo]” (*ibid.*, p. 19).

756 GHEI & PARISI, 2003, p. 93-4. A frase citada é de Hobbes descrevendo o *estado de natureza* (cf. HOBBS, 1991a, p. 89). No mesmo sentido, “[a] estrutura anárquica da política internacional, no entanto, significa que [...], para que a cooperação surja, [...] deve ser consistente com os princípios de soberania e autotutela. [...] A reciprocidade é coerente com esses princípios: como declara Elizabeth Zoller, ‘é uma condição vinculada teoricamente a todas as normas legais do direito internacional’. [...] Isto é verdade no comércio internacional, onde a reciprocidade é uma norma fundamental do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), assim como nas relações políticas entre as superpotências” (KEOHANE, 1986, p. 1-2).

dade que, com sua ideia de igualdade de tratamento, leva à equidade, mas, pelo seu lado negativo, pode levar a intermináveis vendetas⁷⁵⁷. Para que a equidade possa valer ou para que à sua violação corresponda uma reparação efetiva, Hobbes recomenda que seja instituído um poder comum; este poder é o soberano.

A lei que efetivamente institui tal soberania comum é a segunda, que prescreve que todos renunciem seu direito a todas as coisas e que se contentem com a mesma liberdade em relação aos outros. Esta lei pode ser equivocadamente interpretada como se houvesse uma renúncia a todos os direitos, mas o que ocorre é uma renúncia ao direito de soberania e, conseqüentemente, ao *jus ad bellum*:

É preciso reconhecer, portanto, que os cidadãos individuais transferiram o todo de seus *Direitos de guerra e paz* para um *homem* ou *assembleia*. E este direito – que podemos chamar de *Espada da guerra* – pertence ao mesmo *homem* ou *assembleia* que possui a *Espada da justiça*. [...] Ambas as espadas [...] são, por essência e pela própria natureza do Estado, inerentes ao poder soberano.⁷⁵⁸

A forma de estabelecer esta soberania é pelo célebre pacto hobbesiano, que, pelo que vimos antes, possui a natureza de um tratado internacional, mas que perde esta natureza com a extinção das demais soberanias naturais, transformando-se em uma constituição⁷⁵⁹. É claro que a ideia de constituição – no sentido de *constitucionalização* – é bastante incipiente em Hobbes, mas há um prenúncio disto em *De cive*, o que Richard Tuck chama de *soberano adormecido*. Antes de tratar desta ideia de constitucionalidade de Hobbes, porém, descreverei algumas características de sua concepção de soberania.

O primeiro ponto relevante é que, embora Hobbes considere o pacto essencial para a instituição de um estado fora do estado de natureza, ele também concebe uma relação de pura força. Isto fica claro quando ele trata da relação de um escravo com seu senhor e afirma que “estes homens (comumente chamados de Escravos) não possuem obrigação alguma e podem romper as amarras ou fugir da prisão e matar ou capturar seus Mestres de forma justa”⁷⁶⁰; o que nos leva a

757 Keohane comenta que o “[c]omportamento recíproco retorna o mal por um mal e um bem por um bem” (*ibid.*, p. 6). Sua análise do aspecto vingativo da reciprocidade, inclusive, concebe princípios muito semelhantes ao da legítima defesa; para ele, as “dimensões essenciais do conceito [são] *contingência* e *equivalência*” (*ibid.*, p. 5). Sobre a legítima defesa, Damásio de Jesus, por exemplo, aponta como requisitos: “a) agressão injusta, atual ou iminente; [...] b) direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão; [...] c) repulsa com os meios necessários; [...] d) uso moderado de tais meios; [...] e) conhecimento da agressão e da necessidade de defesa (vontade de defender-se). [...] A ausência de qualquer dos requisitos exclui a legítima defesa” (JESUS, 2011, p. 427). No *estado de natureza*, porém, toda defesa é legítima.

758 HOBBS, 1998, p. 79.

759 Cf. *id.*, 1991a, p. 120-1; *id.*, 1998, p. 70-4; *id.*, 1999a, p. 109-11.

760 *Id.*, 1991a, p. 141.

concluir que a relação entre escravo e senhor é de estado de natureza, não havendo obrigação nenhuma entre as partes.

Isto nos leva ao segundo aspecto que é a distinção entre *estado por instituição* e *estado por aquisição*:

A obtenção do Poder Soberano ocorre de dois modos: um, pela força Natural, como quando um homem obriga seus filhos a submeterem-se e a submeterem seus próprios filhos à sua autoridade [...], ou pela Guerra, quando sujeita seus inimigos à sua vontade, poupando suas vidas sob esta condição; o outro, quando os homens concordam entre si em submeter-se voluntariamente a um Homem ou a uma Assembleia de homens, esperando ser protegidos por ele contra todos os outros. Este último modo pode ser chamada um Estado Político ou um Estado por *Instituição*; o primeiro, um Estado por *Aquisição*.⁷⁶¹

Exceto no caso da relação de pura força, tanto na *instituição* como na *aquisição* há um pacto, e Hobbes afirma que a soberania é sempre a mesma⁷⁶²; isto em razão de Hobbes conceber a soberania de forma sistêmica, de modo que sua melhor definição é de *primeira e última instância de decisão*. É o que Dyzenhaus chama de *argumento de regressão ao infinito*: se ao soberano não couber a última decisão, significa que alguém decide acima dele, logo este será o soberano e não aquele⁷⁶³. O soberano também concentra todos os poderes⁷⁶⁴, e Hobbes o concebe como uma pessoa jurídica ou, em seus próprios termos, uma *pessoa artificial*⁷⁶⁵.

Apesar de todas estas considerações de Hobbes, podemos facilmente concluir que o único meio de haver uma democracia é pela *soberania por insti-*

761 HOBBS, 1991a, p. 121.

762 “[O]s Direitos e Consequências tanto do Domínio *Paterno* quanto do *Despótico* são exatamente os mesmos que os do Soberano por Instituição” (*ibid.*, p. 142).

763 Cf. DYZENHAUS, 2001, p. 468. Dyzenhaus, por sua vez, toma o termo emprestado de Jean Hampton (cf. HAMPTON, 1988, p. 98-104). O argumento é feito com base no seguinte trecho de *De cive*: “se seu poder [do soberano] for limitado, esta limitação deve necessariamente proceder de algum poder superior, pois aquele que prescreve limites necessita ter um poder superior àquele que o restrinja. Ora, este poder restritivo é ilimitado ou, novamente, restringido por outro maior; e, assim, chegaríamos a algum poder ilimitado exceto senão o imposto pela força de todos os cidadãos” (HOBBS, 1998, p. 88). Temos argumento semelhante em *id.*, 1991a, p. 134-5 e 224.

764 *Ibid.*, p. 124-6 e 139.

765 “[C]ada Homem ou Assembleia a quem pertença a Soberania representa duas pessoas ou, como é mais comum dizer, possui duas Competências: uma Natural e outra Política (um Monarca não possui apenas a pessoa do Estado, mas também a de um homem, e uma Assembleia Soberana não apenas a pessoa do Estado, mas também a da Assembleia) [...]” (*ibid.*, p. 166). Em *De cive*, Hobbes afirma que “todo *Estado* é uma *pessoa civil*” (*id.*, 1998, p. 73). Skinner considera isto uma das grandes inovações hobbesianas: “Hobbes, eventualmente, elaborou uma distintiva e altamente influente abordagem sobre como é possível para um estado – ou qualquer outra abstração ou coletividade – realizar ações e ter responsabilidade sobre suas consequências. [...] Hobbes dá sua resposta [...] no capítulo XVI do *Leviatã*, intitulado *Of Persons, Authors and Things Personated*” (SKINNER, 2002, p. 178). Tanto o estado como o representante de sua soberania são pessoas artificiais. Hobbes chega a considerar o estado como o soberano, mas, talvez pelo seu realismo político, dá um passo atrás: “[o] legislador em todos os estados é somente o soberano: portanto, o estado é o legislador; mas o estado não é uma pessoa nem possui capacidade para qualquer coisa senão pelo seu representante [...], e, portanto, o soberano é o legislador” (HOBBS, 1991a, p. 184).

tuição na qual o soberano seria uma *assembleia de todos os cidadãos*. Ele deixa claro que a relação que se estabelece na *soberania por conquista* é de *vassalagem*⁷⁶⁶. É claro que, em abstrato, podemos imaginar um *déspota esclarecido* – no sentido iluminista do termo – que, após a conquista, concede cidadania plena aos conquistados; o possível – principalmente em um sentido teórico –, contudo, não significa o mais provável.

Por outro lado, mesmo na *soberania democrática*, temos o problema da soberania absoluta. Este problema se resume da seguinte forma: se é absoluta, não há limite e qualquer lei pode ser feita; se qualquer lei pode ser feita, é possível que se faça uma lei que exclua certa parte dos cidadãos; esta operação pode ser repetida recursivamente até que reste apenas uma *diarquia*⁷⁶⁷. É claro que é mais provável que esta exclusão se interrompesse antes, no momento em que se formasse uma oligarquia forte o suficiente para dominar a outra parte. Podemos ter como exemplo uma sociedade tão polarizada, na qual não houvesse mais possibilidade de acordos, e uma parte dominasse a outra. Mesmo que fosse a maioria, Hobbes deixa claro que não haveria democracia – já que esta implica a não dominação:

[A]inda que, por meio de um Presidente, o Povo Romano governasse, por exemplo, a região da Judeia, esta não era, portanto, nem uma Democracia, pois não era governada por uma Assembleia na qual seus habitantes tivessem o direito de participar, nem um Aristocracia, pois não era governada por uma Assembleia na qual qualquer homem pudesse participar por Eleição: era governada por uma Pessoa, a qual, ainda que para o povo de Roma fosse uma Assembleia do Povo ou Democracia, para o povo da Judeia, que não possuía direito algum de participar neste governo, era um Monarca. Isto, pois, se onde o povo é governado por uma assembleia, escolhida dentre os seus por eles mesmos, o governo é chamado Democracia ou Aristocracia; quando é governado por uma Assembleia que não é de sua escolha, é uma Monarquia, não de Um homem sobre outro homem, mas de um povo sobre outro povo.⁷⁶⁸

É neste momento que a ideia do *soberano adormecido* de Tuck passa a fazer sentido. Como apresenta Tuck:

O título do livro [*The Sleeping Sovereign*] refere-se a uma longa passagem em *De cive*, de Thomas Hobbes, de 1642, na qual ele faz uma reflexão sistemática por meio de uma extensa analogia entre um soberano democrático e um monarca adormecido [...]. Notavelmente, é um dos primeiros relatos completos, encontrados na literatura de teoria política após o desaparecimento das antigas repúblicas, sobre como podemos pensar a democracia [...]. Nesta passagem, Hobbes argumentou que uma democracia soberana não precisa se envolver nos assuntos ordinários do

766 Cf. HOBBS, 1991a, p. 141.

767 Por exemplo, se tivermos um estado de 100 cidadãos: 51 podem excluir 49; em seguida, 26 podem excluir 25; 14 podem excluir 12; 8 podem excluir 6; 5 podem excluir 3; 3 podem excluir 2; 2 podem excluir 1; sobrando apenas dois. Isto é uma função recursiva de forma $f(f(x)) \rightarrow y$, na qual y resulta sempre em 2 e funciona para qualquer x , pois a função repete recursivamente a divisão inteira de x por 2 somado a 1 até chegarmos ao resultado final.

768 HOBBS, 1991a, p. 135.

governo; poderia simplesmente determinar quem deveria governar em seu nome e como, em geral, deveria comportar-se; então, poderia retirar-se para as sombras, assim como um monarca poderia nomear um vizir para governar em seu lugar antes de ir dormir.⁷⁶⁹

É claro que, como a liberdade implica uma eterna vigilância, *o povo nunca pode dormir*, mas, nesta passagem, Hobbes apresenta quatro possibilidades na qual a relação entre soberano – no caso, o povo – e o poder delegado pode ser estabelecida, das quais, somente uma nos interessa⁷⁷⁰:

[S]e após a eleição de um Monarca com limite de tempo, o povo houver deixado a assembleia com o entendimento de que realizaria reuniões em horários e lugares fixos enquanto o prazo estabelecido para o Monarca ainda estivesse em andamento, [...] este não deve ser considerado um *Monarca*, mas sim o primeiro-ministro do *povo*, e o *povo* pode, se achar necessário, retirá-lo de seu cargo [...] mesmo antes que seu mandato termine [...].⁷⁷¹

A meu ver, esta é a única forma de instituir-se uma democracia que não seja autodestrutiva – não permita a dominação de uma parte sobre outra ou, nas palavras de Hobbes, *de um povo sobre outro povo*. Ele não elabora sobre a separação das funções do poder, mas, como concebe todas estas funções, nada impede que inúmeros arranjos possam surgir, tanto de delegação como de manutenção da soberania originária, como no caso de uma democracia que mantém o poder legislativo a cargo de todo o povo. O mais importante e, ao mesmo tempo, um paradoxo, é o fato de que esta constituição, sendo um contrato, deve estar sujeita a uma adjudicação; e já que, como disseram Kelsen e Hobbes, ninguém pode ser juiz de si mesmo, uma corte constitucional é necessária.

Esta corte, sendo humana, pode corromper-se e subverter a democracia. A democracia soberana absoluta também não impede isto, pois uma parte pode dominar a outra. Este é o paradoxo. A única solução é uma eterna vigília de ambas as partes – o que não é uma solução institucional, mas pragmática, o que faz isto ser mais uma recomendação do que solução. O importante, porém, é que haja um povo democraticamente ativo e uma corte fiel ao direito, e que, se algum deles se corromper, o outro possa enfrentá-lo, pois, se ambos se corromperem, estaremos de volta ao *estado de natureza*.

769 TUCK, 2016, p. ix-x.

770 O primeiro caso é quando o povo delega a um monarca ou a outro o corpo o poder soberano sem nenhuma provisão de reunir-se novamente, neste caso, tanto como no último caso em que a reunião é deixada a cargo do monarca ou da assembleia à qual o poder foi delegado, a democracia é extinta (cf. HOBBS, 1998, p. 97-100, e TUCK, *op. cit.*, p. 87-8). O segundo caso é de um monarca vitalício, o que também não nos interessa (cf. HOBBS, *op. cit.*, p. 98-9, e TUCK, *op. cit.*, *loc. cit.*).

771 HOBBS, *op. cit.*, p. 99.

4.3 Fantasmagoria

Para Hobbes, algo que pode impedir a saída do *estado de natureza* ou promover o seu retorno é o que entende por *demonologia*. Ele define o conceito como “a doutrina fabulosa concernente a Demônios, que não são nada senão Ídolos ou Fantasmas cerebrais, sem nenhuma natureza própria, distinta da fantasia humana”⁷⁷². Hobbes inicia a última parte de *Leviatã – Do Reino das Trevas* – afirmando que:

Além destes Poderes Soberanos, *Divino e Humano*, sobre os quais discurssei até aqui, as Escrituras também mencionam um outro poder, a saber, o dos *Governantes das Trevas deste mundo, o reino de Satã* e o *Principado de Belzebu sobre os Demônios*, isto é, sobre os Fantasmas que aparecem no Ar: razão pela qual Satã também é chamado *o Príncipe do Poder Aéreo* ou, porque governa nas trevas deste mundo, *o Príncipe deste mundo* [...]. Pois percebendo que Belzebu é o príncipe dos Fantasmas, Habitantes de seu Domínio de Ar e Trevas, os Filhos das Trevas e estes Demônios, Fantasmas, ou Espíritos de Ilusão, significam alegoricamente a mesma coisa.⁷⁷³

É claro que não devemos interpretar *demônios* literalmente, pensando que Hobbes acreditava neles, quando, ao contrário, o que critica é justamente tanto a crença quanto a doutrina que propõem a existência dos mesmos. O que Hobbes quer dizer é que há este *reino* que procura obter poder invocando ideias sobrenaturais – *fantasmas que aparecem no ar* –, mas que não significa nada além de “uma confederação de enganadores [...] para obter domínio sobre os homens”⁷⁷⁴. É claro que pode haver *demonologistas* que acreditam piamente em seus fantasmas, porém:

Em síntese, demonologia é o erro em confundir as coisas pelo que elas não são. Demonologistas demonstram uma confusão sobre a realidade que, para Hobbes, encontra-se no cerne das práticas políticas perigosas de seus dias. Esta confusão é uma política mais ou menos deliberada dos líderes políticos corruptos para levar os cidadãos à subserviência.⁷⁷⁵

Martel, posteriormente, desenvolve este conceito, fundindo-o com o de *fantasmagoria*, extraído de Karl Marx e Walter Benjamin. É um termo que Hobbes não utiliza, mas não lhe seria estranho, já que falava constantemente dos *fantasmas da mente*, e como Martel utiliza ambos para tratar do mesmo fenômeno, podemos considerá-los como sinônimos. Segundo ele:

Tal como Marx, Benjamin utiliza o termo *fantasmagoria* para se referir especificamente as práticas do fetichismo de mercadoria [*commodity fetishism*]; [...]

⁷⁷² HOBBS, 1991, p. 418.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 417.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 417-8.

⁷⁷⁵ MARTEL, 2007, p. 109.

contudo, utilizarei o termo para me referir, de forma mais geral, à tendência humana à idolatria. [...] Como auxílio para esclarecer a natureza e a extensão da compreensão de Benjamin sobre a idolatria, pode ser-nos útil voltarmos a Thomas Hobbes que, em seus próprios escritos, antecipa em grande parte o que Benjamin diria sobre este assunto. Em *Leviatã*, Hobbes fala do *Erro das Essências Separadas*, uma prática linguística idólatra que, para ele, causa vastos e perniciosos efeitos ao mundo. Este erro consiste em transformar signos – nominalmente, meras representações – nestas *essências separadas*: verdades fantasmagóricas que sobrepõem e ofuscam seus próprios referentes [...].⁷⁷⁶

Martel, assim, consegue fazer uma análise que reúne vários conceitos importantes da teoria de Hobbes mas bastante negligenciados: a crítica ao erro das essências separadas, o problema da idolatria e do fetichismo, a demonologia e a fantasmagoria; e toda esta análise é pautada pela linguística e pela semiótica. Abordarei, agora, esta análise conjuntamente às ideias originais de Hobbes ainda não vistas, mas que somam ao que já foi dito, pois tudo que apresentei sobre o filósofo até aqui se aplica à análise da fantasmagoria.

4.3.1

Demonologistas e o problema da fantasmagoria

Na quarta parte de *Leviatã*, Hobbes dedica-se a atacar seus adversários, algo que, de certo modo, já fazia ao longo de toda obra, mas não de forma tão direta. Estes são o clero e os filósofos escolásticos aristotélicos, o que é uma certa redundância, pois os dois grupos confundem-se geralmente nas mesmas pessoas; Hobbes, porém, divide-os conceitualmente, pois ataca tanto a instituição quanto sua filosofia.

A crítica fundamental de Hobbes é que “o maior e principal abuso das Escrituras – e do qual todo o resto é consequente – [...] é distorcê-la para provar que o Reino de Deus [...] é a presente Igreja”⁷⁷⁷. Mais que teológica, esta é uma crítica política, pois, em seguida, ele fala que:

Este poder Real sob Cristo, contestado universalmente pelo Papa e, em Estados particulares, por Assembleias de Pastores do lugar [...], é disputado tão apaixonadamente que [...] lança tamanhas trevas sobre o conhecimento dos homens que eles não conseguem saber a quem devem obediência.⁷⁷⁸

Com isto, podemos ver como o problema que era ontológico e epistemológico passa a ser político, pois a distorção da filosofia tem como fim a subserviência. Em *Leviatã*, ele mesmo lança a questão do porquê de tratar deste assunto

⁷⁷⁶ MARTEL, 2011, p. 12-3.

⁷⁷⁷ HOBBS, 1991a, p. 419

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 419-20.

em uma obra política e a responde da seguinte forma: “[é] com este propósito – que os homens não sejam mais enganados por aqueles que, por meio desta doutrina de Essências Separadas, construída sobre a Filosofia Vã de Aristóteles, tentam impedi-los de Obedecer às Leis de seu País com nomes vazios”⁷⁷⁹.

É claro que se tratando de uma monarquia ou qualquer outro regime não democrático, poderíamos pensar que tal estratégia poderia ser empregada como meio de resistência. Há um problema nisto, porém, pois esta estratégia não busca o esclarecimento, mas opera por uma alienação ou, como aponta Martel, por meio de idolatrias, fetiches e, também, pelo medo. Como questiona Hobbes: “quem tendo medo de fantasmas não terá mais respeito àqueles que sabem fazer a água benta capaz de afastá-los”⁷⁸⁰?

O fato do alvo de Hobbes ser o clero não significa que estes são o único perigo para uma democracia. Para ele, esta era a ameaça em seu contexto histórico, mas isto é algo que deve ser atualizado de acordo com cada momento. Hoje em dia, por exemplo, poderíamos falar da *mídia*, como podemos ver na comparação que Renato Janine Ribeiro faz: “o clero, no século XVII, é uma mídia de nosso tempo que teria anexado o Além [...]: por um lado, assegura as comunicações, informando, pregando; por outro, sanciona os melhores prêmios e os piores castigos”⁷⁸¹. Igualmente, poderíamos falar de juristas que defendem uma *jurisprudência de princípios*.

O importante é percebermos que o que está em jogo é a implantação de um *regime de verdades*: “[a] demonologia reside na substituição de coisas irrepresentáveis deste mundo por verdades claras e ‘óbvias’”⁷⁸². Sua estratégia opera semioticamente, pois “[a] fantasmagoria é um uso idólatra da representação; a produção de mitologias sobre Deus, o estado, a sociedade e o indivíduo. Cada um destes ídolos também pode ser lido como um ‘signo’”⁷⁸³. “A fantasmagoria é essencialmente uma leitura equivocada do mundo baseada nos objetos (isto é, fetiches) que constituem esta realidade”⁷⁸⁴; o objetivo é criar uma visão fantasmagórica da realidade:

Por meio da metafísica, o demonologista pode totalizar e, de fato, substituir o mundo assim como totaliza e substitui Deus. Metafísicos (isto é, demonologistas) transformam *ser* em algo idólatra. Para Hobbes, a metafísica não descobre o *ser*;

779 HOBBS, 1991a, p. 465.

780 *Ibid.*, *loc. cit.*

781 RIBEIRO, 2001, p. 13.

782 MARTEL, 2007, p. 109-12.

783 *Id.*, 2011, p. 247-8.

784 *Id.*, 2012, p. 47

ela (falsamente) o produz, principalmente, tratando representações do *ser* como se tivessem uma existência própria; como se o termo *ser* não fosse simplesmente uma figura de linguagem, mas o próprio “ser” de fato. [...] Q]uando a hipostatização não é reconhecida pelo que é, é vista como constituindo a realidade em vez de retoricamente representá-la.⁷⁸⁵

Ser, é claro, no sentido metafísico do termo, e podemos substituí-lo por outro como *moral*, *direito*, *justiça* ou qualquer universal; o que importa é que, na fantasmagoria ou demonologia, o universal precede a existência quando, na realidade, ocorre o contrário. A representação, no entanto, tanto para Hobbes como para Martel, não pode ser evitada; a saída que este último apresenta é apenas que se tenha uma consciência da natureza alegórica dos signos, que devem ser tratados como meras representações e não como ídolos:

Um fetichista [...] é alguém que acredita que a verdade é acessível [...]. Neste sentido, a ideia subjacente ao fetichismo é a própria noção de verdade; a verdade torna-se o último fetiche [...]. Ser um antifetichista [...] significa estar ciente da inevitabilidade das más interpretações, das falsas promessas dos signos. Em certo sentido, tanto o fetichista como o antifetichista agem da mesma forma; ambos procuram justapor signos como uma forma de aproximar-se de uma verdade que há muito nos foi perdida. Somente o antifetichista, contudo, sabe que não tem esperança em capturar a verdade [...]. Por meio de uma consciência da falha da representação em transmitir a verdade, podemos evitar ser completamente determinados pelas ‘mitologias’ [...] com as quais os fetichistas se envolvem.⁷⁸⁶

Para evitar esta fantasmagoria, como vimos, Hobbes propõe seu *Leviatã*. Assim, uma última questão que deve ser pensada é se o soberano não pode ser fantasmagórico; e a resposta parece ser óbvia: “não há nenhuma razão para que o próprio soberano não seja demonológico”⁷⁸⁷. Antes, porém, de acusarmos Hobbes de ser algo que ele critica, devemos, como Martel nos chama à atenção, observar uma figura retórica que ele utiliza, chamada “*epítrope*, quando Hobbes faz uma de suas suspeitas *submissões* à autoridade soberana”⁷⁸⁸. Esta estratégia retórica significa “[c]onceder uma concordância ou uma permissão a um oponente, sempre ironicamente”⁷⁸⁹, e é análoga à *permissio* ou à *concessio* dos oradores romanos, quando o “falante admite um argumento, ou para ofender o adversário diretamente, ou para preparar um argumento mais importante”⁷⁹⁰. Sendo assim, se tomarmos um trecho isolado de seu texto, como, por exemplo, “que um Soberano

785 MARTEL, 2007, p. 120, grifos meus.

786 *Ibid.*, p. 11.

787 *Ibid.*, 2007, p. 112.

788 *Ibid.*, p. 92.

789 LANHAM, 1991, p. 70.

790 *Ibid.*, p. 38.

terreno pode ser chamado *a Imagem de Deus*⁷⁹¹, a primeira vista, é possível pensar que Hobbes louva o soberano da forma mais honrosa possível. Percebendo-se, contudo, que ele faz uma crítica demolidora da *idolatria* logo em seguida, vê-se a *epítrope* em ação:

A síntese de tudo que disse até aqui no que concerne o Culto a Imagens é o seguinte: aquele que cultua uma Imagem ou alguma Criatura, seja sua Matéria, ou sua própria Fantasia a qual pensa habitá-la, ou ambas as coisas, ou acredita que tais coisas, sem Orelhas ou Olhos, escutam suas Preces ou enxerga suas Devoções, comete idolatria [...].⁷⁹²

Se conectarmos isto com a afirmação de que ele faz ao propor sua teoria da representação – que “[u]m Ídolo ou uma mera Ficção cerebral pode ser personificado, [... m]as Ídolos não podem ser Autores: pois um Ídolo não é nada”⁷⁹³ – podemos concluir que *esta imagem de Deus não é nada*⁷⁹⁴. Desta forma, a soberania é o que se faz dela: se for idolatrada, será fantasmagórica, mas se for tomada apenas pelo que ela é – a união política de um grupo de pessoas – poderá não ser.

4.3.2

Os dois deuses do Leviatã

Uma proposição de Hobbes que nos pode levar a crer que seria a favor de ou indiferente a um soberano fantasmagórico é esta: “vendo que o Estado é somente uma Pessoa, deve apresentar a Deus somente um culto [*Worship*]”⁷⁹⁵. Ele também afirma que:

Primeiramente, é preciso lembrar que o Direito de Julgar quais são as Doutrinas favoráveis à Paz e que devem ser ensinadas aos Súditos está, em todos os Estados, vinculada inseparavelmente [...] ao Poder Civil Soberano, quer ele se encontre em um Homem ou em uma Assembleia.⁷⁹⁶

Ou seja, *cujus regio, ejus religio*. No entanto, assim como ele possui sua ética, ele também possui seu entendimento de Deus e da religião; e este entendimento, a meu ver, não é fantasmagórico. Primeiramente, ele expõe as ideias vistas acima com o objetivo de refutar aqueles que pretendem submeter o soberano aos poderes eclesiásticos externos ou internos. Logo no início do capítulo XLII de *Leviatã* – o mais longo deles –, ele afirma que “o Reino de Cristo não é deste

791 HOBBS, 1991a, p. 448, grifo meu.

792 *Ibid.*, p. 452.

793 *Ibid.*, p. 114.

794 Hobbes descreve o segundo mandamento como “*não se deve fazer qualquer Imagem para representá-lo [Deus]*” (*ibid.*, p. 356). É importante notar que ele diz *qualquer imagem* e não *imagem esculpida* ou qualquer outra específica.

795 *Ibid.*, p. 253.

796 *Ibid.*, p. 372.

mundo: seus Ministros (a menos que sejam Reis), portanto, não podem requerer obediência em seu nome”⁷⁹⁷. Mais uma vez, podemos ver a epítrope em ação, pois reis podem reivindicar obediência em nome de Cristo porque são soberanos, mas não porque são sua imagem, *pois uma imagem não é nada*. Neste capítulo, ele também apresenta uma refutação da obra *De summo pontifice* do cardeal Belarmino, cuja uma das teses é “provar que o Papa é o Juiz supremo em todas as questões de fé e costumes (*o que significa ser o Monarca absoluto de todos os Cristãos do mundo*)”⁷⁹⁸.

Em segundo lugar, temos o que podemos chamar de uma teologia hobbesiana, a qual divido em dois aspectos. O primeiro deles é sua *teologia negativa*:

[A] natureza de Deus é incompreensível, isto é, não sabemos nada *do que ele é*, apenas *que ele é*; e, portanto, os Atributos que lhe damos não são para dizermos [...] *o que ele é* nem para darmos nossa opinião sobre sua Natureza, mas, sim, pelo nosso desejo de honrá-lo com tais nomes [...].⁷⁹⁹

Como comenta Martel:

[D]evemos aprofundar o conceito [...] de *teologia negativa* de Hobbes. Este conceito e as noções afins de nominalismo e ceticismo descrevem [...] uma atitude de Hobbes em relação à linguagem, à verdade e a Deus. Conjuntamente à ideia [...] de que toda a chamada “realidade” deve ser filtrada por sinais que são, por natureza, imperfeitos, estes três termos sugerem a recusa de Hobbes em admitir que qualquer coisa pode ser conhecida como ela mesma [...].⁸⁰⁰

Martel, em seu último livro de sua trilogia benjaminiana, que se chama *The One and Only Law* ou *A única lei*, afirma que esta é “o Segundo Mandamento contra a idolatria”⁸⁰¹. Não diria que, para Hobbes, esta seria a única lei, mas, certamente – ao menos para um regime democrático ou não fantasmagórico – deveria ser elencada em seu catálogo de leis naturais. Também diria, contudo, que o terceiro mandamento – “*não se deve tomar o Nome de Deus em vão*”⁸⁰² – deve também fazer parte deste catálogo; diria até que os dois mandamentos representam dois lados da mesma situação – um diz respeito ao *idólatra*; outro, ao que se quer fazer *ídolo*.

Este último mandamento não deve ser entendido no sentido fetichista de *não pronunciar o nome de Deus* mas, sim, no sentido de *não atribuir palavras ou atos seus a Deus*. A consequência política disto pode ser vista no que Hobbes diz

797 HOBBS, 1991a, p. 341.

798 *Ibid.*, p. 383.

799 *Ibid.*, p. 271.

800 MARTEL, 2007, p. 80-1.

801 *Id.*, 2014, p. 22.

802 HOBBS, 1991a, p. 357.

sobre profetas: “é preciso ser bastante circunspecto e cauteloso em obedecer à palavra de um homem que, pretendendo ser um profeta, comanda-nos a obedecer Deus”⁸⁰³. Em termos mais gerais, temos o interessante trecho, no qual ele critica aqueles que pretendem *universalizar seus desejos*, o que nos permite relacionar a teologia negativa de Hobbes com sua crítica aos universais:

Quando os homens que se julgam mais sábios que os demais reclamam e invocam a reta Razão para julgar, eles pretendem, nada mais, que as controvérsias sejam determinadas por nenhuma outra razão que não seja a sua. Isto é tão intolerável na sociedade humana como o é em um jogo de cartas quando, após determinado o trunfo, querer utilizar como tal o naipe que mais se tiver em mãos. Estes homens não fazem nada mais do que querer que suas paixões, conforme neles surjam, sejam tomadas como a reta Razão, e isto, em suas próprias controvérsias, revelando sua ausência de reta Razão pelo uso que fazem dela.⁸⁰⁴

O segundo aspecto da teologia de Hobbes é o que ele chama de *poder de Deus*. Em *Leviatã*, ele diz expressamente que, “por Deus, entende-se a causa do Mundo”⁸⁰⁵; considerando que, em *De corpore*, ele afirma que:

É dito que um CORPO trabalha sobre ou *age*, isto é, *faz* algo a outro corpo quando gera ou destrói algum acidente neste; e, sobre o corpo no qual algum acidente é gerado ou destruído, é dito que este *padece*, isto é, que algo *lhe é feito* por outro corpo. Assim, quando um corpo põe outro em movimento, chama-se AGENTE, e o corpo no qual o movimento é gerado chama-se PACIENTE [...]. O acidente gerado no paciente é chamado de EFEITO. [...] O agregado de acidentes no agente ou nos agentes requeridos para a produção do efeito é chamado de *causa eficiente* deste; e o agregado de acidentes no paciente, produzindo o efeito, é usualmente chamado de *causa material* [...]. Mas as causas eficiente e material são ambas causas parciais, ou partes desta causa [...] que chamei de causa integral. [...] [A] partir disto – do fato que, sempre que a causa for integral, o efeito é produzido no mesmo instante –, é manifesto que causalidade e produção de efeitos consistem em um contínuo progresso, de modo que há uma contínua mutação no agente ou nos agentes pelo trabalho de outros agentes sobre eles, assim como o paciente, sobre o qual aqueles trabalham, é continuamente alterado e modificado.⁸⁰⁶

Podemos deduzir, assim, que, para Hobbes, Deus é a única *causa integral*. Assim, ele afirma que, “quando atribuímos a Deus uma vontade, ela não deve ser entendida como a de um homem, [...] mas como o Poder, pelo qual ele tudo realiza”⁸⁰⁷. Por isto, devemos entender que o *poder de Deus* não deve ser compreendido como algo metafísico mas como a *rede de causalidades* – ou a própria *causa integral* – e por tudo que acontece *inexoravelmente*:

803 HOBBS, 1991a, p. 297. “Como pode aquele, a quem Deus nunca revelou sua Vontade diretamente [...] saber quando obedecer ou não sua Palavra quando dita por alguém que diz ser um Profeta? [...] Já que atualmente cessaram os milagres, não há mais nenhum sinal pelos quais podemos aquiescer as pretensas revelações ou inspirações de qualquer pessoa particular” (*ibid.*, p. 257-9).

804 *Ibid.*, p. 33.

805 *Ibid.*, p. 250. “[A] Primeira Causa de toda variedade de efeitos é Deus” (*id.*, 1976, p. 327).

806 *Id.*, 2005, p. 123.

807 *Id.*, 1991a, p. 246.

O Direito Natural, pelo qual Deus reina sobre os homens e pune aqueles que violam suas Leis, é derivado não de sua Criação, como se requeresse obediência ou Gratidão por suas benesses, mas deriva de seu *Poder Irresistível*.⁸⁰⁸

Questão mais complexa é se Hobbes considerava o *universo* – a soma de todas as coisas, como vimos anteriormente – o mesmo que Deus. Em *Leviatã*, ele nega isto⁸⁰⁹, mas Ross aponta uma interessante diferença dos escritos de Hobbes em inglês para os em latim: “[e]le somente explicitou publicamente a materialidade de Deus nas obras em latim, impressas no exterior, ou quando já era um octagenário, muito velho para ser processado”⁸¹⁰. De fato, no segundo apêndice da edição de *Leviatã* em latim, escrito em forma de um diálogo no qual responde questões sobre sua obra na terceira pessoa, ele diz que “[Hobbes a]firma, de fato, que Deus é corpo”⁸¹¹; diz também, citando *Atos dos apóstolos* 17:28 de Paulo, que “todos nós existimos e somos movidos em Deus”⁸¹².

Ross também comenta que, pelo fato do latim não ter artigos, resta a dúvida se Hobbes quis dizer *Deus é corpo* ou *Deus é um corpo*; também há a dúvida se Deus seria idêntico ao todo do universo ou se seria material, mas distinto dos demais objetos⁸¹³. Em seu diálogo com o arcebispo Bramhall, Hobbes não esclarece isto, mas apenas comenta que, “[p]or universo, quero dizer o agregado de todas as coisas que possuem *ser* em si [...]. E como Deus possui *ser*, segue-se que ele ou é o todo do universo, ou é parte dele”⁸¹⁴.

No entanto, apesar de negar que Deus é o universo em *Leviatã* – desta vez, a edição inglesa –, ele afirma que, “dizer que ele é *Finito*, não é honrá-lo [...] Nem lhe atribuir *Partes* ou *Totalidade*, que são Atributos somente de coisas Finitas”⁸¹⁵. Como ele afirma que “o que não é Corpo, não é parte do Universo: e como o Universo é Tudo, o que não é parte dele, é *Nada* e, conseqüentemente, *nenhum*

808 HOBBS, 1991a, *loc. cit.*

809 “[D]izer que o Mundo é Deus, é dizer que este não possui causa, isto é, que não há Deus” (*ibid.*, p. 250).

810 ROSS, 2009, p. 149. A razão para isto foi provavelmente para evitar perseguições: “Hobbes foi tema de um inquérito na Casa dos Comuns e destruiu vários de seus escritos não publicados sobre teologia que poderiam ser utilizados contra ele” (*ibid.*, *loc. cit.*).

811 “*Affirmat quidem Deum esse corpus*” (HOBBS, 1841, p. 561).

812 “*Omnes sumus et movemur in Deo*” (*ibid.*, *loc. cit.*). No original, em grego, “[ε]ν αὐτῷ γὰρ ζῶμεν καὶ κινούμεθα καὶ ἐσμεν” (PIERPONT & ROBINSON, 2005, p. 293). Hobbes omite ζῶμεν (*zomen*), que significa *vivemos* (ou pode ter simplificado, pois o latim *sumus* – *somos*, *existimos*, equivalente ao grego ἐσμεν (*esmen*) – implica necessariamente que *vivemos em*). Κινούμεθα (*cinumetha*) é normalmente traduzido por *movemo-nos*, mas, na verdade, está na voz passiva.

813 Cf., ROSS, *op. cit.*, p. 150.

814 HOBBS, 1840, p. 349. Hobbes não capitulariza o pronome pessoal quando se refere a Deus.

815 *Id.*, 1991a, p. 250.

*lugar*⁸¹⁶, podemos concluir que, para ele, Deus só pode ser equivalente ao universo e que este é infinito.

É claro que ele utiliza um discurso adequado à sua teologia negativa, afirmando que apenas atribui algo a Deus de forma a honrá-lo, pois não se pode afirmar algo que ele seja:

Aquele que quiser atribuir a Deus qualquer outra coisa que não seja o fundamentado na Razão natural deve utilizar ou Atributos Negativos, como Infinito, Eterno, Incompreensível; ou Superlativos, como o Maior [*Most High, Most Great*] e similares; ou Indefinidos, como Bom, Justo, Sagrado, Criador; e, nestes últimos sentidos, não como se quisesse declarar o que ele é (pois isto seria circunscrevê-lo aos limites de nossa Fantasia), mas para declarar como o admiramos [...].⁸¹⁷

A importância política disto é que não se pode atribuir a Deus “Paixões [...], ou Desejos [*Want*, que, em inglês, também significa *falta* ou *carência* ...], ou qualquer faculdade Passiva, pois Paixão é Potência limitada por alguma outra coisa”⁸¹⁸; e isto se conecta com a *potência irresistível de Deus*, unindo os dois aspectos de sua teologia. Assim, tudo o que vimos sobre nominalismo, ceticismo e teologia negativa fundamentam uma expulsão da fantasmagoria da política de modo que, se o soberano seguir estas ideias de Hobbes, não será fantasmagórico, e o estado será praticamente laico. Nisto encontra-se a diferença entre a ética hobbessiana e moralismos categóricos, absolutos ou positivos.

4.3.3

A ética hobbessiana e sua antítese

Por tudo o que vimos até aqui, a crítica hobbista de que Hobbes seria amoral ou até imoral não se sustenta. Por outro lado, ela não só é distinta de *moralismos categóricos, absolutos* ou *positivos* como também é antagônica. Defino tais moralismos como aqueles que ditam comportamentos *positivos* – determinam que se *faça* algo, enquanto a ética hobbessiana determina um *não faça*; e são *categóricos* ou *absolutos*, pois não são condicionais.

Um exemplo de tal moralismo categórico e, de certo modo, positivo é o de Kant. Digo *de certo modo*, pois ele não chega a ditar valores; ele, contudo, orienta-se, pelo *universal*. Isto, no entanto, não impede a comparação, e é até mais relevante comparar a ética hobbessiana com algo que se aproxima mais de sua

816 HOBBS, 1991a, p. 463.

817 *Ibid.*, p. 251.

818 *Ibid.*, p. 250. Utilizo *potência* pois, apesar do termo em inglês ser *power*, este é o que Hobbes utiliza na edição em latim: “*Pati enim est potentia ab agente alio terminata*” (*id.*, 1841, p. 260).

teoria do que com um dogmatismo radical que enumeraria comportamentos de forma literal.

Digo que a filosofia de Kant aproxima-se da de Hobbes, pois, como vimos, ele considera o *noúmeno* como algo inacessível, mas há também várias diferenças que, contudo, fogem do escopo deste trabalho⁸¹⁹. O que importa é que sua ética caminha em sentido oposto, como atesta Kelsen:

[T]anto quanto se enfatiza o caráter antimetafísico e, portanto, positivista da filosofia natural kantiana, também é comum contrastar acentuadamente o pensamento ético e político de Kant com uma atitude relativista-cética; e esta visão é inquestionavelmente corroborada pelas próprias palavras de Kant. O sistema ético-político de Kant é completamente orientado pela metafísica, e sua filosofia prática, com sua teoria monárquica conservadora do estado e da lei, inclina-se necessariamente para valores absolutos.⁸²⁰

O aspecto absoluto da teoria moral de Kant consiste em seu famoso *imperativo categórico*, que determina o seguinte: “aja de acordo com uma máxima que possa, ao mesmo tempo, ser válida como uma lei universal. Toda máxima que não se qualifica como tal está em oposição com relação à moral”⁸²¹. Em outras palavras, o sujeito só deve agir como se fosse um *universal*, caso contrário, será *imoral*:

A conformidade da ação com a lei do dever é sua *legalidade* (*legalitas*); a concordância da *máxima* da ação com a lei, sua *moralidade* (*moralitas*). Uma *máxima* é o princípio de ação *subjetivo* que o sujeito adota como regra para si mesmo (a saber, como ele quer agir). Em contraste, o princípio básico do dever é aquilo que a razão absolutamente é e, portanto, objetivamente comanda (como ele deve agir).⁸²²

Todavia, curiosamente, embora possa não parecer, este sujeito é “livre”, pois Kant afirma que:

Leis provêm da Vontade [*der Wille*]; máximas, da vontade [*die Willkür*, também traduzível como *arbitrio*]. Nos seres humanos, a vontade é livre. A Vontade, que

819 Uma diferença que deve ser notada é que, como aponta Höffe, “[a] *Introdução* da primeira Crítica captura seu projeto inteiro por meio de duas distinções enormemente influentes [...]. Kant apela para a dupla oposição composta, por um lado, entre o *a priori* (independente da experiência) e o *a posteriori* (dependente da experiência) e, por outro, entre os julgamentos analíticos (explicativos) e sintéticos (ampliativos), com o propósito de defender a autonomia da filosofia como a disciplina que trata do *a priori* sintético” (HÖFFE, 2010, p. 51; cf. KANT, 1998, p. 127-52); para Hobbes, porém, este *a priori* sintético não existe – ou, talvez, só Deus, mas este é inconcebível. Como vimos, sua filosofia baseia-se em relações de causa e efeito que, por natureza, são *hipotéticas*; e são *a posteriori*, pois não há nenhuma imagem na mente humana antes da experiência. O *a priori* é construído pelo ser humano, pois, “por meio de demonstrações *a priori*, a ciência permite aos homens saberem *somente aquelas coisas cuja construção depende somente do arbitrio dos próprios homens*” (HOBES, 1991b, p. 41).

820 KELSEN, 2013, p. 105n. Como comenta Höffe, “apelando para o *a priori* sintético, Kant efetivamente aceita a ideia de filosofia, já iniciada pelos gregos, que consiste na procura de verdades eternas que são diretamente relevantes para a ‘ciência’” (HÖFFE, *op. cit.*, p. 55).

821 KANT, 1999, p. 19.

822 *Ibid.*, p. 19.

não se refere à nada exceto à Lei, não pode ser chamada de livre ou não, pois esta não está relacionada a ações, mas diretamente à legislação das máximas de ação (e, portanto, é a própria razão prática); conseqüentemente, é absolutamente necessária e incapaz de ser constrangida. Somente uma vontade pode, assim, ser chamada de livre. [...] A liberdade da vontade, contudo, não pode ser definida como a capacidade de escolher agir de acordo ou contra a lei (*libertas indifferentiae*), como alguns tentaram fazer, mesmo que, enquanto fenômeno, vontades forneçam empiricamente frequentes exemplos disto. A liberdade (como nos é, primeiramente, informado pela lei moral) pode ser conhecida somente como uma propriedade negativa dentro de nós: a propriedade de não ser constrangido a agir por nenhum fundamento sensível determinante.⁸²³

Entendamos a lógica: os seres humanos possuem uma *vontade livre* – *die Willkür* –, que lhes permitem realizar o que quiser; por outro lado, há também uma *Vontade* – *der Wille* – que representa o *universal*, ou seja, aquilo que é *certo* e, por isto, *imutável* e *perene*. Assim, os seres humanos não podem eleger aquilo que a *Vontade* é, mas, no máximo, podem adequar suas vontades a esta *Vontade*⁸²⁴.

Como vimos, nada disto existe para Hobbes: *razão* não é uma *faculdade para atingir o universal*, mas mera computação; *vontade*, o último apetite de uma deliberação sobre um *desejo*; e, acima de tudo, não há *finis ultimus* ou *summum bonum*, pois “Deus não possui Fins”⁸²⁵. Deste modo, a ética que se desenvolve a partir da perspectiva de Hobbes é – para evitar o termo relativo, mas não o deixa de ser também – relacional: desenvolve-se a partir da interação entre sujeitos e não voltada a um transcendental. Há um mínimo que é o *alterum non laedere*, mas o que é este *laedere* está aberto à interpretação destes indivíduo afetados. É claro que, há a possibilidade das partes não concordarem, e, para evitar que isto escale para uma situação de duelo, vendeta ou guerra, Hobbes propõe a criação do estado.

Já, no caso de Kant, apesar de *universal* ser um *noúmeno* e, em termos pragmáticos, não ser definido por ser considerado algo categórico, só há duas possibilidades: a primeira é uma angústia da parte dos indivíduos, que devem adequar suas condutas a este universal, mas nunca saberão se conseguiram ou não; a segunda e mais provável é que algum grupo passe a decidir o que é este universal

823 KANT, 1999, p. 19-20.

824 Como aponta o tradutor da obra: “[d]er Wille é utilizado por Kant, mais especificamente, para significar a vontade que funciona como fonte de um comando ou lei. [...] Para Kant, é a fonte da lei tanto moral como jurídica [...], determinando os princípios do certo e do errado e, por si só, não pode errar. [...] Die Willkür [...], por outro lado, é a faculdade de decidir [...]. Pode ser também chamada de *escolha* ou *preferência arbitrária*, pois seleciona entre alternativas e reflete os desejos pessoais do indivíduo” (LADD, 1999, p. xxix-xxx).

825 HOBBS, 1991a, p. 249. É o oposto do que ocorre em Kant, pois “é claro que, na teoria kantiana da autonomia moral, a Vontade [...] tem o mesmo papel atribuído à Vontade de Deus por alguns teólogos: ela provê a fundação da moralidade” (LADD, 1999, p. xxx).

e, assim, dominar os demais, transformando a moral do tipo kantiano em uma moral positiva vulgar, como um conjunto de comportamentos determinados⁸²⁶.

Neste momento, é relevante vermos a opinião de Kelsen sobre este tipo de moral que se opõe à democracia. Ele considera que “[a] visão do mundo metafísico-absolutista está relacionada a uma [disposição] autocrática, e a crítico-relativista, a uma disposição democrática”⁸²⁷. Isto, pois:

Aquele que em seus desejos e ações políticos é capaz de reivindicar uma inspiração divina ou iluminação de outro mundo pode se sentir certo em ser surdo às vozes de seus companheiros. Ele pode pensar estar certo em forçar sua vontade como a vontade de um Bem absoluto sobre um mundo de descrentes e – porque querem qualquer coisa diferente – cegos.⁸²⁸

Este é o problema dos moralismos absolutistas, pois, se não levam necessariamente a uma política schmittiana da distinção *amigo/inimigo*, ao menos, induzem a ela, já que opera com base na distinção *moral/imoral*. Kelsen apresenta esta crítica a tais moralismos em resposta a obra *The New Science of Politics* de Eric Voegelin. Este considera que toda a crise do pós-I Guerra que levou à II Guerra é fruto do que chama *imanentização do eschaton*, este que nada mais é do que o *finis ultimus*⁸²⁹. Voegelin, no entanto, não quer abolir o *eschaton*, mas retranscendentalizá-lo, e Kelsen critica-o, não apenas por isto, mas por entender que se trata de duas visões filosóficas distintas que levam a fins políticos antagônicos, como visto acima, e por perceber que não se trata de nada de novo, mas um retrocesso⁸³⁰.

826 Gregory Bateson criou o interessante conceito de *double bind* cujos componentes são os seguintes: “1. *Duas ou mais pessoas*. [...] 2. *Experiências repetidas*. [...] 3. Uma *injunção negativa primária* [com uma ameaça de punição]. [...] 4. Uma *injunção secundária* conflitante com a primeira em um nível mais abstrato e, como a primeira, compelida à obediência por punições ou sinais de ameaça à sobrevivência. [...] 5. Uma *injunção negativa terciária proibindo que a vítima se abstenha de escolher*. [...] 6. Finalmente, o conjunto completo de ingredientes não é mais necessário quando a vítima aprendeu a perceber seu universo em padrões de *double binds*” (BATESON, 2000, p. 206-7). Segundo ele, “[q]uando uma pessoa é levada a uma situação de *double bind*, ela responderá defensivamente, à maneira de um esquizofrênico” (*ibid.*, p. 209). A teoria moral de Kant, conjugada com a realidade, possui todos estes componentes: a) uma lei universal que deve ser obrigatoriamente obedecida e da qual derivam-se todas as outras (*der Wille*); b) um comando para que o sujeito determine suas próprias leis (exerça sua *Willkür*); c) um comando para que as leis dadas a si mesmo pelo sujeito, que deve se autodeterminar, sejam idênticas a uma lei derivada da universal (o *imperativo categórico*); d) a impossibilidade de não se autodeterminar; e) a impossibilidade, em última instância, de saber se se adequou ou não à lei universal. A partir disto, a transformação da moral kantiana para uma moral positiva vulgar pode bem ser vista como algo natural, ocorrendo quando os indivíduos angustiados não tolerarem mais tal situação e alienarem a determinação do universal para um grupo dominante.

827 KELSEN, 2013, p. 103.

828 *Ibid.*, p. 104.

829 “A tentativa de construir um *eidon* [ou *idos*] da história levará a falaciosa imanentização do *eschaton* cristão” (VOEGELIN, 1952, p. 120).

830 “Quando os fundamentos da ordem social estabelecida são abalados por guerras e movimentos revolucionários, e a necessidade de uma justificativa absoluta e não meramente relativa desta ordem torna-se urgente, a religião e, com isto, a teologia religiosa e outras especulações metafísicas são

Anteriormente, Kelsen já havia publicado sua obra *O valor e a essência da democracia*, na qual afirmava o valor do que chama de relativismo:

Aquele que percebe que a verdade e os valores absolutos são inacessíveis à cognição humana deve considerar não apenas a sua mas também a opinião dos outros como, ao menos, possível. A ideia de democracia pressupõe, portanto, o relativismo como sua visão de mundo. [...]. Aquele que só confia na verdade terrena e só permite que o conhecimento humano dirija a política social pode justificar a coerção – que a realização dessa política inevitavelmente exige – apenas com o consentimento da maioria [...]. Além disto, como a minoria não está absolutamente errada, a ordem coercitiva deve ser construída de tal maneira que esta não seja inteiramente desprovida de direitos e possa tornar-se a maioria a qualquer momento. Este é o significado real por trás do sistema político que chamamos de democracia. Sua oposição ao absolutismo só é possível, porque constitui a expressão de um relativismo político.⁸³¹

Pelas palavras de Kelsen, podemos deduzir que não apenas o que chama de relativismo – *ceticismo* talvez fosse um melhor termo – mas também o pluralismo são fundamentais para a democracia, de modo que a política schmittiana de homogeneização pode ser vista como sua antítese, principalmente, em razão do fato desta homogeneização, embora possível no plano teórico-abstrato, seja improvável de existir na realidade senão por meio de coerção, perseguição e outras formas de violência que seriam, como disse Hobbes, a *dominação de um povo sobre outro povo*.

O papel do soberano de Hobbes ou do estado com relação a isto é mais bem entendido – ou, pelo menos, atualizado para o contexto contemporâneo – não como devendo impor a crença em sua teologia negativa – até porque é impossível obrigar as pessoas a acreditarem em algo – mas como *não falando em nome de Deus*, ou seja, praticamente como deve se comportar um estado laico, que significa não apenas não professar nenhuma religião positiva mas também, como temos na atual constituição alemã, nenhuma visão de mundo [*Weltanschauung*]⁸³².

levadas à frente da vida intelectual, tornando-se instrumentos ideológicos da política. [...] E esta tendência se manifesta como uma apaixonada oposição ao positivismo relativista e pela tentativa de fazer novamente a ciência ser influenciada pela teologia e outras especulações metafísicas. [...] Até o final do século XVIII a teologia manteve a ciência política sob seu controle estrito. A doutrina de que o estado é uma instituição divina e o governante, uma autoridade ordenada por Deus, foi quase geralmente aceita. Portanto, não é exatamente uma ‘nova’ ciência da política que Voegelin, de acordo com o título de seu livro, almeja. É algo muito antigo, que foi abandonado por provar-se uma pseudociência: o instrumento de poderes políticos definidos. [...] É, em particular, para [resolver] o problema da justiça absoluta que Voegelin empreende sua restauração das ciências sociais, destruídas pelo positivismo. O que ele sugere não é nada além de um retorno às especulações metafísicas e teológicas de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino” (KELSEN, 2004., p. 11-4).

831 *Id.*, 2013, p. 103-4.

832 Nesta, em seu artigo 4º, temos: “[a] liberdade de fé, consciência e a liberdade de confissão religiosa e de visão de mundo são invioláveis” (ALEMANHA, 2018, p. 17). Assim, é obvio que, para que se tenha estas liberdades, o estado não pode professar nenhuma fé, consciência, religião ou visão de mundo, exceto, obviamente, a visão de mundo democrática.

4.3.4 Ética e direito em Hobbes

Acredito que a ética apresentada acima, com base em Hobbes e Kelsen, é mais adequada à democracia do que uma fantasmagoria. Isto, contudo, é uma questão de eficiência, pelo menos, até certo ponto⁸³³. Penso também que, a partir do momento em que se decide pela democracia – seja politicamente, seja teoricamente –, algumas consequências decorrem: por exemplo, não se pode considerar *democracia* um regime no qual um indivíduo decide tudo autocraticamente. No entanto, e este é o ponto desta parte desta seção, uma coisa é o direito; outra, o estado; outra, a ética; é outra são as questões de eficiência e valorização de um regime; diferenças que penso existir na filosofia de Hobbes.

Como vimos, Dyzenhaus, ao mudar sua visão sobre a filosofia de Hobbes, passa a propor que as leis naturais possam limitar o direito positivo e, assim, que os juízes limitem o soberano. Alguns aspectos desta questão serão vistos na próxima seção que encerra este capítulo da tese. Gostaria, agora, de ater-me na distinção entre direito e ética que existe em Hobbes para entendermos se podemos considerá-lo um jusnaturalista ou não; ou mesmo um antipositivista, já que o próprio Dyzenhaus, embora oscile em seu discurso, afirma que não o considera um jusnaturalista em sentido estrito.

A favor da tese positivista, há o fato, já visto, de que o próprio Hobbes não considera suas leis naturais propriamente leis mas apenas conclusões relativas ao que conduz à conservação e à defesa dos seres humanos, além de afirmar, antes desta passagem, que “[a] Leis da Natureza obrigam *in foro interno*”⁸³⁴. A favor da tese de Dyzenhaus, há, como também já vimos, a ideia de que o direito natural e o direito positivo complementam-se, e que aquele serve como critério de integração e interpretação deste.

Sobre isto, já falei de como interpreto tal situação, considerando que isto se restringe à igualdade da qual parte o direito e ao *alterum non laedere*. A igualdade é pressuposta, pois, a partir do momento em que se concebe o direito, este só pode ter

833 Acredito que, quando se chega ao ponto de uma fantasmagoria dominar uma sociedade de forma que uma parte domina as demais, não será mais uma democracia, pelo menos para os dominados (e, provavelmente, também para os dominadores, pois não se orientarão mais pela democracia mas, pela fantasmagoria). Acredito que, quando há uma polarização de duas fantasmagorias, se a democracia já não estiver destruída, ao menos, caminhará para seu fim; talvez, a melhor descrição seria a “*democracia*” como *continuação da guerra por outros meios*.

834 HOBBS, 1991a, p. 110.

como base a igualdade ou a desigualdade. Como não há um critério que estabeleça a desigualdade – pois esta é uma decisão –, o direito só pode partir da igualdade. Isto não quer dizer que as pessoas sejam exatamente idênticas, mas é preciso considerar que aqui se trata do conceito de *pessoa de direito* – a que possui “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres”⁸³⁵. Considerar que há uma desigualdade prévia seria considerar que há direitos e deveres prévios ao direito, o que, sim, seria um *jusnaturalismo*⁸³⁶.

Quanto à questão do *alterum non laedere*, muito já falei sobre isto e como se relaciona com o princípio da reciprocidade, ao qual poderíamos acrescentar outros derivados da boa-fé objetiva, como o *tu quoque* (*você também*), que:

[T]raduz [...] uma regra pela qual a pessoa que viole uma regra jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído. Está em jogo um vetor axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*. [...] Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento.⁸³⁷

Isto segue a lógica da máxima *não faça a outrem o que não quer que lhe façam*; logo, se alguém faz algo a outrem, está tacitamente afirmando que aceita que lhe façam o mesmo. É claro que isto, considerado literalmente, pode levar a uma *lex talionis*, o que não é o que Hobbes pretende, pois ele afirma que “o objetivo de punir não é a vingança ou a descarga de cólera, mas a correção do ofensor

835 PEREIRA, 2007, p. 213; ou, “[s]ujeito de direito é a pessoa a quem a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres” (GOMES, 2008, p. 128).

836 Isto não quer dizer que, ao afirmar que a desigualdade decorre do estado, Hobbes fosse a favor disto, pois em vários trechos de sua obra critica não apenas a soberba e aqueles que querem universalizar seus desejos – *como aquele que, após decidido o trunfo, quer usar como tal o naipe que mais tiver em mãos* – mas também os ricos e poderosos no que concerne, em relação ao povo, a capacidade de compreensão de sua filosofia: “dizem [...] que, embora os Princípios estejam corretos, as Pessoas comuns, contudo, não possuem a capacidade de compreendê-los. Ficaria feliz se os Súditos Ricos e Poderosos de um Reino ou aqueles mais Letrados fossem menos incapazes do que eles, mas todos sabem que as oposições a este tipo de doutrina procedem menos das dificuldades do assunto do que dos interesses daqueles que devem apreendê-la. Homens Poderosos mal digerem aquilo que ergue um Poder para refrear suas afeições, e homens Letrados, qualquer coisa que revele seus erros e diminua sua Autoridade” (HOBBS, 1991a, p. 233). Além disto, ao apresentar sua nona lei da natureza – *contra o orgulho* –, Hobbes critica Aristóteles por afirmar que alguns são mais aptos a comandar do que outros: “[a] questão sobre quem é um homem melhor não tem lugar na condição de mera natureza, na qual [...] todos são iguais. A desigualdade que agora existe foi introduzida pelas Leis civis [o direito positivo]. Sei que *Aristóteles* [...] considera, por Natureza, alguns homens mais dignos para Comandar [...] e outros para Servir [...] como se Mestre e Servçal não fossem introduzidos pelo consenso dos homens, mas por diferença de inteligência, o que não é apenas contrário a razão mas também à experiência, pois poucos seriam tão tolos em querer não se governar mas ser governados pelos outros” (HOBBS, 1991a, p. 107). Neste trecho, podemos até ver a epítrope em ação, pois há um “consenso”, mas poucos seriam tolos em querer não se governar, isto é, ser servos. Porém, Hobbes considera a existência da soberania por conquista, o que, naturalmente, pressupõe a desigualdade; logo, há uma diferença entre o que considera bom – um bom estado – e o que há – um estado, simplesmente.

837 CORDEIRO, 2013, p. 837.

ou de outros pelo seu exemplo”⁸³⁸, isto é, a prevenção. Para que isto ocorra, porém, não caindo no dilema da reciprocidade que pode levar a duelos, guerras e vendetas intermináveis, é que Hobbes propõe a criação do poder comum, isto é, o estado soberano.

Esta explicação, contudo, ainda pode ser acusada de jusnaturalismo, mesmo que se baseando em uma relação de reciprocidade e não em um moralismo categórico. Uma outra explicação, porém, pode resolver este problema. O direito, apesar de criação humana, parte de um conceito – o conceito de lei ou norma jurídica. Uma norma jurídica, por sua vez, é uma relação jurídica. Como afirma Kelsen, “[t]oda proposição jurídica precisa necessariamente estabelecer uma obrigação jurídica”⁸³⁹, mas também afirma que “[a] relação jurídica é a conexão de dois fatos típicos [*Tatbestände*]: um que consiste em um comportamento humano estabelecido como uma obrigação jurídica; e outro que é um direito”⁸⁴⁰. Logo, se a lei estabelece uma obrigação jurídica, estabelece uma relação jurídica que consiste de: *peças de direito, bem jurídico e o vínculo entre estas partes*⁸⁴¹. Deste modo, a partir do momento em que se estabelece tais conceitos, consequência decorrem deles tais como se fossem proposições.

Kelsen afirma que “[a]s normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondente a um direito jurídico”⁸⁴². Reparemos, porém, que ele fala do *conteúdo* e não que o direito possa

838 HOBBS, 1991a, p. 240.

839 KELSEN, 1934, p. 47-8.

840 *Ibid.*, p. 60.

841 Segundo Caio Mário, um “direito subjetivo se decompõe em três elementos fundamentais: *sujeito, objeto e relação jurídica*” (PEREIRA, 2007, p. 39). “*Relação jurídica* traduz o poder de realização do direito subjetivo, e contém a sua essência. É o vínculo que impõe a subordinação do objeto ao sujeito. Mas não existe relação jurídica entre o sujeito e o objeto. Somente entre pessoas é possível haver relações, somente entre sujeitos, nunca entre o ser e a coisa” (*ibid.*, p. 44). Orlando Gomes, por sua vez, afirma que a “*relação jurídica* [...] é o vínculo entre dois ou mais sujeitos de direito que obriga um deles, ou os dois, a ter certo comportamento” (GOMES, 2008, p. 86). Seguindo as ideias da teoria de Kelsen, chamo de *relação jurídica* este todo formado pelas *peças*, o *objeto (bem jurídico)* e o *vínculo jurídico* que une todos estes elementos nesta relação. Por haver uma crítica de Kelsen a certas interpretações jusnaturalistas destes conceitos, pode-se pensar que os teria abolido; na verdade, ele apenas os desmistifica, acabando com sua hipostatização. Sobre o conceito de *direito subjetivo*, ele comenta que: “[s]e os conceitos de direito subjetivo e de pessoa de direito são despidos de todas as suas funções ideológicas [...] o que emerge, simplesmente, são vínculos jurídicos entre seres humanos ou, mais precisamente, entre fatos materiais típicos de comportamento humano conectados pela norma jurídica como conteúdos da mesma” (KELSEN, *op. cit.*, p. 60). Já “[o] conceito jurídico de pessoa ou de sujeito jurídico expressa simplesmente a unidade da pluralidade de obrigações e direitos, o que é, na verdade, a unidade de normas estabelecendo tais obrigações e direitos” (*ibid.*, p. 53).

842 KELSEN, 2005, p. 166.

ser qualquer coisa; e, é claro, estou falando do conceito *direito* e não da palavra ‘direito’. Como um paralelo, podemos tomar como exemplo a matemática que é uma criação humana, ainda que algumas áreas possam ter algum lastro na realidade⁸⁴³. A partir do momento em que se estabelece o conceito de *unidade* e o conceito de *adição*, algumas consequências decorrem destas definições. Do mesmo modo, a partir do momento em que se estabelece o conceito de *obrigação jurídica*, como esta não é inexorável como um fato natural – uma “lei” da física –, uma *lesão* ou *violação jurídica* pode ocorrer. Logo, da ideia de *norma jurídica* e seus elementos, surge o conceito de *violação jurídica*.

Algumas outras consequências podem não ser necessárias em abstrato, mas, se quisermos evitar a necessidade de autotutela e a possibilidade de intermináveis vendetas, faz-se necessário o conceito de *adjudicação* e da *execução* da decisão de tal adjudicação quando esta determinar que uma norma jurídica foi violada. Neste caso, a decisão pode ser vista como a própria *sanção* ou, se quisermos criar uma distinção, a *concretização* da sanção definida na norma abstrata.

Assim, o *alterum non lædere* integra o direito a partir das propriedades que o definem do mesmo modo que a *propriedade comutativa* da adição e da multiplicação decorrem das propriedades que definem estas operações matemáticas. Com isto, não penso que Hobbes possa ser definido como um jusnaturalista, já que ele não prescreve nenhum comportamento positivo. Ele até os prescreve, mas deixa claro tratar-se de uma ética e que são derivações de sua regra fundamental; e também aponta que cabe ao soberano decidir o que constitui este *lædere*. Desta forma, a regra da equidade passa a integrar o direito como um *tipo geral* que determina algo como *se lesou, então repare*, que é a regra geral da responsabilidade civil. Para todos os outros tipos de punição, deverá haver um *tipo específico*, o que nos leva a última seção deste capítulo que tratará do conceito de *hostilidade*.

843 John D. Barrow, narrando o desenvolvimento de geometrias não euclidianas, comenta que “[e]stas descobertas revelaram a diferença entre a matemática e a ciência [natural]. Matemática era algo maior que a ciência, requerendo apenas autoconsistência para ser válida. Ela continha todos os padrões da lógica. Alguns destes padrões eram seguidos por partes da natureza; outros, não” (BARROW, 2000, p. 149). O matemático Ian Stewart, por sua vez, afirma que “[n]enhum dos números em quaisquer destes sistemas [numéricos] possui existência no mundo real. [...] Certas propriedades do mundo real podem ser descritas utilizando números; os números são constructos abstratos derivados do comportamento do mundo real” (STEWART, 1995, p. 29). A criação, em alguns casos, consiste nesta abstração; em outros, pode até mesmo ser uma mera criação.

4.4 Hostilidade

A ideia de *hostilidade*, embora eu jamais tenha visto o assunto ser abordado fora de discussões hobbesianas, não é algo estranho ao direito e, na verdade, decorre do princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla pœna sine lege prævia* ou *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, como diz o texto da Constituição brasileira⁸⁴⁴. Como afirmou Hobbes:

Um Mal infligido por um Ato praticado antes que houvesse uma Lei que o proibisse não é uma Punição mas um ato de Hostilidade, pois, antes da Lei, não há transgressão da Lei. Uma Punição pressupõe que um fato seja julgado e que uma transgressão da lei tenha ocorrido; sendo assim, Mal infligido antes da Lei feita, não é Punição mas um ato de hostilidade.⁸⁴⁵

É curioso que Hobbes não seja lembrado quando se trata do princípio da legalidade, e que sua autoria seja dada a um opositor seu, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que escreveu a obra *Anti-Hobbes* na qual afirmou: “Thomas Hobbes demonstra [...], em seus escritos, ser um amigo fiel de um despotismo que não reconhece nenhuma lei superior”⁸⁴⁶. De fato, ele pode ter cunhado a expressão *nulla pœna sine lege*, mas a ideia – ainda que eu não possa afirmar que Hobbes fora o primeiro, apesar de desconhecer quem tenha tratado do assunto anteriormente – já existia na obra do filósofo inglês, a qual Feuerbach declarou conhecê-la e, apesar de criticá-la, talvez a tenha copiado⁸⁴⁷.

O que temos em Hobbes não difere muito do que se pode ser encontrado em tratados de direito penal atuais, embora não com a mesma sistematização. Na teoria tripartite do crime, cuja origem é alemã, há os seguintes elementos:

844 Cf. BRASIL, 2017, p. 15. Na doutrina alemã, este princípio se desdobra em mais outros três: “[c]onsidera-se geralmente que a formulação do *Gesetzlichkeitsprinzip* [...] inclui quatro requisitos separados. Primeiramente, a conduta somente pode ser punida se tanto o tipo penal quanto a pena forem determinados antes que a ofensa tenha sido cometida (*nullum crimen, nulla pœna sine lege prævia*). Além disto, estas determinações devem estar em leis escritas [*statutes*] (*Gesetze*): *nullum crimen, nulla pœna sine lege scripta*. Estas leis devem ser precisas (*bestimmt*): *nullum crimen, nulla pœna sine lege certa*. Por último, não se pode aplicar tais leis por analogia, o que se reflete no axioma *nullum crimen, nulla pœna sine lege stricta*” (BOOT, 2002, p. 94, grifos no original).

845 HOBBS, 1991a, p. 216.

846 FEUERBACH, 1798, p. 3.

847 Em Feuerbach, temos que: “§19. Da dedução acima [que a base legal para infligir uma punição é a ameaça prévia por lei] resulta o seguinte princípio supremo do direito penal: toda punição legal estatal é a consequência jurídica de uma lei [...]. §20. Disto resultam os seguintes princípios subordinados, os quais não se sujeitam a nenhuma exceção: (I) *Qualquer imposição de punição pressupõe uma lei penal.* (*Nulla pœna sine lege*). [...] (II) *A inflicção da punição está condicionada à existência da ação sujeita à ameaça.* (*Nulla pœna sine crimine*). [...] (III) *O ato ameaçado por lei (a pré-condição legal) está condicionado à punição por lei.* (*Nullum crimen sine pœna legali.*)” (*id.*, 1812, p. 22, grifos no original).

- a) *Tatbestand* [fato típico]: descrição da ofensa ou (traduzido livremente) *actus reus* (*objektiver Tatbestand* [fato típico objetivo]) mais *mens rea* (*subjektiver Tatbestand* [fato típico subjetivo]);
- b) *Rechtswidrigkeit* [antijuridicidade]: o elemento geral de ilicitude e a ausência de uma defesa que o exclua [um excludente de ilicitude]; e
- c) *Schuld* [culpa]: o elemento geral de culpabilidade e a ausência de uma defesa que o exclua [excludente de culpabilidade ou imputabilidade].⁸⁴⁸

Em Hobbes, já encontramos a ideia de que um crime é um fato típico descrito em lei – o *actus reus* – conjugado com uma intenção culposa – a *mens rea* –, como podemos ver no trecho a seguir, no qual também se percebe uma epítrope que, primeiro, concede que um crime é um pecado para, depois, afirmar que nem todo pecado é merecedor de punibilidade:

Um Crime é um pecado que consiste em Cometer [...] aquilo que a Lei proíbe ou a Omitir-se daquilo que ela ordena. Assim, todo Crime é um pecado, mas nem todo pecado é um Crime. Sobre as Intenções, aquilo que nunca se realiza por meio de um ato exterior não dá razão a acusações humanas.⁸⁴⁹

Sobre a necessidade de tipificação dos atos criminosos, embora Hobbes afirme que “[a] única regra que alguém necessita, quando se está em dúvida se o que pretende fazer a alguém está de acordo com a *lei da natureza* ou não, é colocar-se no lugar do outro”⁸⁵⁰, neste trecho – no qual podemos ver mais uma epítrope – vê-se a necessidade de tal tipificação, além de corroborar com a ideia de que toda lesão específica deve ter sua sanção especificada, cabendo, em outros casos, apenas a regra geral da responsabilidade civil de reparação equitativa:

Furto, Homicídio, Adultério e todos os outros *Ilícitos* [*injuriæ*] são proibidos pelas leis da natureza, mas o que conta como *furto* da parte de um cidadão, ou *homicídio*, ou *adultério*, ou *ato ilícito* deve ser determinado pelas *leis estatais* [*civil laws*] e não pelas *naturais*. Nem toda apropriação de um objeto que esteja na posse de outrem é um *furto*, mas somente a apropriação de algo *que pertença a outrem*; o que é *nosso* e o que é *de outrem* é uma matéria de *direito estatal* [*civil law*]. [...] A] quebra de uma promessa é um *ilícito* quando a promessa for legítima, mas quando não há *direito* em fazer um acordo, nenhum *direito* é transmitido [...]. Sobre o que podemos realizar acordos e sobre o que não podemos depende do *direito estatal*.⁸⁵¹

848 BOHLANDER, 2009, p. 16. Há divergências na doutrina se o ordenamento brasileiro adotaria a teoria bipartite ou a tripartite do crime. Damásio, por exemplo, afirma que “[s]ob o aspecto formal, crime é um *fato típico* e *antijurídico*. A culpabilidade [...] tem outra natureza” (JESUS, 2011, p. 193). Esta discussão, no entanto, não possui relevância nem para o que vemos agora, nem para o trabalho como um todo, pois o que pretendo é apontar as condições de punibilidade e demonstrar que estes aspectos já eram abordados por Hobbes.

849 HOBBS, 1991a, p. 201.

850 *Id.*, 1998, p. 53.

851 *Ibid.*, p. 86. Hobbes chama as leis e o direito não natural de *civil laws* e *law*, respectivamente. Como este é o direito produzido pelo soberano, traduzo-o por *direito estatal* e *leis estatais* para não causar confusão com o que conhecemos por *direito civil* atualmente.

Quanto aos excludentes de ilicitude, podemos dizer que toda a teoria de Hobbes é fundada na ideia de legítima defesa – sua primeira lei da natureza é a conjugação da ideia de procurar a paz e, ao mesmo tempo, defender-se sempre que não for possível. Ainda neste sentido, ele afirma que:

Sempre que a alguém Transfere ou Renuncia seu Direito fã-lo ou em razão de algum outro Direito que lhe é transferido reciprocamente, ou por algum outro bem que espera em razão disto. [...] Há, portanto, alguns Direitos que não podem ser transferidos ou abandonados por palavras ou outros sinais. Primeiramente, não se pode renunciar o direito de resistir àquele que, para tirar-lhe a vida, ataca-o com violência [...]. O mesmo pode ser dito de Ferimentos, Correntes e Aprisionamentos [...]. Por último, a razão e o fim do surgimento desta transferência e renúncia do Direito não é nada menos do que a segurança de sua pessoa e de sua vida, assim como os meios de preservá-las [...]. Deste modo, se alguém, por meio de palavras ou outros sinais, despoja-se do Fim que era pretendido por tais sinais, não se deve entender que era esta sua intenção ou vontade, mas que era ignorante de como tais palavras ou ações deveriam ser interpretados.⁸⁵²

Este direito à defesa não engloba apenas a legítima defesa em sentido estrito, mas também o estado de necessidade:

Se alguém, em razão do terror de uma morte iminente, for compelido a fazer algo contrário à Lei, tal ação é totalmente escusável, pois nenhuma Lei pode obrigar alguém a abandonar sua autopreservação. Mesmo que supuséssemos que tal lei fosse obrigatória, ainda seria possível raciocinar desta forma: *se não faço isto, morro agora; se faço, morro depois; logo, fazendo-o, ganho tempo de vida*, ou seja, a natureza compele-o a isto. [...] Quando alguém é destituído de alimentos ou outras coisas necessárias à vida e não se pode preservar de outra forma senão por ato contrário à Lei [...], é completamente escusado pelas mesmas razões ditas anteriormente.⁸⁵³

Além disto, Hobbes afirma que “[a] falta de meios para conhecer a Lei escusa completamente, pois a Lei que alguém não possui meios de conhecê-la não é obrigatória”⁸⁵⁴. Esta observação é importante para esta seção, pois seu objetivo não é tratar especificamente do princípio da legalidade no âmbito exclusivo do direito penal. Isto possui sua importância, certamente, o que ficará claro quando virmos o funcionamento do estado nazista, mas o que pretendo agora é indicar a relação desta ideia com o próprio conceito de direito.

Em concordância com a ideia de Dyzenhaus de que um estado de direito é aquele que age exclusivamente por meio de leis – algo que existe em Hobbes, pois, como vimos, ele afirma que “o Soberano exige por força de uma lei prévia e não em virtude de seu poder”⁸⁵⁵ –, quero demonstrar a relação desta ideia de que *lei só é lei*

852 HOBBS, 1991a, p. 93-4.

853 *Ibid.*, p. 208. Sobre os excludentes de culpabilidade, a única menção em Hobbes é que “somente Crianças e Loucos são escusados das ofensas contra as Leis Naturais” (*ibid.*, *op. cit.*).

854 *Ibid.*, *loc. cit.*.

855 *Ibid.*, p. 153.

conhecida com os princípios de Fuller, os quais já vimos, mas, para recapitularmos, são: generalidade, promulgação (e publicização), não retroatividade, clareza, não contradição, possibilidade de cumprimento, constância e congruência entre a regra declarada e os atos dos agentes públicos. Exceto pelos princípios da generalidade – que, talvez, só seja obrigatório em regimes democráticos⁸⁵⁶ – e o da possibilidade⁸⁵⁷, todos os outros podem ser considerados derivados da relação recíproca entre a possibilidade de conhecimento da lei e sua obrigatoriedade.

O que se quer aqui não é abandonar a ideia de *ignorantia legis neminem excusat*; como aponta Damásio, “[o] princípio é perfeitamente justificável, proibindo que o sujeito apresente a própria ignorância como razão de não haver cumprido o mandamento legal”⁸⁵⁸. Para que o princípio valha, contudo, isto implica não apenas o princípio da publicidade mas em várias outras considerações sobre o direito, técnica legislativa e o papel do juiz. Mais relevante ainda para o tema deste trabalho é a possibilidade crítica à jurisprudência de princípios.

Para ilustrar isto, abordarei, na primeira parte desta seção, o debate de Dyzenhaus com Oren Gross sobre os limites do estado de exceção. Por um lado, subcrevo completamente às conclusões de Dyzenhaus e à sua crítica a Gross; por outro, porém, por ele insistir na ideia de moralização do direito, não se afastar das teorias de Dworkin e Heller, e não expurgar os aspectos moralizantes da teoria de Fuller, creio que sua teoria pode sofrer dos mesmos problemas da de Gross. Tratarei destes assuntos nas partes subsequentes.

856 Hobbes é dúbio em afirmar tal princípio: em certo trecho, ele diz que “todas as Leis são Juízos gerais ou Sentenças do Legislador, assim como cada Julgamento particular é uma Lei para aquele cujo caso é Julgado” (*ibid.*, p. 197); antes, porém, considera que “algumas Leis são dirigidas a todos os Súdito em geral, algumas para Províncias específicas, algumas para Vocações específicas e algumas para Indivíduos específicos” (*ibid.*, p. 183). Em uma democracia, podemos considerar o princípio como válido, mas, mesmo assim, algumas normas seriam dirigidas a certas parcelas da população – cargos e atividades, por exemplo – ou até indivíduos – nomeações a cargos, por exemplo. Poderíamos dizer que alguns destes atos não seriam leis em sentido estrito mas atos administrativos, alvarás, decretos ou qualquer outro nome; não deixariam, contudo, de ser normas jurídicas. O que se pode dizer de uma democracia é que o princípio se aplica no fato da lei não discriminar, mas se aplicar àqueles que se encaixem nas condições impostas pela norma, sem nenhum critério de pessoalidade. Outro aspecto do princípio da generalidade, mas que também engloba o da não retroatividade, é a vedação dos chamados *bills of attainder* que, como explica Dyzenhaus, “o termo Ato ou *Bill of Attainder* vem da prática inglesa dos séculos XVI, XVII e XVIII de utilizar estatutos [leis escritas oriundas do legislativo ou do soberano e não do *Common Law*] para sentenciar ‘a morte, sem condenação em processo judicial ordinário, pessoas ou grupos nomeados ou descritos. Além disto, o termo veio a ser utilizado para ‘*bills of pains and penalties*’, estatutos que impunham penas menores que a capital” (DYZENHAUS, 2005, p. 87).

857 Ainda assim, punir alguém por algo impossível de se cumprir tem o efeito de criar um *bill of attainder* (cf. a nota anterior) de forma oblíqua.

858 JESUS, 2011, p. 531.

4.4.1 Dyzenhaus vs. Gross

Após o fatídico incidente de 11 de setembro nos Estados Unidos e o consequente decreto Patriot Act, vários artigos e obras surgiram defendendo ou criticando o regime de exceção que foi criado e refletindo sobre o que fazer em situações de emergência. Dentre estes textos, destaca-se o de Oren Gross, *Chaos and Rules*, que defende um sistema para medidas excepcionais para combater ameaças à segurança de um estado – *Extra-Legal Measures (Medidas Extrajurídicas)*.

Antes de apresentar seu modelo, ele apresenta duas alternativas que ele considera equivocadas, que são o modelo *Negócios como de Costume (Business as Usual)* e o de *acomodação*: no primeiro, “um estado de emergência não justifica um desvio do ordenamento jurídico ‘normal’ [...]: regras ordinárias aplicam-se não somente em tempos de paz como também em tempos de guerra”⁸⁵⁹; o segundo, que na verdade trata de vários tipos de acomodações, as quais “todas aprovam um certo grau de acomodação às pressões exercidas ao estado em tempos de emergência, enquanto, ao mesmo tempo, mantêm os princípios jurídicos normais tanto quanto possível”⁸⁶⁰. Os submodelos de acomodação são *interpretativa, legislativa e de poderes executivos inerentes*⁸⁶¹.

Como crítica, ele considera que o primeiro modelo “pode ser acusado de ingenuidade e de um idealismo fora de contexto”⁸⁶². Afirmar também que:

Adotar o modelo *Negócios como de Costume* significa ou não estar ciente da realidade da gestão da emergência, ou ignorá-la e manter conscientemente ou não a fachada ilusória de normalidade. [...] Como consequência, normas específicas e, talvez, todo o ordenamento jurídico podem entrar em colapso [...]. Além disto, pode levar a interferências mais radicais nos direitos e liberdades individuais.⁸⁶³

Já os modelos de acomodação “permitem que as autoridades moldem o ordenamento jurídico, incluindo o edifício constitucional, sob a pretensão de eliminarem a situação de emergência”⁸⁶⁴. Assim, ele os critica pelo fato de que tais medidas de emergência podem acabar por adentrar o ordenamento jurídico de forma permanente: “arranjos [legislativos ou executivos] temporários nesta área possuem a tendência peculiar de se entrencharem com o tempo e, assim, serem normalizados

859 GROSS, 2003, p. 1043-4.

860 *Ibid.*, p. 1058.

861 *Cf. ibid.*, p. 1059-68. Relacionados, respectivamente, ao judiciário, ao legislativo e ao executivo.

862 *Ibid.*, p. 1068.

863 *Ibid.*, p. 1045-6.

864 *Ibid.*, p. 1068.

e tornados rotina”⁸⁶⁵. O mesmo pode-se dizer das acomodações interpretativas, pois “[d]ecisões das cortes sobre situações de emergência podem ser subsequentemente utilizadas como precedentes e seu impacto expandido para outras matérias”⁸⁶⁶. Problema que ele, inclusive, trata como algo que pode afetar os dois modelos, pois “[a] relação entre precedentes de assuntos de emergência e normas jurídicas ordinárias é ainda mais pronunciado e direto quando as mesmas regras e normas são aplicadas tanto no contexto ordinário como no de emergência”⁸⁶⁷.

Embora as preocupações de Gross sejam dignas de consideração, sua solução não parece evitar os mesmos problemas que aponta nos outros modelos. Primeiro, ele refuta a dicotomia *normalidade/excepcionalidade*:

*A presunção de separação é definida pela crença na habilidade em distinguir crises e emergências da normalidade. [...] No entanto, demarcações nítidas entre normalidade e emergência são frequentemente insustentáveis [...]. Na realidade, a exceção é dificilmente uma exceção em absoluto. De muitas maneiras significativas, a exceção fundiu-se à regra. “Governo de emergência tornou-se a norma”.*⁸⁶⁸

Só por esta posição, todos os argumentos de Gross contra os outros modelos por permitirem a normalização da exceção caem por terra, pois sua própria proposta não apenas parte deste pressuposto como leva a esta conclusão. Resta a ele criticar o que chama de *absolutismo constitucional*, típico do modelo *Negócios como de Costume*, no qual “quaisquer respostas dadas aos desafios de uma exigência específica devem encontrar-se e limitar-se aos confins da constituição”⁸⁶⁹. Sua resposta para isto, porém, é uma *petitio principii*, pois, para convencer-nos de sua proposta, apresenta três proposições e presume que concordamos com elas:

Primeiro, assumo que concordamos com estes três pontos: (1) emergências reclamam uma resposta governamental extraordinária; (2) argumentos constitucionais não restringiram suficientemente nenhum governo que enfrentou a necessidade de responder a tais emergências; e (3) há uma grande probabilidade que medidas de emergência utilizadas pelo governo infiltrar-se-ão eventualmente no ordenamento jurídico após a crise ter terminado.⁸⁷⁰

Em seguida, utilizando o clássico exemplo do terrorista em custódia que colocou uma bomba em um *shopping center* e afirmando que, “é claro que a tortura será utilizada neste cenário”⁸⁷¹, propõe sua solução:

865 GROSS, 2003, p. 1090.

866 *Ibid.*, p. 1094.

867 *Ibid.*, p. 1095.

868 *Ibid.*, p. 1022.

869 *Ibid.*, p. 1023.

870 *Ibid.*, p. 1097.

871 *Ibid.*, p. 1098.

Sob o modelo, regras categóricas são possíveis e até desejáveis com relação a vários valores importantes. Assim, por exemplo, uma proibição categórica sobre o uso de tortura, em quaisquer circunstâncias, pode ser desejável para sustentar o simbolismo da dignidade humana e a inviolabilidade do corpo humano. Ao mesmo tempo, o modelo proposto também reconhece que tais táticas de emergência, em circunstâncias limitadas, serão empregadas. [...] O] modelo de Medidas Extrajurídicas apela aos agentes públicos a agirem fora da lei ao mesmo tempo que reconhecem abertamente suas ações. Eles precisam assumir os riscos envolvidos em agir fora da ordem jurídica. Cabe então ao povo decidir, direta ou indiretamente (e.g., por meio de seus representantes eleitos no legislativo), como responder *ex post* a tais ações extraleais. O povo pode decidir responsabilizar o agente pelo ilícito de suas ações, demonstrando compromisso aos valores e princípios violados. Alternativamente, podem aprovar retrospectivamente suas ações.⁸⁷²

Dyzenhaus, corretamente, critica a proposta de Gross. Ele afirma que “[s]eu modelo revela-se altamente instável na teoria, e o resultado provável é que, na prática, transforme-se em algo distante ou, até mesmo, oposto às suas intenções”⁸⁷³. Ao analisar as influências declaradas de Gross, apesar deste enfatizar muito mais Locke, apenas citando Schmitt ao fim de seu artigo⁸⁷⁴, Dyzenhaus percebe que a influência do jurista nacional-socialista é muito maior do que é expressamente revelada. Ele compara a teoria de Gross com os sinistros acontecimentos da chamada *noite dos longos punhais*, durante o nacional-socialismo, além da infame participação de Schmitt na suposta legalização dos acontecimentos.

Este episódio, realizado entre 30 de junho e 2 de julho de 1934, foi um expurgo interno comandado por Hitler para eliminar aqueles que considerava uma ameaça ao seu poder, mas que também vitimou alguns conservadores, como Schleicher⁸⁷⁵. Logo após, ele reuniu-se com o seu gabinete para escrever uma lei que legalizou os atos retrospectivamente e foi publicada em 3 de julho. Esta lei,

872 GROSS, 2003, 1099.

873 DYZENHAUS, 2005, p. 67.

874 “Se princípios tais como o estado de direito [*rule of law*] definem o padrão do complexo sistema sociojurídico-político, que é a sociedade em que vivemos, tempos catastróficos podem constituir uma singularidade, uma exceção na qual princípios, regras e normas regulares não são funcionais e são substituídos por outros. [...] Levando este argumento ao seu término lógico, podemos concluir, seguindo Carl Schmitt, que ‘não há norma que seja aplicável ao caos’” (GROSS, *op. cit.*, p. 1121). Sobre Locke (*cf. ibid.*, p. 1102-4), retomarei o assunto depois.

875 *Cf.* DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 70. Os eventos do expurgo são narrados com precisão em EVANS, 2005b, 20-41, e SHIRER, 2011, p. 213-26. Dentre os nazistas mortos, estavam Gregor Strasser, o segundo no comando do partido nazista, e o líder da SA, Ernst Röhm; dentre os conservadores, além de Schleicher, o também general Ferdinand von Bredow e o líder da Ação Católica Erich Klausener; Papen “escapou com vida, mas seu escritório foi saqueado por um esquadrão da SS; seu principal secretário, Bose, abatido em sua escrivaninha; seu principal colaborador, Edgar Jung, [...] morto na prisão [...]”; e o resto de sua equipe [...], transportado a um campo de concentração. [...] Quantos foram mortos no expurgo nunca foi definitivamente estabelecido. [...] *O livro branco do expurgo*, publicado por emigrantes em Paris, afirma que 401 foram mortos, mas identificou apenas 116 deles. No julgamento de Munique, em 1957, foi dado o número de ‘mais de 1.000’” (SHIRER, 2011, p. 222-3).

denominada *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr* (*Lei sobre medidas de proteção do estado*), continha apenas um artigo que assim dizia: “[a]s medidas tomadas em 30 de junho, 1º e 2 de julho para suprimir os ataques de alta traição são lícitas como atos de proteção do estado”⁸⁷⁶. Em seguida, no dia 13 de julho, Hitler fez o seguinte pronunciamento no parlamento alemão:

Se alguém me repreender e perguntar por que não recorri aos tribunais de justiça ordinários, tudo o que posso dizer é isto: nesta hora eu fui o responsável pelo destino do povo alemão e assim me tornei seu supremo juiz. Dei a ordem para atirar nos líderes desta traição e ainda dei a ordem de cauterizar, até a carne crua, as úlceras deste envenenamento das fontes de nossa vida nacional. Que a nação saiba que sua existência – a qual depende de sua ordem e segurança internas – não pode ser ameaçada com impunidade por ninguém! E que se tenha sempre conhecimento que, se alguém levantar a mão para atacar o estado, sua morte certa será a sua única sorte.⁸⁷⁷

A participação de Schmitt deu-se por meio de seu notório artigo *Der Führer schützt das Recht* (*O Líder protege o direito*), sobre o qual Dyzenhaus comenta:

Hitler fez tudo que Schmitt exigia de um líder: ele distinguira entre amigo e inimigo, o que Schmitt argumentava ser a marca do “político”; estabeleceu-se decisivamente como o soberano – a fonte suprema e juiz de todo o direito e das leis –; e acabou com as ficções liberais e parlamentares de Weimar. Mais importante, por meio de sua representação pessoal do povo alemão como uma unidade substantiva homogênea, estabeleceu a identidade “democrática” do povo (*Volk*) [...].⁸⁷⁸

A partir disto, Dyzenhaus compara a proposta de Gross com a de Schmitt:

Como o teste de Schmitt difere substancialmente do de Gross? Hitler agiu de forma que, ao menos inicialmente, pensava estar além da lei para trazer a Alemanha, de um estado de exceção, de volta à normalidade. Procurou e obteve posteriormente validação legal para o que fez e justificou-se perante o Reichstag e o povo alemão; ambos responderam positivamente [...]. Parece, então, que Gross consegue distinguir seu teste do de Schmitt somente apelando à substância – por meio da alegação de que o modelo de Medidas Extrajurídicas tem lugar legítimo se, e somente se, como ele diz, a comunidade é “digna de ser salva”; uma “sociedade despótica, autoritária e opressora não vale o esforço”.⁸⁷⁹

A primeira crítica que ele faz sobre isto, a meu ver, não ataca o ponto certo. Ele fala sobre o que chama de sociedades *bem-ordenadas*, mas que não são exatamente democráticas, e comenta que “isto é um grave problema para seu modelo, já que tais sociedades bem-ordenadas estão plausivelmente na linha de frente da luta contra o terrorismo”⁸⁸⁰. Penso que o maior problema é a questão sobre *quem decide o que é uma comunidade bem-ordenada*. Todo soberano, ditador ou mesmo um presidente que se arrogue prerrogativas ou poderes de exceção vai considerar

876 BRODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 75.

877 SHIRER, 2011, p. 226.

878 DYZENHAUS, 2005, p. 71.

879 *Ibid.*, loc. cit..

880 *Ibid.*, p. 72. Cf. GROSS, 2003, p. 1115.

sua “comunidade” digna de ser salva, seja honestamente ou afirmando isto apenas retoricamente para garantir seus interesses e objetivos.

Outro problema é que, dentro dos modelos atuais de democracia, o mais certo é que a convalidação ocorra por órgãos de representação popular; com isto, muito provavelmente, quem quer que pense em utilizar tais artifícios, só os colocará em prática se tiver certeza antecipadamente que possui uma maioria que aprove seus atos. Sendo assim, somente o governante honesto correria riscos, pois o mal-intencionado procuraria arquitetar tudo de forma que seus atos fossem convalidados. Desta forma, o modelo corre o risco de ser ineficaz diante de emergências reais ao mesmo tempo que pode servir de arma na mão daqueles que quiserem corromper e destruir uma república. Neste aspecto, Dyzenhaus acerta em sua crítica:

A preocupação aqui não é a que Gross aponta – de agentes públicos agindo fora da lei e, assim, criando precedentes para outros agentes, assim como para cidadãos comuns –, mas que, se o direito for utilizado para dar aos agentes públicos o manto da legalidade, a forma jurídica é utilizada para encobrir danos substanciais ao estado de direito. Agentes públicos devem ter responsabilidade jurídica [...]. Se o direito ao qual eles devem responder não é o direito que existe no momento de seus atos, mas um direito que, após o fato, declara seus atos como tendo sido lícitos, não há uma responsabilização de fato. O que sobra é uma fachada e não a substância do estado de direito.⁸⁸¹

Mesmo a ideia de consulta popular direta por meio de um plebiscito – o que podemos considerar uma reinvenção da *provocatio ad populum* romana⁸⁸² – não só pode não ser eficaz mas também perigosa. Imaginemos uma sociedade dividida e polarizada como a Ruanda do *tutsis* e *hutus* ou mesmo a Alemanha nazista: uma maioria poderia simplesmente agir fora da lei para eliminar uma minoria e, depois, “legalizar” seus próprios atos. Além disto, mesmo supondo uma boa-fé dos participantes, como aponta Dyzenhaus, “[a] atmosfera de medo por parte do público que ocorre durante emergências não é propícia a deliberações e leva à fácil aceitação da ação oficial que é reivindicada como necessária”⁸⁸³.

Dyzenhaus chega a comparar a proposta de Gross com a ideia de Schmitt de que “a aquiescência do povo tem um papel na constituição da soberania – ele sinaliza ‘sim’ ou ‘não’ às reivindicações de autoridade soberana, quer aquiescendo ou não”⁸⁸⁴. Contudo, como ele também aponta, Gross vai além de Schmitt:

881 DYZENHAUS, 2005, p. 72

882 “[C]ontra uma ordem pela qual devesse sofrer uma punição corporal ou capital – exceto quando decretada por um *dictator* –, um cidadão tinha o direito de apelar para a assembleia popular, a *comitia centuriata*, que tinha a decisão final. Esta apelação era chamada *provocatio ad populum*” (WOLFF, 1951, p. 29).

883 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 72.

884 *Id.*, 2008a, p. 44.

Reconhecer que a suposição [da distinção entre a situação normal e a excepcional] é falsa fá-lo cair diretamente no colo de Schmitt. Tudo que Schmitt precisa para que alguém acate seu jogo é que se aceite: primeiro, que normas não podem ser aplicadas a situações excepcionais; e, segundo, que não há uma clara demarcação entre o normal e o excepcional. Aceitas tais proposições, sua definição de soberania é incontestável: ‘soberano é aquele que decide o estado de exceção’. [...] Neste aspecto, Gross parece ir além de Schmitt. Ele aparenta conceder o poder de determinar se há uma emergência ou não a qualquer agente público que esteja preparado a assumir o risco de não obter validação *post factum* de seus atos ilícitos. [...] Isto estabelece uma multiplicidade de potenciais soberanos, tornando-se [o estado], assim, mais vulnerável e aberto à captura por grupos de interesse.⁸⁸⁵

Há um equívoco, ao menos parcial, quando Dyzenhaus diz que o modelo de Gross “preserva a distinção entre a situação normal e a excepcional”⁸⁸⁶. Digo parcial, pois, de fato, o modelo mantém a separação conceitual entre o normal e o excepcional; este precisa ser convalidado prospectivamente. A distinção, no entanto, entra em colapso em seu aspecto temporal: não há separação entre a situação normal e a excepcional, passando as duas a conviver sincronicamente e, a cada momento, o excepcional pode vir a tona, bastando que um agente público decida que tal situação existe – problema que se torna mais agudo em virtude do que Dyzenhaus diz acima, e que podemos caracterizar como *múltiplas soberanias*.

É claro que se trata de uma *pseudossoberania*, pois a última decisão encontra-se no órgão que tem o poder de decidir se houve ou não tal exceção, ou melhor, se tal atitude foi justificável ou não. Em última análise, porém, a exceção passa a existir, mesmo quando o ato do agente não for convalidado, pois, neste caso, ele mesmo terá criado a exceção; e, considerando que tal prerrogativa pode ser estendida a qualquer um do povo – afinal, se agir excepcionalmente pode ser justificado, nada mais natural pensar que todos podem agir “heroicamente” –, o que resultaria seria um verdadeiro caos.

Há também o problema dos precedentes – o que Dyzenhaus não deixa claro se não considera um problema ou se considera um problema menor. Não importa o nome que se dê ao ato que convalide prospectivamente a ação excepcional, seja legalização ou um mero perdão; o fato é que, até pelo princípio *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, que decorre da equidade, tais convalidações passam a fazer parte da ordem jurídica. Seria até um problema pensar que não, pois violaria a equidade se alguém, na mesma situação, não obtivesse o perdão que outra pessoa obteve. Por outro lado, se inúmeros perdões passam a acontecer, trivializa-

885 DYZENHAUS, 2005, p. 73.

886 *Ibid.*, p. 69.

se algo que talvez nem devesse existir, ao menos em um regime democrático constitucional sob um estado de direito.

A partir disto, podemos perceber um problema do sistema *common law* – puro, isto é, sem contar que, nos países que adotam este sistema há paralelamente o chamado *direito estatutário* ou *direito legislado* –, e o problema é que a lei surge *ex post facto*, casuisticamente, de modo que o primeiro sentenciado é sempre um *bode expiatório*. O sistema pode até fazer sentido no âmbito civil – quando couber a lei da equidade de Hobbes, o estado não for capaz de prever todas as situações, e a pena for uma mera reparação pecuniária de uma lesão –, mas no âmbito penal e administrativo torna-se muito complicado. Este problema, assim como a questão da trivialização dos perdões e anistias serão tratados a seguir, pois é algo que Dyzenhaus não somente não elabora, mas, de certa forma, incorpora em sua solução.

4.4.2

A paradoxal solução de Dyzenhaus

Dyzenhaus possui algumas contribuições para o debate sobre a questão do estado de emergência – a começar pelas críticas a Gross vistas acima –, mas também há críticas a serem feitas a sua proposta. Começando pelos aspectos positivos, acho fundamental a insistência de Dyzenhaus para que todos os atos de um estado sejam legais. Isto implica o fato de todos os atos dos agentes públicos estarem sujeitos a revisão. Para isto, ele apresenta críticas a dois conceitos, as quais devem ser esclarecidas para não causar desentendimento.

A primeira crítica é sobre o que chama de *separação formal de poderes*, “na qual o legislativo faz decisões políticas, agentes públicos implementam-nas e juízes garantem que tanto a legislação e as ações oficiais sejam limitadas pelo princípio constitucional”⁸⁸⁷. À primeira vista, pode parecer que Dyzenhaus, ao criticar esta ideia, pretende aboli-la; na verdade, porém, o que ele pretende atacar é a ideia de que “poderes discricionários delegados a agentes públicos não são sujeitos ao estado de direito, são *irrestringíveis* ou que os agentes são *leis em si* dentro dos claros limites estabelecidos na lei”⁸⁸⁸.

A outra crítica é novamente ao que primeiro entende por positivismo⁸⁸⁹, mas que, em outro artigo, denomina *positivismo constitucional*:

887 DYZENHAUS, 2005, p. 78.

888 *Ibid.*, p. 79.

889 *Cf. ibid.*, p. 75-79.

O termo positivismo constitucional refere-se a um grupo de posições nas teorias jurídica e política [...]. Membros deste grupo incluem críticos ao ativismo judicial e acadêmicos que advogam por um mais amplo papel do legislativo na interpretação constitucional e um papel menor dos juízes.⁸⁹⁰

Ele considera este positivismo eminentemente político, mas o distingue de outros, pois:

O positivismo político [na tradição de Bentham] não propõe tradicionalmente, como um bem independente, um papel maior do legislativo na interpretação de princípios, pois é completamente contrário à interpretação constitucional. [...] Positivistas constitucionais, em contraste, não apenas admitem que esta interpretação é desejável, mas também estão dispostos a incluir direitos entre estes princípios. [...] Os dois mais proeminentes positivistas constitucionais [...] – Jeremy Waldron e Jeffrey Goldsworthy – somente afirmam que é melhor quando nossos mecanismos institucionais formais dão ao legislativo, em vez de aos juízes, a palavra final sobre a interpretação dos compromissos constitucionais e de direitos humanos de nossa sociedade.⁸⁹¹

Esta proposta de positivismo constitucional talvez fosse mais bem descrita como *positivismo inconstitucional*, pois, como vimos na teoria de Kelsen, isto seria permitir ao legislativo o poder de ser *juiz de si mesmo*. É claro que isto é uma opção política, mas, em termos lógicos e de técnica constitucional, significa não haver nenhuma *constitucionalização*, isto é, não haver *constituição rígida* nem em todo, nem em parte⁸⁹². Nomenclaturas à parte, a partir destas críticas de Dyzenhaus, podemos ver que ele trata de problemas que podem não ser restritos, mas são típicos de países do *common law* com a exceção dos Estados Unidos:

A ideia que os direitos legais dos cidadãos, mesmo quando protegidos por uma fonte legal escrita, podem ser afastados pelo legislativo é um resultado direto do fato da tradição do *common law* destes países [Reino Unido, Austrália e Canadá] ser uma na qual o *common law* coexiste no mesmo espaço que a doutrina da supremacia parlamentar. Uma visão desta tradição é que é permitido aos juízes interpretar a legislação até o momento em que o parlamento decide utilizar sua autoridade legislativa suprema para sobrescrevê-la [...].⁸⁹³

As constituições australiana e canadense possuem um sistema qualificado para emendas constitucionais⁸⁹⁴; o Reino Unido sequer possui constituição escrita, e, em razão da *soberania parlamentar*, embora seja possível distinguir normas

890 *Id.*, 2008b, p. 138.

891 *Ibid.*, p. 139-40.

892 Gardbaum, autor que Dyzenhaus cita, aponta a “necessária e fundamental incompatibilidade entre supremacia legislativa e a efetiva proteção de direitos fundamentais, de modo que a opção por esta proteção requer a *constitucionalização* destes direitos no seguinte sentido específico: primeiro, conceder aos direitos fundamentais *status* jurídico superior ao da legislação; segundo, protegê-los contra alteração e revogação por meio de legislação ordinária; terceiro, garantir seu *status* hierárquico superior permitindo o poder judiciário afastar legislação conflitante, exercício qual não pode ser afastado por uma maioria legislativa ordinária” (GARDBAUM, 2001, p. 707-8).

893 DYZENHAUS, 2006, p. 6.

894 *Cf.* AUSTRÁLIA, 2010, p. 30, e CANADÁ, 2013, p. 65-8.

constitucionais no sentido material, hierarquicamente, todas as leis são ordinárias⁸⁹⁵. O mais importante, porém, para o tema deste trabalho é o que expõe Dyzenhaus sobre a garantia de direitos:

Até hoje, a Austrália não decidiu adotar uma declaração de direitos, e a mudança para a era das cartas de direitos humanos nacionais pelo Reino Unido, por meio da promulgação da Lei de Direitos Humanos de 1998, não dá aos juízes a autoridade para invalidar a legislação. Em vez disso, esta Lei exige que interpretem as leis [*statutes*] de forma que sejam consistentes com os compromissos de direitos humanos do Reino Unido. Se, para uma lei, isto não for possível, os juízes têm então apenas o direito de declará-la incompatível com os compromissos de direitos humanos; declaração que deixa a decisão de alterá-la para o governo e o legislativo. Além disso, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades concede explicitamente ao legislativo canadense o poder de ignorar a maioria das determinações judiciais de que uma legislação é inconstitucional.⁸⁹⁶

Quanto aos Estados Unidos, embora este país possua um notório sistema de controle de constitucionalidade – a *judicial review* –, os eventos de 11 de setembro fizeram ressurgir vários problemas de seu sistema político-jurídico. Em primeiro lugar, sua constituição não possui quase nenhuma disposição sobre situações de emergência⁸⁹⁷. Diante disso, alguns acadêmicos passaram a sustentar a competência presidencial para atuar extralegalmente, invocando os *war powers* ou *poderes de guerra*, como John Yoo, procurador-geral adjunto do governo Bush, conhecido pelos infames *Torture Memos* – nas palavras do próprio Oren Gross, mas cujas ideias Yoo parece ter adotado⁸⁹⁸. Ele propõe que “a prática de decla-

895 Dicey expõe o princípio da *soberania parlamentar* da seguinte forma: “Parlamento significa [...] a Rainha, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns; estes três órgãos, agindo conjuntamente, podem ser apropriadamente chamados de ‘Rainha no Parlamento’ e constituem o Parlamento. [...] O princípio da soberania Parlamentar significa nem mais nem menos que isto, a saber, que o Parlamento assim definido possui, sob a constituição inglesa, o direito de fazer e desfazer qualquer lei; e, além disso, que nenhuma pessoa ou órgão é reconhecido pelo direito da Inglaterra como tendo o direito de substituir ou afastar a legislação do Parlamento” (DICEY, 1959, p. 39-40). “[N]o Reino Unido, os Atos do Parlamento são a lei suprema do país, e seu conteúdo é juridicamente ilimitado. [...] No Reino Unido, a soberania do Parlamento significa que ele pode alterar ou revogar qualquer legislação prévia por maioria ordinária. [...] No Reino Unido, a soberania do Parlamento significa que nenhuma corte tem o poder de questionar a validade de um Ato do Parlamento” (GARDBAUM, 2001, p. 712-3).

896 DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 5.

897 Como aponta Ackerman, “a Constituição Americana contém uma provisão de emergência rudimentar, permitindo a suspensão de *habeas corpus* ‘quando, em Casos de Rebelião ou Invasão, a Segurança pública requerer’; ela, porém, deixa amplamente o restante para a imaginação judicial” (ACKERMAN, 2004, p. 1041).

898 Cf. GROSS, 2008, p. 67. “A ideia de Yoo foi que a reeleição do presidente Bush, apesar das revelações dos abusos de Abu-Ghraib, poderia ser vista como o equivalente a uma ratificação social e política. Acredito que ele entendeu errado [...]. Quando a questão não é colocada diretamente, é difícil afirmar que o público teve seu referendo sobre ela. No entanto, o fato de quase todos os personagens principais da saga dos memorandos de tortura terem sido promovidos desde então [...] funciona, até certo ponto, como uma confirmação *post factum* – muito preocupante, certamente – que o que aqueles indivíduos fizeram não foi tão terrível. [...] De fato [...], é difícil apontar qualquer verdadeiro e contínuo clamor popular. [...] A inação não é gratuita; está imbuída de significado moral e político” (*ibid.*, p. 67-8).

ração de guerra unilateral do presidente encontra-se nos limites permitidos de discricionariedade concedida a cada poder⁸⁹⁹. Assim, o presidente poderia declarar guerra a quem quisesse, sem aprovação do congresso – o único recurso seria o corte de fundos – e sem controle do judiciário⁹⁰⁰. Com isto, todas as consequências da detenção do *jus ad bellum* decorrem, pois, como vimos em Hobbes, este é o direito cedido no pacto; *a contrario sensu*, quem detém este poder, torna-se o soberano, principalmente se, somado a isto, temos as prescrições de Gross. Dyzenhaus comenta sobre os resultados de tudo isto:

Ainda mais dramáticos [que os do Reino Unido] são os buracos negros jurídicos criados pelo governo dos Estados Unidos. É notória aqui a situação de estrangeiros detidos fora do país, na Baía de Guantánamo, a qual o governo alegou estar além da jurisdição dos tribunais federais. Estes indivíduos não foram detidos porque o governo dos EUA se recusa a deportá-los sob o risco de tortura. De fato, o governo dos Estados Unidos já deportou pessoas para serem torturadas em países nos quais esta é permitida. Além disto, o próprio tratamento que é conferido aos detidos levantou questões sobre se a prática da tortura – estimulada por acenos dos mais altos escalões do governo Bush – seria aceitável dada a gravidade da emergência. Em vez disto, eles são detidos porque alegam que se enquadram na categoria de “combatentes inimigos”, uma categoria que está além do alcance do direito nacional e internacional. E mais, há a situação daqueles cidadãos que são detidos dentro dos Estados Unidos e que são, por ordem executiva, colocados na mesma categoria de combatente inimigo.⁹⁰¹

Como podemos perceber, a distopia schmittiana parece ter se realizado nos Estados Unidos, obviamente, não na mesma escala da Alemanha nazista, mas, se não com todos, ao menos com vários de seus componentes jurídicos já estabelecidos. Dyzenhaus, apesar de apontar este perigo, não oferece uma solução adequada, pois suas propostas são por demais tímidas ou vagas. Ele aponta a utilização de Gross da teoria de Dicey para justificar o seu modelo⁹⁰², mas contesta isto, afirmando haver diferenças:

899 YOO, 2005, p. 294.

900 “A sabedoria convencional sobre a estrutura jurídica que rege as relações internacionais americanas sofre de três falhas significativas. Em primeiro lugar, os acadêmicos procuraram impor um processo estrito e legalista sobre a interação dos poderes executivo e legislativo na tomada de decisões sobre guerra e paz. Segundo, eles alegam que o entendimento originário [...] dita tanto a limitação do poder presidencial nos assuntos externos quanto estabelece um amplo poder no governo federal para criar e implementar acordos e leis internacionais. Terceiro, eles contam com a intervenção judicial para impor esta visão precisa do equilíbrio de poderes nas relações internacionais, apoiada como é pelo entendimento originário. [...] Os principais acadêmicos acreditam que a Cláusula de Declaração de Guerra requer que o Congresso aprove todos os usos da força antes que o presidente possa enviar as forças armadas para o combate. [...] Como vimos, esta proposta vai contra o padrão histórico recente [...]. O Congresso sempre pode cortar os fundos para quaisquer aventuras militares [...]. Este limite efetivo ao poder presidencial torna desnecessário qualquer processo formal que requeira a aprovação do Congresso ou a declaração de guerra antes que as hostilidades comecem” (*ibid.*, 293-4).

901 DYZENHAUS, 2006, p. 2.

902 Cf. GROSS & NÍ AOLÁIN, 2006, p. 130-42.

No entanto, segundo Dicey, o estado enquanto estado não pode agir fora dos limites da lei. [...] Se não houver tempo para promulgar tal lei [de emergência], os agentes públicos devem fazer o que acharem necessário [...], havendo duas opções. [...] Primeiro, agirão de forma que não os leve para fora da lei, porque serão capazes de se justificar por uma defesa de necessidade, isto é, serão capazes de provar a um juiz que aquilo que fizeram era estritamente necessários para lidar com uma emergência [...]. No segundo caso, os funcionários agem fora da lei, mas eles podem contar com um Ato de Imunização [*Act of Indemnity*, um expediente do *common law* que pode equivaler a um indulto, graça ou anistia conforme o caso] para trazê-los de volta à legalidade, desde que o que fizeram seja razoável e não imprudentemente cruel; novamente, fatores que um juiz terá o direito de rever.⁹⁰³

A diferença com relação à teoria de Gross é a possibilidade de apreciação judicial, mas, no restante, parece ser igual. Além disto, Dyzenhaus chama-nos a atenção de que todos estes expedientes já existem no ordenamento jurídico – *excludentes de ilicitude e instrumentos de perdão* –, mas não os critica e nem aponta os perigos de seu uso. Para deixar claro, ele é terminantemente contra a tortura. Quando aponta a utilização do excludente de ilicitude, não é para indicar uma possibilidade no sentido do que *deva ser*, mas como algo que estaria *à disposição* da defesa – e, é claro, um réu pode utilizar o que quiser em sua defesa; se funcionará ou não é outra estória⁹⁰⁴.

Quanto aos dispositivos de perdão, Dyzenhaus, de fato, faz um comentário, seguindo Dicey: “um Ato de Imunização é uma lei que tornaria uma ação não punível quando esta pudesse e devesse ser autorizada caso houvera tempo”⁹⁰⁵. Embora seja uma observação válida, acredito que é muito pouco, visto os problemas surgidos agora, já no governo Trump. Este presidente concedeu perdões a pessoas ideologicamente alinhadas a ele⁹⁰⁶, além de cogitar o seu próprio autoperdão caso sofresse alguma condenação⁹⁰⁷. O absurdo de um poder irrestrito de perdão de um presidente pode ser visto neste exemplo:

903 DYZENHAUS, 2008, p. 46-7.

904 “Uma defesa bem-sucedida não legaliza uma ilegalidade passada, mas considera-a como não tendo sido ilegal. Se é certo que a tortura é moralmente inadmissível, não pode ser permitida a sua entrada na ordem jurídica, seja por meio de autorizações prévias cuidadosamente reguladas ou por meio da defesa de necessidade” (*ibid.*, p. 54).

905 *Ibid.*, p. 47.

906 “Em nenhum outro aspecto de sua presidência, Trump agiu de forma mais imoral e causou mais danos ao estado de direito e às normas constitucionais do que em seu exercício do poder de perdão. Ele concedeu apenas cinco perdões [...]. Três de seus perdões envolveram graves abusos do poder presidencial: a recente e surpreendente concessão ao comentarista político conservador Dinesh D’Souza; a concessão de abril a Scooter Libby, antigo assessor do vice-presidente Dick Cheney; e o perdão ao xerife Joe Arpaio em agosto passado. Cada um desses perdões foi uma degradação do poder do perdão e uma ofensiva afronta às normas constitucionais e ao estado de direito” (GREENBERG & LITMAN, 2018).

907 “Em 4 de junho, o presidente Donald Trump publicou no Twitter, ‘como foi afirmado por inúmeros juristas, eu tenho o absoluto direito de me PERDOAR, mas porque eu faria isto se não fiz nada de errado?’” (EPPS, 2018).

De fato, se o poder do perdão não fosse tão restrito, o presidente estaria, para todos os efeitos, acima da lei – uma posição insustentável em nossa democracia. Para dar apenas um exemplo, no final de seu mandato, ele poderia contratar um assassino de aluguel para matar um inimigo pessoal e, em seguida, perdoar o assassino e a si mesmo em seu último dia.⁹⁰⁸

Além disto, embora Dyzenhaus pareça às vezes querer garantir que todos os atos oficiais sejam passível de controle judicial, quando trata das “cláusulas privativas, [...] um dispositivo legal que os parlamentos da Commonwealth recorrem a fim de proteger os agentes públicos de revisão judicial”⁹⁰⁹, ele afirma que tais cláusulas devem ser respeitadas:

Em todas estas ordens jurídicas [da Commonwealth], os juízes têm o dever de defender os princípios constitucionais, incluindo os princípios da constituição não escrita. O fato de que os princípios podem ser afastados fala da existência de uma cultura política na qual o julgamento parlamentar é muito respeitado, mesmo quando isto coloca os princípios fundamentais sob tensão. Este fato, contudo, não diminui o *status* constitucional destes princípios, nem diminui a proposição de que os juízes estão sempre sob o dever de defendê-los. Eles sustentam seu dever explicando que a escolha do legislador é governar fora do estado de direito ou da constituição escrita, conforme seja o caso.⁹¹⁰

Isto, pois, Dyzenhaus adota o que chama de “*visão de aspiração* do estado de direito [...] que] reconhece que qualquer um dos poderes do governo pode ocasionalmente falhar em viver de acordo com as aspirações do direito”⁹¹¹, o que é grave, pois uma coisa é reconhecer que, na prática, agentes públicos falham, outra é incorporar a falha na teoria, quando esta deveria servir para impedir ou corrigir as falhas. Assim, as propostas de Dyzenhaus acabam por não solucionar nada.

4.4.3

O problema dos princípios

Embora Dyzenhaus não aprofunde o assunto, ele trabalha com a ideia de princípios jurídicos como parte do direito e como algo distinto de regras, no sentido de que estas se aplicam na base do *tudo ou nada*, enquanto aqueles são *ponderados* ou *sopesados*. Suas influências declaradas são Fuller e Dworkin, os quais estão presentes em sua obra desde seu trabalho sobre o *apartheid*, quando diz que sua “posição é baseada firmemente nas obras de Fuller sobre a moralidade interna do direito com um *toque* [*twist*] dworkiniano”⁹¹².

908 GREENBERG & LITMAN, 2017.

909 DYZENHAUS, 2006, p. 103.

910 *Ibid.*, p. 212.

911 *Ibid.*, p. 211., grifos meus. Esta ideia de aspiração ele toma de Fuller (*cf. ibid.*, p. 8).

912 *Id.*, 1991, p. 255.

Em sua última grande obra sobre o direito durante estados de emergência, ele afirma mais a influência de Fuller do que de Dworkin, pois propõe uma interação na sustentação dos princípios pelos três poderes, mas afirma que, “quando há conformidade com os princípios, [...] levá-los em conta no âmbito do dever judicial não é hostil ao espírito da abordagem de Dworkin”⁹¹³. Além disto, ele sempre trata das questões jurídicas a partir da perspectiva do *common law*, considerando tal perspectiva como moral: “[o] *common law* contém princípios morais como, por exemplo, presunções sobre a liberdade e os princípios da justiça natural ou imparcialidade [*fairness*]”⁹¹⁴.

Todas estas questões trazem o problema da *ponderação* à tona, o que é aumentado pela ideia de *moralidade do direito* conjugada com sua *visão de aspiração*, que permite a ideia de *falhas em atingir tal aspiração*. Isto é mais problemático, pois, justo no problema do estado de emergência, pode permitir uma ponderação pela qual, diante de tal estado, normas sejam afastadas, pois, em tal momento, o direito não pode *aspirar* pelo seu ideal.

A ideia de *moralidade* também é problemática, pois o termo é ambíguo, podendo implicar tanto uma moralidade *positiva* quanto *negativa*. O fato do direito expressar *valores*, e tais valores poderem ter um substrato *moral* não implica o fato de que qualquer moralidade seja inerente ao direito – principalmente diante do fato da existência de uma *moralidade substancial* ser algo extremamente disputado.

Que uma norma expressa um valor, é algo óbvio, pois, se alguém, seja um monarca ou um coletivo, institui uma norma, isto significa que uma *distinção* é estabelecida entre algo que é *positivamente* valorado e algo que é *negativamente* valorado; e o fato desta distinção poder ser *moral* não significa que isto seja inerente ao direito mais do que qualquer outro conhecimento humano. O direito, quando visto como uma estrutura – *forma* – que pode ter qualquer conteúdo – *substância* –, pode ter como substrato tanto a moral como a sociologia, a psicologia, a economia, a engenharia, a ciência da administração, em suma, todo o conhecimento humano. Dizer que a moral é inerente ao direito por haver alguma norma jurídica que possui um substrato moral implicaria dizer que todos estes

913 DYZENHAUS, 2006, p. 10.

914 *Ibid.*, p. 103. Há ainda a influência de Heller que, embora seja abordada apenas quando trata dos problemas de Weimar, não é afastada, pois em artigo recente, ele afirma que: “temos que levar em conta o argumento de Heller de que a legitimidade da legalidade não pode ser reduzida à certeza dada pela regra do direito positivo, pois o direito não é simplesmente, como disse Kelsen, a ‘cabeça de Górgona’ do poder, mas os princípios fundamentais do direito” (*id.*, 2015, p. 351).

conhecimentos fazem parte do direito. Todos ou, ao menos, grande parte destes conhecimentos, contudo, estão em disputa *política*, e dizer que algum destes é inerente ao direito abre o espaço para *fantasmagorias*.

Este problema é amplificado com a prática da ponderação que, como vimos, consiste em sopesar valores por detrás das normas para decidir como aplicá-los ao caso concreto. Tal “técnica”, é descrita por Barroso da seguinte forma:

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. [...] Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. [...] Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* [...].⁹¹⁵

Como analogia, podemos imaginar que regras são como um interruptor de luz que somente tem dois estados: ligado e desligado. Os princípios, por sua vez, funcionam como uma mesa de som que possui *sliders* – controles deslizantes de volume – para cada canal. Neste modo, o *intérprete* atuaria como um engenheiro de som ou produtor musical, equalizando cada princípio com o seu *volume certo*. Teoricamente, isto pode *soar* muito bem, mas, na prática, pode dar ensejo a vários abusos, e, ao invés da proteção de direitos, teríamos sua violação. Neste aspecto, a crítica de Habermas às teorias de Dworkin e Alexy e à *jurisprudência de valores* são de extrema importância. Sobre a primeira, ele afirma o seguinte:

Sobre o postulado de tal teoria do direito [...] estende-se uma grande sombra de fortes idealizações. A teoria exige como autor um Hércules; esta atribuição irônica não procura esconder as exigências ideais que a teoria deve satisfazer. [...] Já que os juízes, como criaturas de carne e osso, estão muito aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por ele em seu trabalho cotidiano é, na verdade, apenas o desejo de afirmação de seus interesses, visões políticas, preconceitos ideológicos e outros fatores externos contrários a certas práticas decisórias. Os juízes escolhem princípios e objetivos, e utilizam-nos para construir, a partir daí, suas próprias teorias jurídicas cujo objetivo é auxiliá-los a “racionalizar” as decisões, isto é, ocultar os preconceitos com os quais compensam a vagueza objetiva do direito.⁹¹⁶

915 BARROSO, 2009, p. 334-5.

916 HABERMAS, 1994, p. 261-2.

Quanto à teoria de Alexy, cuja proposta de “harmonia entre o direito e moral [...] tem a desagradável consequência de não apenas relativizar a correção de uma decisão jurídica, mas de questioná-la enquanto tal”⁹¹⁷, a *jurisprudência de valores* que dela resulta apresenta os seguintes problemas para Habermas. O primeiro é de fundo ontológico:

Quem permitir que a constituição seja absorvida a uma ordem concreta de valores [*konkrete Wertordnung*] desconhece seu caráter jurídico específico; [...] a distinção terminológica entre normas e valores *somente* torna-se irrelevante em teorias que pretendem validade universal para bens e valores supremos – como nas versões clássicas da ética dos bens. Estas abordagens ontológicas objetivam bens e valores, hipostatizando-os em entidades que existem por si mesmas, o que não pode ser mais defendido em um pensamento não metafísico.⁹¹⁸

O segundo problema diz respeito a incognoscibilidade de tais valores, o que coloca em risco a legitimidade dos juízos e tribunais:

Tal *jurisprudência de valores* levanta o problema da legitimidade [...]. Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais [...], o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos sobre diretrizes políticas [...]. Nas palavras de Denninger: “valores só podem ser relativizados por outros valores; o processo pelo qual valores são preferidos ou afastados, contudo, escapa a conceitualização lógica”. [...] Como não há medidas racionais para isto, o sopesamento realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo padrões e ordens de precedência e padrões costumeiros. [...] Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.⁹¹⁹

Na descrição do primeiro problema, embora não utilize o termo, Habermas praticamente descreve uma fantasmagoria; ao apresentar o segundo problema, ele aponta a relação que se estabelece entre aquela e a hostilidade. Esta, embora quase sempre se materialize como uma violência real, do ponto de vista jurídico, apenas indica a ação arbitrária, sem base em uma norma, e a consequente violação de um direito. É neste ponto em que se deve fazer uma crítica tanto à teoria de Kelsen da *moldura da lei* quanto à *jurisprudência de valores*.

Sobre Kelsen, sua teoria baseia-se na ideia de norma jurídica enquanto proposição jurídica que, como vimos, obedece à fórmula $x \rightarrow y$, em que x é o dispositivo que determina, permite ou proíbe certo comportamento, e y é a sanção, que não necessariamente significa uma punição, mas pode ser qualquer medida para (re)estabelecer a legalidade, tais como anulação ou modificação de atos jurídicos

917 HABERMAS, 1994, p. 284.

918 *Ibid.*, p. 312-3.

919 *Ibid.*, p. 314-16.

em sentido amplo ou impor condições para a concessão de direitos. Pode-se objetar sobre o fato do termo *sanção* ser o mais adequado, mas o utilizo em razão de Kelsen; o importante, porém, é a ideia de que uma proposição jurídica representa a seguinte fórmula: *se fato jurídico x, então efeito jurídico y*. Além disto, o efeito não precisa necessariamente estar contido no mesmo dispositivo legal, podendo encontrar-se em qualquer parte do ordenamento jurídico. Da mesma forma, tanto o fato – em sentido amplo, incluindo atos e negócios jurídicos, ou seja, qualquer evento que possua relevância jurídica – quanto o efeito podem ser complexos ou compostos, consistindo em normas contidas em mais de um dispositivo legal.

Em síntese, o importante para o assunto atual é que o *x* da fórmula funciona como um *gatilho* para *y*, isto é, *y* só pode ocorrer se *x* acontecer. Deste modo, *x* precisa ser definido, e a vedação à retroatividade jurídica é algo que decorre da estrutura da proposição jurídica, independentemente de qualquer valoração moral que isto possa ter – esta é incidental e não a motivação da vedação, que é lógica. Nisto consiste a diferença entre um ato que é *jurídico* e um ato que é *hostil*. Por isto, a ideia kelseniana de *moldura normativa* é insuficiente, principalmente pelo fato de ele não elaborar sobre o assunto, mas apenas dizer, repetindo o que já vimos, que “[a] norma a ser aplicada forma [...] apenas uma moldura [*Rahmen*] dentro da qual há várias possibilidades de aplicação, e todo ato que se encaixa nesta moldura – que preenche tal moldura em algum sentido possível – é normativo”⁹²⁰.

Com base apenas nisto, Dyzenhaus está correto de acusar este tipo de positivismo de *humpty-dumptismo*. Ele apresenta dois conceitos importantes para criticar esta ideia. O primeiro é a distinção entre *rule by law* (*governo pelo direito*) e *rule of law* (normalmente traduzido por *estado de direito*, mas, neste caso, para manter a oposição dos termos, *governo do direito* seria mais adequado): “o primeiro significaria o uso do direito como instrumento bruto para atingir os fins daqueles que detêm o poder político, enquanto o segundo significaria os limites que concepções normativas do estado de direito colocaria em seu uso instrumental”⁹²¹.

O segundo conceito, relacionado ao anterior e que possui dois aspectos, é a ideia de *buraco negro jurídico*, que “cria uma esfera na qual os agentes públicos agem sem nenhuma restrição do estado de direito e, antecipadamente, declaram como legais as suas ações”⁹²². O outro aspecto seria o *buraco cinzento jurídico*:

920 KELSEN, 1934, p. 94.

921 DYZENHAUS, 2006, p. 6.

922 *Ibid.*, p. 202.

[U]m buraco cinzento é um espaço jurídico no qual há alguns limites legais à ação do executivo – não é um vazio jurídico –, mas estes são tão insubstanciais que permitem o governo fazer o que quiser. Além disto, já que buracos cinzentos permitem que o governo [...] pareça governar não apenas pelo direito, mas de acordo com o estado de direito, eles e seu endosso por juízes e acadêmicos podem ser mais perigosos [...] do que verdadeiros buracos negros.⁹²³

Como veremos, os nazistas utilizaram amplamente tais técnicas, e esta ideia guarda uma relação com o *estado prerrogativo* na concepção de *estado dual* de Ernst Fraenkel, o qual Dyzenhaus menciona⁹²⁴. A ideia de poder prerrogativo, por sua vez, vem de Locke, que influenciou tanto Schmitt quanto Gross. Este comenta que “[p]ara Locke, prerrogativa é ‘*nada além do Poder de realizar o bem público sem uma Regra*’”⁹²⁵.

A ênfase na moralidade feita por Dyzenhaus, porém, pode muito bem alimentar a criação de tais buracos cinzentos jurídicos. Ele, por um lado, enfatiza muito mais princípios fullerianos – que, seguindo tanto Dworkin como Hart, considero muito mais formais e estruturais do que morais –, mas, por outro, não rejeita as teorias de Dworkin e Heller, além de criticar constantemente o positivismo. Considerando que a ideia de ponderação ou sopesamento é amplamente adotada pela doutrina e pela jurisprudência, o problema da prática que se segue a partir da adoção desta ideia deve ser apontado; e o problema, como bem apontou Habermas, é permitir arbitrariedade – *hostilidade* – nas decisões jurídicas mas com uma fachada de legalidade, ou seja, a própria definição de *buracos cinzentos jurídicos* que Dyzenhaus propõe.

O positivismo – ou, pelo menos, algumas de suas correntes – possui seus problemas, é claro. O que Dyzenhaus chama de *positivismo constitucional*, típico dos países da Commonwealth, é um exemplo, pois, mantendo a soberania viva no parlamento, acaba sendo mais um *positivismo anticonstitucional*, isto é, sem

923 DYZENHAUS, 2006, p. 42.

924 Como comenta Dyzenhaus, “o legislativo pode explicitamente determinar que agentes públicos encontram-se além dos limites do estado de direito. Tal determinação almeja criar um buraco negro jurídico, um espaço dentro do ordenamento jurídico que produz um dualismo distinto do que supostamente existe entre os ordenamentos internacional e doméstico. Este é o dualismo análogo à [...] descrição de Ernst Fraenkel do ordenamento jurídico nazista; uma situação na qual a ordem jurídica é dividida em duas: uma que regula as situações ordinárias conforme o estado de direito e outra que concede aos agentes públicos uma discricionariedade ilimitada, o que Fraenkel chamou de poderes prerrogativos” (*ibid.*, p. 101).

925 GROSS, 2003, p. 1102. Continuando, “[a]o executivo é confiado o poder de ‘agir com discricionariedade, em razão do bem público, sem a prescrição do Direito e, às vezes, até mesmo contrariamente a ele’” (*ibid.*, *loc. cit.*). A prerrogativa é tratada no homônimo capítulo XIV do *II tratado sobre o governo*, no qual se encontram as citações de Gross (*cf.* LOCKE, 1988, 374-80). Schmitt menciona Locke e o poder prerrogativo em sua obra *Ditadura* (*cf.*, SCHMITT, 2014, p. 32-3).

nenhuma *constitucionalização*; problema que se agrava com a possibilidade da utilização de uma “cláusula privativa, também conhecida como uma cláusula preclusiva ou *ouster*, [que] é uma provisão estatutária, à qual os parlamentos da Commonwealth recorrem para proteger agentes públicos de revisão judicial”⁹²⁶. A crítica de Dyzenhaus, porém, é a seguinte:

O que afirmo aqui não é que o positivismo constitucional leva o legislativo a criar buracos negros jurídicos que correspondem ao estado prerrogativo. Ao contrário, quero dizer que um juiz que subscreve aos princípios do positivismo constitucional não encontrará geralmente nada juridicamente errado com leis que coloquem os agentes públicos além do alcance do estado de direito; e isto ocorre porque o positivista constitucional não considera realmente esses agentes como fora do alcance do estado de direito desde que seu poder seja delegado a eles por lei. Enquanto isto, como há uma norma jurídica, os positivistas constitucionais tenderão a pensar que o estado de direito existe.⁹²⁷

Dyzenhaus, não querendo atacar o sistema do *common law*, prefere propor que haja uma *mentalidade teórica* da parte dos juízes para enfrentar os problemas deste sistema, e o faz defendendo haver uma *constituição common law*. De fato, parece haver tal constituição, que se desenvolveu a partir do sistema com suas regras e princípios não escritos; o problema, porém, é que não há o que venho chamando de *constitucionalização*, e a prova disto é haver, nos países da Commonwealth – pois os EUA são a exceção no mundo do *common law* – a doutrina da soberania parlamentar.

Creio que uma solução muito mais apropriada seria uma constitucionalização, o que implicaria necessariamente uma constituição escrita que positivasse garantias, afastasse a doutrina da soberania parlamentar e a possibilidade de cláusulas privativas e estabelecesse um controle de constitucionalidade, como já vem sendo pleiteado no Reino Unido: “[o] debate constitucional britânico sempre se assemelha a um dono de um carro tentando reparar um vidro quebrado e emendando cada parte separadamente. Uma abordagem muito melhor seria trocar toda a bagunça por uma convenção constitucional”⁹²⁸.

4.4.4

Uma resposta hobbesiana e algumas críticas a Hobbes

Nesta última seção deste capítulo, pretendo apresentar o que seria uma resposta hobbesiana tanto aos problemas do moralismo e dos princípios ponderá-

926 DYZENHAUS, 2006, p. 103.

927 *Ibid*, p. 101.

928 RAMSEY, 2018, p. 174.

veis dos neojusnaturalistas quanto aos problemas de certas vertentes do positivismo; ao mesmo tempo, adoto a ideia de Dyzenhaus de que buracos negros e cinzentos jurídicos são um problema – a porta de entrada para a hostilidade no direito. Por outro lado, tecerei algumas críticas a certas omissões e contradições na obra de Hobbes que devem ser abordadas.

Primeiramente, é preciso localizar o poder prerrogativo em Hobbes; ele se encontra no que chama de *direito natural*, “a Liberdade que cada um tem para utilizar como quiser sua própria potência para preservar sua própria Natureza”⁹²⁹, e é equivalente ao poder soberano. Hobbes não afirma que o soberano não possa cometer hostilidades; a única consequência para tais atos é o que ele fala sobre punição no que chama de *Reino Natural de Deus*:

Tendo assim falado brevemente do Reino Natural de Deus e de suas Leis Naturais, acrescentarei a este Capítulo apenas um curto comentário sobre suas punições naturais. Não há nenhuma ação do homem nesta vida que não seja o princípio de uma cadeia de Consequências tão longa que nenhuma Providência humana é tão grande a ponto de fornecer uma perspectiva de seu fim; e, a esta Cadeia, ligam-se acontecimentos agradáveis e desagradáveis de tal maneira que quem quiser fazer algo para seu prazer tem que aceitar sofrer todas as dores ligadas a ele: e estas dores são as Punições Naturais daquelas ações que geram mais malefícios do que benefícios. Disto resulta que a Intemperança é naturalmente punida com Doenças; a Imprudência, com Infortúnios; a Injustiça, com a Violência dos Inimigos; a Soberba, com a Ruína; a Covardia, com a Opressão; o Governo negligente dos Príncipes, com a Rebelião; e a Rebelião, com a Carnificina. Pois uma vez que as Punições são consequências das violações das Leis, as Punições Naturais são naturalmente consequências das violações das Leis da Naturais e, portanto, seguem-nas não como efeitos arbitrários mas naturais.⁹³⁰

Hobbes também fala sobre a ineficácia de leis que proíbam rebeliões:

Pois uma Lei Civil que proíba a Rebelião – e nisso consiste toda a resistência aos Direitos essenciais da Soberania – não é, enquanto Lei Civil, nenhuma obrigação, mas somente em virtude da Lei Natural que proíbe a violação da fê; obrigação natural, a qual, se os homens não a entendem, não poderão compreender o Direito de nenhuma Lei que o Soberano faça; e as Punições serão entendidas como atos de Hostilidade; atos quais, quando considerarem ter força o suficiente, esforçar-se-ão para evitar com outros atos de Hostilidade.⁹³¹

A partir disto, podemos inferir que Hobbes considera a hostilidade como algo nocivo a um bom governo. O fato de um soberano poder realizar atos hostis significa apenas uma coerência de sua teoria, pois, sendo a última instância de decisão, não haverá quem possa julgar tais atos como hostis. A resposta, entretanto, ocorrerá como uma punição natural, como ele relata na primeira citação, a partir do ponto em que fala do *governo negligente dos príncipes*.

929 HOBBS, 1991a, p. 91.

930 *Ibid.*, p. 253-4.

931 *Ibid.*, p. 232.

Com esta condenação a atos hostis da parte do soberano, é possível fazer uma primeira crítica a sua recusa da ideia de *tiranía*, mas que também pode ser mais uma de suas epítropes. Ele afirma o seguinte:

E porque o nome Tirania significa, nada mais nada menos, o nome Soberania, seja de um ou muitos homens, excetuando os que utilizam o primeiro termo por estarem com raiva daqueles que chamam de Tiranos, penso que a tolerância ao ódio professo à Tirania é a tolerância ao ódio aos Estados em geral [...]. A Censura da parte dos Conquistados em relação às Justificativas das Causas do Conquistador é, na maior parte, necessária, mas nem a Censura, nem a Justificativa são necessárias para a obrigação dos Conquistados.⁹³²

A epítrope pode estar na parte em que fala da *censura às justificativas da causa do conquistador*, mas, independentemente disto, como Hobbes distingue hostilidade de punição, concebendo aquela como algo nocivo, e define as dicotomias *equidade/iniquidade* e *justo/injusto*, mesmo concebendo que a justiça – que define como “Obedecer aos Pactos e dar a cada um o que é seu”⁹³³ – existe apenas após a instituição do estado⁹³⁴, um soberano pode ser *hostil, injusto e iníquo*, de modo que isto pode ser chamado de *tiranía*, e esta pode ser definida teoricamente e não no sentido de um *desgosto com a forma de governo em questão*.

Isto nos leva a uma segunda crítica, que é à preferência de Hobbes pela monarquia. Não farei tal crítica com relação a suas escolhas pessoais e nem com base em questões morais, mas apenas levantando a seguinte questão: *qual a forma de governo mais provável de não ser hostil, injusta e iníqua?* No caso de uma monarquia, a resposta é obviamente *não*, exceto apelando para um *rei filósofo platônico* ou um *juiz hercúleo dworkiniano* – o que, como já disse, embora conjecturalmente possível, é improvável em termos reais. Uma aristocracia, tampouco, pois, embora possa haver uma *democracia interna corporis*, as possibilidades dos aristocratas serem hostis, injustos ou iníquos com os demais é o mais provável se não for o caso de apelarmos para uma assembleia das mesmas figuras utópicas propostas por Platão e Dworkin. Sobre a democracia, que, embora não seja nenhuma panaceia – pois não existe *jusnaturalismo formal*, isto é, a solução institucional perfeita –, é a mais provável de atuar conforme o direito. Uma democracia, contudo, constitucional se não quisermos admitir que, no caso extremo, uma parte

932 *Ibid.*, p. 486-7. Ele também afirma que “[p]ode haver outros nomes para o Governo [...], como Tirania e Oligarquia, mas não nomes de Formas de Governo, mas das mesmas Formas quando desagradam; pois aqueles que estão descontentes sob uma Monarquia chamam-na de Tirania, e aqueles a quem desagrada uma Aristocracia chamam-na de Oligarquia, assim como os que se sentem prejudicados em uma Democracia chamam-na de Anarquia” (*ibid.*, p. 129-30).

933 HOBBS, 1991a, p. 185.

934 Cf. *ibid.*, p. 100-1. Ele afirma que há o conceito, mas, sem o estado, é ineficaz.

domine a outra. É claro que isto é uma opção política, afinal, tudo é; até o direito é uma opção política, pois, como veremos, os nazistas optaram pelo *não direito*. Entretanto, a partir do ponto de vista teórico, não teríamos mais uma democracia, mas, sim, como disse Hobbes, a *monarquia de uma parte sobre outra*.

É claro que um sistema sem constitucionalização pode ter suas vantagens, como a maior facilidade de implementar mudanças, contudo, como uma das propostas metodológicas deste trabalho é apontar consequências de certas escolhas políticas, se alguém almeja algo, deve estar preparado para seus efeitos colaterais; e, se alguém está disposto a adotar um sistema absoluto que permita qualquer tipo de legislação, deve estar preparado para que alguém ou algum grupo o controle e faça transformações que sejam até antagônicas às pretendidas por quem queira este sistema. Afinal, tal como diz o mandamento ético de Hobbes, *não faça aos outros o que não quer que lhe façam*, do qual se pode inferir que *não se pode exigir dos outros o que não se exige de si mesmo*.

Estas são as críticas teóricas a Hobbes – sem levantar nenhuma questão ética ou moral. É claro que ele pretendeu criar uma teoria geral do estado – de qualquer tipo de estado –, mas ele também fez uma teoria geral do direito na qual este possui certas qualidades estruturais; e há uma tensão entre estes dois conceitos. Ele afirma que “Dano infligido a alguém que seja um inimigo declarado não recebe o nome de Punição [...], pois a punição definida no Direito é para os Súditos e não para Inimigos”⁹³⁵. Disto se pode concluir que atos hostis não são jurídicos mas atos de *direito natural*, o que equivale a tratar o hostilizado como um igual, isto é, como outro soberano, pois ele afirma que: “[c]om relação aos Deveres de um Soberano a outro, compreendidos no que é comumente chamado de Direito das Nações, não preciso dizer nada aqui, pois o Direito das Nações e o Direito da Natureza são a mesma coisa”⁹³⁶.

É preciso ressaltar que Hobbes, em nenhum momento, afirma que o soberano deva ou, até mesmo, possa juridicamente distinguir o *inimigo interno*, como faz Schmitt. O termo *inimigo* (em inglês, *enemy*) é a tradução do termo técnico *hostis* que, como explica Alberico Gentili⁹³⁷: “era usado em Roma para designar o

935 HOBBS, 1991a, p. 216.

936 *Ibid.*, p. 244.

937 Jurista italiano do século XVI, precursor do direito internacional e muito influente na época de Hobbes, pois foi professor em Oxford, sua faculdade (*cf.*, PANIZZA, 2004, p. 16). Gentili foi para a Inglaterra exilar-se, após passar por Ljubljana, em razão das perseguições da Contrarreforma, pois era protestante (*cf.*, *ibid.*, p. 15).

forasteiro que tivesse igualdade de direitos com os romanos. Na verdade, *hostire* não quer dizer outra coisa que igualar [...]; e assim *hostis* indica a pessoa contra a qual é feita a guerra e que é igual à outra”⁹³⁸. Greenidge, pesquisador da história do Direito Romano, confirma esta definição de *hostis* como estrangeiro e afirma que “*hostes* [plural de *hostis*] eram todos os Estados ou indivíduos com os quais Roma não possuía tratados diplomáticos”⁹³⁹.

Que Hobbes vai buscar inspiração nesta terminologia e constrói sua teoria a partir destes conceitos fica óbvio se observarmos as versões em latim de suas obras. Em *De cive*, por exemplo, ele afirma que “[*h*]ostis [...] *est quisque cuique, cui neque paret neque imperat*”⁹⁴⁰, ou seja, *para cada um, hostis é aquele que nem obedece nem comanda* (obviamente, fora do Estado); e, ao explicar o que ocorre caso um tratado não se cumpra, declara que: “*redit jus belli, hoc est, status hostilis, in quo omnia licent*”⁹⁴¹, ou seja, *o direito de guerra retorna, isto é, o status de hostilidade, no qual tudo é permitido*.

Com isto, é claro que o soberano, para que não viole o pacto, só pode agir perante os súditos por meio do direito. Schmitt, por sua vez, inverte esta relação e cria um *estado de natureza permanente*, o que é totalmente contrário ao propósito da teoria de Hobbes, tanto como objetivo político quanto como elaboração teórica: para o filósofo, *se o soberano só age pela exceção, todos são soberanos*. Como aponta Zarka, em um artigo chamado *Carl Schmitt ou a tripla traição de Hobbes*:

Schmitt procura sustentar sua definição de soberania pela situação excepcional fazendo referência aos dois inventores da noção moderna de soberania: Bodin e Hobbes. [...] Longe de ser definida, em Bodin e Hobbes, pela exceção e desembocar em uma teoria da suspensão da ordem jurídica, a soberania tem por função, ao contrário, subsumir a exceção sob a regra geral e assegurar a permanência da ordem jurídica. [...] A teoria da soberania em Hobbes e Bodin não é, de forma alguma, pensada a partir da exceção. É, antes, o contrário que é verdadeiro. A exceção aparece como um caso particular do princípio geral que funda a permanência e a coerência da ordem jurídica, a saber, a capacidade essencial da soberania de dar e de cassar a lei. [...] Tal é, portanto, a segunda traição schmittiana de Hobbes: a soberania não se define nem pela ditadura nem pela exceção.⁹⁴²

938 GENTILI, 2004. p. 61-2.

939 Tradução livre de GREENIDGE, 1901. p. 292. Bederman aponta que “um elemento comum entre as culturas antigas [...] era a distinção, tanto na prática como linguisticamente, entre inimigos [*enemies*] privados e *hostes* [*foes*] públicos” (tradução livre de BEDERMAN, 2004, p. 242).

940 HOBBS, 1839b, p. 256.

941 *Ibid.*, p. 178. Em *Leviatã*, na versão em latim, temos ainda: “[*q*]uamquam autem tempus nunquam fuerit, in quo unusquisque uiuscujuque hostis erat, reges tamen et personæ summam habentes potestatem omni temporis hostes inter se sunt” (HOBBS, 1841, p. 101), o que significa que, mesmo não havendo um tempo no qual todos fossem *hostes* de todos, reis e pessoas que detêm *summa potestas* são *hostes* entre si.

942 ZARKA, 2018, p. 57-8. Ele ainda afirma que “[*q*]quanto ao fato de que o Estado hobbesiano seria constitutivamente uma ditadura, porque a decisão que funda a lei procederia do nada, isso é

Isto nos leva de volta à questão do poder prerrogativo na teoria de Hobbes e como, a partir disto, concebe o papel do judiciário. Satisfazendo dúvidas hartianas sobre onde estariam as normas secundárias – “as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes público) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados)”⁹⁴³ – na teoria de Hobbes, eu diria que elas são oriundas de sua concepção de que, no *estado de natureza*, todos são soberanos. Assim, instituído o estado, tal competência subsiste no soberano absoluto – os poderes públicos – com a única condição de leis não serem atos de hostilidades e não violarem o pacto. Quanto aos súditos ou cidadãos, subsiste a prerrogativa negativa que Bobbio chama de *norma geral exclusiva*⁹⁴⁴.

Agora, quanto aos poderes delegados, estes obedecerão à mesma lógica condicional, isto é, $x \rightarrow y$, ou seja: *se lei, deve seguir as condições para ser lei; se não, sanção de nulidade*. Até para o soberano absoluto existem as condições vistas acima; contudo, caímos no problema, que Heller aponta, *quis custodes ipsos custodem*, sobre o qual, falarei mais adiante. Sendo assim, a *função judicial*, enquanto poder delegado, é *adjudicar*. É claro que o *nome do cargo* não precisa equivaler necessariamente à função, mas, como as palavras possuem significado, e o direito, como já disse, possui uma *relação parasitária* com a linguagem, para que um juiz possa fazer algo mais que adjudicar, tais competências devem ser

simplesmente falso. Hobbes nunca disse que a decisão soberana nasce do nada. Qualquer decisão, provenha ela de um indivíduo particular ou de um soberano, resulta necessariamente de uma deliberação” (ZARKA, 2018, p. 55). As outras traições: “a primeira traição de Schmitt [...] consiste na inversão radical do sentido da teologia política de Hobbes” (*ibid.*, p. 53), traição ligada ao antissemitismo de Schmitt e que “consiste em uma universalização teológico-política da suposta influência negativa dos judeus na história. É exatamente nesse ponto que Schmitt trai Hobbes” (*ibid.*, p. 51); e “Schmitt trai pela terceira vez Hobbes, tratando de reduzir ao máximo a ontologia hobbesiana do indivíduo: o fato de que para Hobbes o conjunto do edifício político não vale um segundo de sua existência se ele não tem por objetivo preservar o ser dos indivíduos que o compõem” (*ibid.*, p. 62).

943 HART, 1960, p. 79.

944 Como as leis em Hobbes são negativas – estabelecem uma restrição, mesmo que, por consequência produzam benefícios e prestação ou garantia de bens –, no que a lei se calar, a liberdade permanece: “percebendo que não há no mundo inteiro qualquer Estado que tenha estabelecido Regras suficientes para regular todas as Ações e palavras dos homens (o que seria impossível), conclui-se necessariamente que, em todos os tipos de ações não previstas pelas leis, todos têm a Liberdade de fazer o que for sugerido por sua própria razão e de acordo com os seus interesses” (HOBBS, 1991a, p. 147); é o que Bobbio chama de *norma geral exclusiva*: “uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas, ao mesmo tempo, exclui daquela regulamentação todos os outros comportamentos. [...] Todos os comportamentos não compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular” (BOBBIO, 1994, p. 133). Contra os que acusam Hobbes de ser um protoliberal, ele afirma que “o Direito Natural, isto é a Liberdade natural do homem, pode ser restringido e contido pelo Direito Estatal” (HOBBS, *op. cit.*, p. 185).

expressas, sob pena de hostilidade. O que explica Zarka, que define o *estado de natureza* como um estado de inflação sgnica, pode nos ajudar a entender isto:

A instituio do estado, por constituir a condio necessária e suficiente da paz, deve transformar o regime de inflao de signos em um regime de autorregulao. Esta regulao  definida primeiramente pela instituio de um centro hierarquicamente dominante de produo e interpretao de signos. Este centro, o poder poltico, no suspende a produo de signos pelos indivduos particulares, mas se sobrepe a eles.⁹⁴⁵

Deste modo, as propostas tericas de Dworkin e Alexy de princpios ponderáveis e sopesveis so bastante perigosas, pois promovem a volta do *estado de natureza de inflao sgnica* no direito; e a afirmao de Dyzenhaus de que Hobbes permite ao juiz interpretar as leis conforme as *leis naturais* deve ser vista com cautela, principalmente, diante da ideia de moralizao do direito daquele.

Na mesma parte em que Hobbes afirma que *a Lei Natural e o Direito Estatal contm um ao outro*, ele esclarece que:

[A]s Leis Naturais, que consistem em Equidade, Justia, Gratido e outras virtudes Morais, sob esta dependncia [da soberania], na condio de mera natureza [...], no so propriamente leis, mas qualidades que dispes os homens  paz e  obedincia [...], pois, ante as diferenas dos homens particulares, declarar o que  Equidade, o que  Justia, o que  Virtude moral e faz-las vinculantes,  preciso Ordenaes do Poder Soberano e Punies para aqueles que as violarem [...].⁹⁴⁶

Para entendermos isto, devemos levar em considerao que *virtude moral*, para Hobbes,  o que leva  paz e no qualquer outra moral positiva;  apenas o *no faa a outrem o que no quer que lhe faam*.  preciso ler Hobbes atravs das eptropes, de modo que, ao dizer que as leis devem ser interpretadas conforme as leis naturais, ele apenas quer dizer que, como princpio de integrao, deve-se apenas observar a equidade, a observao dos pactos e o que leva a paz, ou seja, o *alterum non laedere*; todo o resto  positivo, incluindo as punies. Sem a determinao de punies, exceto a mera reparao, estaríamos diante de *atos de hostilidade*.  claro que se poderia recorrer  *lex talionis*, mas, para evitar isto,  melhor que tudo seja expresso; daí a importncia das leis escritas.

Isto,  claro, pode ser uma crtica tambm s teorias positivistas que permitem de antemo a discricionariedade de um juiz no caso dele no obter uma resposta a partir do ordenamento jurdico, algo que no  bvio. Esta determinao  uma resposta que beira mais ao realismo jurdico do que uma análise cientfica. Seria mais adequado dizer que *no há deciso jurdica possvel*. A partir

945 ZARKA, 2001, p. 115.

946 HOBBS, 1991a, p. 185.

disto, o mais correto, do ponto de vista científico, seria verificar o que o ordenamento permite: se permite que o juiz legisle para o caso concreto, haveria tal autorização, mas poderia haver, igualmente, um *non liquet*. Isto, no entanto, em abstrato, pois no âmbito civil, se não há lesão, a resposta está dada; se há e se houver dispositivo específico, este deve ser aplicado; se não há, que se arbitre uma reparação. No âmbito penal, se não há violação de fato típico, não há crime; se há, aplica-se a punição. No âmbito administrativo, se há lei e esta é conforme a constituição – quando esta existir –, o estado poder agir; se não há, não pode.

A solução dos neojusnaturalistas não só não resolve o problema como o amplia. Ela é inclusive paradoxal, pois Dyzenhaus adota a premissa dworkiniana de que *não há núcleo semântico, mas apenas uma penumbra que se resolve em acordos provisórios* – o que, a meu ver, é um *desconstrucionismo vulgar* –, e, ao mesmo tempo, propõe haver uma *resposta certa* com base em morais, valores e princípios. Como diz uma máxima da língua inglesa, *you can't have the cake and eat it too*, ou seja, não se pode querer ou afirmar duas coisas contraditórias ao mesmo tempo: ou só há *penumbra* e, daí, estamos diante da distopia schmittiana, na qual não há direito mas só *estado de natureza*, ou é possível encontrar uma resposta – não que seja *certa*, no sentido moral do termo, mas *jurídica* – e, neste caso, é muito mais provável encontrá-la no direito escrito do que no não escrito.

Para sustentar sua teoria com base em Hobbes, Dyzenhaus utiliza-se da afirmação do filósofo de que “todas as leis necessitam de interpretação”⁹⁴⁷. É claro que, como *palavras não exprimem essências*, tudo necessita de interpretação, porém, no caso do direito, não deve ser a interpretação de quem lê obras literárias, mas de encontrar o caso em que a lei se aplica, ou seja, encontrar o *x*, que dispara o *gatilho* da condicional $x \rightarrow y$, porque, se não for assim, se *x* for algo vago, haverá um *ato de hostilidade*. Sobre isto, Hobbes afirma o seguinte: “se pela Letra [da Lei], quer-se dizer o sentido literal, então a Letra e a Sentença ou a intenção da Lei são a mesma coisa. Porque o sentido literal é aquele que o Legislador pretendia que pela letra da Lei fosse significado”⁹⁴⁸, afirmando, em seguida, o já mencionado trecho em que fala que se deve pressupor a equidade, pois seria contumélia do juiz pensar o contrário do soberano.

947 DYZENHAUS, 2012, p. 197. Cf. HOBBS, 1991a, p. 190.

948 *Ibid.*, p. 194.

Não quero, aqui, negar que haja leis ambíguas ou mal escritas, mas apenas apontar que o papel do juiz, ao interpretar a lei, é muito mais de corrigir erros do que aumentá-los. Neste aspecto, adoto a contribuição de Dyzenhaus sobre *buracos cinzentos jurídicos*: o papel do juiz é *fechar* estes buracos; e isto é muito mais viável observando, primeiramente, a letra da lei e, depois, para corrigir erros, verificar seu propósito – o problema que procura resolver –, a equidade, a não hostilidade e o conjunto do ordenamento jurídico – seu sistema. Princípios sopesáveis, por outro lado, tomando como exemplo os princípios da *soberania* e o da *liberdade* ou da *dignidade humana* permitem que, em tempos “excepcionais”, se possa *ponderar* se os últimos podem ser afastados em razão do primeiro.

É claro que em uma monarquia ou, até mesmo, em qualquer regime absoluto, estes aspectos do direito podem ser afastados, pois eles não são ponderáveis mas estruturais – embora o sistema perca sua característica de direito, isto é, torna-se um regime hostil. Daí, a importância de uma democracia constitucional, pois uma democracia positiva a equidade e não apenas a pressupõe; e um regime constitucional expurga o soberano absoluto que pode abolir tal equidade. Com isto, temos a importância não apenas do direito positivo – pois, do ponto de vista teórico, todo direito é positivo, até um direito supostamente “natural” só se materializa quando positivado por alguma autoridade – mas de um direito escrito, ao contrário da *constituição do common law*.

Isto se reflete também no problema da legislação de emergência. É claro que o mais desejável seria que isto não existisse, mas não sei se isto é pragmaticamente factível, e foge do escopo deste trabalho conseguir provar isto. A partir de uma perspectiva hobbesiana, embora ele conceba o soberano operar pela hostilidade contra agentes externos – o que seria incabível atualmente pelo direito internacional do *jus in bello*⁹⁴⁹, mas é compreensível sua posição ante o estágio evolutivo deste direito em seu tempo –, perante cidadãos o soberano só pode agir por meio da lei – direito que, nos termos do direito internacional atual, deve ser estendido a qualquer ser humano, pois devemos atualizar a teoria de Hobbes e não ficarmos presos ao passado. Deste modo, se houver legislação de emergência, esta

949 “O *jus in bello* [direito na guerra] – que governa a conduta de hostilidades durante um conflito armado internacional – torna-se aplicável tão logo uma guerra no sentido material é levada à tona, independentemente de haver guerra no sentido técnico. [...] É geralmente admitido atualmente que as normas relevantes do *jus in bello* devem ser implementadas durante conflitos armados internacionais de qualquer tipo e não somente quando um estado de guerra é efetivo (*i.e.*, até mesmo quando não há *bellum*)” (DINSTEIN, 2005, p. 10-7).

é a única aplicável e é jurídica e não *estado de exceção ao direito*; e cabe ao judiciário garantir esta legalidade, inclusive, *tapando quaisquer buracos negros ou cinzentos que houver na legislação*.

Como vimos, um ato de hostilidade acaba por equiparar o hostilizado a um outro soberano, o que seria o equivalente ao soberano dispor de sua soberania e, conseqüentemente, “cada um retornar à condição e à calamidade de uma guerra contra todos os outros”⁹⁵⁰; fato que se agravaria ainda mais se o soberano só agisse hostilmente. Há o problema, é claro que, do *quis custodes ipsos custodes*. Como aponta Hobbes:

[S]e alguém ou alguns alegarem que houve uma violação do pacto pelo Soberano em sua instituição, e outros [...] ou ele mesmo alegarem que não houve tal infração, não há Juiz para decidir a controvérsia: há o retorno à Espada novamente, e cada um recupera seu direito de Proteção a si mesmo pela sua força, contrariamente aos desígnios que tiveram na Instituição.⁹⁵¹

Independentemente de qualquer epítrope contida no trecho acima, diante do fato de Hobbes afirmar que leis contra a rebelião são ineficazes, creio que ele pretende *passar seu recado* tanto para o soberano quanto para os cidadãos: se o soberano for um mal soberano – e ele afirma que seu papel não é “a mera Preservação [dos súditos ou cidadãos], mas também todos as outras Comodidades da vida”⁹⁵² –, chegar-se-á um ponto em que a rebelião acontecerá inexoravelmente; para os súditos ou cidadãos, o que haverá será uma situação de guerra com todas as suas conseqüências, e, diante disto, não cabe apelo ao direito natural, ou melhor, só caberá apelo a este direito, pois Hobbes o distingue das leis naturais, pois estas são os mandamentos para se atingir a paz, enquanto aquele é o poder natural de resistência, isto é, a potência de cada um em perseverar em seu ser.

Para concluir, farei um comentário sobre a questão, levantada por Dyzenhaus, do que deve ser feito com relação a um *regime perverso* no que concerne o judiciário. Do ponto de vista ético, não tenho nenhuma objeção que os juízes, diante de um regime como o *Apartheid* ou o nazismo, procurem resistir a ele a qualquer custo. Se houver mecanismos legais, que sejam utilizados, mas, se não houver, que decidam contrariamente ao direito positivo. Do ponto de vista técnico de uma ciência jurídica, contudo, o direito haverá cessado e o que haverá será um expediente tático de uma estratégia de guerra: os juízes em questão passarão a

950 HOBBS, 1991a, p. 231.

951 *Ibid.*, p. 123.

952 *Ibid.*, p. 231.

operar como uma *quinta coluna* procurando sabotar o sistema vigente. É claro que podem continuar a afirmar que operam conforme o direito, pois a retórica faz parte da estratégia, mas – do ponto de vista científico – dizer que isto faz parte do direito, seguindo as mesmas críticas que Dyzenhaus faz a Gross, é normalizar a exceção e instituir múltiplas soberanias. Não quero dizer que não tenham razão em sabotar tais regimes, como acho que já deixei claro, mas o que haverá será um confronto entre dois ordenamentos jurídicos ou, mais provavelmente, um confronto entre o *ordenamento jurídico perverso* e uma resistência a este ordenamento, que pretende instituir outro ou, no caso de um ordenamento jurídico corrompido por meio de buracos jurídicos negros ou cinzentos – o que, como veremos, inclui *princípios ponderáveis* –, restabelecer a normalidade jurídica.

4.5

Conclusão: o direito e o bom direito

Neste capítulo, apresentei a resposta teórica, com base na filosofia de Hobbes, às outras teorias vistas nos dois capítulos anteriores. Como aponte ao longo do texto, isto não quer dizer que todas as questões levantadas e, até mesmo, as angústias expostas por aqueles juristas não tenham fundamento. Dworkin está correto em dizer que, se um juiz – enquanto função judicial – deve aplicar a lei, ele não pode criá-la no momento da aplicação, o que seria uma legislação retroativa. Sua resposta, contudo, acaba criando o que Dyzenhaus chama de *buraco cinzento jurídico*, pois, recorrendo a supostos princípios ponderáveis, cria uma fachada de legalidade que, de fato, não existe. Fuller, por sua vez, estabelece uma lista de fundamentos do direito que é muito relevante, mas, ao tachá-los de morais, acaba subvertendo-os, pois a função destes fundamentos é muito mais afirmar uma necessidade de precisão do direito, e a ideia de *moralidade* acaba minando esta precisão. Já o que propõe Dyzenhaus com o seu conceito de *estado de direito*, distinto de *estado pelo direito*, conjugado com seu conceito de *buracos jurídicos negros e cinzentos* segue na mesma linha dos fundamentos de Fuller, mas padece do mesmo problema por enfatizar a *moralidade*.

Para superar estes problemas, apresentei o conceito de *fantasmagoria* para caracterizar uma forma de pensar e argumentar que se baseia em *universais* como *ícones vazios* que podem significar qualquer coisa de acordo com os interesses em questão. Mais do que uma referência ao *sobrenatural* – embora, na maior parte

dos casos, a retórica utilizada para fundamentá-la o seja –, o que quis demonstrar foi a possibilidade de manipulação semiótica que a prática fantasmagórica enseja. Contrariamente a isto, apresentei a filosofia de Hobbes como uma resposta ética e, até, teológica que é muito mais adequada a um estado democrático.

Apresentei também a teoria do direito de Hobbes, que permite incorporar os aspectos positivos das teorias dos outros autores sem cair em uma *fantasmagoria*. Por meio de fundamentos estruturais do direito – para evitar o termo *princípio* que, diante de seu uso atual, pode levar a ideia de *ponderação* –, quis demonstrar que há soluções para os problemas levantados que não precisam apelar para um moralismo, que pode acarretar todos os problemas que a utilização de um termo carregado sentidos traz consigo, como ocorre com o termo *moral*.

O aspecto *moral* ou, mais precisamente, de ter um *valor* é incidental; algo que ocorre do simples fato de que, quando se pensa o direito, está se pensando em algo que vá solucionar problemas e criar algo benéfico à sociedade e não algo nocivo; os aspectos da teoria de Hobbes, porém, são muito mais lógicos e estruturais do que morais. Mesmo que se entenda isto com algo moral – pois não quero discutir sobre palavras mas sobre ideias –, é algo muito distinto de um *moralismo transcendental*, que concebe um *fnis ultimus* ou um *summum bonum*; e até a teoria moral de Hobbes – que possui uma relação mas é distinta de sua teoria do direito – pode ser vista como algo diferente de tais *moralismos transcendentais*, pois é negativa e relacional.

Sobre esta distinção, é importante também diferenciar o *direito* do *bom direito*; e *bom direito* não em uma perspectiva moral mas de uma arquitetura constitucional que não permita a *hostilidade* sob a forma de *buracos jurídicos negros ou cinzentos*. Há uma tensão, é claro, entre a *ideia de direito* em Hobbes, que é distinta da *hostilidade*, e a *soberania*. Teoricamente, é claro, é possível distinguir um ato de *hostilidade* de um ato jurídico; e, assim como critiquei Kelsen sobre sua teoria da *moldura da lei*, critiquei Hobbes por rejeitar a ideia de *tiranía*. É claro que pode haver leis ambíguas e mal escritas, porém, mesmo assim, pode haver decisões teratológicas que são patentemente hostis, mas que o soberano – por ser a última instância de decisão – aplica-as de qualquer jeito. Neste caso, estaremos diante da mesma tensão entre o *aspecto estático* e o *dinâmico* da teoria de Kelsen, com a única diferença que, no nível teórico, faço a distinção entre o *ato jurídico* e o *ato hostil*.

Isto, contudo, é o que nos leva a pensar sobre o *bom direito*, no sentido visto acima; se *direito* é diferente de *hostilidade*, qual arquitetura constitucional é mais propícia a evitar isto. Assim, critiquei novamente Hobbes por sua opção pela monarquia, pois penso que a forma democrática é mais propícia a conservar o direito. Uma democracia que seja um sistema político que: 1) todas as decisões políticas sejam determinadas por todos os cidadãos de tal ordem política ou por pessoas autorizadas por tais cidadãos; 2) que nenhuma parte desta ordem política domine a outra; 3) que o sistema não seja autodestrutivo (isto é, perca estas características). É claro que, em certos momentos, surgirão paradoxos, como já foi apontado: decidindo todas as questões por maioria, uma parte pode acabar por dominar outra, violando a regra número dois; assim, é preciso estabelecer uma terceira parte que dirima o conflito; esta terceira parte, porém, pode acabar por subverter a constituição e estabelecer uma dominação ou apenas corromper o direito.

Qual a solução? Não há; e faz parte da ciência apontar os paradoxos. Até porque achar que haveria uma *constitucionalização perfeita* seria crer em um *jusnaturalismo formal*. Diante de um paradoxo, restam apenas a decisão política de acordo com o contexto e a necessidade de uma parte vigiar a outra. Esta situação, não exatamente idêntica mas análoga, é representada pelo paradoxo da relação da soberania absoluta em Hobbes com o seu direito de resistência, expresso não em termos absolutos mas que, por meio de uma leitura mais oblíqua, podemos entendê-lo como tal; e a melhor ilustração deste paradoxo encontra-se em uma carta que Leibniz escreveu para o filósofo inglês e que nunca foi respondida:

Leibniz percebeu corretamente que, por um lado, Hobbes mantinha que os súditos transferiam todos os seus direitos para o soberano, mas, por outro, que eles mantinham seu direito à autopreservação. Hobbes não pode propor as duas coisas. Além disto, já que toda pessoa tem o direito de julgar quando sua vida está ameaçada e o que necessita fazer para preservá-la, cada pessoa mantém o direito de fazer alianças e resistir ao tirano. Leibniz, inocentemente, pensou que Hobbes concordaria com este argumento. Novamente, não há evidências que Hobbes tenha respondido.⁹⁵³

953 MARTINICH, 1999, p. 335-6.

5

De Weimar ao III Reich

Após a reflexão sobre os aspectos da filosofia de Hobbes que interessam a este trabalho, voltamos à República de Weimar para verificarmos se os conceitos vistos no capítulo anterior aplicam-se ao caso. Tais conceitos também serão utilizados para analisar o III Reich, que, como será visto, foi um típico caso no qual a fantasmagoria serviu como estímulo à hostilidade.

Weimar será tratada na primeira seção deste capítulo, na qual a tensão entre positivismo e fantasmagoria será avaliada para verificarmos em que grau cada um facilitou a dissolução da república. As duas seções seguintes tratarão do problema da fantasmagoria e da hostilidade no nazismo e sobre como isto se refletiu no direito.

5.1

O colapso de Weimar

Por um lado, Dyzenhaus pode ter razão, pois, se não o positivismo em geral, um tipo de positivismo – que se assemelha à sua ideia de *positivismo constitucional* e era político – teve certa proeminência em Weimar e foi herdado dos tempos imperiais: o *Gesetzespositivismus*, como visto anteriormente no capítulo três. Por outro lado, como veremos agora, no chamado *Methodenstreit* – a *disputa sobre o método* –, este tipo de positivismo foi duramente atacado por atores que não eram exatamente democratas. Este será o primeiro assunto abordado nesta seção para, em seguida, tratar da atuação do judiciário em Weimar na questão da revisão judicial. Depois, falarei dos problemas da arquitetura da Constituição de Weimar que facilitaram a dissolução da república, com ênfase no artigo 48 e os precedentes de seu uso antes do *Preußenschlag*. Por último, tratarei do problema das *leis de habilitação*, que levou ao último ato do fim de Weimar.

5.1.1

O *Methodenstreit*

Segundo Michael Stolleis, esta “disputa sobre métodos e objetivos’ era [...] essencialmente uma discussão sobre a posição do campo [jurídico] em uma década politicamente instável”⁹⁵⁴. Como já visto, o método dominante nos tempos imperiais

954 STOLLEIS, 2004, p. 142.

afirmava que a lei, em sentido estrito – legislada, escrita e promulgada – era a única expressão da vontade do estado. Isto não quer dizer que este tipo de positivismo político não fosse contestado⁹⁵⁵, mas qualquer disputa encontrava o obstáculo do fato do império ser um regime absolutista ou, como dizem alguns, semiabsolutista⁹⁵⁶, o que, para Hobbes, seria um oxímoro. Isto, pois, como se aduz da teoria do filósofo, a soberania é sempre absoluta; a única forma de deixar de sê-la é *colocar o soberano para dormir* e controlar o resquício de prerrogativa do poder delegado por meio de um órgão jurisdicional que atue negativamente. Se o soberano continua *desperto* e pode ser *juiz de si mesmo*, não há que se falar de semiabsolutismo; no máximo, o que há é um *absolutismo autocontido*, mas que está sempre à mercê do soberano, e, por isto, não há nenhuma constitucionalização⁹⁵⁷.

Somado a isto e coerente com tal absolutismo, como também já foi visto, não havia controle material de constitucionalidade, pois “o Kaiser atuava como guardião e defensor da constituição [...] e, em sua promulgação, implicitamente afirmava a compatibilidade da lei com a constituição”⁹⁵⁸. Como observa Stolleis:

A constituição do Império Alemão de 1871 não continha nem meios de controle de leis por parte de juízes, nem um tribunal constitucional. Os demais estados alemães também não possuíam revisão judicial. Embora os acadêmicos tenham debatido a questão, ela nunca foi além de simplesmente autorizar o juiz a examinar a validade formal de uma lei. Os juízes tinham que aceitar o conteúdo da lei como refletindo a vontade do estado. A Suprema Corte do Império Alemão – como a mais alta e, de fato, última instância do Judiciário – seguiu a mesma linha. O Supremo Tribunal examinava a criação de uma lei em termos formais, mas respeitava o seu conteúdo como sendo inexpugnável.⁹⁵⁹

955 “As bases para a crítica da concepção positivista [do estado], ainda que esta só fosse ser plenamente desenvolvida na República de Weimar, foram lançadas e, até mesmo, ocasionalmente expressas no fim do Império” (JACOBSON & SCHLINK, 2000, p. 6). “Assim como os problemas do estado de Weimar estavam enraizados em certos desenvolvimentos do Império, o debate [jurídico] de Weimar teve seus antecedentes nos últimos anos do mesmo – entre 1900 e 1918” (KORIOTH, 2000, p. 41).

956 Wehler, em obra sobre o Império Alemão, abre o capítulo *Política e sistema de governo* com a questão sobre se haveria *monarquia constitucional* ou *semiabsolutismo pseudoconstitucional* (cf. WEHLER, 1985, p. 52). Ele afirma que “[o] monarca prussiano controlava não apenas os três pilares do absolutismo – o exército, a burocracia e a diplomacia – no dominante estado prussiano, que compreendia dois terços do Império Alemão, mas também, no seu papel como imperador, controlava a nova administração imperial juntamente ao seu exército e a sua política externa. O parlamento alemão nunca conseguiu influenciar esta *arcana imperii*. A estrutura de poder do estado absolutista permaneceu constitucionalmente resguardada e essencialmente inalterada. [...] O sistema político era, na verdade, um autocrático e semiabsoluto constitucionalismo de fachada, pois as relações reais de poder não sofreram nenhuma alteração decisiva” (*ibid.*, p. 54).

957 O próprio Wehler cita o filósofo: “[c]omo disse Thomas Hobbes séculos antes da existência de tais órgãos políticos: ‘pois se há o direito de qualquer outra pessoa dissolvê-los, há o direito de controlá-los e, consequentemente, controlar seus controles’” (*ibid.*, *loc. cit.*; a citação é de *Leviatã*, cf. HOBBS, 1991a, p. 186).

958 CALDWELL, 1997, p. 36.

959 STOLLEIS, 2003, p. 269.

Com o novo regime republicano, estas questões voltaram à tona, mas trazendo também questões teóricas sobre o direito e o estado; e o *Methodenstreit* consistiu-se nisto. No âmbito teórico, muito já foi visto no terceiro capítulo, pois Kelsen, Heller e Schmitt foram uns dos principais expoentes deste debate. Curiosamente, foi o positivismo de Kelsen o ponto de ruptura com o método anterior⁹⁶⁰. A partir daí, formaram-se três campos: os antigos positivistas; a Escola de Viena, centrada em Kelsen; e um eclético grupo de antipositivistas atacando a teoria do jurista austríaco⁹⁶¹. Eclético, pois, como vimos, temos neste grupo tanto Heller, situado à esquerda do espectro político, como Schmitt, à extrema direita.

No campo dos antigos positivistas, embora houvesse conservadores e reacionários entre seus proponentes⁹⁶², seus maiores defensores, Gerhard Anschütz e Richard Thoma, “metodologicamente, eram positivistas, politicamente, republicanos e democratas”⁹⁶³. Para estes juristas:

Rejeitar uma interpretação teleológica, integracionista, decisionista ou jusnaturalista da lei formal por meio de elaborações acadêmicas ou judiciais também significava manter o processo político aberto e fluido, defendendo seus possíveis resultados progressivos de juízes e professores conservadores.⁹⁶⁴

Isto não quer dizer que a proposta deste positivismo político não tivesse seus problemas. Como já visto, este processo político aberto permite que qualquer grupo que tome o poder molde-o como quiser. A partir daí, há apenas duas possibilidades: manter o processo aberto, permitindo que outro grupo também o faça; ou tentar vedar o processo político, o que poderia ser o mais prudente, mas renderia uma acusação de *tu quoque*. É claro que isto é apenas uma observação estratégica, pois, do ponto de vista jurídico, o que há de se notar é que tal arranjo político é equivalente à ausência de constitucionalização. O mais importante, aqui, porém, é apontar que, *contra* Dyzenhaus, os principais positivistas estatutários de Weimar alinhavam-se com a democracia e com a República:

960 Cf. STOLLEIS, 2004, p. 144.

961 Cf. *ibid.*, p. 146-78.

962 Cf. *ibid.*, p. 147, & JACOBSON & SCHLINK, 2000, p. 15.

963 *Ibid.*, p. 17. No mesmo sentido, “Os mais proeminentes representantes do positivismo jurídico estatutário na Alemanha de Weimar eram Gerhard Anschütz e Richard Thoma, ambos notáveis juristas constitucionais. [...] Além de suas teorias jurídicas positivistas, estes autores [os dois citados mais Walter Jellinek, Kelsen e Hans Nawiasky] possuíam outras coisas em comum: eles eram democratas, vários deles escrevendo sobre teoria democrática; e, em gritante contraste com a total capitulação da profissão jurídica alemã, estes teóricos não tiveram nenhum comprometimento com o novo regime [nazista]” (PAULSON, 1994, p. 345).

964 JACOBSON & SCHLINK, *op. cit.*, p. 17-8.

Em síntese, os principais porta-vozes do positivismo jurídico de Weimar permaneceram bem distantes do partido nazista e dos eventos que levaram ao desastre de janeiro de 1933. Mais do que isto, eram conhecidos como oponentes do novo regime nazista. [...] Aqueles teóricos que mais tarde juntar-se-iam aos nazistas, criticaram os positivistas jurídicos durante todos os anos vinte. Depois da tomada do poder nazista, a crítica só cresceu em veemência. Ernst Forsthoff, “teórico” do novo regime, rejeita o passado desta maneira: “sob nenhuma circunstância o estado de hoje pode extrair qualquer força da postura individualista e positivista, que necessariamente dispensa a autoridade”. Otto Koellreutter caracteriza a teoria política de Kelsen, incluindo sua Teoria Pura do Direito, como a “última expressão de um liberalismo radical moribundo”. Karl Larenz afirma que o positivismo jurídico, “uma manifestação de infiltração intelectual estrangeira, [...] leva a uma abnegação da mudança produtiva na vida da lei”. Carl Schmitt, no discurso de encerramento em uma conferência de 1936 dedicada ao “Judaísmo na Ciência Jurídica”, fez uma diatribe antisemita [atacando Kelsen] que se tornaria notória.⁹⁶⁵

Todos estes juristas citados tornaram-se nazistas após a tomada do poder de Hitler – com a exceção de Koellreutter, que já era um admirador da causa –, o que não quer dizer que todos os antipositivistas fossem-no. A influência desta corrente no pensamento nazista, contudo, é inegável, como podemos ver no exemplo de Heinrich Triepel. Ele foi:

[U]m exemplo representativo do gradual abandono, nos anos vinte, do positivismo estatutário do fim do século XIX. [...] Triepel tornou-se um representante da corrente que, ainda que fundada no positivismo, seguia uma direção mais dinâmica, incorporando a história e os interesses políticos. Esta transformação se tornou mais forte por volta de 1925, de modo que, em 1927, ele pode declarar expressamente que: “no nosso campo, muito mais que a geração anterior, operamos com valores e estamos esforçando-nos por revelar julgamentos de valor que estão consagrados no direito ou tornam-se aparentes a partir dele”.⁹⁶⁶

Sobre sua influência tanto para o antipositivismo em geral como para o nazismo:

Teóricos agora viam, com uma certa sensação de alegre descoberta, que os direitos fundamentais, por um lado, eram direito constitucional positivo, mas, por outro, continham fórmulas de valores abertos pelos quais se poderia operar de uma maneira menos restrita. [...] O que era mantido em equilíbrio em Heinrich Triepel pela tradição, consciência profissional e *ethos* pessoal poderia levar outros a uma muito mais forte politização e culminar na eventual dissolução da função de controle da doutrina. Podemos ver isto na obra de Otto Koellreutter (1883-1972). [...] Em 1932, mesmo antes de se tornar um membro do partido nazista, ele foi o primeiro professor de direito público a assinar uma proclamação de apoio eleitoral ao NSDAP, o qual ele esperava criar o ‘estado nacional sob o governo do direito’ (*nationaler Rechtsstaat*). Este ativismo precoce foi recompensado, no verão de 1933, com a cadeira de professor em Heidelberg no lugar de Gerhard Anschütz.⁹⁶⁷

965 PAULSON, 1994, p. 347-8.

966 STOLLEIS, 2004, p. 162.

967 *Ibid.*, p. 163.

5.1.2

Revisão judicial e a atuação do judiciário de Weimar

Esta nova prática, que muito se assemelha com a ideia de ponderação, influenciou os debates sobre a constitucionalidade das leis em Weimar. Stolleis aponta três categorias de controle de legalidade: *richterliches Prüfungsrecht* (revisão judicial), *Verwaltungsgerichtbarkeit* (jurisdição administrativa) e *Verfassungsgerichtsbarkeit* (jurisdição constitucional). Esta última seria o controle concentrado de constitucionalidade que, como vimos, inexistia em Weimar. A categoria anterior não é nada além do controle da legalidade dos atos administrativos; ela não revela muitos problemas e era aceita desde os tempos imperiais⁹⁶⁸. Foi a primeira categoria, a revisão judicial, equivalente a um controle difuso de constitucionalidade⁹⁶⁹, que instigou os debates em Weimar. Com a República, não apenas juristas mas, também, o próprio judiciário passa a reivindicar o controle de constitucionalidade difuso:

Os Supremos Tribunais do Reich Alemão responderam rapidamente à questão da revisão judicial. Assim que a constituição foi promulgada, a Suprema Corte de Jurisdição Fiscal (Reichsfinanzhof) determinou que os tribunais eram [...] autorizados e obrigados a “examinar se as leis que devem aplicar foram devidamente e apropriadamente criadas e se elas são constitucionais”. A Suprema Corte [...] seguiu rapidamente o exemplo, declarando em 1921 [...] que “o Reichsgericht [...] autorizou os tribunais a examinarem a legalidade formal e material das leis e dos atos administrativos, desde que tal revisão não seja proibida por lei”. [...] Durante o período de inflação, o Reichsgericht foi ainda mais enfático ao pedir uma revisão da constitucionalidade das leis. Mesmo que esse poder de revisão tenha sido exercido apenas moderadamente, e com pouco impacto, a mudança da revisão judicial a partir de 1919 é extremamente interessante: quando o governo planejou impedir a reavaliação de créditos pecuniários e dívidas hipotecárias, a Associação de Juízes [...] declarou, no Reichsgericht, que tal intervenção provavelmente seria considerada pelo tribunal como uma violação de *boni mores* e da equidade, assim como uma violação dos direitos básicos de propriedade e de igualdade.⁹⁷⁰

Eis o problema da teoria e da prática da revisão judicial em Weimar: ela era uma espécie de *ponderação avant la lettre*, ou melhor, já que a ponderação – ao menos em teoria – propõe um equilíbrio, era mais uma absolutização do direito de propriedade. A essência da prática está, no que vimos anteriormente, que *direitos fundamentais eram fórmulas de valores abertos pelos quais se poderia operar de uma maneira menos restrita*. A Constituição de Weimar não era apenas liberal – seja no sentido amplo ou no sentido estritíssimo de proteção à propriedade:

968 Cf. STOLLEIS, 2003, p. 267.

969 Como Stolleis define, “o direito (ou melhor, o dever) de juízes civis e penais nos tribunais inferiores de examinar a validade formal e às vezes material de leis e ordenações dentro do escopo de um julgamento. Se o resultado do exame for negativo, a lei em questão não se aplica ao caso específico em questão” (*ibid.*, *loc. cit.*).

970 *Ibid.*, p. 272-3.

Ela incluía as liberdades clássicas como de expressão e de consciência, de associação e de reunião e a garantia clássica de propriedade, assim como uma riqueza de direitos sociais básicos, como o direito de todo alemão de ganhar a vida através do trabalho.⁹⁷¹

Em seu artigo 153, continha o seguinte dispositivo: “[a] propriedade será garantida pela Constituição. Sua extensão e restrições serão definidas por lei. [...] A propriedade obriga. Seu uso deve servir simultaneamente ao bem comum”⁹⁷². Podemos considerar até uma má técnica de legislação constitucional, pois o dispositivo não diz o quanto a propriedade é garantida e o quanto ela obriga, mas é um fato que dispõe expressamente que a lei pode tanto proteger como obrigar o uso da propriedade. Se uma lei pretendia impedir a reavaliação de créditos pecuniários e dívidas hipotecárias, o legislativo estava autorizado a isto pela constituição, e esta seria a interpretação não apenas positiva mas formal do dispositivo constitucional; por meio de uma *jurisprudência de valores*, contudo, o judiciário resolveu *ponderar* valores para *absolutizar* os que achava ser mais relevantes e que serviam a interesses conservadores:

Assim, os direitos básicos tornaram-se um sistema de “valores legalizados” – a qualquer custo, segundo Heinrich Triepel. Este sistema tendeu para o antipositivismo e o antiparlamentarismo. [...] A tendência dos juízes de adotar o conceito de revisão judicial a partir de 1920 pode, assim, ser vista no contexto de uma constituição e de um novo sistema parlamentar que não foram totalmente aceitos por eles. As crises da república e a ameaça econômica representada pela inflação levaram o judiciário a resistir ao legislativo. Ao mesmo tempo, a teoria conservadora e antipositivista do direito constitucional transformou os direitos básicos em um “sistema” que tinha que ser respeitado pelo legislativo.⁹⁷³

Esta análise não significa que o controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado, não tenha sua importância quando se quer uma constitucionalização, como vimos anteriormente, principalmente em Kelsen. Se um dispositivo constitucional diz expressamente *não haverá pena de morte*, uma lei que pretenda impor este tipo de sanção é inconstitucional; a constituição não precisa nem estipular sanção, pois esta já está dada – a invalidação da lei. Agora, se a constituição garante e obriga o uso da propriedade, mas sem dispor as consequências, não temos um mandamento expresso, ou melhor, podemos até deduzir uma condicional: a propriedade será garantida *se* servir simultaneamente ao bem comum. Podemos até inferir uma má técnica legislativa constitucional ante o fato da constituição não definir o que seria *bem comum*, o que levaria aos juízes a decidir cada um a sua

971 JACOBSON & SCHLINK, 2000, p. 11.

972 HUCKO, 1987, p. 183.

973 STOLLEIS, 2003, p. 273.

maneira de forma casuística. O artigo 153, porém, também define que a “[e]xpropriação pode ser feita somente em benefício da comunidade e com base na lei. Deverá ser acompanhada de justa compensação, exceto conquanto for estipulado ao contrário por uma lei do Reich”⁹⁷⁴. A meu ver, resta claro que a constituição concede ao legislativo o poder de expropriar – quando for em benefício da comunidade, e aí está o sentido de *bem comum* –, e cabe ao judiciário aceitar, apenas verificando se o fato não está servindo a interesses particulares. Não era assim, contudo, que o Reichsgericht decidia:

Em sua tentativa de se proteger contra elementos democráticos de esquerda nos níveis local, estatal, e federal, o Reichsgericht desenvolveu um amplo entendimento da propriedade como um conjunto de direitos, cuja remoção ou limitação constituiria uma expropriação que exigiria compensação.⁹⁷⁵

Não era, porém, apenas no âmbito da propriedade que o judiciário exibiu sua imparcialidade. Como comenta o historiador de Weimar, Detlev Peukert:

O papel do judiciário fornece-nos um claro exemplo do abismo entre o estado republicano e as elites responsáveis pelo seu funcionamento. A efetiva guerra civil dos anos 1919-23 inspirou constantemente os juizes a darem vereditos explicitamente políticos. Ao sentenciarem por atos de insurreição e violência politicamente motivada, demonstravam, sem ambiguidade, que viam crimes cometidos por razões “patrióticas” como escusáveis ou merecendo punições leves, enquanto réus de esquerda que desafiavam a ordem burguesa recebiam punições draconianas. Com bastante frequência, processos contra a direita antirrepublicana eram retardados ou anulados. Até o líder do *putsch* da cervejaria, Adolf Hitler, recebeu somente uma sentença leve de detenção em uma fortaleza em vez de ser mandado a uma prisão.⁹⁷⁶

Paulson corrobora com esta análise:

Os juizes de Weimar eram inegavelmente um grupo conservador. [...] Eles mantinham-se a um passo de distância do novo estado de Weimar, apoiando o Partido Nacional do Povo Alemão [DNVP] de direita e continuando a apelar para os valores que os marcaram como monarquistas leais. [...] A persuasão política desses juizes reflete-se, não surpreendentemente, em suas decisões. As estatísticas “Gumbel” sobre condenações e sentenças por assassinatos com motivação política nos primeiros anos da República de Weimar contam a história. Elas foram compiladas no início da década de 1920 por Emil Julius Gumbel, *Privatdozent* de estatística da Heidelberg, a pedido de Radbruch, então ministro da Justiça. No período de janeiro de 1919 a junho de 1922, para 354 assassinatos políticos de grupos de direita, houve uma única sentença de prisão perpétua; por 22 assassinatos de grupos de esquerda, houve dez condenações à pena de morte e três à pena de prisão perpétua.⁹⁷⁷

974 HUCKO, 1987, p. 183.

975 CALDWELL, 1997, p. 159.

976 PEUKERT, 1993, p. 222-3.

977 PAULSON, 1994, 353-4. *Privatdozent*, no sistema universitário alemão, é um professor que passou por sua habilitação, mas não possui ainda a cátedra.

E, sobre a leve pena dada a Hitler, ele apresenta as fundamentações:

A acusação de alta traição resultante foi neutralizada por um julgamento em que se afirmou que os réus “foram guiados, em suas ações, por puro patriotismo e pelas mais nobres intenções altruístas”. Hitler recebeu a sentença mínima de cinco anos de prisão, com a promessa – cumprida posteriormente – de liberdade condicional após seis meses. E quanto a uma ordem de deportação, exigida no caso de um estrangeiro condenado por um crime? Hitler (portador de um passaporte austríaco) foi poupado, pois o tribunal era “da opinião de que, de acordo com o espírito da lei e com o seu propósito declarado, ela não pode ser aplicada no caso de um homem cujos pensamentos e sentimentos são tão alemães como no caso de Hitler”.⁹⁷⁸

Parece óbvio que, se por uma interpretação positivista formalista, casos iguais devem receber a mesma punição, os juízes não decidiam desta forma mas, sim, com base em valores que consideravam “socialmente relevantes”; e isto desmonta as teses de Fuller e Dyzenhaus, entre outros, de que o positivismo era o pensamento predominante na prática jurídica:

Abusar das leis e de sua linguagem era típico dos patentemente conservadores tribunais de Weimar; suas práticas desmentem a noção de que o positivismo jurídico estatutário era manifesto nestes tribunais. [...] Argumentei que a implausibilidade da tese da causalidade de Fuller é formidável. A campanha que os juristas de Weimar realizaram em nome da revisão constitucional equivalia, *inter alia*, a uma rejeição direta do positivismo jurídico estatutário; e, embora os tribunais conservadores dissessem que respeitavam a lei, os desvios tanto de sua letra como de sua intenção tornaram-se rotineiros.⁹⁷⁹

É claro que, na perspectiva analítica de Kelsen, o direito era positivo, porque esta é a única opção; a questão passa a ser mais sobre o que ofereceria menos risco de causar danos à ordem jurídico-política: uma interpretação formalista ou a jurisprudência de valores pretendida por Dyzenhaus e seus antecessores? Pelo que vimos, a interpretação formalista, embora não perfeita – pois depende das leis –, teria apresentado menos riscos.

A interpretação antipositivista com base em valores pode servir muito mais como um instrumento para subverter a ordem política, permitir a parcialidade, priorizar alguns valores sobre outros e obliterar o próprio direito. A única solução para isto, na perspectiva dos antipositivistas, é querer que os juízes tenham a mentalidade “correta”. Isto, porém, significa – indo até as últimas consequências desta lógica – que a política e o direito seriam totalmente desnecessários, pois tudo já estaria dado de antemão. Além disto, parece-me ingênuo, como a própria realidade de Weimar revelou: diante de um judiciário, que poderia não ser exatamente nazista, mas era de um conservadorismo antirrepublicano monarquista, esta

978 PAULSON, 1994, p. 354-5.

979 *Ibid.*, p. 355.

livre ponderação de valores serviu mais para corromper a república do que salvá-la. Como afirma Franz Neumann, que vivenciou o período histórico:

É impossível escapar da conclusão que a justiça política é a página mais sombria da história da República Alemã. A arma judiciária foi usada pela reação com uma intensidade contínua e cada vez maior. Além disto, esta acusação se estende a todos os aspectos do judiciário e, particularmente, à mudança no pensamento jurídico e sobre o papel do juiz que culminou no novo princípio de revisão judicial das leis (como um meio de sabotar as reformas sociais). Por meio disto, o poder dos juízes cresceu às expensas do parlamento.⁹⁸⁰

5.1.3

A Constituição, precedentes e a decisão sobre o *Preußenschlag*

O que as seções anteriores demonstram é que o positivismo não era a concepção jurídica predominante em Weimar, tanto para os teóricos quanto – e principalmente – para o judiciário. Também podemos concluir que as ideias antipositivistas, aplicadas na prática da revisão judicial, serviram para minar os avanços sociais – priorizando o valor da propriedade sobre os demais –, além de causar injustiças no âmbito penal com sua parcialidade. Não temos ainda, contudo, a comprovação do quanto isto provocou o fim da República de Weimar.

De antemão, podemos perceber que as ideias antipositivistas estavam ligadas a uma mentalidade antirrepublicana. As tendências políticas dos que propunham o antipositivismo, a ênfase na propriedade e o conservadorismo dos juízes demonstra o pouco compromisso que tinham com o novo regime. Isto colaborou *psicologicamente* para deslegitimar a república, mas também é preciso verificar o quanto isto serviu *juridicamente* para questões diretamente ligadas ao fim do regime de Weimar.

Acredito que isto, em conjunto com os vários fatores que foram minando pouco a pouco o regime, contribuiu para o fim da república, mas não podemos ignorar as falhas da própria Constituição de Weimar. Já vimos o quão problemática era a *fórmula 25-48-53*, que permitia o presidente dissolver o parlamento, indicar o chanceler e governar por decretos. Neste caso, acho que tanto o antipositivismo quanto o positivismo estatutário – com sua total separação dos poderes – tiveram sua responsabilidade para o fim do regime. A solução de Kelsen que não seria sua teoria pura mas um controle de constitucionalidade que testasse a validade das leis sem ponderação seria mais útil. Esta, no entanto, depende de uma boa arquitetura constitucional, o que não havia no caso.

⁹⁸⁰ NEUMANN, 2009, p. 29.

Passarei a analisar os dispositivos da Constituição de Weimar, não apenas os relativos ao caso do *Preußenschlag*, mas também os que podem ter levado ao fim do regime. Abordarei também práticas que, apesar de não estarem na Constituição, acabaram se *constitucionalizando* graças ao seu uso, além dos precedentes que afetaram o caso do *Preußenschlag*.

Primeiramente, no que tange a federação, além da grande desproporção dos entes federativos, como já visto, há o fato destes serem bastante vulneráveis ao governo central, como se pode ver pelos seguintes artigos da Constituição:

Art. 12. Enquanto e na medida em que o Reich [governo federal] não faça uso de seus direitos legislativos, os Estados mantêm o direito de legislar. Isto não se aplica ao poder legislativo exclusivo do Reich. [...]

Art. 13. Lei federal prevalece sobre a lei dos Estados.

Se houver dúvidas ou desacordos sobre a compatibilidade de uma disposição legal estadual com a legislação federal, o Reich ou as autoridades competentes de um Estado podem solicitar, conforme disposto em uma lei do Reich, que uma Corte Suprema do Reich decida sobre o assunto.

Art. 14. As leis federais são executadas pelas autoridades dos Estados, na medida em que as leis federais não determinem o contrário.

Art. 15. O governo do Reich exerce supervisão nos assuntos que tem o direito de legislar.

Na medida em que uma lei federal deva ser executada pelas autoridades estaduais, o Governo do Reich pode emitir instruções gerais. Ele tem o poder de enviar delegados para supervisionar a implementação das leis federais pelas autoridades centrais dos Estados e, com o seu consentimento, para as autoridades inferiores.

Os governos estaduais são obrigados, a pedido do governo do Reich, a eliminar as deficiências que surgirem na execução das leis federais. Em caso de desacordo, Ambos os Governo do Reich e do Estado podem recorrer a uma decisão do Staatsgerichtshof, salvo determinação em contrário de uma lei federal.⁹⁸¹

Como se pode ver, a competência legislativa dos estados era residual e concorrente, podendo ser totalmente suprimida por lei federal. Além disto, a competência administrativa também poderia ser bastante limitada pelo poder do governo federal de emitir instruções e supervisionar a execução das leis. Isto se uma lei federal não determinasse o contrário, pois, como podemos ver no artigo 14, a execução poderia ficar a cargo do governo federal. Qualquer desacordo seria também julgado por um tribunal federal, regido por leis federais, e cuja jurisdição também poderia ser afastada, como determina o artigo 15. Somado a tudo isto, há ainda o parágrafo primeiro do artigo 48, já visto, mas o repito aqui, que dizia que, “[n]a ocasião de um Estado não cumprir com os deveres lhe impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode fazer uso das Forças Armadas para compeli-lo a cumpri-los”⁹⁸².

981 HUCKO, 1987, p. 152-3.

982 *Ibid.*, p. 160.

Podemos ver que a estrutura federal da República de Weimar já estava *pendurada por um fio* desde sua criação. Não foi o *Preußenschlag* que sepultou esta estrutura, pois ela já se encontrava ameaçada pela própria Constituição. Ao contrário, como vimos, muitos defensores da República comemoraram a decisão em razão dela, de certa forma, limitar os poderes excepcionais do presidente, e o resíduo de autonomia estadual que sobrou – o que foi considerado uma *vitória pírrica* – pode ser atribuído à própria arquitetura constitucional. Do mesmo modo que poderes delegados por um monarca absoluto estão sempre à mercê deste, na federação de Weimar, os estados estavam sempre à mercê do governo federal. É claro que um monarca absoluto poderia realizar esta centralização de modo muito mais fácil que um parlamento, mas a menor probabilidade não diminui a possibilidade; qualquer parlamento com bastante estabilidade, coesão majoritária e suficientemente determinação poderia realizar esta centralização pelas vias legais⁹⁸³.

Fato mais complicado e menos claro é a utilização da *fórmula 25-48-53*. O artigo 48 deixava claro que o presidente deveria informar imediatamente o parlamento sobre as medidas tomadas, e que este poderia anulá-las. No caso de não haver parlamento, dissolvido por meio do artigo 25, não parece nada óbvio que o presidente pudesse exercer seu direito de intervenção. Por meio de uma leitura literal, podemos ter um paradoxo – um *buraco jurídico cinzento* –, mas por meio de

983 Uma aplicação concreta de tudo que foi dito sobre a federação de Weimar é encontrada na questão da autonomia financeira dos estados. Mattern, escrevendo em 1928 – muito antes do conflito do *Preußenschlag* –, afirma que: “[a] lei fiscal nacional aprovada pelo Reichstag em 30 de Março de 1920, ainda permite aos estados e comunas o direito de cobrar impostos de acordo com lei estadual, mas apenas na medida em que este direito não entre conflito com as disposições da constituição e legislação nacionais. O artigo 2º [...] proíbe expressamente o aumento dos impostos nacionais pelos estados ou comunas sem a autorização por lei nacional. [...] Mais importante ainda, o artigo 5º determina que novos regulamentos estaduais para a cobrança de impostos pelas comunas devem, antes da sua promulgação, ser submetidos ao Ministro Nacional de Finanças e, conforme o artigo 6º, em caso de um desacordo entre as autoridades nacional e estaduais, recorra ao Reichsfinanzhof [Supremo Tribunal de Finanças], cuja decisão é obrigatória para os Estados. [...] Além do ressentimento de Baviera e Württemberg pela perda do controle das ferrovias, é o desaparecimento quase total da autonomia local na esfera das finanças públicas que é o principal responsável pela demanda por uma revisão da Constituição Nacional em favor de uma maior descentralização [...]. No entanto, [...] parece haver pouca esperança de qualquer mudança em direção à descentralização do sistema de transporte ou do sistema financeiro nacional. As ambições dos estados por uma autorrealização ou autoexpressão locais devem, ao menos por enquanto, voltar-se às esferas de legítimas especializações culturais e sociais e não à busca de aspirações políticas e particularidades de governo. [...] Em sua discussão sobre a Constituição Republicana do Reich e as constituições dos estados, [Walter] Jellinek admite que os estados perderam importância no mesmo grau em que o Reich a conquistou. Os estados, ele aponta, ainda possuem, em princípio, o poder legislativo pleno, mas não lhes resta quase nenhuma área importante para o exercício deste poder. Com a iminente remoção do imposto de renda da competência dos estados, eles serão privados de seu meio mais importante de independência (*Selbständigkeit*) em relação ao Reich” (MATTERN, 1928, p. 339-42).

uma leitura mais lógica, não. Mesmo por uma leitura formal, o dever de informação do presidente ao parlamento deve ser entendido como uma *conditio sine qua non* o presidente poderia utilizar seu poder de intervenção; e esta leitura também é lógica, pois utilizar os poderes do artigo 48 sem o parlamento significaria, como bem apontou Kelsen, que teríamos duas constituições em uma – a normal e a do artigo 48 –, e que esta sobrepor-se-ia completamente à constituição regular. Como não me parece lógico que um órgão tenha mais poderes que aquele que lhe concede, penso ser absurda a maneira pela qual o artigo 48 foi utilizado.

Diante da utilização do artigo 48 sem haver um parlamento, penso que o Staatsgerichtshof teria duas opções: a primeira seria considerar o decreto ou qualquer ato decorrente da utilização do artigo como nulo; ou, como o artigo 35, parágrafo segundo, da Constituição determinava que “[o] Reichstag [...] nomeia uma comissão permanente com o propósito de salvaguardar os direitos da representação popular perante o Governo do Reich durante os períodos que não estiver em sessão e após o término de um mandato parlamentar”⁹⁸⁴, a segunda opção seria determinar que tal comissão tivesse o poder de anular os atos de emergência, nos termos do artigo 48, parágrafo terceiro. Tal expediente, inclusive, poderia ser de iniciativa da própria comissão, que anularia os atos e deixaria a cargo do presidente a opção de recorrer ao Staatsgerichtshof. Não há notícias de qualquer deliberação para utilizar tal recurso, e, como se tratava de um litígio e não de uma ação de inconstitucionalidade, o pedido também não foi feito.

Houve também uma ampliação no sentido do artigo 48 e na sua utilização:

[O] artigo 48, parágrafo segundo, foi interpretado pelo governo federal de modo a autorizar o presidente não apenas a tomar medidas para a restauração formal ou a preservação da ordem pública, [...] mas a emitir decretos de emergência no sentido geral do termo, isto é, decretos contendo nova legislação, [...] o que implicava discricionariedade no uso de seus dispositivos.⁹⁸⁵

Boa parte dos decretos que foram emitidos, desde os primórdios da república, com base no artigo 48, parágrafo segundo, tratou de questões econômicas, mas ele também foi utilizado para outras questões que não fossem de segurança pública em sentido estrito⁹⁸⁶. É claro que questões econômicas não foram o fundamento para o

984 HUCKO, 1987, p. 157.

985 MATTERN, 1928, p. 486.

986 “Antecipando a aprovação da Lei de Habilitação de 13 de outubro de 1923, o presidente [Friedrich Ebert], alguns dias antes da aprovação da lei pelo Reichstag, emitiu, com referência específica ao artigo 48, parágrafo segundo, um número de decretos de emergência contendo lei material para a regulação de pagamentos, cobrança de impostos e outras questões financeiras. Outro decreto deste tipo, contendo reformas tributárias, foi emitido sob a autoridade do útil artigo 48 em

decreto do *Preußenschlag*, mas a utilização do artigo 48 para tais fins serviu para criar precedentes de que tal dispositivo poderia ser utilizado para legislar quando o parlamento estivesse paralisado ou dissolvido. Embora a República de Weimar fosse caracterizada como um regime parlamentarista, se formos analisar tanto a sua constituição quanto o que era realizado na prática, seu presidente possuía mais poderes do que um regime presidencialista convencional, pois podia governar quase que de forma absoluta, sem o controle de um congresso. Como comenta Mommsen:

A posição do presidente do Reich assemelhava-se tanto à de um monarca constitucional que chegaram a utilizar o termo *Ersatzkaisertum* para descrevê-la. Na verdade, no entanto, o presidente era muito mais do que isto, pois, ao lado do chanceler, ele era a suprema autoridade durante qualquer estado de emergência potencial. O caminho em direção ao desastre de 1933, que começou na fase dos gabinetes presidenciais, teve suas origens legais em uma extensão indevida dos poderes excepcionais concedidos ao presidente sob o Artigo 48 da Constituição de Weimar. Estes poderes foram exercidos pela primeira vez pela presidência de Ebert durante a crise de 1923. Naquela época, muitos assuntos sujeitos à legislação normal eram tratados por decretos juridicamente vinculantes, embora, sob uma perspectiva puramente formal, o Reichstag ainda fosse capaz de agir. Muito mais significativas, no entanto, foram as consequências políticas e psicológicas negativas que resultaram do recurso a poderes presidenciais especiais: mesmo com o chanceler ainda possuindo a responsabilidade política final em virtude de seu direito de assinar qualquer decreto presidencial, a percepção de que, em um estado de crise, tais poderes recairiam unicamente no presidente era algo que poderia facilmente ocorrer. Isto foi precisamente o que Carl Schmitt, o cientista político “decisionista” mais proeminente da República de Weimar, tinha em mente quando disse que o soberano era o “mestre do estado de exceção”. No mínimo, esta disposição encorajou a noção de que não havia mal nenhum em depender da autoridade presidencial sempre que os partidos fossem incapazes de chegar a um compromisso sobre questões governamentais importantes.⁹⁸⁷

A interpretação de que o presidente poderia legislar por meio do artigo 48, inclusive, é controversa. É claro que o dispositivo que afirma que ele *pode tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem* é mal escrito e pode suscitar debates hermenêuticos, mas é óbvio que ele deve ser lido em conjunto com toda a estrutura da constituição e não interpretado isoladamente. O próprio artigo diz, em seguida, que, para isto, ele apenas pode intervir com o apoio das forças

novembro de 1924. [...] Em dezembro de 1924, o parágrafo segundo do artigo 48 foi utilizado para ratificar por decreto tratados comerciais com a Áustria e a Suíça e, o que provavelmente constitui sua utilização mais abrangente, para afastar uma decisão da Corte de Apelações relativa a uma questão decorrente do restabelecimento de dívidas privadas. Outros decretos deste tipo foram utilizados para: a criação de tribunais especiais; a fixação de preços, especialmente na indústria do carvão; a criação do Rentenmark; o estabelecimento de pensões para enfermos; a proteção da telegrafia sem fio; a inibição do fechamento de indústrias essenciais, de greves nas ferrovias, de especulação em moeda estrangeira, da venda de marcos alemães para o exterior, da fuga de capital e assuntos semelhantes” (MATTERN, 1928, p. 486-8).

987 MOMMSEN, 1996, p. 57. *Ersatz* é um termo alemão utilizado para designar substituições, geralmente, de qualidade inferior: *Erzatzkaisertum* seria, literalmente, *império substituto*. O sufixo *tum* é cognato ao inglês *-dom*, como em *kingdom*.

armadas e suspender temporariamente uma lista estrita de direitos fundamentais; não há nenhuma menção sobre legislação de emergência, assim como não há nada sobre *intervenção*, no sentido de tomar o lugar do governo. O verbo utilizado no artigo é *einschreiten*, que possui mais o significado de *agir vigorosamente contra algo ou alguém*, diferentemente do termo mais técnico *intervenieren*, e, além disto, é utilizado com relação ao uso das forças armadas⁹⁸⁸.

Quanto ao uso de decretos como legislação de emergência, Mattern observa que, na doutrina alemã sobre atos administrativos, com base na dupla dicotomia de leis formais e materiais e atos administrativos formais e materiais, estes eram divididos em dois grupos:

1. Atos administrativos materiais ou próprios; 2. Atos administrativos formais que contêm lei material, isto é, atos administrativos legislativos ou colegislativos. Ou, utilizando os termos em alemão, distinguimos entre (1) *Verwaltungsverordnungen* [literalmente, *ordenações de administração*, equivalente a *atos ordinatórios*] (2) *Rechtsverordnungen* [*ordenações de direito* ou *atos normativos*].⁹⁸⁹

Os primeiros “são atos administrativos regulando as instituições e a atividade do estado dentro dos limites do direito existente”⁹⁹⁰; suas subdivisões não nos interessam. Citando Anschütz, ele afirma que:

A segunda categoria, *Rechtsverordnungen*, ele descreve como os “atos administrativos dirigidos aos sujeitos como comandos e restrições, afetando o *status* jurídico de sua liberdade e sua propriedade”. Estes atos administrativos podem ser emitidos “somente por meio de delegação legislativa” que “pode ser efetuada por provisão constitucional ou legislação ordinária”.⁹⁹¹

Há uma subdivisão de tipos, dos quais, dois nos interessam: *Notverordnungen* (*decretos de emergência*); e *Ausführungsverordnungen* (*decretos de execução*)⁹⁹². Sobre este último, desde os tempos do Império, foi travada uma discussão sobre se estaria implícito na constituição que o executivo poderia emitir

988 Cf. DROSDOWSKI 1989, p. 410 e 775. Para maior comodidade, repito aqui o trecho pertinente do § 2º do art. 48: “Quando a segurança e a ordem públicas forem seriamente perturbadas ou ameaçadas no Reich Alemão, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, intervindo, se necessário, com o apoio das forças armadas” (HUCKO, 1987, 160); no original, em alemão: “Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten” (ALEMANHA, 1919, p. 1392).

989 MATTERN, 1928, p. 471.

990 *Ibid.*, loc. cit.. Prossegue: “concernem à organização interna do governo, criam relações de obediência de natureza puramente oficial (*dienstlich*) entre os altos e baixos escalões dos órgãos públicos e não infringem a liberdade e a propriedade dos indivíduos” (*ibid.*, p. 471-2).

991 *Ibid.*, p. 472.

992 Cf. MATTERN, 1928, p. 472. A outra categoria, *Polizeiverordnungen* (*decretos de polícia*), ele aponta como sendo assunto dos estados e não do governo central, de modo que não nos interessa para a discussão (cf. *ibid.*, p. 473).

decretos normativos ou se apenas poderia emití-los quando fosse expresso em lei, estando normalmente restrito a atos administrativos ordinatórios, sendo a primeira posição de Adolf Arndt e a segunda de Paul Laband⁹⁹³. Embora, no Império, a doutrina de Arndt tenha prevalecido⁹⁹⁴, a partir da República, contrariando o governo de transição, “[o] *Verfassungsausschuss* [assembleia constituinte] aceitou uma resolução restringindo o poder de emitir ordenações do governo a atos administrativos próprios [*Verwaltungsordnungen*]”⁹⁹⁵. O texto final do artigo da Constituição que tratava do assunto terminou com esta redação:

Artigo 77. Exceto quando a lei especificar o contrário, o governo emitirá regulamentações administrativas [*allgemeinen Verwaltungsvorschriften*]. Elas requererão o consentimento do Reichsrat quando a execução das leis federais for de responsabilidade das autoridades dos estados.⁹⁹⁶

Novamente, seguiram-se os debates. Contudo:

Parece ser seguro afirmar [...] que, neste caso, Arndt e seus seguidores estão em menor número comparado com aqueles que defendem a interpretação oposta e mais restrita. Baseando sua opinião nos antecedentes históricos do artigo 77, Anschütz, por exemplo, afirma que a interpretação prevalecente durante o Império – a visão de Arndt e sua escola – não pode mais ser aceita sob a Constituição republicana. “As ordenações emitidas conforme o artigo 77”, afirma ele, “devem permanecer dentro da categoria de ordenações puramente administrativas”; elas devem, em outras palavras, “ser instruções aos funcionários públicos e não normas jurídicas que vinculem os cidadãos”. Regulamentos administrativos gerais, sustenta Poetzsch, não são *Rechtsverordnungen*. O direito de emitir *Rechtsverordnungen* deve ser concedido pelo Parlamento a cada caso individual. A prática do governo nacional republicano parece apoiar esta interpretação mais restrita.⁹⁹⁷

Sendo assim, se o governo estava impossibilitado de emitir decretos normativos até para complementar lei já existente, parece-me completamente absurdo utilizar o artigo não apenas para este fim, mas para criar lei nova. Deste modo, se, por um lado, poderia ser impossível utilizar-se apenas de atos administrativos ordinatórios para os fins do artigo 48, qualquer ato normativo deveria ater-se a uma legalidade estrita, isto é, não ir além do que determinava o dispositivo constitucional, que era a suspensão de um catálogo estrito de direitos individuais, e, ainda assim, temporariamente. Com isto, não quero dizer que tal poder, por si só, não possa ser problemático e passível de abusos, mas que uma interpretação restritiva – atenta ao princípio da estrita legalidade – poderia evitar problemas maiores do que os que já seriam possíveis com tal interpretação.

993 Cf. *ibid.*, p. 476.

994 Cf. *ibid.*, p. 478-9.

995 Cf. *ibid.*, p. 480.

996 HUCKO, 1987, p. 166.

997 MATTERN, 1928, p. 482.

Tais abusos, porém, foram recorrentes desde os primórdios da República de Weimar, tanto na esfera da criação de normas⁹⁹⁸ quanto na da intervenção em governos estatais, como ocorreram na Saxônia e na Turíngia⁹⁹⁹. Na ocasião, inclusive, “Gustav Radbruch apontou que não havia provisão constitucional para a remoção de um ministro-presidente de um estado pelo governo central, mas seus parceiros de coalizão não concordaram”¹⁰⁰⁰. Ou seja, os próprios social-democratas acabaram *cavando suas próprias sepulturas*, criando o precedente que os tiraria do poder mais tarde. Dyzenhaus, no entanto, coloca toda a culpa no *Preußenschlag* e seu julgamento, não levando em conta que isto foi apenas mais um caso de uma série de abusos constitucionais. Para ele:

Entre 1918 e 1925, Ebert recorreu com frequência ao artigo 48 para reprimir rebeliões da extrema direita e da extrema esquerda, além de, e com muito mais frequência, utilizá-lo para lidar com problemas econômicos, fiscais e sociais. Pode-se, portanto, pensar que ele preparou o terreno para a prática iniciada por Brüning com relação ao artigo 48. Há, contudo, uma diferença crucial: apesar de o Reichstag ter acatado suas ações, em detrimento de seu poder legislativo, não havia dúvidas de que tudo o que Ebert fez foi para, sob condições econômicas, sociais e políticas muito difíceis, proporcionar um período de estabilidade no qual a democracia pudesse criar suas raízes. De fato, ele preferia recorrer ao Reichstag para que promulgasse uma lei de habilitação, a qual, por um período limitado, desse-lhe a autoridade, sujeita ao veto parlamentar, para legislar por decreto sobre alguma questão específica.¹⁰⁰¹

5.1.4

As leis de habilitação e o fim da República de Weimar

Estas *leis de habilitação* – que, em alemão, *Ermächtigungsgesetzes*, significa literalmente isto, mas, em atenção à etimologia da palavra que contém a raiz *Macht* (*poder*), podemos também traduzir como *lei de delegação de poderes* – foram, sim, em conjunto com o uso do artigo 48, um enorme precedente para a criação do III Reich. Neumann aponta, com clareza, os três pilares da queda da República de Weimar no que concerne o âmbito político-jurídico:

Seria errado supor que o declínio do poder legislativo parlamentar tenha sido apenas um resultado do último período pré-fascista da República Alemã, de 1930 a 1933. O Reichstag nunca se esforçou muito para manter seu poder legislativo exclusivo. Desde o início da República, três tipos concorrentes de legislação desenvolveram-se lado a lado. Já em 1919, o Reichstag abandonou voluntariamente sua supremacia no campo legislativo aprovando uma lei de habilitação que concedia

998 “Poetzsch dá uma lista de 135 decretos de emergência que foram emitidos desde o tempo da promulgação da constituição até o final de janeiro de 1925” (MATTERN, 1928, p. 485).

999 “A liderança do Reichswehr [...] utilizou-se do estado de emergência para intervir contra os governos estaduais da Saxônia e da Turíngia” (MOMMSEN, 1996, p. 151).

1000 *Ibid.*, loc. cit..

1001 DYZENHAUS, 1999, p. 29.

extensas delegações de poder ao gabinete [...]. Medidas semelhantes foram promulgadas em 1920, 1921, 1923 e 1926. [...] Nos cinco anos de 1920 a 1924, foram emitidos 450 decretos ministeriais, comparados com 700 leis parlamentares. O poder legislativo do gabinete teve assim seu início praticamente com o nascimento do sistema parlamentar alemão.

O segundo índice de declínio parlamentar encontra-se no caráter destas próprias leis. A complexidade do arranjo legislativo levou o Reichstag a estabelecer apenas princípios vagos e a conceder ao gabinete o poder de aplicação e execução.

A terceira e última etapa foi o decreto presidencial de emergência, baseado no artigo 48 da constituição. Embora o Reichstag tivesse o direito constitucional de revogar tal legislação de emergência, isto era pouco eficaz, uma vez que o direito era mais aparente do que real. Uma vez que tais medidas são promulgadas, elas afetam profundamente a vida social e econômica; e, embora o parlamento pudesse não encontrar dificuldades para suspender um decreto de emergência, [...] ele não poderia aprovar facilmente uma medida substituta.¹⁰⁰²

As *leis de habilitação* delegavam poder legislativo ao gabinete ministerial ou, por meio deste, ao presidente; e não é verdade que sempre continham limitação material e controle parlamentar. Examinando apenas tais leis que foram promulgadas após a vigência da Constituição, uma delas, de 13 de outubro de 1923, possuía limitação material, mas, “dentro da esfera destes assuntos, [...] poderia emitir decretos ‘que desviassem dos direitos fundamentais da Constituição’”¹⁰⁰³; sobre outro, de 8 de dezembro do mesmo ano:

A nova lei não concedia nenhuma autoridade para mudar o direito constitucional. Por outro lado, não continha nenhuma limitação em relação ao assunto sujeito a legislação por decretos ministeriais ou do Gabinete. Como condição ao apoio desta [...] lei, os socialistas demandaram a inserção de uma provisão que determinava que, antes de sua promulgação, todos os decretos deveriam ser submetidos a um comitê parlamentar de quinze membros. No entanto, como este comitê não tinha poder de veto sobre os decretos apresentados, a restrição envolvida nesta provisão era de pouca preocupação para o governo.¹⁰⁰⁴

Como Mattern comenta, “[a] opinião pública foi obviamente dividida sobre o significado daquilo que, em muitos lugares, foi chamado de autossupressão do Reichstag”¹⁰⁰⁵; e a constitucionalidade de tais leis é igualmente controversa. Por meio de legislação ordinária, elas seriam patentemente inconstitucionais, mas todas foram promulgadas pelo processo de emenda constitucional¹⁰⁰⁶; e a Constituição de Weimar não continha nenhuma cláusula pétrea, o que pode ser considerado uma falha em sua arquitetura. Seu artigo que dispunha sobre emendas constitucionais, na primeira parte de seu parágrafo primeiro, dizia apenas que:

1002 NEUMANN, 2009, p. 25-6. Também sobre a usurpação do poder legislativo pelo executivo, cf. MOMMSEN, 1996, p. 169 e 182.

1003 MATTERN, 1928, p. 501.

1004 *Ibid.*, p. 501-2.

1005 *Ibid.*, p. 502.

1006 *Ibid.*, p. 494.

Artigo 76. A Constituição pode ser emendada por legislação. Entretanto, as decisões do Reichstag de alterar a Constituição só se tornam válidas se, pelo menos, dois terços dos membros estiverem presentes e, pelo menos, dois terços dos membros presentes votarem a favor da emenda.¹⁰⁰⁷

Por outro lado, ainda que seja precário por não estar escrito, é possível conceber que tal recurso viola a constituição nos seguintes termos hobbesianos: como a constituição, em seu artigo primeiro, dispõe que “[o] Reich alemão é uma república [, e o] poder do estado deriva do povo”¹⁰⁰⁸, podemos considerar este como o soberano e o parlamento como um poder delegado. Deste modo, tal órgão não poderia subdelegar seu poder sem o consentimento do soberano. Contrariamente a isto, porém, poderíamos ter o argumento de que o soberano delegou ao parlamento o poder de alterar a constituição como quiser, contanto que siga o procedimento definido. Mas se ele pode alterar a constituição *o soberano estaria dormindo ou teria abdicado completamente de seu poder?*

Acho forçoso considerar que o soberano teria abdicado de seu poder, visto que não havia teoria da soberania parlamentar na Alemanha, e, assim, pela estrutura da Constituição de Weimar, nenhum órgão tinha a soberania plena. Em razão disto, como poder delegado, o Reichstag não poderia fazer mais do que a lei permite – legalidade estrita –, e a destruição da constituição deve ser subentendido como algo não permitido – estaríamos de volta ao *estado de natureza*. No máximo, seria concebível que fosse possível uma delegação legislativa temporária, com poder de veto do Reichstag e restrição material, mas estes limites foram sendo minados a cada lei subsequente, culminando na que criou o III Reich, que encontrou seus precedentes nas anteriores.

A meu ver, tal lei foi patentemente inconstitucional por violar a lógica da soberania popular. Na prática, porém, isto não seria resolvido desta forma, e cairíamos em uma discussão retórica na qual os interesses das partes acabariam sobressaindo-se a esta lógica; o que, mais uma vez, prova que a Constituição de Weimar continha imensas falhas, e que tais questões de poder devem ser expressamente positivadas em lei para que tais discussões, ainda que não possam ser evitadas

1007 HUCKO, 1987, p. 166. O restante do artigo dispõe que: “[d]ecisões do Reichsrat sobre emendas constitucionais também requerem dois terços dos votos. Se for requerida por iniciativa popular, uma emenda constitucional deve ser decidida por referendo. A maioria dos eleitores habilitados é necessária para que a emenda seja aprovada. Se o Reichstag, contrariando objeção do Reichsrat, aprovar uma emenda constitucional, o presidente pode decidir não promulgá-la se o Reichsrat exigir um referendo dentro de duas semanas” (*ibid.*, *loc. cit.*).

1008 *Ibid.*, p. 149.

completamente, sejam minimizadas o máximo possível. De qualquer forma, como também comenta Mattern:

A opinião jurídica sobre a constitucionalidade de legislação de emergência ou de Gabinete por meio de leis de habilitação pode ser resumida de tal forma: ainda que este processo preserve o decoro de um aparente processo legal, não obstante, ele viola o espírito, ou melhor, a intenção dos autores da constituição.¹⁰⁰⁹

Curiosamente, uma das mais potentes críticas ao uso das leis de habilitação veio de Carl Bilfinger, que não era um republicano, atuou com Schmitt no caso do *Preußenschlag* e, assim como ele, acabou filiando-se ao NSDAP após a tomada de Hitler pelo poder, embora não fizesse parte do movimento antes disto¹⁰¹⁰. Independentemente de seu caráter e suas intenções, o que importa são os argumentos de sua crítica, ainda mais quando parecem ser uma profecia dos meios que Hitler utilizou para consolidar seu poder. Ele também apresenta um conceito bastante relevante, que se assemelha à ideia de *buracos jurídicos cinzentos* de Dyzenhaus: o que chamarei de *circunvenção constitucional* (*Verfassungsumgehung*)¹⁰¹¹. A diferença é que, ao contrário daqueles que utilizam brechas já existentes na legislação ou na constituição, esta cria tais buracos ao mesmo tempo em que age como se a legalidade estivesse sendo mantida:

A crítica ao processo de “legislação simplificada”, assim como à questão da admissibilidade e das limitações de um decreto normativo [*Rechtsverordnung*] em geral, é baseada na atual concepção prevalente de que, ao fazer o direito, o estado necessita, por razões de princípio, seguir os procedimentos legislativos formais, e o poder autônomo de emitir decretos normativos não existe. Diante do artigo 68 da Constituição, somente seria possível a transferência do poder legislativo para o governo se a Constituição sofresse uma total revisão; mas não por meio das chamadas leis de habilitação. Pressupondo que o Reichstag retenha seu poder legislativo, a lei de habilitação pode apenas delegar temporariamente o exercício deste poder. A intenção de fazer mais do que isto significaria, tanto do ponto de vista formal quanto material, uma violação da Constituição [*Verfassungswidrigkeit*] ou uma circunvenção da Constituição [*Verfassungsumgehung*]. A concessão de uma delegação de caráter universal ou ilimitada com relação ao tempo, ou, como disse

1009 MATTERN, 1928, p. 503.

1010 “Já em Weimar, ele não demonstrou ser um amigo da República, representando o governo federal no Staatsgerichtshof de Leipzig, junto a Carl Schmitt, no processo *Prússia contra Reich* [...]. Após a tomada do poder pelos nacional-socialistas, Bilfinger filiou-se ao NSDAP em 1º de maio de 1933, logo antes do partido suspender novas inscrições. Em razão disto, ele fez parte do grupo que era referido ironicamente como as ‘baixas de março’ [*Märzgefallene*] pela velha guarda [do partido nazista; *alte Kämpfer*, literalmente, *velhos combatentes*] e que era criticado, dentro do partido em razão da atitude oportunista” (LANGE, 2014, 705).

1011 Utilizo este neologismo, mas que não é tão novo assim, já que existe o termo *circumventio* em latim, pois o termo alemão *Umgehung* tem como base o substantivo *Gehung*, proveniente do verbo *gehen*, que significa *ir*, e o sufixo *um*, que significa, neste caso, *rodear*. O verbo *umgehen* pode ser traduzido para o português como *rodear*, *circular*, *contornar* e, também, *ignorar*, *evitar*; não há, porém, um substantivo que tenha a mesma força que o autor quis dar ao original em alemão. Em inglês, entre outras traduções, temos o termo *bypass*, de modo que *Verfassungsumgehung* seria *constitutional bypass*.

Triepel, “a tendência de reconhecer aquilo que supostamente seria uma exceção temporária como uma norma de duração indefinida”, seria uma circunvenção e, no caso de reconhecer e aceitar este ato ilegítimo como gerador de direito, uma mutação constitucional em grande estilo [*Verfassungswandlung großen Stiles*], ou seja, um golpe de estado [*Staatsstreich*]. Pode-se dizer que isto é uma circunvenção, pois o método utilizado – a utilização de leis de habilitação – pretende manter a aparência de uma não violação do direito constitucional escrito, tal como é evidenciado pelo instrumento [a lei de habilitação].

É verdade que esta combinação, até aqui, não passou de certas tentativas incipientes, mas mesmo a prática de leis de habilitação individualizadas, que contêm delegações universais, tais como as de 13 de outubro e 8 de dezembro, é uma circunvenção constitucional. Estas leis significam, do ponto de vista de seus conteúdos, um programa, um sistema de circunvenção, já que o procedimento legislativo ordinário é excluído antecipadamente por uma série indefinida de normas jurídicas que [...] requeria promulgação pelo procedimento legislativo ordinário; e, já que toma o lugar deste processo, a circunvenção é legalizada por uma violação geral da Constituição. Um fator agravante encontra-se ainda no fato de que isto constitui um desvio da intenção dos criadores da Constituição, que não desejaram introduzir um poder geral de emitir decretos de emergência na mesma em razão dos riscos de abuso deste poder [...].¹⁰¹²

A profecia de Bilfinger realizou-se, pois, se podemos considerar os gabinetes presidenciais como o início do fim¹⁰¹³, o golpe fatal foi o decreto de emergência, com base no artigo 48, em resposta ao incêndio do Reichstag, em 28 de fevereiro de 1933, conjugado com a lei de habilitação de 23 de março do mesmo ano, que concedeu plenos poderes legislativos ao gabinete ministerial – na verdade, Hitler –, eliminando completamente o controle parlamentar¹⁰¹⁴.

1012 BILFINGER, 1926, p. 184-5. As intenções de Bilfinger revelam-se, quando, após a crítica das leis de habilitação, ele defende, com argumentos quase schmittianos, o uso do artigo 48 por estar previsto na Constituição: “[a] questão de saber se o Presidente adequou-se aos poderes discricionários com relação às condições substantivas do Artigo 48, parágrafo segundo, não é juridicamente arguível, e, certamente, os ‘decretos de emergência’ emitidos nos termos do Artigo 48, parágrafo 2º, devem ser considerados constitucionais. Poder-se-ia dizer também que, pela qualidade da ditadura *política* do presidente do Reich, neste aspecto, a constitucionalidade de suas medidas não pode ser questionada: o ponto de vista formal sobressai-se aqui, de modo que o desvio da ditadura como tal parece legalmente permissível” (*ibid.*, p. 186). Além do tom semelhante a Schmitt, a incoerência parece também ter sido uma influência. De fato, o art. 48 estava previsto na Constituição, mas a ampliação de seu uso não, como visto anteriormente. Inclusive, os seus próprios argumentos utilizados contra as leis de habilitação podem também ser utilizados contra este uso extensivo do art. 48.

1013 Cf. PEUKERT, 1993, p. 5. Evans afirma que: “[n]a segunda metade de 1932, um regime militar de alguma espécie era a única alternativa viável a uma ditadura nazista. O desvio da democracia parlamentar para um estado autoritário, governado sem a participação plena e igual dos partidos ou do legislativo, já começara sob Brüning; foi tremenda e deliberadamente acelerada por Papen; e, depois dele, não havia mais volta” (EVANS, 2005a, p. 442).

1014 Após isto, houve outros desenvolvimentos, mas os principais instrumentos para o estabelecimento da ditadura nazista já haviam sido conquistados (o cargo de chanceler) ou instituídos (o estado de exceção). Peukert acrescenta “a fusão dos postos de Chanceler do Reich e Presidente do Reich na pessoa do ‘Führer’ em 2 de agosto de 1934” (PEUKERT, 1993, p. 5).

5.2

A fantasmagoria nazista

Antes de prosseguirmos com os desenvolvimentos da tomada do poder por Hitler – a chamada *Machtergreifung*, que significa literalmente isto –, é fundamental para os objetivos deste trabalho que seja analisada a fantasmagoria nazista. Isto, pois, a ideia de *niilismo* é frequentemente associada não só ao nazismo mas, também, a todo fascismo genérico. Um dos primeiros a sustentar esta ideia foi Hermann Rauschning, que escreveu a obra *A revolução do niilismo: um aviso para o Ocidente*. Ele mesmo era um ex-nazista foragido na Inglaterra, e, por isto, sua ideia ganhou crédito:

Aqueles de nós que foram responsáveis pelo que ainda é constantemente celebrado como o “renascimento da nação” têm o dever de protestar contra a maior traição que talvez já tenha sido cometida em toda a história. [...] Pela mesma razão que reconhecemos os valores eternos da nação e de uma ordem política enraizada nela, somos obrigados a nos voltar contra essa revolução, cujo curso subversivo envolve a destruição total de todos os padrões espirituais tradicionais: o total niilismo.¹⁰¹⁵

Ele foi brevemente presidente do senado de Danzig (atual Gdańsk, na Polônia) e dizia-se um membro do movimento *conservador revolucionário*, no sentido da “revolta monárquico-cristã do pré-Guerra que, durante o período de Weimar, fez um pacto diabólico com Hitler”¹⁰¹⁶, da qual já falei brevemente no capítulo três desta tese. O objetivo, com esta observação, não é exonerar Rauschning – embora todos tenham o direito ao arrependimento e à recuperação, cumprindo às sanções pelos seus crimes quando for o caso –, mas chamar a atenção para o seu discurso sobre *valores e padrões espirituais tradicionais*. Do lado conservador, esta associação do nazismo com o niilismo procura sempre enfatizar esta *falta de moral* ou, até, um *esquecimento de Deus*.

A *falta de tradição* é um tema recorrente. Hannah Arendt, por exemplo, embora não seja exatamente uma conservadora, analisa assim o nazismo:

Ideologicamente falando, o nazismo começa sem nenhuma base tradicional, e seria melhor perceber o perigo dessa negação radical de qualquer tradição, que era a principal característica do nazismo desde o início [...]. A partir de então, o niilismo mudou seu significado. Já não era uma ideologia mais ou menos inofensiva [...] Em vez disso, começou a basear-se na intoxicação da destruição como uma experiência real, sonhando o estúpido sonho de produzir o vazio.¹⁰¹⁷

1015 RAUSCHNING, 1939, p. xii.

1016 NEAMAN, 1999, p. 71.

1017 ARENDT, 2005, p. 108-10.

Em seu caso, a tradição a que se refere é a ocidental, principalmente, a filosófica¹⁰¹⁸. Independentemente de quem proponha, porém, nestes casos, a associação com o niilismo tem sempre o objetivo de retratar o nazismo como “um poder revolucionário cujo credo foi a ação pela ação e cujas táticas foram a destruição e o enfraquecimento de tudo o que é de valor na ordem existente”¹⁰¹⁹.

Do outro lado do espectro político, o nazismo e fascismos em geral também eram, de certa forma, considerados niilistas, pois seriam apenas uma máscara do *capital decadente*. Embora a tese já viesse sendo defendida anteriormente, um marco desta concepção foi a declaração extraída do sexto congresso da Comunista Internacional (Comintern):

O fascismo é a ditadura terrorista descarada dos elementos mais reacionários do capital financeiro. Nascido no ventre da democracia burguesa, o fascismo, aos olhos dos capitalistas, é uma forma de salvar o capitalismo do colapso. [...] As bases do capitalismo já estão sendo destruídas em virtude de suas profundas e insólúveis contradições. [...] A grande tarefa do proletariado internacional é transformar esta crise do mundo capitalista na vitória da revolução proletária.¹⁰²⁰

Esta análise possui o problema das *meias verdades*. Por um lado, é inconteste que forças conservadoras e capitalistas apoiaram, financiaram e uniram-se ao nazismo para colocá-lo no poder e, com isto, tentar frear os avanços sociais e impedir a “ameaça comunista”:

Além de [Hjalmar] Schacht, havia agora [em 1932] alguns proeminentes representantes das indústrias pesadas, entre eles Fritz Thyssen, Paul Reusch e Albert Vogler, bem como alguns outros influentes banqueiros e empresários que, como [Kurt Freiherr von] Schröder, pertenciam a uma minoria crescente do grande capital. Esta minoria aconselhou que, para estabilizar o regime presidencial e trazer a economia de volta ao equilíbrio, a liderança no Gabinete deveria ser dada aos nazistas. Eles adotaram esta posição com mais veemência quando os comunistas emergiram muito fortalecidos das eleições de novembro. Havia também o fato de que Schleicher, [...] em contradição com Papen, ter apresentado-se como um “general de mentalidade social” e defendido uma ampliação da base do governo não apenas para a direita.¹⁰²¹

Por outro lado, a tese da Comintern pode induzir sérias confusões, pois passa a impressão de que a criação do nazismo foi uma conspiração dos membros desta elite conservadora e capitalista, quando, na verdade, se olharmos a biografia da elite nazista, nenhum ou quase nenhum de seus membros fazia parte daquela.

1018 “O nazismo não deve nada a nenhuma parte da tradição ocidental, seja ela alemã ou não, católica ou protestante, cristã, grega ou romana. Quer gostemos ou não de Tomás de Aquino, Maquiavel, Lutero, Kant, Hegel ou Nietzsche, eles não têm a menor responsabilidade pelo que está acontecendo nos campos de extermínio” (ARENDDT, 2005, p. 108).

1019 RAUSCHNING, 1939, p. 13.

1020 COMINTERN, 1998, p. 59-62.

1021 BROSZAT, 1984, p. 130.

Smelser e Zitelmann, por exemplo, em obra que editaram cujo nome é justamente *The Nazi Elite*, além de Hitler e outros membros notórios como Göring, Goebbels, Himmler, abordam outros dezesseis: Martin Bormann, Richard Walter Darré, Gottfried Feder, Hans Frank, Rudolf Hess, Reinhard Heydrich, Ernst Kaltenbrunner, Robert Ley, Otto Ohlendorf, Joachim von Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Baldur von Schirach, Albert Speer, Fritz Todt, Ernst Röhm e os irmãos Gregor e Otto Strasser. Destes, nenhum fazia parte de qualquer uma das antigas elites, seja aristocrática, capitalista ou agrária¹⁰²². A análise mais correta é que o nazismo teve um desenvolvimento autônomo, e que as antigas elites tentaram cooptá-lo, sem grande sucesso, mas, quando se adequaram ao regime, enquanto foi possível, puderam colher seus frutos.

É claro, contudo, que isto não quer dizer necessariamente que o regime nazista não fosse capitalista, mas apenas que não surgiu de um planejamento das antigas elites capitalistas, que é o equívoco que esta interpretação pode sugerir. Sendo mais preciso, como foge do escopo deste trabalho tanto analisar como definir o conceito de *capitalismo*, o mais prudente é apresentar uma descrição da economia nazista, como a feita em excelente artigo de David Baker. Ele a divide em três fases, sendo a primeira a que podemos chamar de *populista*, que ocorreu antes da chegada ao poder e, na verdade, estava apenas no plano das ideias, já que a prática, por ainda não terem tomado o estado, era impossível. Nesta fase:

O fascismo, inicialmente, era militantemente anticapitalista e violentamente anti-bolchevique; era intensamente a favor de reivindicar e unificar os territórios nacionais perdidos. Consequentemente, tais impulsos produziram programas que eram extremamente contra o capitalismo de mercado, autoritários e ultranacionalistas.¹⁰²³

Passada esta fase, no entanto:

[E]m nenhum dos casos, este potencial radicalismo chegou ao estágio de um regime fascista. [...] Enfrentando as realidades do poder [...] qualquer tentativa de alterar radicalmente a estrutura da organização econômica foi abandonada e, em vez disto, ambos os regimes [tanto o alemão quanto o italiano], para promover seus objetivos econômicos de longo prazo, trabalharam a partir das estruturas macroeconômicas liberais herdadas ou modificaram-nas. A palavra nazista para isso era *Wehrwirtschaft*, denotando uma economia defensiva e de orientação nacional, direcionada, em última instância, para a guerra e a autossuficiência estratégica. No processo, três grandes objetivos foram dominantes: pleno emprego, ruralismo e autarquia.¹⁰²⁴

1022 SMELSER & ZITELMAN, 1993, *passim*.

1023 BAKER, 2006, p. 231. Ele refere-se ao *fascismo*, pois trata tanto do regime italiano quanto do nazismo alemão.

1024 *Ibid.*, p. 231-2.

Após esta fase, que podemos chamar de *pragmática*, foi com “o advento da ‘guerra total’ [...] que] os nazistas lançaram-se em direção ao estado escravista da SS com uma primazia genocida da política sobre a economia, impulsionada pela competição social-darwinista”¹⁰²⁵. Esta fase era, “basicamente, uma economia genocida escravista e de guerra permanente”¹⁰²⁶. No entanto, mesmo na fase anterior – ou, até mesmo, na inicial¹⁰²⁷ –, já era possível ver os aspectos da fantasmagoria nazista influenciando os objetivos de sua economia, que era “atingir a autarquia e um sistema econômico fechado projetado para guerrear e conquistar”¹⁰²⁸.

A verdade é que “o ímpeto obstinado em direção a autarquia e a guerra emergiu dos impulsos políticos, e não econômicos, do fascismo”¹⁰²⁹. Mais ainda, isto decorreu da fantasmagoria nazista, como é possível inferir da análise de Baker, embora ele não diga isto expressamente:

Eles procuraram sintetizar o estado e a sociedade civil em uma única nação-raça mobilizada e militarizada, forjar uma poderosa economia primária de guerra baseada na produção – como um “instrumento de aço” para uma conquista impiedosa –, alcançar a unificação de raça e cultura puras e ganhar mais “espaço vital” para os povos especialmente “escolhidos”. Em sua manifestação no estado de Hitler/SS, isto criou e sustentou uma economia de guerra genocida com a intenção de expurgar a terra da “judiaria”, operando sob uma exclusiva “primazia da política”.¹⁰³⁰

Esta conclusão da *primazia da política*, inclusive, é aceita e, também, proposta, até mesmo, por alguns escritores marxistas, como Timothy Mason¹⁰³¹. Este, inclusive, escreveu um artigo com este título, no qual afirmava que “[a]s medidas autodestrutivas do sistema nacional-socialista só podem ser entendidas no contexto da primazia da política”¹⁰³², e que “a utopia étnico-racial [...] foi levada tão a sério pela liderança política, em particular por Hitler e pela SS, que, em ques-

1025 BAKER, 206, p. 238.

1026 *Ibid.*, p. 237.

1027 “‘Autarquia’, o termo nazista para autossuficiência, era um preceito básico de economia nazista desde o início da década de vinte. O tema ocupou boa parte da discussão econômica, tal como aconteceu no tratado político-autobiográfico de Hitler, *Mein Kampf*. O conceito estava intimamente ligado a outra ideia básica de política nazista, que era a de conquista de ‘espaço vital’ [*Lebensraum*] na Europa Oriental, o que Hitler acreditava que asseguraria o fornecimento de alimentos para a população urbana da Alemanha” (EVANS, 2005b, p. 345).

1028 BAKER, *op. cit.*, p. 237. No mesmo sentido, “[l]ogo de início, a visão ideológica de Darré, de uma futura Alemanha baseada em uma comunidade saudável e estável de camponeses, começou a ser deixada de lado pelos imperativos mais imediatos de autarquia e rearmamento” (EVANS, *op. cit.*, p. 346).

1029 BAKER, *op. cit.*, p. 242.

1030 *Ibid.*, p. 243.

1031 “Mason trabalhava a partir de uma perspectiva crítica marxista, e seus exemplos escolhidos foram o inglês Edward Thompson e o alemão Franz Neumann, dois estudiosos de diferentes vertentes da tradição marxista a quem seu trabalho faz referências repetidas” (CAPLAN, 1995, p. 3).

1032 MASON, 1995, p. 73.

tões decisivas, até as necessidades materiais urgentes do sistema foram sacrificadas a ela”¹⁰³³. Além disto, contra a tese da *conspiração do capital* – no sentido dos capitalistas serem os articuladores e protagonistas do nazismo –, não negando sua participação no golpe de estado que acabou com a República de Weimar, ele diz que:

[T]anto a política doméstica quanto a política externa do governo nacional-socialista tornaram-se, a partir de 1936, cada vez mais independentes da influência das classes dominantes econômicas e, mesmo em alguns aspectos essenciais, contrárias aos seus interesses.¹⁰³⁴

A análise do nazismo como *conspiração do capital*, além de seus problemas teóricos, também possui seus problemas práticos, pois a tese da Comintern afirmava que:

O estabelecimento da ditadura fascista na Alemanha desmascarou a social-democracia alemã perante o mundo inteiro. [...] A social-democracia continua a desempenhar o papel de principal sustentáculo social da burguesia também nos países de ditadura fascista escancarada. A radicalização dos trabalhadores social-democratas intensifica as disputas entre o círculo principal dos social-fascistas. [...] Em sua luta contra a *social-democracia*, os comunistas devem provar aos trabalhadores que a nova falência da social-democracia e da Segunda Internacional foi historicamente inevitável.¹⁰³⁵

Esta foi a famigerada tese que equiparava os social-democratas a fascistas – os *social-fascistas* – e teve o efeito deletério de não apenas impedir qualquer aliança na luta contra o nazismo, mas também de causar uma paralisia nos comunistas, que consideraram que, sendo o nazismo e o fascismo os maiores sintomas da *derradeira crise do capitalismo*, a revolução final seria inevitável:

A relativa inércia dos comunistas refletia, acima de tudo, a crença da liderança do partido de que o novo governo – o último e violento suspiro de um capitalismo moribundo – não duraria mais que alguns meses antes de entrar em colapso. [...] As demandas constantemente reiteradas do partido para uma “frente unida” com os social-democratas não tinham chance de se tornar realidade, uma vez que os comunistas só estavam dispostos a entrar se os “social-fascistas”, como chamavam os social-democratas, abrissem mão de toda independência política e, com efeito, se colocassem sob a liderança do Partido Comunista. O partido agarrou-se com firmeza à doutrina de que o governo de Hitler assinalava o triunfo temporário dos grandes negócios e do “capitalismo monopolista” e insistiu que isto anunciava a chegada iminente do “outubro alemão”. Tanto que em 1º de abril, uma data simbólica muito apropriada para uma proclamação dessas, o comitê executivo do

1033 MASON, 1995, p. 74.

1034 *Ibid.*, p. 54. O ano de 1936 foi um marco no distanciamento entre os nazistas e capitalistas, pois: “o anúncio do segundo Plano Quadrienal [...], em setembro de 1936, finalmente rompeu a supremacia econômica e política da indústria pesada” (*ibid.*, p. 64). O principal objetivo deste plano era acelerar o processo de preparação para a guerra: “[e]m 4 de setembro de 1936, Hermann Göring leu para o gabinete um longo memorando que Hitler redigira à luz das provas crescentes da falência do Novo Plano. [...] A preparação para a batalha vindoura, Hitler declarou, era uma prioridade absoluta; todas as outras questões eram de importância secundária” (EVANS, 2005b, p. 357). Sobre a resistência dos industrialistas ao Plano Quadrienal, cf. *ibid.*, p. 370-77.

1035 COMINTERN, 1998, p. 60-66.

Comintern decidiu: “a despeito do terror fascista, a virada revolucionária da Alemanha crescerá de forma inexorável. A luta das massas contra o fascismo crescerá de forma inexorável. O estabelecimento de uma ditadura francamente fascista, que despedaçou todas as ilusões democráticas das massas e libera-as da influência dos social-democratas, acelera o ritmo do desenvolvimento da Alemanha rumo a uma revolução proletária”.¹⁰³⁶

Assim como, em Weimar, esta análise não apenas confundiu a compreensão do nazismo, mas também impediu ou, pelo menos, atrapalhou qualquer tentativa de deter seu avanço, penso que insistir nela pode causar os mesmos efeitos nos dias de hoje. É claro que, como disse, ela possui o aspecto de meia verdade: é inegável, como demonstra o exemplo histórico, que há a possibilidade de elites, capitalistas ou não, diante de uma crise e não tendo um controle total do poder, ancoraram-se em movimentos populistas e autoritários de extrema-direita para manter ou tentar manter seu *status quo*. A análise, porém, não explica o porquê de tais movimentos terem obtido apoio popular a ponto de fazer com que as antigas elites dependessem deles.

Esta questão é relevante mesmo que, *ad argumentandum tantum*, o nazismo e os demais fascismos fossem apenas uma fachada para a conspiração das antigas elites, pois, ainda assim, era um discurso, se não completamente novo, ao menos distinto de antigos argumentos utilizados para criar autoridade, como o racionalismo iluminista ou um suposto direito divino dos reis. Em razão disto, é de fundamental importância apresentar a fantasmagoria nazista, ressaltando que, o principal é demonstrar sua existência, pois uma fantasmagoria contemporânea não precisa ser idêntica ao nazismo para representar um perigo para a democracia. Também, como recorte metodológico, as questões psicológicas fogem do escopo deste trabalho, não porque tal abordagem não seja válida, mas em razão de ser um tema jurídico e um recorte temático ser necessário. Com relação a isto, apresentarei cada aspecto da fantasmagoria nazista, indicando qual princípio jurídico que ela gerava, para demonstrar como afetava o direito – ou o não-direito – nazista.

5.2.1

Decadência e renascimento da “raça” – o racismo nazista

O caráter racista do nazismo é tão notório que dispensa maiores apresentações. Alguns aspectos ou ideias que procuravam fundamentar este racismo, porém, não são tão conhecidos, e um deles possui origem anterior ao próprio

1036 EVANS, 2005a, p. 326-7.

nazismo. É o que Fritz Stern, em obra homônima, chama de *política do desespero cultural*, atribuindo tal política a um grupo intergeracional de críticos culturais, dos quais destaca Paul de Lagarde, Julius Langbehn e Moeller van den Bruck:

Até certo ponto, este elemento idealista do nacional-socialismo nacional foi derivado diretamente de Lagarde, Langbehn e Moeller. [...] A ideologia nacional-socialista, em motivo, forma e conteúdo, assemelha-se à ideologia alemã. Para ambos, o liberalismo era o principal inimigo; uma força alienígena e corrosiva que devorava o verdadeiro espírito germânico e destruía o *Reich* alemão. Ambos exigiam a unidade e o engrandecimento de um *völkisch Reich*, e ambos insistiam que só um *Führer* poderia estabelecer e governar tal *Reich*. Ambos foram críticos amargurados do modo de vida burguês [...]. Lagarde e Langbehn enfatizaram o lugar central do antissemitismo em tal ideologia; e os críticos alemães, assim como os nacional-socialistas, [...] acreditavam na determinação racial do caráter e da história. Por fim, ambos os pensamentos surgiram de um ódio e alienação comuns.¹⁰³⁷

Além do racismo, aspecto típico do nazismo, há em comum a ideia de degeneração cultural e moral; o que corrobora com a tese de Griffin, vista na introdução, de que o fascismo seria um *ultranacionalismo populista palingenético*¹⁰³⁸. Embora não faça parte deste trabalho verificar se isto seria típico de todo fascismo, isto era certamente um aspecto do nazismo. Como exemplo paradigmático, Hitler, em seu *Mein Kampf*, escreveu capítulo chamado *as causas do colapso*, no qual aponta vários *sintomas da decadência*¹⁰³⁹. Ele afirma que “[u]m dos mais óbvios sintomas da decadência do antigo império foi o lento declínio do nível geral de cultura”¹⁰⁴⁰, e “[o] quanto a disrupção generalizada espalha-se entre nós torna-se aparente quando se observa as condições religiosas antes da guerra”¹⁰⁴¹. Por fim, conclui que: “[t]odos estes sintomas de decadência são, em última instância, apenas consequências da falta de uma visão de mundo [*Weltanschauung*] certa e comumente reconhecida e da incerteza geral em avaliar e opinar sobre as grandes questões atuais”¹⁰⁴².

1037 STERN, 1974, p. 294-5. Sobre a influência destes autores para o nazismo: “[é] abundante a evidência da influência direta de Lagarde e Langbehn sobre os mais importantes ideólogos nacional-socialistas. [...] Ainda mais clara é a conexão da pessoa e da obra de Moeller. Ele era a figura dominante da revolução conservadora na República de Weimar, e sua ideia do Terceiro Reich constituiu o mais poderoso mito das forças antirrepublicanas. [...] Como a revolução conservadora de Moeller não possuía meios de autorrealização, seus seguidores não tinham meios para obter o poder político. Apesar de algumas dúvidas sobre a demagogia de Hitler, muitos revolucionários conservadores viram no *Führer* a única possibilidade de alcançar seu objetivo” (*ibid.*, p. 295-6).

1038 Griffin aponta o *mito palingenético* como um dos componentes de sua definição de fascismo, sendo o outro o *ultranacionalismo populista*. “[O] termo ‘palingênese’, derivado de *palin* (*novamente, de novo*) e *genesis* (*criação, nascimento*), refere-se a um recomeço ou a uma regeneração após um período de crise ou declínio” (GRIFFIN, 1993, 32-3).

1039 Cf. HITLER, 1941, p. 302-388.

1040 *Ibid.*, p. 352.

1041 *Ibid.* p. 364.

1042 *Ibid.*, *loc. cit.*.

Esta *visão de mundo* era a fantasmagoria nazista totalmente calcada em uma conceitualização pseudocientífica de raça – oriunda de nomes como Wagner, Gobineau, Houston Stewart Chamberlain e Alfred Rosenberg¹⁰⁴³ –, assunto ao qual ele dedica o capítulo seguinte de seu livro. Nesta parte, ele expõe a “lógica” de sua fantasmagoria – a *pureza da raça* e o *direito de domínio do mais forte*:

Qualquer cruzamento entre dois seres que não sejam exatamente de um mesmo alto padrão produz um intermediário entre os padrões dos pais. [...] O mais forte tem que governar e ele não pode se amalgamar com o mais fraco, para não sacrificar sua própria grandeza. [...] A luta pelo pão diário faz sucumbir todos os que são fracos, doentes e menos determinados; enquanto a luta dos machos pela fêmea dá o direito de procriação ou sua possibilidade apenas aos mais saudáveis. A luta, porém, é sempre um meio para a promoção da saúde e da resistência da espécie; é, portanto, causa para o seu desenvolvimento em direção a um nível superior. [...] Assim como a natureza não deseja um acasalamento entre indivíduos mais fracos e mais fortes, muito menos deseja misturar uma raça superior a uma inferior [...]. O resultado de qualquer miscigenação, em síntese, é sempre o seguinte:

- (a) Redução do padrão da raça superior,
- (b) Regressão física e mental e, com isto, o início de uma doença prolongada e lenta, porém, progressiva.¹⁰⁴⁴

Neste trecho, podemos ver a influência do *darwinismo social*, cujos desdobramentos tratarei na terceira parte desta seção. Agora, porém, gostaria de ressaltar o *universal transcendental* desta fantasmagoria que, semioticamente, cria o código binário *positivo/negativo* ou *puro/impuro* e, em termos schmittianos, faz a distinção entre *amigo/inimigo*. No nazismo, esta distinção é entre o *ariano* e o *judeu*: “[a] maior antítese do ariano é o judeu”¹⁰⁴⁵. Para Hitler, “o que vemos de cultura humana, hoje, diante de nós – os resultados da arte, da ciência e das técnicas – é quase exclusivamente o produto criativo dos arianos”¹⁰⁴⁶. Por outro lado, “o judeu não possui nenhuma energia criadora de cultura, como o idealismo, que não existe e nunca existiu nele e sem o qual não pode existir nunca um desenvolvimento genuíno do homem em direção a um nível superior”¹⁰⁴⁷.

1043 Cf. GREGOR, 2012, p. 170-198. Chamberlain era genro de Wagner e conheceu Hitler pessoalmente em 1923 (cf. SHIRER, 2011, p. 105-9), seu livro *Os fundamentos do século XIX* “era uma adaptação de *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas* do conde de Gobineau” (NEUMANN, 2009, p. 107) e estava entre as leituras de prisão de Hitler (cf. KERSHAW, 2008, p. 145). Rosenberg era um notório membro do partido nazista, e “Hitler considerava [*O mito do século XX* de Rosenberg] ser a mais extraordinária realização ... maior até que *Os fundamentos do século XIX* de Chamberlain” (GREGOR, *op. cit.*, p. 219).

1044 HITLER, 1941, p. 390-2.

1045 *Ibid.*, p. 412.

1046 *Ibid.*, p. 397.

1047 *Ibid.*, p. 418.

O objetivo não é apenas criar um contraste entre a “raça” supostamente produtiva e criativa e “o parasita no corpo de outros povos”¹⁰⁴⁸, mas apontar um culpado pela suposta decadência e todos os seus males, impedindo a palingênese: “[s]em o claro reconhecimento do problema racial e, com ele, da questão judaica, não haverá a ascensão da nação alemã”¹⁰⁴⁹. Há também a estratégia de atribuir qualquer característica que a fantasmagoria reprove ao seu *bode expiatório*. Por exemplo, um grande alvo do nazismo é o marxismo, porém, é o judeu que “funda a teoria marxista”¹⁰⁵⁰; por outro lado, há a “o jugo da escravidão do capital internacional e seus mestres, os judeus”¹⁰⁵¹. E a lista de acusações continua, como, por exemplo, “a horda da imprensa, corrompendo lentamente a nação e de origem majoritariamente judaica”¹⁰⁵², e “as lojas de departamento de alguns judeus”¹⁰⁵³, que levaram os “arianos” donos de pequenos comércios ao fracasso econômico. Há também o “bolchevismo da arte [que] é a única forma de vida cultural e a única manifestação intelectual possível para o bolchevismo como um todo”¹⁰⁵⁴, bolchevismo que, para ele, também era uma conspiração judaica.

As artes e o que considerava sua degeneração era uma obsessão para Hitler¹⁰⁵⁵, e a sua solução para este suposto problema demonstra o caráter total de sua fantasmagoria. Ele afirma que:

Esta limpeza da nossa cultura tem que se estender a quase todas as áreas. O teatro, a arte, a literatura, o cinema, a imprensa, os cartazes e as exposições devem ser limpos dos sintomas de um mundo decadente e colocados a serviço de uma ideia moral do estado e da cultura¹⁰⁵⁶.

O trecho acima deve ser lido com ênfase no termo *moral*. Muitos podem objetar sua utilização no âmbito do nazismo – como vimos, a crítica dos que caracterizam-no como niilista é justamente pela falta de moral –, mas isto tem o significado apenas de um *conjunto de valores*, por mais que este destoe da moral convencional. E este conjunto de valores, na visão nazista, deveria influenciar não

1048 HITLER, 1941, p. 419

1049 *Ibid.*, p. 469.

1050 *Ibid.*, p. 440.

1051 *Ibid.*, p. 331.

1052 *Ibid.*, *loc. cit.*.

1053 *Ibid.*, p. 363.

1054 *Ibid.*, p. 352-3.

1055 Ele prossegue afirmando que: “[a]quele a quem isso possa parecer estranho deve apenas examinar a arte daqueles estados que tiveram a boa fortuna de ser bolchevizados, e, para seu horror, observará, como a arte oficial destes estados, as doentias excrescências de lunáticos ou de pessoas degeneradas que, desde a virada do século, conhecemos sob a concepção coletiva de cubismo ou dadaísmo” (*ibid.*, p. 353).

1056 *Ibid.*, p. 348.

apenas as artes mas todos os aspectos da sociedade alemã. Isto foi feito, após a tomada do poder, pelo processo conhecido como *Gleichschaltung* ou *coordenação*¹⁰⁵⁷ e que ocorreu tanto no âmbito político quanto nas artes, nos meios de comunicação, na educação e em praticamente todos os espaços culturais por meio das inúmeras associações e organizações nazistas¹⁰⁵⁸.

Destas organizações, muito provavelmente, a mais infame tenha sido a Juventude Hitlerista ou Hitlerjugend, organização criada para, desde cedo, doutrinar os jovens alemães na fantasmagoria nazista:

Foi sobretudo por meio da Juventude Hitlerista e suas afiliadas que os nazistas trataram de formar os novos alemães do futuro. Em *Mein Kampf*, Hitler já dedicara um espaço considerável para delinear suas ideias sobre a natureza e propósito da educação no estado racial que pretendia construir na Alemanha. “O estado *völkisch*”, ele proclamou, “não deve, em primeiro lugar, ajustar todo seu esforço educacional para a inoculação de mero conhecimento, mas, sim, para a criação de corpos absolutamente saudáveis. O treinamento das capacidades mentais é apenas secundário”. A construção do caráter vinha a seguir; depois, a promoção da força de vontade; e, então, o treinamento da alegria na responsabilidade. [...] O propósito primordial da escola seria “gravar o senso e o sentimento raciais no instinto e no intelecto, no coração e na mente dos jovens a ela confiados. [...] A doutrinação que os jovens alemães recebiam da Juventude Hitlerista era incessante. [...] Todos os que se filiavam tinham que jurar um voto de lealdade pessoal a Hitler. O treinamento era compulsório e obrigatório por lei. Cada grupo etário da Juventude Hitlerista tinha um roteiro de estudos determinado a cada ano, cobrindo tópicos como “Deuses e heróis germânicos”, “Vinte anos de combate pela Alemanha”, “Adolf Hitler e seus companheiros de luta” ou “O povo e sua herança de sangue”. As canções que cantavam eram nazistas, os livros que liam eram nazistas. [...] Com o passar do tempo, o treinamento militar assumiu cada vez mais o primeiro plano.”¹⁰⁵⁹

1057 “A intimidação generalizada da população proporcionou a pré-condição essencial para um processo que estava em andamento por toda a Alemanha no período de fevereiro a julho de 1933: o processo de ‘coordenação’, como os nazistas chamaram-no, ou, para usar o termo alemão mais evocativo, *Gleichschaltung*, uma metáfora extraída do mundo da eletricidade, que significava que todos os interruptores estavam sendo colocados no mesmo circuito, ou seja, todos poderiam ser ativados acionando-se um único interruptor central” (EVANS, 2005a, p. 381).

1058 Cf. *ibid.*, p. 392-431. “A ‘coordenação’ nazista da sociedade alemã não parou nos partidos políticos, instituições estatais, autoridades locais e regionais, categorias profissionais e grupos de pressão econômica. O quão longe ela foi talvez seja mais bem ilustrado se voltarmos ao exemplo da pequena aldeia de Northeim, no norte alemão [...]. Associações profissionais foram fundidas às recém-fundadas Liga dos Médicos Nacional-socialistas, Liga dos Professores Nacional-socialistas e organismos semelhantes, aos quais todos os interessados sabiam que tinham que se filiar se quisessem manter o emprego. [...] Os clubes para os inválidos de guerra foram fundidos à Associação Nacional-Socialista das Vítimas da Guerra, os escoteiros e a Ordem Jovem Alemã à Juventude Hitlerista. [...] Esse processo de ‘coordenação’ ocorreu na primavera e verão de 1933 em cada nível, cada cidade, município e vila por toda a Alemanha” (*ibid.*, p. 386-9). Os eventos aos quais Evans se refere são extraídos da obra de Pierre Ayçoberry, *The Social History of the Third Reich*, que narra o processo de *Gleichschaltung* nesta aldeia Northeim (AYÇOBERRY, 1999).

1059 EVANS, 2005b, p. 272-4. No manual oficial de doutrinação da Hitlerjugend, temos basicamente a repetição de todas as ideias de Hitler: ele inicia descrevendo que “[o] fundamento da *Weltanschauung* nacional-socialista é a percepção da diferença entre os homens. [...] Qualquer observador atento pode reconhecer distinções físicas de forma e tamanho. [...] Há, contudo, distinções entre os homens no que tange as características mentais e espirituais” (NSDAP, 1938, p. 5). Afirma que a “miscigenação produziu híbridos lamentáveis [...]. Eles herdaram, na maioria dos casos, as piores características de cada grupo. [...] Os vários híbridos resultantes das uniões de

Em um estado *völkisch*¹⁰⁶⁰, a educação teria que ser *völkisch*, assim como todos os outros aspectos da vida:

[A] *völkische Weltanschauung* reconhece o significado da humanidade em seus elementos raciais primordiais. Em princípio, vê no Estado apenas um meio para um fim e concebe este fim como sendo a preservação da existência racial dos homens. Deste modo, não acredita na igualdade das raças, mas, com suas diferenças, reconhece valores superiores e inferiores. Em razão deste conhecimento, sente-se obrigada a promover a vitória do melhor e do mais forte, e a exigir a subordinação do pior e do mais fraco, conforme a vontade eterna que domina este universo. [...] Cultura humana e civilização estão inseparavelmente conectadas à presença dos arianos neste continente. [...] Por isto, a *völkische Weltanschauung* corresponde à vontade mais profunda da natureza [...].¹⁰⁶¹

5.2.2

Repercussões jurídicas do princípio de *Volksgemeinschaft*

Estas ideias possuíam repercussões políticas e jurídicas, algumas das quais já foram vistas ou podem ser inferidas do que foi dito: o estado visto como um meio não apenas de proteção da “raça” ou do *Volk*, mas para a promoção de sua hegemonia; a separação política, jurídica e, até mesmo, física entre *Volk* e estrangeiros; e a própria ideia de *coordenação*, que implicava a introdução da fantasmagoria *völkisch* em todas as esferas da sociedade. Outras consequências decorrem, porém, deste conceito de *Volk* e da ideia correlata de *Volksgemeinschaft*, literalmente, a *comunidade do povo*, sendo o primeiro termo da locução oposto ao conceito de *sociedade* (*Gesellschaft*), no mesmo sentido em que *orgânico* contrapõe-se ao de *mecânico*¹⁰⁶², e *povo* no sentido étnico-biológico que já vimos.

alemães com soldados negros, que ocupam a Renânia, ou judeus são uma trágica testemunha deste fato” (NSDAP, 1938, p. 8). Ataca maçons, marxistas e igrejas cristãs como oponentes da teoria racial e afirma que a maçonaria e o marxismo são criações judaicas (cf. *ibid.*, p. 9 et seq.). Após dois capítulos pseudocientíficos, um sobre os *tipos da raça germânica* e outro sobre teorias genéticas, volta a atacar os judeus com teorias conspiratórias: “[a] hegemonia judaica na vida cultural e intelectual nas últimas décadas chamou a atenção de todos os alemães do caráter perturbador e causador de desunião deste povo. As primeiras medidas que os nacional-socialistas devem tomar contra isto é a remoção dos judeus da vida econômica e cultural do nosso povo” (*ibid.*, p. 78).

1060 *Völkisch* é a adjetivação do substantivo *Volk*, que “é de difícil tradução, e, assim, muitos historiadores da Alemanha [...] utilizam o termo em vez de sua anêmica tradução coloquial ‘povo’. O termo realmente significa ‘povo’, mas no sentido específico de uma comunidade étnica. Os nacionalistas do século XIX usaram-no para descrever um grupo particular de pessoas falando uma mesma língua e compartilhando uma cultura comum. No entanto, para Hitler – assim como para muitos outros pensadores racialistas do início do século XX – o *Volk* foi definido não por características culturais, mas por características biológicas” (WEIKART, 2009, p. 5).

1061 HITLER, 1941, p. 579-81.

1062 A distinção *Gemeinschaft* (*comunidade*) e *Gesellschaft* (*sociedade*) foi feita por Ferdinand Tönnies. De forma simples, a primeira teria “uma vida orgânica real” (TÖNNIES, 2001, p. 17) e a ela “estamos unidos ao nosso povo, desde o momento do nascimento, para o melhor e para o pior” (*ibid.*, p. 18); a segunda seria uma “pura construção mecânica” (*ibid.*, p. 17) e entraríamos nela “como se fôssemos a uma terra estrangeira” (*ibid.*, p. 18). “Comunidade significa vida genuína e duradoura, enquanto a Sociedade é uma coisa transitória e superficial. Assim, a *Gemeinschaft* deve ser

No âmbito jurídico:

O conceito de *Volksgemeinschaft* ou [...], também, *völkisches Recht* [...] era caracterizado negativamente pela rejeição do conceito individualista e normativo de povo (o povo como a soma dos nacionais do Estado) [...]. Em termos positivos, o termo *Volksgemeinschaft* prometia uma unidade coletiva definida em termos de valor como, por exemplo, o ideal de *Blut und Boden* (*sangue e solo*), experiências comunitárias e, como consequência, ideias e sentimentos de pertencimento. [...] O conceito de *Volksgemeinschaft* tinha a função de fornecer uma ideia substantiva ao direito nacional-socialista [...] e] postulava a identidade entre o governo e as convicções do *Volk*; foi usado para afirmar a legitimidade da ordem dominante, afastar direitos fundamentais, coletivizar e tornar sem valor jurídico a posição do indivíduo.¹⁰⁶³

É claro que, dentre os aspectos da fantasmagoria nazista em que mais se recai a dúvida se as lideranças realmente acreditavam no que proclamavam ou se apenas era uma retórica para encobrir a dominação, esta ideia de *identidade entre Volk e Führer* é a que mais parece ser o segundo caso. Contudo, por incrível que pareça, o assunto era discutido seriamente entre os juristas nazistas.

Carl Schmitt, por exemplo, escreveu que a ordem constitucional do III Reich, isto é, “[a] unidade política do estado atual é a *síntese tripartite de estado, movimento e povo* [*Staat, Bewegung und Volk*]. [...] As três partes não correm em paralelo uma com as outras, mas uma delas, o movimento, carrega o estado e o povo, penetrando-os e liderando-os”¹⁰⁶⁴. Falarei sobre as duas outras partes posteriormente, mas, quanto ao povo, ele disse que este seria “o aspecto *apolítico*, crescendo sob a proteção e na sombra das decisões políticas”¹⁰⁶⁵. Embora não tenha sofrido objeções por afirmar que “a *unidade étnica* do povo alemão, unido em si mesmo, é a mais inevitável premissa e fundação de sua liderança política”¹⁰⁶⁶, e que a nova ordem, ao contrário da liberal, não representava “um dualismo interno (isto é, representação popular contra o governo, representação local contra o órgão

entendida como um organismo vivo por si só, enquanto a *Gesellschaft* é um agregado mecânico e um artefato” (TÖNNIES, 2001, p. 19). Embora Tönnies jamais tenha sido um nazista, tendo, inclusive, filiado-se “ao Partido Social-Democrata em apoio à resistência à ascensão do fascismo” (HARRIS, 2001a, p. xxxii), sendo, como consequência disto, “despojado, pela administração nazista local, de seu título de professor honorário em Kiel, sua pensão acadêmica e sua biblioteca pessoal” (*ibid.*, xxxiii), podemos ver como o conceito de *Gemeinschaft* cai *como uma luva* nas mãos dos nazistas. Podemos perceber, também, que, em termos hobbesianos, um estado livre somente pode ser uma *Gesellschaft*. Tönnies era um profundo conhecedor de Hobbes, tendo escrito uma biografia do filósofo e editado várias de suas obras, contudo, “apesar de Tönnies ter sido um discípulo de Hobbes [...], há algumas importantes e substanciais diferenças entre eles em termos de pensamento social e político. [...] Enquanto no sistema de Hobbes, instituições sociais e políticas artificiais domam e civilizam a agressividade humana, no sistema de Tönnies, fomentam-na e desencadeiam-na” (HARRIS, 2001b, p. xxvi-ii).

1063 LEPSIUS, 2003, p. 23-4.

1064 SCHMITT, 2001, p. 11.

1065 *Ibid.*, p. 12.

1066 *Ibid.*, p. 48.

governante local) e, muito menos, um pluralismo”¹⁰⁶⁷, pelo fato de ter caracterizado o *Volk* como passivo, ele foi muito criticado por outros juristas nazistas:

[E]sta parte da tese de Schmitt não foi aceita; por sua franca implicação de que o povo existia apenas para ser governado, ela suscitou protestos apaixonados. Argumentou-se contra Schmitt que o povo não era apolítico, mas político; que era o *Urkraft* ou a força primordial da qual todos os indivíduos obtinham seus direitos. “A totalidade política do nacional-socialismo baseava-se em uma ideia política onipresente nascida de um povo político unificado, e realizada por um movimento político. A forma viva e perpétua do estado era a personificação desta ideia”.¹⁰⁶⁸ Koellreutter acusou Schmitt de espalhar ideias errôneas sobre a relação entre o povo e o *Führer*. O *Führer*, disse Koellreutter, não vê o povo meramente como objeto de sua atividade, como afirmam os neo-hegelianos; o *Führer* é aquele que vive com as pessoas, compartilha os sentimentos das pessoas e luta pelo povo. Esta é a definição correta de “liderança *völkisch*”.¹⁰⁶⁹

Ernst Rudolph Huber, apesar de discípulo de Schmitt, reformulou a teoria tripartite de seu mestre nos termos *Volk*, *Führer*, *Bewegung* e escreveu que:

O novo Reich é um *völkisches Reich*. A natureza e a ideia de povo são as condições básicas que determinam a essência política e jurídica do Reich. [...] Não é o conceito abstrato de povo [na teoria tradicional do estado que considera *governo*, *território* e *povo* como seus elementos essenciais] mas o conceito concreto das pessoas vivas que formam a base da constituição *völkisch*. O conceito concreto de povo é sempre um conceito político, isto é, ele o diferencia de outros povos. [...] O povo político é formado pela sua unidade. A raça é a base natural do povo. [...] A liderança *völkisch* baseia-se no conhecimento de que a verdadeira vontade do *Volk* não pode ser encontrada por meio de eleições parlamentares e votos, mas que a vontade do *Volk* vem à tona, pura e não adulterada, somente pelo *Führer*. [...] O *Führer* é o portador da vontade do *Volk*; ele é independente de todos os grupos, associações e grupos de interesse, mas é vinculado às leis essenciais [*Wesensgesetze*] do *Volk*. Neste duplo aspecto: independência de todos os interesses, mas vinculação incondicional ao *Volk*. Isto reflete a própria essência da liderança.¹⁰⁷⁰

Retórica à parte, o objetivo era eliminar qualquer possibilidade de conflito, ou melhor, qualquer conflito jurídico – pois, obviamente, conflitos reais não poderiam ser evitados –, assim como suprimir direitos individuais contra o estado e enfatizar os deveres. Em *Mein Kampf*, Hitler já tinha exposto o seu *moralismo de sacrifícios*:

Esta vontade de sacrificar seu trabalho pessoal e, se necessário, sua própria vida aos outros é mais desenvolvida fortemente no ariano. Ele é maior, não em suas capacidades mentais em si, mas na medida em que está pronto para colocar todas as suas habilidades a serviço da comunidade. Com ele, o instinto de autopreservação atingiu a forma mais nobre, porque voluntariamente submete seu próprio ego à vida da comunidade e, se o momento exigir, também o sacrifica.¹⁰⁷¹

1067 SCHMITT, 2001, p. 40.

1068 NEUMANN, 2009, p. 66.

1069 BENDERSKY, 1983, p. 221.

1070 HUBER, 1939, p. 150-195. *Wesensgesetze*, aqui, não quer dizer leis constitucionais ou escritas, mas algo mais próximo a um direito natural anterior a qualquer legislação.

1071 HITLER, 1941, p. 407-8.

E, como não poderia deixar de ser, atribui a qualidade oposta aos judeus:

O judeu permanece unido apenas quando forçado por um perigo comum ou for atraído por uma pilhagem [...]. Assim, é fundamentalmente equivocado concluir, meramente a partir do fato de se unirem para um combate ou [...] para a exploração de seus outros pares humanos, que os judeus têm uma alguma vontade idealista de sacrifício. Aqui, também, o judeu é conduzido por nada além de puro egoísmo por parte de cada indivíduo.¹⁰⁷²

Juridicamente:

Esta “integração e incorporação” do indivíduo à *Volksgemeinschaft* significava não apenas a obrigação do primeiro para com o estado [...], mas, em essência, a destruição do indivíduo como personalidade jurídica. [...] Como resultado, portanto, o seu novo *status* na *Volksgemeinschaft* não tinha mais nada semelhante a qualquer tipo de *status* jurídico enquanto defesa contra a intervenção estatal ou governamental. [...] Os direitos do indivíduo metamorfosearam-se, assim, no direito de todos às mesmas obrigações, que encontraram expressão em inúmeros deveres juridicamente obrigatórios, mas também “voluntários”, cujo completo cumprimento era esperado pelo estado [...]. O não cumprimento de tais “deveres voluntários” era considerado uma violação da obrigação comum de demonstrar fidelidade ao Führer e poderia resultar em severas sanções disciplinares ou criminais.¹⁰⁷³

1072 HITLER, 1941, p. 416. Como comenta Stolleis, “[e]mpregadas na reforma jurídica e na literatura de propaganda, estas antíteses eram expressas da seguinte maneira: o pensamento alemão (germânico, nórdico, ariano) é orgânico, concreto, próximo ao povo e fiel à vida, orientado para o ‘todo’, unificador, dinâmico, sintético e relacionado aos valores e à comunidade. O oposto disto é o pensamento ‘romano-judaico’, caracterizado como liberal, racionalista, positivista, conceitual abstrato, individualista, materialista, rígido, construído, alheio à vida e ao povo, analítico, niilista, corruptor e assim por diante” (STOLLEIS, 1998, p. 75-6). Neste comentário de Stolleis, vemos que o niilismo não era uma característica que os nazistas atribuíam a si mas aos seus inimigos.

1073 MAJER, 2013, p. 47-9. Michael Stolleis apresenta alguns exemplos de como o princípio da *Volksgemeinschaft* adentrou no ordenamento jurídico: “[d]e acordo com o § 24 da AOG [*Arbeitsordnungsgesetz* ou *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, (*Lei para a organização do trabalho nacional*)], os peritos tinham que jurar não perseguir nenhum interesse especial e servir apenas ao bem-estar da ‘*Volksgemeinschaft*’. [...] Uma pré-condição para obter um empréstimo do governo para jovens casais era que o casamento fosse de ‘interesse da *Volksgemeinschaft*’. [...] De acordo com o § 2º da Lei sobre a Juventude Hitlerista, toda a juventude alemã deveria ser educada ‘para o serviço à nação e à *Volksgemeinschaft*’. [...] De acordo com o § 15 da Lei do Notário do Reich, os notários tinham que exercer seu cargo ‘em benefício da *Volksgemeinschaft*’. [...] O promotor público poderia intervir em questões jurídicas civis para representar ‘a posição da *Volksgemeinschaft*’” (STOLLEIS, *op. cit.*, p. 77). O autor também apresenta alguns efeitos do princípio da *Volksgemeinschaft* no que tange o objetivo de eliminar os conflitos internos: “[a] introdução da ideia de comunidade [...] levou a resultados estranhos em algumas áreas do direito civil. Por exemplo, no âmbito da responsabilidade civil, Rothe criticou a ‘relutância em aceitar um infortúnio que simplesmente aconteceu e o esforço desesperado para compensar a si mesmo às custas dos outros’. A ideia de comunidade, ele achava, deveria reduzir os processos por danos, já que a proposição de uma ação injustificada era uma ofensa contra a *Volksgemeinschaft*. [...] Esta tendência se apresentou mais claramente na área do direito do trabalho. [...] Após a vitória da ideia de *Volksgemeinschaft*, de acordo com o argumento, os velhos conflitos entre empregadores e empregados foram abolidos nas fábricas [...]. Ambas as partes eram obrigadas a trabalhar conjuntamente na comunidade empresarial para o bem-estar da *Volksgemeinschaft*; a luta de classes havia acabado. Um clichê nos argumentos jurídicos no âmbito do direito trabalhista era a ‘renúncia à atitude individualista e sua mudança para uma atitude comunal na relação entre o administrador e os operários’. [...] Ainda mais evidente aqui [...] é o desejo de pacificar internamente a sociedade, reunindo interesses conflitantes em ‘comunidades’ e, assim, colocando à disposição do estado as energias que até então eram consumidas pela política interna. Com isto, o congelamento de salários, a proibição de greves e a drástica redução da liberdade de movimento foram dispositivos diretos para domesticar a luta de classes” (*ibid.*, p. 69-71).

Um dos maiores doutrinadores nesta área foi o jurista nazista Karl Larenz, que lecionava na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel – cujo “departamento de direito foi destinado a ter o principal papel na construção do direito nacional-socialista”¹⁰⁷⁴ – e que, curiosamente, é muito citado por neoconstitucionalistas¹⁰⁷⁵. Este jurista estabeleceu, junto à ideia de *exclusão*, que não era típica apenas de mas de todo nazista, o conceito de *Rechtsstellung* (*posição jurídica*) para substituir o de *capacidade jurídica* e eliminar a ideia de *direitos subjetivos*:

Na concepção de Larenz, a capacidade jurídica sofre duas limitações fundamentais. Por um lado, não é todo ser humano que é titular da mesma mas somente um sujeito particular: o *Volksgenosse* [literalmente, *camarada* ‘étnico’ ou ‘racial’]; de outro, não consiste na possibilidade de todas as situações jurídicas subjetivas (o “direito a ter direitos”), mas somente a titularidade de algumas determinadas e limitadas “posições jurídicas” (*Rechtsstellungen*).¹⁰⁷⁶

Ainda assim, poder-se-ia pensar que há alguns vestígios de direito subjetivo, mas o que a posição jurídica implica é um dever, o direito é residual e algo necessário para o cumprimento do dever; algo que pode ser entendido, de certo modo, como uma *competência*, no sentido de um *poder/dever*, isto é, um poder que só existe porque é necessário para o cumprimento de um dever:

1074 STOLLEIS, 2004, p. 291. O autor prossegue, afirmando que “[n]o linguajar militarista da época, era chamada de ‘universidade tropa de choque’” (*ibid.*, *loc. cit.*).

1075 A famosa obra *Teoria da argumentação jurídica* de Alexy, por exemplo, inicia-se com a seguinte citação de Larenz: “Que a aplicação das leis do direito *nada mais* é senão uma subsunção lógica de premissas maiores construídas abstratamente, é algo que não pode ... ser expresso seriamente por mais ninguém” (ALEXY, 2007, p. 27). Em sua outra conhecida obra, *Teoria dos direitos fundamentais*, há também menções a Larenz (*cf.* ALEXY, 2011, p. 47n, 83n, 87-9n, 176n, 181 e 277n). Barroso também cita Larenz algumas vezes: “A passagem a uma jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento ‘argumentativo’, levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito” (BARROSO, 2009, p. 227n, citando literalmente Larenz); “[m]erecem destaque, como emblemáticos do período corrente, os trabalhos de Karl Larenz, Konrad Hesse, John Rawls, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy” (*ibid.*, p. 228n); e, “[n]a formulação de Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 349: ‘Uma regra jurídica pode estar expressada numa lei, pode resultar do denominado Direito consuetudinário ou de consequências implícitas do Direito vigente, ou de concretizações dos princípios jurídicos, tal como estas são constantemente efectuadas pelos tribunais’” (*ibid.*, p. 194n). É claro que, de forma alguma, isto quer dizer que os juristas citados tenham qualquer afinidade com o nacional-socialismo, mas apenas apontar a influência de pessoas com um passado não muito ilustre no pensamento neoconstitucionalista que podem ter colocado suas ideias deste mesmo passado, mesmo que com outra roupagem, no direito atual. Como aponta La Torre, “[n]o que diz respeito a Larenz, não se trata apenas da filiação a um partido, de citações esporádicas de palavras do Führer, do uso de termos ‘nacional-populares’ em seus trabalhos científicos [...]. O caso deste acadêmico é bem diverso: estamos na presença de uma obra extensa [...], toda ela penetrada por ideias nacional-socialistas e construída com o fim de dar a elas uma concepção radical” (LA TORRE, 2008, p. 13). Como exemplo do pensamento racista e nazista de Larenz: “*Volk, Volksgeist* e nação não podem ser pensados sem um enraizamento racial. [...] Por meio das obras de Gobnieau, Chamberlain, Rosenberg, Günther, Clauss, entre outros, foi demonstrado, em todo o seu alcance, o conhecimento de que a raiz da nação reside na raça, e que a qualidade racial determina a resistência e a potência de rendimento de um povo” (LARENZ, 1942, p. 155).

1076 LA TORRE, *op. cit.*, p. 177. Definição de *Volksgenosse* *cf.* MAJER, 2013, p. 945.

Ocupar uma *Rechtssellung* significa essencialmente ter deveres em relação à *Volks-gemeinschaft* e, somente por derivação – *um dieser Pflichten willen* [em razão destes deveres] – e unicamente em respeito aos outros membros da comunidade (e não a respeito da comunidade como um todo), ser também titular de situações jurídicas ativas (*Berechtigungen* [autorizações], *Befugnisse* [competências]), “que são algo completamente diferente dos ‘direitos subjetivos’”. [...] O sujeito já não tem deveres aos quais se obrigou voluntariamente, mas, antes de tudo, um dever geral de subordinação à comunidade [...].¹⁰⁷⁷

O direito subjetivo é redefinido em termos de dever. O direito coincide com a figura do dever. A supremacia do dever sobre o direito, e a redução do direito subjetivo à figura do dever é uma ideia típica da teoria nacional-socialista do direito.¹⁰⁷⁸

Analisando estas ideias de Larenz, La Torre chega a considerá-las como semelhantes a um feudalismo, pois “[e]stas ‘posições jurídicas’ [...], uma vez concebidas como esferas nas quais o sujeito desenvolve uma tarefa determinada

1077 LA TORRE, 2008, p. 178.

1078 *Ibid.*, p. 181. Larenz não estava sozinho neste posicionamento. Ernst Rudolf Huber, em um capítulo de seu *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (Direito constitucional do Reich Alemão Maior) chamado *Die Rechtsstellung des Volksgenossen* (A posição jurídica do camarada do povo), reproduz parte de um artigo anterior seu e menciona a influência de Larenz: “[p]ara a estrutura constitucional do estado liberal, como vimos, os conceitos de indivíduo e de direito subjetivo eram decisivos; a constituição era um dispositivo de proteção que favorecia o indivíduo e seus direitos. [...] A ordem da vida [*Lebensordnung*] *völkisch* supera este conceito central da sociedade [*Gesellschaft*] liberal; na vida constitucional e administrativa, não há mais nenhum direito público subjetivo do indivíduo contra o estado ou mesmo entre os funcionários públicos. [...] A superação do ‘direito subjetivo’, uma das tarefas de um novo pensamento jurídico, só é possível se a posição do *Volksgenosse* enquanto membro da comunidade [*Gemeinschaft*] encontrar sua expressão jurídica na mesma. Karl Larenz descreveu adequadamente o conceito de ‘posição jurídica concreta do *Volksgenosse*’ como o *status* particular do indivíduo na comunidade. Todos os *Volksgenossen*, na comunidade mais ampla e na mais estreita na qual vivem e trabalham, recebem uma posição concreta. [...] A posição do *Volksgenosse* na comunidade é uma posição ‘no direito’, na qual, por direito, não se entende um sistema abstrato de normas, mas a ordem de vida da comunidade. Se, por causa de seu conteúdo legal imediato, esta classificação é denominada ‘posição jurídica’, este termo não é mais uma das muito divulgadas palavras de duplo sentido que procedem de um dualismo entre direito e ordem de vida, tais como o ‘estado de direito’ ou ‘comunidade jurídica’; ao contrário, o conceito de ‘posição jurídica’ não significa outra coisa senão a posição que o *Volksgenosse* ocupa na ordem concreta e, portanto, no direito. [...] Esta posição jurídica do *Volksgenosse* é sempre baseada na comunidade e é obrigatória. Ela é fundada não em razão do bem do indivíduo mas no bem da comunidade, que só é viva, poderosa e significativa se o *Volksgenosse* possui sua correta esfera de ação dentro dela. [...] Em certas relações individuais, obrigações e autorizações surgem como consequências desta posição jurídica. No entanto, tais obrigações e autorizações são apenas emanações decorrentes da posição jurídica e, portanto, nunca possuem significado independente; elas só podem ser compreendidas a partir da posição completa e, assim, estão sujeitas ao vínculo com a comunidade e à sua ordem concreta. Não é o conceito individualista de pessoa, mas a participação do *Genosse* na *Volksgemeinschaft* que encontra sua expressão no conceito de posição jurídica. A característica essencial da posição jurídica é sempre que não é uma mera relação jurídica entre indivíduos, mas que recebe da comunidade seu sentido e sua direção, seu caráter e sua conexão. [...] Desta relação com a comunidade, seguem-se, em particular, as obrigações impostas a cada detentor de tal posição jurídica. [...] Se não cumprir com tais obrigações, ele é culpado de abuso de sua posição jurídica e receberá as punições por violar a posição da comunidade [*Gemeinschaftstellung*]. Em casos graves, ocorrerá a cassação da posição jurídica. Esta cassação é uma manifestação geral da nova ordem. [...] Tal cassação não é uma intrusão [...] em um direito fundamentalmente inviolável mas uma consequência necessariamente resultante da relação que se estabelece entre posição jurídica e comunidade desde o início. [...] O conceito de posição jurídica do *Volksgenosse* aplica-se a todo o direito. A unidade do direito *völkisch* baseia-se essencialmente no significado universal deste conceito que é constitutivo de todas as ordens e esferas da vida” (HUBER, 1935, p. 444-7).

[...], caracterizam-se [...] com duas importantes qualidades formais: a *indisponibilidade* e a *irrenunciabilidade*”¹⁰⁷⁹. As *posições jurídicas* podem ser entendidas – e até traduzidas – como *status*, e “[o] conceito de *status* está relacionado com o de ‘estamento’, com o de ‘classe’, no sentido feudal, com o de *Stand*, ao qual se pertence somente por nascimento e do qual é impossível emancipar-se”¹⁰⁸⁰.

5.2.3

Darwinismo social e exclusão dos *Volksfremde*

Que, além do aspecto da “total absorção pela *Volksgemeinschaft*”¹⁰⁸¹ do indivíduo, havia também o aspecto de segregação e exclusão, creio que é óbvio não apenas pelo que foi dito até aqui mas por ser de notório conhecimento de qualquer um que saiba o mínimo sobre o nazismo. O princípio da *Volksgemeinschaft*, apesar de fundamentar – na mente nazista, é claro – a exclusão de estrangeiros, não servia para explicar como excluir alguns dos próprios “arianos” da comunidade. Assim, a este componente – que, como vimos até aqui, já vinha impregnado de uma biologia pseudocientífica –, soma-se também um *darwinismo social*; o que não quer dizer, é claro, que esta ideia também não servisse de desculpa para a segregação e posterior genocídio de judeus – dos quais muitos eram alemães, mas eram vistos como *Volksfremde*¹⁰⁸² –, assim como de outros povos.

O darwinismo social não é nada além de uma interpretação deturpada da teoria da evolução de Charles Darwin, com o objetivo de sustentar a ideia de que os “mais fortes” e “superiores” devem dominar ou, até, eliminar os “mais fracos” e “inferiores” no âmbito das relações humanas. Isto não implica apenas a segregação mas também ideias de *higiene racial* e *eugenia* para a própria *Volksgemeinschaft*¹⁰⁸³. É possível que estas ideias tenham sido uma influência direta de

1079 LA TORRE, 2008, p. 193.

1080 *Ibid.*, p. 257. Evitei, até aqui, traduzir *posições jurídicas* como *status*, primeiro, porque quis seguir a tradução de La Torre e, segundo, porque *status* também pode ter um sentido jurídico moderno, e quis enfatizar a diferença.

1081 MAJER, 2013, p. 48.

1082 “Alheio ao espírito do *Volk*” (*ibid.*, p. 945). *Fremder* também significa *estranho* e *estrangeiro*.

1083 “Derivando seu ímpeto da teoria de Darwin, a hipótese que veio a ser conhecida como darwinismo social propunha que a competição na sociedade, seja individual, nacional ou internacional, é o componente fundamental da evolução biológica e social. [...] Apesar de ter seu nome, o darwinismo social não se limitou a uma interpretação específica dos escritos de Darwin mas também dos trabalhos de muitos outros, incluindo o filósofo e teórico político e social, Herbert Spencer [...]. Spencer postulou que [...] era apenas erradicando os elementos mais fracos e promovendo os mais fortes que a sobrevivência de um organismo seria assegurada. Na visão de Spencer, o que os eugenistas mais tarde definiram como os espécimes ‘inferiores’ deveriam ser erradicado da sociedade a fim de permitir que os componentes ‘valiosos’ realizassem o potencial máximo da mesma em termos de crescimento e felicidade. Além disto, era perfeitamente aceitável

Houston Chamberlain, porém elas não eram novidades não somente na Alemanha mas também em boa parte do mundo¹⁰⁸⁴.

Assim, a combinação das ideias racistas, do conceito de *Volksgemeinschaft* e do darwinismo social – não podendo se esquecer, da dicotomia *amigo/inimigo* schmittiana¹⁰⁸⁵ – serviu como base para a criação de inúmeras leis segregacionistas e violadoras de direitos, não só de minorias mas de qualquer estrangeiro, além de também funcionar como fundamento para ações extrajurídicas. A primeira lei específica em relação ao assunto foi a infame *Lei para a restauração do serviço público profissional*, de abril de 1933, que, em seu § 3º (1), continha o vago termo *arischer*: “servidores públicos que não são de descendência ariana [*arischer Abstammung*] devem ser aposentados”¹⁰⁸⁶. O decreto de aplicação da lei, por sua vez, especificava os alvos dos nazistas:

1. *In re* § 2 Todos os funcionários públicos que pertençam ao Partido Comunista, a organizações de apoio aos comunistas ou a organizações substitutas não são qualificados. Portanto, devem ser dispensados.

utilizar o ‘inferior’ como uma espécie de trabalho escravo para promover o bem-estar do ‘valioso’. [...] O darwinismo social, com sua aplicação da ‘luta pela sobrevivência’ de Darwin aos assuntos humanos, deu origem à ‘ciência’ da eugenia” (CONROY, 2017, p. 24-5).

1084 “A obra de Chamberlain impressionou muitos de seus leitores pelo seu apelo à ciência para fundamentar seus argumentos. Sua contribuição mais importante a este respeito foi fundir antissemitismo e racismo com o darwinismo social. [...] Chamberlain não estava sozinho na exposição de tais ideias. Uma variedade de autores, cientistas e outros contribuiu para o surgimento, na década de 1890, de uma nova variante do darwinismo social, inflexível, seletiva, que não enfatizava a evolução pacífica mas a luta pela sobrevivência. Um representante típico dessa escola de pensamento foi o antropólogo Ludwig Woltmann, que argumentou, em 1900, que a raça ariana ou germânica representava o ápice da evolução humana e, portanto, era superior a todas as outras. Afirmou, assim, que ‘a raça germânica foi selecionada para dominar a terra’” (EVANS, 2005a, p. 34). Turda comenta que “[a] trajetória interna que a eugenia seguiu pode ter diferido entre países como Grã-Bretanha, França, Alemanha, Romênia e Espanha, como repetiram insistentemente os acadêmicos, mas a moderna tecnologia do corpo nacional proposta pelos eugenistas era essencialmente a mesma em toda a Europa: o desejo controlar a qualidade da população controlando sua reprodução” (TURDA, 2010, p. 31), o que demonstra ter sido um fenômeno em todo o continente. Sobre a eugenia nos Estados Unidos, cf. KÜHL, 2002, *passim*.

1085 “A Suprema Corte do Reich [...] deu franca expressão a algo que poderia ser obtido apenas indiretamente da literatura teórica *völkisch*, a saber, a real substância da desigualdade *völkisch*. Em termos gerais, isto poderia ser definido como um *status* sujeito a um direito distinto, uma posição especial juridicamente diminuída para pessoas ‘estrangeiras’. A autoridade judicial para isto foi fundamentada na concepção do político, desenvolvida por Schmitt e sua escola, segundo a qual a característica constitutiva da política seria a ‘filosofia’ ou ‘teoria das distinções concretas’ entre ‘amigo’ e ‘inimigo’. [...] Assim, já em 1933, fora determinado que o ‘inimigo’ estava fora da comunidade, resultando nas exigências de que, ‘para a execução da distinção entre amigo e inimigo, todos estes deveriam ser eliminados’ [...], e que, como ‘alienígenas e inimigos, não poderiam mais ser tolerados’. Até os adeptos da doutrina constitucional ‘vitalista *völkisch*’, que se opunham a esta dicotomia *amigo/inimigo*, chegaram à mesma conclusão. Era necessário, disseram, substituir a cláusula de igualdade do artigo 109, §1º, da Constituição de Weimar por uma que proclamasse a ‘desigualdade orgânica’ e chegasse ao ‘franco reconhecimento do fato’ de que, por causa da definição necessariamente racial do conceito de *Volk*, ‘desigualdades dentro deste *Volk*’ eram inevitáveis” (MAJER, 2013, p. 51-2).

1086 BRODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 30.

2. *In re* §3º (1) Qualquer um descendente de não arianos, em particular, de pais ou avós judeus, é considerado não ariano. Para isto, é suficiente que um dos pais ou um dos avós seja não ariano. Isto é para ser presumido especialmente quando um dos pais ou um dos avós praticou a fé judaica.

(2) Se um servidor não entrou para o serviço público antes de 1º de agosto de 1914, ele deve provar que é descendente de arianos ou de um veterano de guerra; ou é filho ou pai de um soldado morto em ação durante a guerra mundial. A prova é feita mediante a apresentação de documentos certificados (certidão de nascimento, certidão de casamento dos pais e documentos militares).

(3) Se a ascendência ariana for questionada, deve ser obtido um parecer do especialista em pesquisa racial [...] nomeado pelo Ministério do Interior do Reich.

3. *In re* § 4º (1) Ao investigar se os requisitos da primeira parte do § 4º foram atendidos, todas as atividades políticas do servidor, particularmente a partir de 9 de novembro de 1918, devem ser levadas em consideração.

(2) Todo funcionário, mediante solicitação, é obrigado a fornecer informações à agência superior do Reich ou do Estado (§ 7º) sobre os partidos políticos aos quais pertenceu até agora. Para este regulamento, são também incluídos como partidos políticos o *Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold*, a Associação Republicana de Juizes e a Liga dos Direitos Humanos.¹⁰⁸⁷

Como se pode ver, o “inimigo” é expressamente definido, em termos biológico, como o *judeu* e, em termos políticos, como o *comunista*. É claro que o biológico também era político, mas descrevo nestes termos apenas para criar uma distinção e, também, para mostrar que, ao mesmo tempo, esta distinção colapsa, já que “Hitler fazia os judeus serem responsáveis por todas as ‘humilhações’ do passado (o Tratado de Versalhes, o liberalismo, a democracia, o humanismo, o pacifismo, o marxismo-bolchevismo)”¹⁰⁸⁸, ou seja, para os nazistas, “judeu” e “comunista” eram dois aspectos do mesmo “inimigo” político, e qualquer um poderia ser definido, se não como “judeu”, então como um *Volksfeind* ou *inimigo do Volk* por ter afinidade a ideias “judaicas”.

O *expressamente definido* do decreto deve ser entendido também com ressalvas, pois, ao mesmo tempo que especifica, deixa aberto a outras interpretações. A lei fala apenas do “não ariano”, e o decreto apenas aponta o “judeu” como o paradigma do que deve ser excluído da sociedade; o que não implica, porém, que a mesma lei não pudesse ser utilizada para outros casos. Além disto, no caso dos comunistas, o decreto refere-se ao § 2º (1) da lei, que dizia que “[s]ervidores que entraram para o serviço público a partir de nove de novembro de 1918 sem ter os padrões ou outras aptidões requeridas para suas carreiras devem ser demitidos”¹⁰⁸⁹.

1087 HENTSCHEL, 2011, p. 25-6. A *Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold* (Estandarte do Reich – ainda no sentido da República de Weimar – *Preto-Vermelho-Dourado* – as cores da bandeira republicana), era uma das inúmeras organizações paramilitares do período republicano e que representava a coalizão republicana, mas era liderada pelos social-democratas (cf. EVANS, 2005a, p. 72).

1088 MAJER, 2013, p. 58.

1089 RODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 30.

Como se pode ver, a lei falava de *aptidões*, enquanto o decreto trata o *fator político* como critério de aptidão, indicando que qualquer adversário do regime poderia ser excluído da vida pública quando não da vida como um todo, como ocorreria posteriormente, tanto no caso político quanto no pseudobiológico.

Este recrudescimento das medidas racistas é notório. Em 15 de setembro de 1935, foram promulgadas simultaneamente duas leis emblemáticas, conhecidas em conjunto como as *Leis de Nuremberg*. Uma foi a *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* (*Lei para a proteção do sangue e da honra alemães*), que era mais um passo para a completa segregação dos judeus da vida alemã. A lei proibia casamentos entre judeus e alemães, relações extramariais entre os mesmos, emprego de alemães menores de vinte e cinco anos por judeus e que estes utilizassem as cores e a bandeira do Reich¹⁰⁹⁰.

A outra lei era a *Reichsbürgergesetz* (*Lei de cidadania do Reich*) e trazia distinção entre *membro do estado* (*Staatsangehöriger*) e *cidadão do Reich*:

§1º (1) Um membro do estado é quem está sob a organização protetora do Reich Alemão e, em razão disto, obriga-se a ele. [...]

§2º (1) Cidadão do Reich é apenas o membro do estado de sangue alemão ou afim que, por meio de seu comportamento, prova que está disposto e apto a servir o *Volk* e o *Reich* com lealdade.¹⁰⁹¹

Esta lei retrata o que foi dito anteriormente. Quem não for do *Volk*, está excluído de antemão da vida nacional e, mesmo que não seja um “inimigo”, será o equivalente a um *súdito* de uma monarquia absoluta, tendo apenas obrigações e quaisquer direitos serão apenas uma *mercê* do soberano – direitos que, mesmo a lei dispondo que “[o] cidadão do Reich é o único portador de plenos direitos políticos de acordo com a lei”¹⁰⁹², em virtude do conceito de *posição jurídica* e do *princípio do Führer*, até para o cidadão, não eram muito significativos. O que a lei faz, assim, é afirmar uma posição jurídica distinta entre *súditos* e *cidadãos*. Estes, por sua vez, só serão *Volksgeossen* se, além da “prova de sangue”, comportarem-se adequadamente como “membros da raça”.

A existência destas leis, contudo, não implica que todo o processo discriminatório fosse feito com base legal – em um sentido estrito, de leis promulgadas e publicadas. Tratarei posteriormente da teoria da interpretação jurídica nazista, baseada nos conceitos de *pensamento de ordem concreta*, de Carl Schmitt, e de

1090 Cf. RODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 121-2.

1091 *Ibid.*, p. 122.

1092 *Ibid.*, p. 123.

conceitos concretos gerais, de Karl Larenz, mas, adiantando o assunto, como aponta Diemut Majer:

A discriminação contra pessoas “alienígenas” teve como base a interpretação do direito existente da maneira que Bernd Rüthers descreve precisamente como “interpretação ilimitada”. Este tratamento desigual era justificado com base na desculpa de que o princípio geral sob o qual tudo deveria ser interpretado era o fato do “espírito nacional-socialista” implicar tal discriminação por sua própria natureza, já que a desigualdade baseada na origem racial era parte do programa nacional-socialista. [...] Esta discriminação levou, entre outras coisas, ao princípio de administração judicial de que toda lei continha uma “reserva não escrita”, a saber, que sua intenção jamais poderia ser “conceder [aos judeus] alguma vantagem ou benefício ou protegê-los de desvantagens ou lesões”. [...] Que a “interpretação ilimitada” levaria necessariamente ao abandono da própria ideia de um direito padronizado é provada pelo fato de que, mesmo nos primeiros anos do III Reich, “inimigos da *Volksgemeinschaft*” eram discriminados sem a menor base jurídica.¹⁰⁹³

A campanha nazista contra os judeus, logo após a promulgação destas leis, por “medo de um boicote estrangeiro aos jogos olímpicos [...] e preocupações em evitar perturbações na economia antes que o rearmamento tivesse progresso suficiente”¹⁰⁹⁴, teve sua intensificação atenuada – o que não dizer que tenha sido interrompida¹⁰⁹⁵. Após os jogos olímpicos, contudo, ela tomaria novo flego, havendo uma radicalização do antissemitismo a partir do outono alemão de 1937¹⁰⁹⁶. Um marco desta radicalização foi o evento conhecido como *Kristallnacht* ou *A noite dos vidros quebrados*, nome dado em razão dos “vidros das janelas estilhaçadas das lojas de proprietários judeus que se espalhavam pelas ruas na manhã de 10 de novembro [de 1938]”¹⁰⁹⁷. Este evento criminoso foi um ataque deliberado a sinagogas, residências e estabelecimentos comerciais pertencentes a judeus em toda a Alemanha¹⁰⁹⁸.

Além de toda a barbaridade, é uma característica deste evento a total ausência de qualquer base legal – a não ser que se considere os princípios de

1093 MAJER, 2013, p. 55-6.

1094 NOAKES & PRIDHAM, 2000, p. 353.

1095 A afirmação é dos próprios Noakes e Pridham que, após nomear os anos de 1936 e 1937 como *os anos quietos*, afirmam que “[i]sto não quer dizer que os judeus estivessem livres de novas discriminações e assédios. Em nove de outubro de 1936, por exemplo, um decreto que proibia funcionários públicos de utilizar médicos e farmacêuticos judeus ou hospitais e casas de repouso de judeus foi emitido [...]. De forma semelhante, assédios esporádicos a negócios locais de judeus continuavam” (*ibid.*, *loc. cit.*).

1096 *Ibid.*, p. 357-8.

1097 *Ibid.*, p. 359.

1098 “Ao anoitecer de nove de novembro de 1938, a Alemanha explodiu em violência. Durante a noite e até o dia seguinte, saqueadores alemães destruíram muitas das sinagogas do país e vandalizaram milhares de casas e negócios de propriedade de judeus. Mataram dezenas de judeus e abusaram fisicamente de muitos mais. Com a violência, os policiais cercaram dezenas de milhares de judeus e enviaram-nos para os campos de concentração em Dachau, Buchenwald e Sachsenhausen, onde centenas deles pereceriam nas semanas seguintes” (STEINWEIS, 2009, p. 1).

Volksgemeinschaft e *higiene racial* do *espírito nacional-socialista* como “direito” –, e foi um evento completamente instigado pela liderança nazista, mais especificamente por Joseph Goebbels, e aprovado por Hitler¹⁰⁹⁹. A própria *solução final para a questão judaica*, que levou à materialização do Holocausto, não teve nenhuma base legal, mas, além de toda motivação gerada pela fantasmagoria nazista, teve como *marco administrativo* – na ausência de um termo melhor, já que seria absurdo chamar isto de jurídico – o *Protocolo de Wannsee*, na conferência de mesmo nome, batizada em razão do local onde ocorreu:

Este protocolo é um dos mais importantes documentos do Holocausto. Ele delinea a organização burocrática do assassinato dos judeus europeus. O protocolo é composto em uma linguagem “neutra”, na qual os termos *assassinato*, *extermínio* ou *Solução Final* nunca aparecem; é, portanto, um dos mais bem conhecidos exemplos da linguagem burocrática nazista, que não explicava, mas escondia seus objetivos. A “Conferência de Wannsee” recebe este nome em razão de uma *villa* da SS às margens de um lago em Berlim chamado Wannsee [...]. Estavam ali reunidos os altos oficiais de todos os ministérios do Reich; eles foram convocados por solicitação de Reinhard Heydrich, o chefe do Gabinete Central de Segurança do Reich (RSHA [Reichssicherheitshauptamt]) e chefe da polícia secreta alemã (Gestapo [portmanteau de Geheime Staatspolizei]). Heydrich e seu superior, o líder da SS Heinrich Himmler, estavam no processo de assumir a liderança da “Solução Final para a Questão Judaica”, isto é, o assassinato dos judeus europeus. [...] A reunião foi uma parte deste processo, já que seria necessário a coordenação burocrática para os tremendos esforços a serem realizados em toda a Europa pra matar os 11.000.000 de judeus descritos no documento. Os nazistas, ao final, conseguiram matar entre cinco e seis milhões de judeus europeus.¹¹⁰⁰

Majer está parcialmente correto em falar de *linguagem neutra*, pois, realmente, o documento não possui termos como *assassinato* ou *extermínio*, mas, logo no início, é mencionada a expressão “*the final solution of the jewish question in Europe* [...] *der Endlösung der europäischen Judenfrage*”¹¹⁰¹; e, ainda assim, temos esta irrefutável prova do projeto genocida nazista:

Sob direção apropriada, no curso da solução final, os judeus devem ser alocados para trabalhar no Leste [Europeu]. Lá, os judeus aptos ao trabalho, separados de acordo com o sexo, serão levados em longas colunas de trabalhadores para construir estradas; atividade pela qual, sem sombra de dúvida, uma grande parte será eliminada por causas naturais. [...] A parte remanescente, que, sem dúvida, será a

1099 “Um linha-dura na questão judaica, ele [Goebbels] aproveitou a oportunidade de uma reunião dos ‘velhos combatentes’ em comemoração ao golpe de Munique de nove de novembro de 1923 e à qual Hitler compareceu para propor uma iniciativa radical que aplacaria os ressentimentos reprimidos da base do partido com relação à natureza gradual das medidas antisemitas do regime. Posteriormente, a Suprema Corte do partido nazista preparou um relatório secreto sobre o incidente: [...] O Führer, a partir de sugestão de Goebbels, decidiu que tais demonstrações não deveriam ser preparadas ou organizadas pelo partido, mas também não deveriam ser desencorajadas caso acontecessem espontaneamente” (NOAKES & PRIDHAM, 2000, p. 359).

1100 MAJER, 2013, p. 555.

1101 *Ibid.*, p. 556 e p. 565, respectivamente, referentes à tradução oficial para o inglês e ao original em alemão.

mais resistente, terá que ser tratada de acordo [*entsprechend behandelt*], já que isto representa uma seleção natural [*natürliche Auslese*], e, se for liberada, será um gameta [*Keimzelle*] de uma nova estrutura judaica (veja a experiência histórica).¹¹⁰²

Além de, como dito, ser uma prova documental incontestável do planejamento do Holocausto, podemos ver, neste trecho, como os conceitos de *Volksgemeinschaft* e *darwinismo social* entrelaçam-se na fantasmagoria nazista. *A parte fraca perecerá naturalmente* – seguindo o princípio do darwinismo social –, e *a parte forte* – produto da *seleção natural* e *merecedora de vida* –, apesar disto, deverá *ser tratada de acordo* – assassinada, obviamente – em razão do princípio da *proteção da Volksgemeinschaft*.

Um aspecto da fantasmagoria nazista que, contudo, apenas pode ser explicado exclusivamente pelo darwinismo social, já que afetava os próprios alemães, foi o tratamento dado a pessoas com deficiência e outras enfermidades físicas ou mentais. Ou, se quisermos fazer uma outra leitura, podemos ver como o conceito de *Volksgemeinschaft* acaba sendo cada vez mais definido em termos de uma pseudociência biológica, justificando ataques à própria comunidade para a realização de uma “higiene racial”, “torná-la mais forte” e outras sandices que podem vir da mente de um nazista.

Logo em 1933, foi promulgada a *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses* (*Lei para prevenção de filhos com doenças hereditárias*) que, em seu §1º (1), determinava:

Quem possuir uma doença hereditária pode ser tornado infértil (esterilizado) se, de acordo com o julgamento da ciência médica, a procriação por tal pessoa seja susceptível de produzir crianças que sofram de sérios defeitos hereditários físicos ou mentais.¹¹⁰³

Em 1935, foi publicada outra lei, regulando casamentos, cujo §1º era este:

(1) Nenhum casamento será solenizado se:

- (a) Qualquer uma das partes sofrer de uma doença potencialmente contagiosa que possa resultar em efeitos prejudiciais substanciais para a saúde do parceiro ou de seus filhos.
- (b) Qualquer uma das partes houver sido declarada legalmente incapacitada ou estiver sob curatela temporária.
- (c) Qualquer uma das partes, que houver sido declarada incapacitada legalmente, sofra de doença mental que torne o casamento indesejável para a *Volksgemeinschaft*.
- (d) Qualquer uma das partes sofrer de uma doença hereditária, conforme definido pela Lei de Prevenção de Filhos com Doenças Hereditárias.

(2) O regulamento no §1º, seção (d) não restringe o casamento no caso de uma das partes ser estéril.¹¹⁰⁴

1102 MAJER, 2013, p. 568.

1103 RODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 116.

1104 *Ibid.*, 1982, p. 121.

Estas ideias já haviam sido expostas por Hitler em seu livro:

O estado *völkisch* deve compensar o que hoje é negligenciado nesta área em todos os aspectos. Deve colocar a raça no centro da vida em geral. Deve cuidar da preservação de sua pureza. Deve fazer da criança o bem mais precioso de um *Volk*. Deve fazer com que somente os saudáveis gerem filhos; que há apenas uma desgraça: ser doente e trazer crianças ao mundo apesar das próprias deficiências. Há, porém, uma honra superior: renunciar a isto.¹¹⁰⁵

Tais medidas contra deficientes e enfermos não parariam por aí; logo seria implementando um programa que os nazistas chamavam de *eutanásia*, pois, “para eles, este termo camuflava os assassinatos em massa”¹¹⁰⁶. O programa só foi levado a cabo durante a guerra não porque não houvesse vontade antes, mas porque o próprio Hitler pensava que haveria resistência, e isto criaria dificuldades para o regime durante os tempos de paz¹¹⁰⁷. Novamente, não havia nenhuma base legal para tal ação¹¹⁰⁸. Há, no entanto, um memorando de Hitler ordenando os assassinatos¹¹⁰⁹. Lifton considera ter havido cinco etapas nos ataques nazistas ao que eles conceituavam como *vida indigna de vida* (*lebensunwertes Leben*):

Das cinco etapas identificáveis pelas quais os nazistas executaram o princípio da “vida indigna da vida”, a esterilização coercitiva foi a primeira. Seguiu-se a morte de crianças “deficientes” nos hospitais; e, depois, a morte de adultos “deficientes”, a maioria de hospitais psiquiátricos, em centros especialmente equipados com gás monóxido de carbono. Este projeto foi estendido (nos mesmos centros de extermínio) aos internos “debilitados” dos campos de concentração e extermínio, e, por fim, aplicado nos assassinatos em massa, principalmente de judeus, nos próprios campos de extermínio.¹¹¹⁰

Para concluir esta parte sobre a influência do darwinismo social nas perseguições discriminatórias nazistas, esta ideia de “higiene racial” dentro dos que, tecnicamente, eram *Volksgemeinschaft* estendeu-se também a todos que eram considerados “associais” pelo regime:

1105 HITLER, 1941, p. 608.

1106 LIFTON, 1986, p. 21.

1107 “Era sabido que Hitler era a favor de eutanásia involuntária, pelo menos, desde 1933. [...] Ele [contudo] tinha ‘a opinião que tal problema poderia ser lidado mais tranquila e facilmente durante a guerra’, e a resistência que era esperada das igrejas teria menos impacto do que em tempos de paz” (KERSHAW, 2008, p. 530-1).

1108 “De fato, não havia nenhuma base legal para o que estava acontecendo. Hitler recusava explicitamente a ter uma lei da ‘eutanásia’, rejeitando a perspectiva de ter uma pesada burocracia e limites jurídicos. Mesmo de acordo com as teorias jurídicas da época, a ordem de Hitler não poderia ser considerada como um decreto formal do Führer e, portanto, não possuía o caráter de lei” (*ibid.*, p. 528-9).

1109 “*Reichsleiter* [líder do Reich, líder do partido no âmbito do Reich, cf. MAJER, 2013, p. 943, Philipp] Bouhler e méd. Dr. [Karl] Brandt estão instruídos e autorizados a ampliar os poderes dos médicos designados na medida em que pessoas que estejam sofrendo de doenças que possam ser consideradas incuráveis, de acordo com os padrões de julgamento humano e com base em um exame cuidadoso de sua condição, devem ter uma morte misericordiosa” (HITLER, 2013, p. 344).

1110 LIFTON, *op. cit.*, *loc. cit.*

Em fevereiro de 1936, Hitler aprovou uma reorientação de todo o sistema, na qual a SS e a Gestapo de Himmler foram encarregadas não apenas de evitar o ressurgimento de alguma resistência [...], mas também [...] de expurgar a raça alemã de elementos indesejáveis. Faziam parte deste grupo, sobretudo, criminosos habituais, antissociais e, de modo mais geral, todos aqueles que se desviavam da ideia e da prática de um membro saudável normal da *Volksmeinschaft* alemã. [...] Em março de 1937, Himmler determinou a detenção de dois mil dos chamados criminosos profissionais ou habituais [...]. Diferentemente dos “confinados por medida de segurança”, cuja sorte tinha que ser decidida pelos tribunais, estes eram colocados diretamente nos campos de concentração sem nenhum processo legal. Um decreto emitido em 14 de dezembro de 1937 permitiu a detenção e confinamento em campos de concentração de todos aqueles que o regime e suas várias agências – trabalhando agora, mais do que antes, em maior cooperação com a polícia – definiam como antissociais. Pouco depois, os ministros do Interior do Reich e da Prússia estenderam a definição de antissocial para englobar qualquer um cuja atitude não se ajustasse dentro da *Volksgemeinschaft*, incluindo ciganos, prostitutas, cafetões, vagabundos, andarilhos, mendigos e arruaceiros.¹¹¹¹

5.2.4

Übermensch e Führerprinzip

Além do processo segregacionista, excludente e, em última instância, genocida do darwinismo social, há também o seu aspecto de engenharia social ou o que podemos chamar da tentativa nazista de *acelerar a evolução*¹¹¹². Um pouco sobre isto já foi falado aqui, como quando citei o processo de *Gleichschaltung* que, literalmente, significa sincronização ou coordenação, mas representava a ideia do alinhamento de todos os segmentos da sociedade, sejam políticos, econômicos ou culturais, aos objetivos e à fantasmagoria do nazismo. Isto envolvia a criação de inúmeras organizações ou associações nazistas, e um exemplo que foi dado foi o da Juventude Hitlerista. Outro exemplo é o da Schutzstaffel, mais conhecida como SS, liderada pelo tão notório quanto infame Heinrich Himmler e que teve origem como uma espécie de *guarda pretoriana* de Hitler, mas, após o expurgo da liderança da SA, na já mencionada *Noite dos longos punhais*, tornou-se a principal organização nazista e sua tropa de elite¹¹¹³.

1111 EVANS, 2005b, p. 87-8. Apesar das datas acima, isto não quer dizer que não houvesse perseguição antes: “[a] repressão aos *Volksfremde* começou imediatamente em 1933, quando centenas de ‘criminosos profissionais’ foram detidos pela polícia na primeira de uma série de ações orquestradas [...]. Em setembro de 1933, cerca de cem mil andarilhos e mendigos foram detidos na ‘semana dos mendicantes do Reich’” (*ibid.*, p. 87).

1112 “[O] universo cristão e darwinista tinham em comum o fato de negar que a humanidade pudesse controlar seu próprio destino. No primeiro, os acontecimentos humanos estavam sujeitos à vontade divina; no segundo, estavam sujeitos a mudanças aleatórias na natureza. O otimismo sem limites de Hitler contrastava com o pessimismo ‘realista’ do darwinismo e do cristianismo. O líder alemão defendia a visão de que a humanidade poderia de fato controlar seu próprio destino evolucionário. Ele comparava a criação de homens com a criação de cães, ignorando o fato de que o ‘vira-lata’ selecionado naturalmente é genuinamente superior às distorções de *pedigree* criadas pelos caprichos dos criadores de cães” (BIRKEN, 1995, p. 63).

1113 “O desarmamento da SA, que começou antes do expurgo de sangue, prosseguiu

Até aqui, estas instituições podem ser comuns a qualquer regime que queira doutrinar a população em sua fantasmagoria, mas, no nazismo, as mesmas serviam também para selecionar os “melhores da raça”, como se poder ver como era concebida a seleção dos membros de tais associações. A SS, por exemplo:

[D]everia tornar-se a melhor tropa paramilitar na Alemanha [...]. O futuro guardião do futuro exército nacional deveria ser reconhecível em qualquer vestimenta civil: seu porte, constituição, atitude – na verdade, sua herança biológica – revelaria sua condição de membro da SS. Não haveria rostos eslavos ou mongóis na SS, disse Himmler. A SS deveria se tornar uma comunidade de sangue, os portadores do sangue da raça nórdica. O futuro oficial da SS deveria ter sua família e antecedentes cuidadosamente investigados, pois supunha-se que, quando as decisões fatais deveriam ser tomadas, somente o mais puro dos puros poderia agir sem hesitação [...]. Reconhecíveis aqui são os valores da antiga casta oficial traduzida em racismo nazista.¹¹¹⁴

Himmler era um dos nazistas mais obcecados com o darwinismo social, como se poder ver no seu projeto *Lebensborn*:

A obsessão de aumentar a taxa de natalidade na Alemanha resultou na criação de sinistras instituições oficiais nazistas para promover a eugenia. Com o objetivo de transformar a nação alemã em uma “super-raça” por meio de reprodução seletiva, Himmler organizou um programa chamado *Lebensborn eingetragener Verein* (Sociedade [incorporada, no sentido jurídico] da Fonte da Vida) e teve um interesse pessoal em todas as suas minúcias, desde as condições de admissão até a nutrição. [...] O objetivo da sociedade era o acasalamento de machos vigorosos com fêmeas sadias com o objetivo de propagação máxima de crianças “arianas” de alta qualidade. Os *Lebensborn* enfatizavam o dever das mulheres alemãs de terem filhos de raça pura e cuidavam das esposas e namoradas da polícia e dos membros da SS. [...] As meninas selecionadas (apenas quarenta de cada cem pedidos eram considerados) eram ensinadas que seu dever era fazer filhos para o Terceiro Reich e encorajadas a engravidarem de homens racialmente sadios da SS que, casados ou não, eram liberados de qualquer responsabilidade pelas crianças. Mães geneticamente valiosas eram compelidas a fazer um juramento de sigilo. Depois de investigações cuidadosas de sua “pureza racial ariana”, eram supervisionadas por enfermeiras selecionadas, recebiam refeições saudáveis, uma pensão mensal de 400 marcos e podiam frequentar cursos de maternidade. Mulheres solteiras adquiriam um certificado de adequação racial e, mais tarde, poderiam casar-se legalmente com homens da SS.¹¹¹⁵

pacificamente. Quase de um dia para o outro, os três milhões de homens associados à SA encontraram-se membros de uma organização tão inofensiva quanto o movimento do Instituto da Mulher. Quatro semanas depois dos assassinatos, em 26 de julho de 1934, Hitler emitiu um decreto liberando a SS da supervisão da chefia da SA, tornando Himmler responsável diretamente a ele” (REITLINGER, 1957, p. 72).

1114 KOEHL, 2004, p. 59. Mesmo após o expurgo da SA, “Himmler estava tão decidido quanto à seleção racial perfeita de seus recrutas que manteve [o número de inscritos] bem abaixo de sua cota e, em janeiro de 1937, declarou: ‘Eu insisto em uma altura mínima de 1,70m. Eu pessoalmente seleciono cem ou duzentos por ano e insisto em fotografias que revelam se há alguma característica eslava ou mongol. [...] Ainda escolhemos apenas quinze de cada cem candidatos que se apresentam’” (REITLINGER, *op. cit.*, p. 72).

1115 LEPAGE, 2009, p. 47.

Quanto à Juventude Hitlerista, pelo menos desde que passou a ser obrigatória¹¹¹⁶, não poderia mais se dar ao luxo de selecionar seus candidatos. No entanto, para a admissão em sua escola de líderes:

Cada cadete aspirante deveria apresentar os documentos necessários para comprovar sua *Deutscheblutige Abstammung* (descendência de sangue alemão); um certificado médico comprovando que tinha uma constituição saudável (sua e de sua família); um certificado indicando possuir o *HJ-Leitungsabzeichen* [o certificado de desempenho da Hitlerjugend]; um parecer emitido pelo representante local do partido sobre a conduta social, política e ideológica de sua família; e, finalmente, um comprovante de que completara seu treinamento escolar e profissional.¹¹¹⁷

É claro que este aspecto de *engenharia social* do darwinismo social também levava à discriminação, mas quis apontar aqui que, ao contrário da mera exclusão, que tinha um aspecto apenas negativo – aqui, obviamente, em um sentido que não indica que o seu oposto seja “bom” –, a engenharia social eugênica excluía porque separava os supostamente “superiores” dos supostamente “inferiores”. Isto engendrava uma competitividade inerente ao nazismo, que contrastava com o seu extremo coletivismo, visto anteriormente. Podemos até chamar isto de seu aspecto individualista, não em um sentido materialista, hedonista ou egoísta, como o termo é entendido atualmente, mas no de uma certa obsessão dos nazistas pela figura do *Held* (*herói*), cuja relação com a *Volksgemeinschaft* já fora expressa por Houston Stewart Chamberlain em sua obra que tanto influenciou os nazistas:

Tão importante quanto a clara compreensão da relação orgânica entre raça e nação é a da relação orgânica da raça com sua quintessência: o herói ou gênio [...]; estes indivíduos são os pés que carregam e as mãos que constroem de todo o povo; são o semblante no qual nós outros nos vemos; são os olhos que contemplam o resto do mundo de uma forma especial e, depois, comunica o que viu ao resto do organismo. [...] Mas eles são produzidos por toda a corporação; eles só podem surgir de sua ação vital; somente nela e dela ganham importância.¹¹¹⁸

Neste aspecto, o darwinismo social junta-se a uma apropriação da filosofia de Nietzsche calcada nos conceitos de *Übermensch* (*super-homem*) e *vontade de poder*¹¹¹⁹. Isto é mais perceptível nos escritos de Alfred Rosenberg, que, em seu

1116 A obrigatoriedade só foi imposta em 1939 (cf. PONZIO, 2015, p. 103).

1117 *Ibid.*, p. 147.

1118 CHAMBERLAIN, 1899, p. 294.

1119 De um modo geral, assim como ocorreu com a apropriação das teorias de Charles Darwin pelos nazistas, é considerado que estes realizaram uma leitura, se não completamente distorcida, ao menos, recortada da obra de Nietzsche. Fritz Stern, por exemplo, a quem citei anteriormente quando falei da *política do desespero cultural*, comparando Nietzsche com os autores que considerava como antecessores do nazismo – Lagarde, Langbehn e Moeller van den Bruck –, afirmou que “[a]lém das diferenças de estilo e caráter, havia muitos pontos substanciais nos quais suas posições eram antitéticas. Nietzsche admirava o Iluminismo; os críticos alemães temiam-no. Ele começou e terminou como um ‘bom europeu’ e denunciou incansavelmente o nacionalismo alemão, o antissemitismo e outras crenças protonazistas” (STERN, 1974, p. 285).

livro *O mito do século XX*, nomeou uma de suas seções como *Nietzsche, o profeta*¹¹²⁰ e assim concebia as etapas de sua fantasmagoria palingenética:

Para alcançar o super-homem, várias coisas seriam necessárias. [...] Primeiro, a vontade da nação teria que ser forjada em uma única entidade que se tornaria dura como aço. [...] Segundo, o forjar da vontade seria realizado não através de um único ato da multidão, mas por meio de um único ato de um superlíder nacional. [...] Tal pessoa é mais bem descrita como uma personalidade formadora de caráter nos escritos de Rosenberg. [...] Em certo sentido, este formador de caráter seria um super-homem de Nietzsche, mas o mais importante é enxergá-lo como algo mais. Ele seria um portal através do qual toda a nação passaria. A nação deixaria de ser mera cronologia para tornar-se verdadeira história racial. [...] Terceiro, a vontade nacional seria declarada como um programa político. [...] Tudo estaria contido dentro da ideia; nada seria permitido que a enfraquecesse e nada escaparia de sua aplicação e tudo seria abrangido por ela. A ideologia articularia uma lógica para a existência de todas as coisas. Qualquer ideia teria que ser julgada de acordo com seus padrões.¹¹²¹

Assim, a obsessão dos nazistas com a “raça” caminhará lado a lado com a obsessão dos mesmos pelos “heróis”. Isto é bem perceptível, por exemplo, na reforma do currículo escolar:

Já em 30 de julho de 1933, o decreto principal estabelecia “diretrizes para os livros de história”, de acordo com o qual as lições, a partir de então, seriam construídas em torno do “conceito de heroísmo em sua forma germânica, ligado à ideia de liderança”. [...] A geografia foi reformulada em termos de ideologia nazista para enfatizar “os conceitos de lar, raça, heroísmo e organicismo”, como dizem os títulos dos capítulos de um manual para professores.¹¹²²

Como vemos no trecho acima, o conceito de *herói* conecta-se à ideia de *liderança*, o que nos leva a mais um princípio que possui efeitos tanto políticos como jurídicos, que é o *Führerprinzip* ou o *princípio do líder* ou mesmo *de liderança*, em uma tradução mais livre – pois o termo exato para isto seria *Führung* –, mas que faz todo o sentido, como veremos.

Moeller, autor de um livro chamado *O Terceiro Reich* antes dos nazistas utilizarem o termo, mas que, provavelmente os influenciou, reconhecia algumas diferenças, como se pode ver em suas “queixas de que Nietzsche não ampliou suficientemente sua vontade de poder: ‘É talvez óbvio que Nietzsche deveria ter empreendido a transferência de seus princípios de sua vontade de poder ... para a raça’. Moeller, em síntese, acusava Nietzsche de não ser um darwinista social; de não estender sua moralidade individualista ao *Volk*. Nietzsche, é claro, havia advertido sobre esta ilícita transferência da vontade de poder do homem ao estado” (STERN, 1974, p. 287). Walter Kaufmann, por sua vez, apresenta uma interpretação mais ponderada, reconhecendo que Nietzsche, sim, era um *elitista* e considerava que “somente alguns artistas e filósofos [...] realizam as aspirações da humanidade [...]”. Ao mesmo tempo, entretanto, estava perfeitamente claro que Nietzsche enxergava a arte, a religião e a filosofia – e não a raça – como meios de elevar o homem acima das feras e alguns homens acima da massa da humanidade” (KAUFMANN, 1974, p. 285). De qualquer forma, o objetivo deste trabalho não é atacar nem defender Nietzsche; e, com estas observações, quero apenas indicar que, independentemente da qualidade da interpretação, os nazistas tinham Nietzsche como modelo de filósofo, e o relevante, aqui, é indicar as origens da fantasmagoria daqueles.

1120 Cf. ROSENBERG, 1939, p. 530.

1121 WHISKER, 1990, p. 173-4.

1122 EVANS, 2005b, p. 261-5.

O primeiro aspecto deste princípio, já abordado, é a identificação do *Führer* com a *Volksgemeinschaft* – os pés que carregam e as mãos que constroem de todo o povo, como no trecho de Chamberlain. Política e juridicamente, isto significa que o *Führer*, como *Held des Volkes* ou *herói do povo*, possui um poder absoluto:

O *Führer* reúne em si todo o poder soberano do Reich; todo poder público, no estado e no movimento, é derivado do poder do *Führer* [*Führergewalt*]. Não devemos falar de “poder estatal” mas de “poder do *Führer*” se caracterizarmos corretamente o poder político no *völkisches Reich*. Pois não o estado como uma entidade impessoal é o portador do poder político, mas este é dado ao *Führer* como o executor da vontade geral *völkisch*. O poder do *Führer* é abrangente e total; reúne em si todos os meios de organização política [...]. Ele procede do *Volk*, isto é, é confiado ao *Führer* do *Volk*; é por causa do *Volk*; tem sua justificação no *Volk*.¹¹²³

Até aqui, no entanto, pode não haver muita diferença de qualquer outro regime absolutista exceto pela forma que busca sua legitimação; o que era característico do nazismo, porém, era que esta ideia de *liderança* deveria transformar-se em princípio organizacional do estado. No topo, estava o *Führer*, como um *Überführer* que detinha poderes absolutos, mas, em todas as outras esferas, vários *kleine Führer* (pequenos líderes) deveriam agir discricional e arbitrariamente – apesar de, na mente dos nazistas, estarem agindo pelo *Volk* –, sendo limitados apenas por um outro *Führer* de hierarquia superior. Hitler já havia expresso esta ideia em seu livro, repetindo muito do que já vimos nesta seção e corroborando com a tese do *coletivismo individualista* nazista:

[T]odas as invenções são o resultado da capacidade criativa de alguma pessoa. [...] As massas não inventam e nem a maioria organiza ou pensa, mas, em tudo, só o indivíduo, a pessoa. [...] Uma comunidade humana só aparenta ser bem organizada quando facilita o trabalho destas forças criativas da maneira mais flexível possível e aplica-as para o seu benefício. [...] Ela mesma deve ser a incorporação do esforço de colocar as cabeças acima das massas e de sujeitar as massas à cabeça. [...] A seleção destes líderes é realizada, acima de tudo [...], pela dura luta pela vida. Muitos caem e perecem, provando assim que não eram os derradeiros escolhidos, e apenas alguns resultam finalmente como os selecionados. [...] Disto decorre a seguinte conclusão: a melhor constituição e forma de estado é aquela que, com a mais natural certeza, coloca os melhores líderes da *Volksgemeinschaft* em uma posição de maior importância e influência. [...] O estado, em sua organização, começando com a menor célula da comunidade até a mais alta liderança de todo o Reich, deve ser construído sobre o princípio da personalidade [*Persönlichkeitsprinzip*]. [...] O Estado *völkisch*, desde a comunidade até a direção do Reich, não tem um órgão representativo que decida por maioria, mas apenas corpos de conselhos que estão ao lado do respectivo líder escolhido, recebendo parte de seu trabalho, de modo que, conforme as circunstâncias exijam, eles, por sua vez, devem assumir a responsabilidade absoluta em certos domínios, exatamente como, em grande escala, faz o próprio líder ou o chefe da respectiva corporação.¹¹²⁴

1123 HUBER, 1939, p. 230.

1124 HITLER, 1941, p. 664-71, grifos no original.

Antes da tomada do poder (*Machtergreifung*), este princípio de organização já era adotado na estrutura do partido¹¹²⁵. Com o princípio do *movimento* (*Bewegung*) – que, na concepção de Schmitt, o partido ainda era algo distinto do estado¹¹²⁶, mas, com a reformulação de Huber, passou a significar a unidade entre estado e partido¹¹²⁷ –, fez parte do processo de *Gleichschaltung* a incorporação deste aspecto do *Führerprinzip* em todas as esferas da organização do estado¹¹²⁸. Isto que parece ser paradoxal contrastado com o conceito de *Volksgemeinschaft* passa a fazer sentido quando observado a partir da ótica do darwinismo social: o objetivo de Hitler e seus asseclas ao fomentar a competição era forçar uma *seleção natural* que fizesse emergir líderes dotados com as características estimadas pelos nazistas.

Ian Kershaw traz ainda mais um conceito relacionado ao *Führerprinzip* e que nos revela bastante como funcionava o nacional-socialismo: o conceito de *trabalhando em direção ao Führer*. Segundo ele, ao contrário da imagem de um estado totalitário no qual há um aparato central que tudo controla, o governo de

1125 “A própria organização administrativa centralizada do Partido Nazista em todo o país data de meados da década de 1920. Cada distrito administrativo (chamado de *Gau*, um termo arcaico que originalmente designava uma antiga região tribal germânica) era chefiado por um *Gauleiter* nazista (*líder do distrito*) que exercia controle absoluto em sua região de acordo com o princípio de liderança dos nazistas” (STACKELBERG, 1999, p. 106).

1126 “Um partido conduzindo o estado e povo, e recrutado de todos os estratos do povo, mas autocontido e chefiado hierarquicamente, pois requer uma organização especialmente rígida e uma firme liderança” (SCHMITT, 2001, p. 12).

1127 “A unidade de partido e estado não é apenas uma forma organizacional de nossa estrutura de estado, mas determina a essência do novo Reich; o Reich é um estado de movimento [*Bewegungsstaat*]. [...] A comunidade política [enquanto *movimento*] é a força organizada que estabelece e molda a unidade e a ordem do estado; é o portador de princípios ideológicos que determinam a vida geral da comunidade unida pelo Estado” (HUBER, 1939, p. 289).

1128 Evans narra como o *Führerprinzip* foi implementado em todas as áreas. “A iniciativa cultural local foi sufocada pela criação de grandes organizações de massa no processo de ‘coordenação’. A introdução do princípio da liderança em todos os lugares só piorou as coisas” (EVANS, 2005b, p. 215). “Comissões de gestão escolar e associações de pais foram transformadas de instituições democráticas em agências de controle. [...] Isto [uma lei de 1936] reforçou ainda mais o princípio de liderança, que já fora introduzido em 1934, com o diretor agora como o ‘líder’ da escola e os professores como sua ‘comitiva’, os quais não tinha mais qualquer voz no funcionamento da escola, mas simplesmente tinham que aceitar as ordens de cima” (*ibid.*, p. 271). “Como outras instituições conservadoras, as fraternidades opunham-se veementemente à República de Weimar e aprovaram a tomada do poder pelos nazistas [...]. Ao mesmo tempo, porém, foram obrigadas a introduzir o princípio de liderança em sua gestão anteriormente coletiva, nomear nazistas para cargos principais e expulsar quaisquer membros mesmo remotamente judeus” (*ibid.*, p. 294). “Em vez de corporações autogovernadas, os artesãos viram-se recrutados em guildas organizadas segundo o princípio da liderança e dirigidas de cima para baixo” (*ibid.*, p. 437). “As novas leis acabaram com a estrutura de negociações e regulamentações coletivas bilaterais entre empregadores e sindicatos, que havia sido uma das grandes conquistas da política trabalhista de Weimar, e substituiu-a por uma nova estrutura que incorporava o ‘princípio de liderança’ nacional-socialista. Eles enfatizaram que não havia necessidade de antagonismo entre trabalhadores e empregadores no novo estado nacional-socialista; ambos trabalhariam juntos em harmonia como parte da recém-unificada *Volksgemeinschaft* alemã” (*ibid.*, p. 460-1).

Hitler era muito mais anárquico. “A maneira de Hitler operar dificilmente conduzia a um governo ordenado”¹¹²⁹. Diante disto, desenvolveu-se este princípio do *trabalhando em direção ao Führer*, o qual Kershaw ilustra com um discurso de Werner Willikens, Secretário de Estado do Ministério de Alimentos do III Reich:

Todos que tiveram a oportunidade de observar sabem que o Führer dificilmente pode, estando acima de todos, ditar tudo que pretende realizar [...]. Ao contrário, todos com um cargo público na nova Alemanha, até agora, trabalharam mais efetivamente quando, por assim dizer, *trabalharam em direção ao Führer*. [...] É o dever de todos tentar *trabalhar em direção ao Führer* de acordo com o que ele desejaria que fosse feito.¹¹³⁰

É claro que, aqui, *Führer* é uma *ideia* e não a própria pessoa, pois poucos tinham contato direto e integral com Hitler; é um *Führer imaginado*, *qua princípio*, como um axioma do sistema jurídico do III Reich. Falo *sistema* – e, também, *jurídico* – até para manter a terminologia comumente utilizada, pois, como aponta Kershaw, “o regime de Hitler era inimigo da administração e do governo racionalmente ordenado. Sua principal característica era *ausência de sistema*; desordem governamental e administrativa”¹¹³¹.

Esta tese de Kershaw, conjugada com o aspecto do *Führerprinzip* como *Persönlichkeitsprinzip*, é importante para desmascarar um mito muito evocado pelos nazistas que procuravam exonerar-se de seus crimes. A tese de defesa era que, como o *Führerprinzip* significava que Hitler era o líder absoluto, os executores de tais crimes estavam apenas *seguindo ordens*¹¹³². A tese de Radbruch ajudou a sustentar esta *mística*, mas, como aponta Specter:

Como concluiu Manfred Walther: “a reivindicação por um direito suprapositivo não era uma alternativa ao pensamento jurídico do Terceiro Reich. O ‘novo começo’ [do direito alemão pós-II Guerra] indicava mais uma continuidade dos elementos centrais do pensamento jurídico dos tempos fascistas do que era comumente aceito. A tese de Radbruch teve, nos termos de sua recepção histórica, a função de ocultar esta continuidade”. [...] Em toda a discussão sobre a alegada neutralidade de valores dos juízes e da doutrina jurídica nazista, o fato de “justiça material” e “ilegalidade material” terem sido palavras de ordem do direito criminal nazista foi reprimido por não se encaixar na afirmação de que os juízes foram vítimas de uma educação “formalista”. [...] Os juízes nazistas sempre foram além do que era oficialmente requerido pela lei para antecipar a vontade subjacente ao Führer. A doutrina jurídica nazista era, na verdade, o exato oposto do positivismo jurídico.”¹¹³³

1129 KERSHAW, 1999, p. 235.

1130 *Ibid.*, p. 249, grifos meus.

1131 *Ibid.*, p. 241.

1132 Analisando as defesas utilizadas por nazistas, Harry Reicher assim a descreve: “[e]la pode ser resumida da seguinte forma: eu estava seguindo a lei, e a lei requeria que assim eu fizesse. A implicação era: eu fui obrigado a fazer o que fiz; eu não tive escolha e, portanto, não tive responsabilidade” (REICHER, 2013, p. 143).

1133 SPECTER, 2010, p. 55.

Specter quase cita literalmente o conceito *trabalhando em direção ao Führer*. Anthony McElligott, em uma obra dedicada exclusivamente ao assunto, apresenta um artigo sobre a adoção do princípio pelo judiciário e conclui:

É realmente concebível que, em 1942 ou 1943, qualquer dos 14.000 juízes não soubesse ou não entendesse os objetivos do regime? É duvidoso, como os poucos exemplos [...] dos dispostos a trabalhar – ou melhor, sentenciar – em direção ao Führer testemunham, assim como as ações dos que se recusaram a fazer. O conceito de *trabalhando em direção ao Führer* nos permite acomodar a complexidade dos motivos – decorrentes de ideologia, oportunismo pessoal ou pressão institucional – que levaram os juristas a tornarem-se executores da “vontade” de Hitler e, portanto, cúmplices dos crimes do Terceiro Reich.¹¹³⁴

É claro que a tese, por outro lado, não só não tem a intenção de exonerar Hitler como também não o faz. Kershaw descreve a posição do Führer na ordem político-constitucional como tendo uma função tríplice:

Como *unificador*, a “ideia” incorporada na quase deificada figura do Führer era suficientemente indistinta mas dinâmica para agir como um elo de ligação não apenas para as diversas facções do movimento nazista que guerreavam entre si mas também [...] para as elites não-nazistas neoconservadoras no exército, na economia e na burocracia estatal. [...] Como *catalisador*, a “visão” incorporada por Hitler servia como um estimulante para a ação das diferentes agências do próprio movimento nazista, nas quais as energias reprimidas e expectativas sociais não satisfeitas poderiam ser extravasadas pelo ativismo realizado em nome de Hitler para atingir os objetivos do líder e do partido. [...] Talvez o mais importante de tudo, como *autorizador*, a autoridade de Hitler dava suporte implícito e sanção para aqueles cujas ações, por mais que desumanas e radicais fossem, enquadravam-se na geral e vaga missão ideológica de promover os objetivos do Führer. Construir a *Volksgemeinschaft*, preparar-se para o confronto final com o bolchevismo, purificar o Reich de seus inimigos políticos e biológicos ou raciais e remover os judeus da Alemanha davam salvo-conduto para iniciativas que, ao menos que fossem inoportunas ou contraproduativas, teriam mais ou menos uma garantia de sanção da liderança.¹¹³⁵

5.2.5

Lebensraum e o imperialismo nazista

Tal como ocorria nos ataques às minorias que, exceto pela lógica nazista, seriam consideradas como membros da *Volksgemeinschaft*, uma lógica semelhante de *proteção contra uma outra ameaça étnica* foi utilizada contra a população eslava do leste europeu:

O melhor exemplo da transformação do significado do conceito de “desigualdade *völkisch*” na direção de um princípio político é percebida na posição nacional-socialista com relação aos povos da Europa Oriental. Desde o início, Hitler, assim como a liderança nazista, tinha um ódio específico dos chamados povos eslavos, considerados inferiores e destinados à futura classe de escravos da Europa. De um ponto de vista puramente racial, no entanto, isto era inconcebível, já que, mesmo

1134 MCELLIGOTT, 2003, p. 173.

1135 KERSHAW, 1999, p. 246-7.

de acordo com a etnologia alemã, era impossível falar de uma raça eslava. Segundo a doutrina nacional-socialista, a justificativa para a discriminação contra os eslavos estava mais na “ameaça étnica” representada por sua fecundidade. É por isto que Hitler, logo de início, traçou planos precisos para a futura “política de despovoamento” do Leste Europeu, o que previa a aniquilação destes povos e foi realizada posteriormente pela administração pública e pelas forças policiais.¹¹³⁶

Esta lógica era complementada por uma ideologia que, além de servir ao ideal de proteção, possuía uma relação com a ideia social-darwinista de que o mais “forte” deve triunfar, expandir-se e conquistar. Era o conceito de *Lebensraum* ou *espaço vital*¹¹³⁷; ideia que, contudo, não era nova, tendo, como início de seu desenvolvimento, a última década do século XIX e, como marco simbólico inicial, um artigo de Friedrich Ratzel chamado *Der Lebensraum*¹¹³⁸. Sendo assim, não era algo exclusivo dos nazistas, e “o imperialismo *Lebensraum* [...] foi difundido por quase toda a direita política alemã”¹¹³⁹.

A base de ideologia do *Lebensraum* era uma outra pseudociência, a *geopolítica*; mais especificamente a *Geopolitik*, que era sua versão alemã e foi inventada também por Ratzel, não devendo ser confundida com a geografia política, que é realmente uma ciência¹¹⁴⁰. Como tal, a *Geopolitik* procurava dar uma roupagem científica para o que, na verdade, era apenas mais uma desculpa para o expansionismo, o imperialismo e, nas mãos dos nazistas, o genocídio¹¹⁴¹.

1136 MAJER, 2013, p. 62-3

1137 “Para um crente, a teoria racial justifica a ‘libertação’ dos alemães da soberania estrangeira e a incorporação de territórios habitados em grande parte por alemães à Alemanha Maior. [...] De forma alguma, contudo, o racismo ou a doutrina do imperialismo social justificam a ‘nova ordem europeia’ da Alemanha; a conquista de estados subdesenvolvidos e inquestionavelmente não-alemães. [...] Sua incorporação ao Reich requer outras armas ideológicas: a doutrina do espaço vital (*Lebensraum*)” (NEUMANN, 2009, p. 130).

1138 Cf. RATZEL, 1901, *passim*. “O termo *Lebensraum*, de fato, foi aparentemente usado pela primeira vez pelo pai da geopolítica, o geógrafo Friedrich Ratzel, em um pequeno trabalho com esse título publicado no início do presente século” (NEUMANN, *op. cit.*, p. 136). Ratzel, na verdade, já usara o termo dois anos antes na edição expandida de sua *Anthropogeographie* (cf. RATZEL, 1899, p. 229-234). Sobre o início do desenvolvimento da ideologia, cf. SMITH, 1986, p. 83-111.

1139 *Ibid.*, p. 206.

1140 “A geografia política é descritiva e analítica, e não normativa. Ela lida com o que é, não com o que deveria ser [...]. A geopolítica preocupa-se com ambos – com o que é e com o que ‘deveria ser’ –, principalmente, com o último” (MATTERN, 1942, p. 40-1). “Mesmo com Ratzel, [...] esta ‘ciência’, que ele chamou de antropogeografia, era menos geografia do que filosofia da história. Os desenvolvimentos subsequentes conseguiram eliminar qualquer elemento científico e substituí-lo por argumentos políticos, considerações metafísicas e muito palavreado sem sentido” (NEUMANN, *op. cit.*, p. 136-7).

1141 “A história da geopolítica [...] oferece outra excelente ilustração do modo pelo qual os nacional-socialistas distorceram e alteraram doutrinas já existentes para encaixá-las em seu próprio esquema de ideias e ações. Eles não inventaram a geopolítica mais do que inventaram a ideia de um *großdeutsche Reich*. O que eles fizeram foi explorá-la com muito mais sucesso do que os antigos imperialistas alemães” (*ibid.*, p. 136-7).

A versão de Ratzel, porém, embora fosse imperialista e colonialista, não era ainda nazista¹¹⁴². Até chegar a esta forma, a *Geopolitik* iria desenvolver-se por meio de alguns autores, dos quais destacam-se Rudolf Kjellén e Klaus Haushofer. O primeiro é um caso curioso, porque era sueco e não era nazista – pelo menos, em estrito senso –, pois morreu em 1922 antes destes terem alguma proeminência. Porém, como aponta Neumann, “Kjellén fornece a ponte entre Ratzel e o nacional-socialismo”¹¹⁴³, “ele antecipou a teoria nacional-socialista de expansão europeia”¹¹⁴⁴, e não apenas isto, mas ele une os aspectos organicistas, que já existiam em Ratzel, com o nacionalismo *völkisch* típico dos nazistas:

Em um ponto, ele faz um desvio significativo da análise de Ratzel: ele restaura a nacionalidade, ou melhor, ele combina os elementos nacionais e territoriais. Não a nação do século XIX mas o *Volk*. A nacionalidade, diz Kjellén, é a manifestação da “individualidade do *Volk*” do estado. O estado nacional é, portanto, a forma natural e orgânica do estado. *Volk* e estado, organicamente diferentes, são fundidos em uma união.¹¹⁴⁵

Além de outras semelhanças com o nazismo, a teoria de Kjellén serve apenas como uma ideologia para justificar qualquer ação imperialista do estado:

Como classe, teorias orgânicas da sociedade são absurdas se forem concebidas como algo mais que analogias. Leis biológicas não são reproduzidas na vida social. Como ideologia, no entanto, as teorias orgânicas podem ser instrumentos poderosos, apesar de todo o seu absurdo. Kjellén, como podemos notar, insiste que a

1142 A versão de Ratzel continha *sete leis*, as quais Mattern descreve de forma sintética: “A primeira lei: ‘o espaço dos estados cresce com a *Kultur*’. [...] Seria apenas com *Kultur* e pela *Kultur* que estes novos territórios seriam controlados. [...] A segunda lei: ‘o crescimento dos estados segue outras manifestações de crescimento dos povos, que devem necessariamente preceder o crescimento do Estado’. Tais manifestações são ideias, produção comercial e atividade missionária. [...] Elas precedem a expansão do estado; a expansão do estado segue-as. [...] A terceira lei: ‘o crescimento dos estados prossegue com a adição de unidades menores, conforme o grau de agregação’. Com a agregação, a união das pessoas ao solo torna-se cada vez mais íntima. A mera anexação de entidades menores não é suficiente para garantir uma união duradoura. Somente a agregação de pessoas ao solo e de pessoas com pessoas podem prevenir a fácil dissolução e desintegração de um grande estado construído com a absorção do exterior. [...] A quarta lei: ‘a fronteira é o órgão periférico do estado. Como tal, é a base do crescimento e da segurança do estado e sofre, junto ao estado, todas as mudanças em seu organismo. [...] A quinta lei: ‘em seu crescimento, estados esforçam-se em absorver espaços politicamente valiosos’. Tais espaços valiosos são as regiões costeiras, rios, bacias hidrográficas, planícies e regiões ricas em recursos, como minérios de metal. [...] A sexta lei: ‘o primeiro impulso para o crescimento territorial dos estados primitivos vem do exterior’. Isto significa que a noção de expansão, o desejo de expandir, é trazida para os povos primitivos pelas nações estrangeiras; por grandes estados que possuem cultura e leva-a aos primitivos. [...] A sétima lei: ‘a tendência geral para a anexação territorial e a fusão transmite esta tendência de estado para estado, aumentando sua intensidade’” (MATTERN, 1942, p. 56-9).

1143 NEUMANN, *op. cit.*, p. 139.

1144 *Ibid.*, p. 140.

1145 *Ibid.*, *loc. cit.*. Sobre o organicismo: “[a]pesar de todo o seu ‘empirismo’ e suposto realismo, e apesar de certas diferenças importantes, a teoria de Kjellén permanece basicamente um rearranjo da teoria orgânica de Ratzel. Os estados, escreve ele, são ‘organismos superindividuais que são tão reais quanto indivíduos; são apenas muito maiores e mais poderosos em seus processos de desenvolvimento’. O estado é um fenômeno biológico, uma ‘forma de vida’” (*ibid.*, *loc. cit.*).

conveniência política, condicionada por fatores naturais, é o único fator determinante para as políticas de um estado.¹¹⁴⁶

Devido às semelhanças com o nazismo, uma descrição da teoria de Kjellén torna-se importante, até para uma revisão do que vimos até aqui. Conforme Mattern descreve, ela possui cinco elementos:

I. *O estado visto como Reich*. O ponto de partida no sistema de Kjellén da nova ciência geopolítica é o *Reich*. É o critério que diferencia um estado de outro estado em suas relações entre si. [...] Considerando o estado como um organismo vivo, a *Geopolitik* vê o *Reich*, o território, como o corpo do estado. [...] Sendo assim, se o estado é um organismo biológico, e se o *Reich* é o corpo do estado, segue-se, dizem Ratzel e Kjellén, que o estado, como qualquer outro organismo biológico, deve crescer e ter órgãos [...]. Uma violação do território de um estado é um crime contra a pessoa e não contra a propriedade do estado. [...] Em decorrência disto, a geopolítica, como define Kjellén, “é a ciência que concebe o estado como um organismo geográfico ou como um fenômeno no espaço”. [...]

II. *Volk, como as pessoas que vivem no reino*. O ramo da nova ciência geopolítica que lida com esse elemento do Estado é a etnopolítica. Ela considera o estado como uma personalidade étnica. [...]

III. *O estado como uma economia doméstica [household]*. [...] Autossuficiência (*Autarkie*) é latente ao solo. [...] O estado deve organizar seu trabalho para que produza o maior grau de autossuficiência. Se o *Reich*, isto é, o território, porém, tornar-se pequeno demais ou não oferecer os recursos necessários, torna-se um dever do estado encontrar espaço e recursos para seu povo fora de seu *Reich*. [...]

IV. *O estado visto como sociedade* [Mattern utiliza o termo sociedade, mas, pelo que descreve, *comunidade (Gemeinschaft)* seria mais apropriado]. [...] Considerado empiricamente, como Kjellén insiste que deve ser, a relação de estado e sociedade não é de contraste, mas de identidade. Os dois não são opostos, mas um mesmo objeto visto de diferentes ângulos ou pontos de vista, assim como o estado e o povo não são opostos, mas dois aspectos de um mesmo fenômeno. [...]

V. *O estado como governo*. Assim, Kjellén alcança o quinto e último aspecto do estado: governo, regência e as políticas de governar ou reinar. [...] Nacionalidade como nos diz Kjellén significa solidariedade da nação; [...] a sociabilidade, por sua vez, é a solidariedade entre os grupos de interesse. [...] A função de governar não deve ser confundida com o direito constitucional e a filosofia do direito. [...] O estado, diz Kjellén, aplica o direito por causa do valor utilitário do mesmo.¹¹⁴⁷

Todas estas ideias seriam adotadas pelos nazistas com algumas sutis diferenças como, por exemplo, o fato de trocarem o estado pelo *Volk* como o organismo que deve crescer e desenvolver-se, considerando aquele apenas como um instrumento e veículo deste. Estas ideias atingiriam seu apogeu ideológico e maior aproximação ao nazismo com o pensamento de Klaus Haushofer¹¹⁴⁸. Ele, além de propor “a destruição de França e Inglaterra e a absorção de estados menores”¹¹⁴⁹, em sua formulação, escancara um total racismo e elitismo:

1146 NEUMANN, 2009, p. 140.

1147 MATTERN, 1942, p. 73-88. Cf. KJELLÉN, 1916, p. 39-183.

1148 “Todas estas tendências atingem sua formulação final com Karl Haushofer” (NEUMANN, *op. cit.*, p. 142).

1149 NEUMANN, 2009, p. 144.

Uma arma inestimável na luta da Alemanha por espaço vital é o racismo, e Haushofer apresenta uma análise incrivelmente franca. “Raças mestras” devem permanecer puras; a mistura de raça trouxe a decadência de vários grandes impérios. A França, por exemplo, carrega as sementes de sua própria destruição. Entre os não-germânicos [...], raça e classe tornaram-se sinônimos, e é essencial evitar a ascensão de classes e raças inferiores ao nível de raça mestra.¹¹⁵⁰

Sua maior contribuição, porém, talvez seja a aproximação que faz do pensamento de Kjellen¹¹⁵¹ com o de Hitler. Rudolf Heß, futuro ministro nazista que estava preso junto a Hitler na fortaleza de Landsberg após o *putsch* da cervejaria, era um discípulo de Haushofer e apresentou-o ao futuro Führer. “Haushofer é concebido e retratado como uma espécie de curandeiro [...] da tribo geopolítica nacional-socialista. Ele é apresentado como o homem que, por meio de seu aluno Rudolf Heß, iniciou Adolf Hitler [...] nos mistérios da *Geopolitik*”¹¹⁵². De fato, o penúltimo capítulo de *Mein Kampf* chama-se *Orientação ao leste ou Ostpolitik* e possui vários mandamentos da *Geopolitik* conjugado com os outros aspectos da fantasmagoria nazista, como, por exemplo:

A política externa de um estado *völkisch* é responsável por garantir a existência neste planeta da raça unida neste estado, estabelecendo um relacionamento natural e viável entre o número e o crescimento da população e o tamanho e valor do solo e do território. [...] Apenas uma área suficientemente extensa neste planeta garante a liberdade de existência da nação. [...] O movimento nacional-socialista deve esforçar-se em eliminar a discrepância entre nossa população e nosso território – este visto não apenas como uma fonte de alimento, mas também como um ponto de apoio a uma política de poder –, em eliminar a discrepância entre nosso passado histórico e a nossa desesperança impotente de hoje.¹¹⁵³

1150 *Ibid.*, p. 140.

1151 “De fato, Haushofer possuía conhecimento íntimo das obras de Kjellén e de sua nova ciência dos estados. De fato, Haushofer foi instrumental na reedição e ampliação de um dos principais trabalhos de Kjellén: *Die Großmächte (As grandes potências)*, no qual ele analisou e avaliou as políticas das grandes potências de seu tempo com base na nova ciência geopolítica dos estados” (MATTERN, 1942, p. 104).

1152 MATTERN, 1942, p. 20. Complementando, “Heß era aluno de Haushofer, seu pesquisador associado, seu futuro orientando de doutorado, seu hóspede e seu íntimo *Duzfreund* [como, em alemão, há a distinção entre o pronome informal *du* e o formal *Sie*, tal como havia no português entre *tu* e *você*, *Duzfreund* seria aquele a quem se chama pelo pronome informal ou o ‘amigo de tu’]” (HERWIG, 2016, p. 93). Herwig, pelos registros da prisão de Landsberg, afirma que Haushofer visitou-a diversas vezes, “totalizando 1.320 minutos [...]. Em cada ocasião, ele levou-lhes materiais de leitura para suas bibliotecas. Em cada ocasião, ele instruiu-os sobre a *Geopolitik*. Após suas visitas, os companheiros de cárcere debatiam ardorosamente sobre os sentidos do conceito” (*ibid.*, *loc. cit.*). “Por meio de Rudolf Heß, Hitler já conhecia Haushofer, pelo menos, desde 1922. Sua influência era provavelmente maior do que o professor de Munique estava disposta a reconhecer. Se já não as conhecia, Hitler, enquanto esteve preso, teve provavelmente tempo de ler suas obras, assim como as de Ratzel, o outro principal teórico geopolítico” (KERSHAW, 2008, p. 154).

1153 HITLER, 1941, p. 935-40.

5.3

A constituição da hostilidade

Retomando os eventos do fim da primeira seção deste capítulo, a nomeação de Hitler para o cargo de chanceler – embora abominável dos pontos de vista ético e político diante de tudo que vimos que ele escreveu – não determinou de imediato o fim da república. O plano de Papen era utilizar sua popularidade para seus fins, mas controlá-lo por meio de um gabinete conservador¹¹⁵⁴. Isto não quer dizer que os nazistas não tenham tentado logo de início minar as instituições democráticas que restavam. Na Prússia, por exemplo:

Ainda que Papen tenha permanecido nominalmente como comissário federal da Prússia após Hitler ser nomeado chanceler do Reich, o homem forte no estado era agora Hermann Göring, o ministro de interior do Reich nazista na Prússia. [...] Diferentemente do regime de Papen, que expurgou os servidores públicos democratas, mas também se preocupou com as qualificações profissionais de seus sucessores conservadores, a preocupação imediata dos nazistas era a criação de uma máquina de terror que servisse ao NSDAP. As primeiras nomeações de Göring na Prússia foi de líderes da SA como chefes de polícia das maiores cidades do estado. Pouco tempo depois, *Gauleiters* nazistas tornaram-se *Oberpräsidenten* e diretores de distrito. [...] Os nazistas, contudo, não se contentavam com o estabelecimento de uma ditadura *de facto*, mas queriam eliminar os últimos vestígios de democracia *pro forma et de jure* determinados pelo julgamento de outubro da corte do Reich [sobre o *Preußenschlag*].¹¹⁵⁵

O plano para isto era dissolver o parlamento da Prússia e convocar novas eleições. Após resistências locais, “[e]m 6 de fevereiro, Hindenburg invocou novamente o artigo 48 e despojou o parlamento de seus poderes remanescentes”¹¹⁵⁶; ato que já podemos considerar um golpe não apenas *de facto* mas *de jure*, pois violava o julgamento do Staatsgerichtshof¹¹⁵⁷.

Este controle da polícia pelos nazistas permitiu que uma onda de violência se alastrasse pelas ruas da Alemanha:

A crença complacente de Franz von Papen e seus amigos de que Hitler estava onde eles queriam não durou muito. [...] Com Frick [ministro do interior do Reich] e Göring no comando, e o exército relegado ao segundo plano, as perspectivas de coibir a violência nazista eram agora piores que nunca. Quase de imediato, os nazistas valeram-se desta situação cuidadosamente arquitetada e deflagraram uma campanha de violência e terror políticos que excedia tudo visto até então. Em 30 e 31 de janeiro, as paradas e procissões triunfais da SA e da SS já haviam demons-

1154 “Em 30 de janeiro, Hindenburg apontou um gabinete presidido por Hitler, com Papen como Vice-Chanceler. Os conservadores, no entanto, superavam os nazistas em número por nove a três. [...] A ideia de Papen era que, com os nazistas cercados pelos conservadores, em dois meses, ele e Hindenburg empurrariam Hitler para escanteio” (DYZENHAUS, 1997a, p. 26).

1155 ORLOW, 1991, p. 269.

1156 *Ibid.*, p. 270.

1157 “O decreto de 6 de fevereiro que deu a Göring o controle sobre a Prússia violou claramente a decisão do Staatsgerichtshof na ação proposta contra Papen” (EVANS, 2005a, p. 453).

trado sua confiança e seu poder [...] sobre os oponentes nas ruas. Estas também foram acompanhadas de incidentes de violência e antissemitismo que começaram a se multiplicar rapidamente. Bandos de camisas-marrons começaram a atacar escritórios dos sindicatos e dos comunistas e as casas de proeminentes partidários da esquerda. [...] A intensidade da violência aumentou de forma considerável quando, entre 15 e 17 de fevereiro, Göring, agindo como ministro do interior da Prússia, ordenou à polícia prussiana que cessasse a vigilância das organizações paramilitares nazistas e suas associadas e apoiasse o que elas estavam fazendo tanto quanto fosse possível. Em 22 de fevereiro, deu mais um passo e montou uma força “policial auxiliar” composta por membros da SA, da SS e dos Capacetes de Aço, sendo os últimos nitidamente os sócios minoritários. Isto deu à SA o sinal verde para ir em frente com sua ferocidade sem qualquer interferência séria dos guardiães estatais formais da lei e da ordem. Enquanto a polícia, expurgada dos social-democratas desde o golpe de Papen, perseguia comunistas e dissolvia suas manifestações, a nova força, com a anuência da polícia, invadia escritórios dos partidos e sindicatos, destruía documentos e expulsava seus ocupantes à força.¹¹⁵⁸

Isto tudo aconteceu durante o primeiro mês do regime, e, antes deste se completar, em 27 de fevereiro de 1933, aconteceu um evento que, coincidência ou não, foi o acontecimento cujos desdobramentos decretaram, de uma vez por todas, o fim da república: o incêndio do Reichstag, o parlamento alemão. Conforme a história oficial, tal ato foi realizado por um indivíduo isolado, que nutria simpatias pelo comunismo¹¹⁵⁹. Independentemente desta versão ser verídica ou o incêndio ter sido orquestrado pelos próprios nazistas, o fato é que os desdobramentos do acontecimento tornaram-se uma conspiração, pois eles atribuíram o ato não apenas ao *lobo solitário* mas a todos os comunistas e, com esta desculpa, fizeram que Hindenburg decretasse um estado de emergência que só cessaria com o fim da guerra¹¹⁶⁰.

Sendo os *bodes expiatórios* oficiais, os comunistas foram o alvo imediato dos atos de violência que ocorreram após o incêndio do Reichstag; seus militantes foram “assassinados, espancados ou jogados em centros de tortura e prisões

1158 EVANS, 2005a, p. 316-8. *Camisas-marrons (Braunhemden)* era o apelido dado aos membros da SA devido a cor de seus uniformes. Os Capacetes de Aço eram uma organização paramilitar ligada aos nacionalistas do DNVP.

1159 “Em fevereiro de 1931, o jovem holandês e operário de construção Marinus van der Lubbe começou uma extensa jornada pela Europa central, tentando chegar à União Soviética, país pelo qual tinha grande admiração. [...] Adepto da ação direta desde os tempos de anarcossindicalismo, decidiu protestar contra o estado burguês e sua crescente repressão do movimento operário. [...] Ao buscar o símbolo supremo da ordem política burguesa que, pensava ele, tinha tornado sua vida e a de muitos outros jovens desempregados uma desgraça, van der Lubbe decidiu incendiar o Reichstag” (*ibid.*, p. 328-9). No mesmo sentido, *cf.* KERSHAW, 2008, p. 274. Sobre a possibilidade da participação nazista no incêndio, *cf.* MÜLLER, 1991, p. 27-9.

1160 “O decreto do incêndio do Reichstag foi emitido em meio a uma avalanche de propaganda na qual Göring e as lideranças nazistas pintaram o quadro dramático de uma iminente ‘revolução bolchevique alemã’ acompanhada de ultrajes e atrocidades de todo tipo. [...] ‘Aniquilação da cambada de criminosos vermelhos até o último homem’ era a exigência vinda de muitas partes [...]. A propaganda de Goebbels então liberou toda fúria represada dos camisas-marrons contra os oponentes comunistas” (EVANS, *op. cit.*, p. 333-334).

improvisados”¹¹⁶¹, e o partido passou a ser considerado ilegal, primeiro *de facto* e, em seguida, *de jure*¹¹⁶². Os social-democratas, sindicalistas e judeus, porém, foram também perseguidos pela SA logo nos primeiros momentos após o decreto¹¹⁶³. Evans descreve bem como o princípio *trabalhando em direção ao Führer* já estava em processo embrionário desde os primórdios do Partido Nazista:

Mais uma vez, um processo dialético estava em funcionamento, forjado nos tempos em que os nazistas frequentemente encararam hostilidade policial e processo criminal por sua violência: a liderança anunciava em termos extremos mas inespecíficos qual ação devia ser tomada, e os baixos escalões do partido e suas organizações paramilitares traduziam-nos em ação específica e violenta. Conforme um documento interno do partido nazista mais tarde registrou, ações desse tipo, de comunicação subentendida, já haviam se tornado costume na década de 1920. Àquela altura, os subordinados estavam acostumados a ler, nas ordens dos líderes, bem mais do que as palavras que eles proferiam.¹¹⁶⁴

Logo em seguida ao decreto, houve eleição para o *Reichstag* em que a oposição, diante do clima de violência, não pode fazer praticamente nenhuma campanha¹¹⁶⁵. Mesmo com toda fraude e violência, os nazistas coligados aos nacionalistas conseguiram uma maioria apertada de 51,9%¹¹⁶⁶. Após a eleição, a violência continuou a aumentar, e, como os nazistas precisavam aprovar a lei de habilitação para prolongar o estado de emergência, o próximo alvo específico foi o Partido Social-Democrata, que era, praticamente, a única oposição remanescente¹¹⁶⁷. Utilizando a intimidação destes como exemplo do que poderia ser feito, Hitler conseguiu aprovar a lei com o apoio de todos os outros partidos¹¹⁶⁸.

1161 EVANS, 2005a, p. 336.

1162 “Exceto oficialmente, o Partido Comunista tornou-se efetivamente ilegal em todos os aspectos; e foi completamente banido a partir de 6 de março [de 1933]” (*ibid.*, p. 336).

1163 “Esquadrões de camisas-marrons roubavam carros e pegavam caminhões de judeus, social-democratas e sindicalistas, ou eram presenteados por empresários nervosos na esperança de proteção. Rugiam os motores pelas ruas principais de Berlim, armas à mostra e bandeiras tremulando, anunciando para todo mundo quem mandava agora” (*ibid.*, p. 337).

1164 *Ibid.*, p. 337.

1165 “A campanha dos nazistas para as eleições do Reichstag de 5 de março de 1933 atingiu saturação de cobertura por toda a Alemanha. Agora, os recursos das grandes empresas e do estado estavam por trás de seus esforços e, como resultado, toda a natureza da eleição foi transformada. [...] A propaganda da oposição não era vista em lugar nenhum. No dia da eleição – sábado –, os camisas-marrons e SS patrulharam as ruas e marcharam ameaçadoramente por elas, enquanto o partido e os Capacete de Aço organizaram o transporte motorizado para levar as pessoas aos postos de votação. A mesma combinação de terror, repressão e propaganda seria mobilizada em todas as outras comunidades, grandes e pequenas, por todo o país” (*ibid.*, p. 339).

1166 *Ibid.*, *loc. cit.*

1167 *Ibid.*, p. 340-344. De relevante importância foi o fato de que, “no início de março, logo após a eleição, os governos estaduais começaram a emitir ordens de banimento e a deter lideranças, de modo que, para evitar mais perseguição, as seções começaram a se dissolver uma após a outra. Nesta atmosfera, vários líderes social-democratas, como Otto Braun e Albert Grzesinski, fugiram do país para evitar a detenção ou coisa pior” (*ibid.*, p. 343).

1168 Inicialmente, temendo que o ato não fosse aprovado, os nazistas utilizaram-se da manobra inconstitucional de excluir os comunistas legalmente eleitos, mas que estavam presos (*cf. ibid.*, p.

A partir daí, a perseguição aos social-democratas e a todo o movimento trabalhista tornou-se ainda mais intensa, tendo como propósito eliminá-los completamente¹¹⁶⁹. Após isto, os partidos foram caindo um a um, assim como os grupos paramilitares, até o partido nazista passar a ser o único oficialmente existente na Alemanha¹¹⁷⁰. Em seis meses, os nazistas conseguiram eliminar toda oposição e *coordenar* todo o corpo burocrático e judicial¹¹⁷¹. Como aponta Evans, “[p]raticamente qualquer aspecto da vida política, social e associacional foi afetado em todos os níveis, da nação às aldeias”¹¹⁷².

5.3.1 O golpe e o novo regime

O regime nazista foi fruto de um golpe. Não o golpe do *Preußenschlag* que, embora tenha tido toda a intenção de um golpe, foi fruto das fraquezas da Constituição de Weimar e dos precedentes criados pelos governos anteriores e acatados

351-2). Os nazistas, porém, por meio de intimidações conjugadas com negociações, conseguiram aprovar o ato por 444 votos contra 94 (cf. EVANS, 2005a, p. 354).

1169 “Com os comunistas efetivamente já fora do caminho desde 28 de fevereiro e a lei de habilitação em vigor, o regime então voltou a atenção para os social-democratas e os sindicatos. Eles já haviam sido submetidos a detenções em massa, espancamentos, intimidações e, até, assassinatos, além de terem suas instalações ocupadas e seus jornais proibidos. Agora, a fúria dos nazistas voltava-se a pleno vigor contra eles, que não estavam em condições de resistir” (*ibid.*, p. 355). “Com uma repressão dessas, o partido foi efetivamente acossado para deixar de existir bem antes de sucumbir, em 14 de julho [de 1933], ao mesmo banimento que os comunistas” (*ibid.*, p. 361).

1170 “A destruição dos partidos Comunista, Social-Democrata e de Centro foi a parte mais difícil da ofensiva nazista para criar um estado de partido único. Juntas, estas três legendas representavam muito mais eleitores que o Partido Nazista jamais conquistou em uma eleição livre. Em comparação aos problemas que estes três apresentaram, livrar-se dos outros partidos foi fácil” (*ibid.*, p. 367); “os grupos paramilitares haviam sido fechados de modo tão efetivo quanto os partidos políticos. No verão de 1933, a criação de um estado de partido único estava praticamente completa. Apenas Hindenburg permanecia como um obstáculo potencial à conquista do poder total [...], mas o seu] cargo havia sido neutralizado pelas disposições da lei de habilitação” (*ibid.*, p. 374). Após a morte de Hindenburg, o cargo de Presidente seria oficialmente abolido em 1934 (cf., *ibid.*, p. 456).

1171 “A repressão não afetou apenas os politicamente suspeitos, os desviantes e marginais. Afetou cada setor da sociedade alemã. Impulsionando todo este processo havia a tremenda explosão de violência deflagrada pelos camisas-marrons, SS e polícia na primeira metade de 1933. [...] A tomada nazista dos estados federados proporcionou um componente-chave nesse processo. Igualmente importante foi a ‘coordenação’ do funcionalismo público [...]. Ao mesmo tempo em que os governos de estado eram derrubados, os nazistas locais, respaldados por esquadrões armados de camisas-marrons e homens da SS, ocupavam as prefeituras, aterrorizavam prefeitos e vereadores para que renunciassem e os substituíam por seus indicados. Escritórios de seguro de saúde, agências de emprego, câmaras municipais, hospitais, tribunais e todas as demais instituições estatais e públicas foram tratadas da mesma maneira. Os funcionários eram forçados a renunciar a seus cargos ou a entrar para o Partido Nazista, sendo espancados e arrastados para a prisão se recusassem. [...] Particularmente importantes dentro do vasto e variado mundo dos empregados estatais eram o serviço judiciário e de promotoria. Havia uma nítida ameaça de que a violência, intimidação e assassinato nazistas fossem conflitantes com a lei. [...] Mas já estava claro que a maioria dos juízes e advogados não causaria nenhum problema” (*ibid.*, p. 380-4).

1172 *Ibid.*, loc. cit.

política e juridicamente. A possibilidade da nomeação de alguém como Hitler como chanceler, embora terrível, como já disse, também estava formalmente prevista na constituição. O golpe constituiu-se na execução do decreto de emergência e o subsequente ato que transformou o estado de emergência em estado de exceção permanente:

A lenda nacional-socialista da “revolução legal” é contradita pela realidade do ilegal *coup d'état*. [...] O *coup d'état* consiste nem no incêndio do *Reichstag* de 27 de fevereiro de 1933, nem no Decreto de Emergência de 28 de fevereiro de 1933, mas na execução do próprio decreto. [...] Dotados com os poderes requeridos para um estado de sítio, os nacional-socialistas conseguiram transformar a ditadura constitucional e temporária (com o propósito de restaurar a ordem pública) em uma ditadura inconstitucional permanente, provendo o arcabouço do estado nacional-socialista com poderes ilimitados.¹¹⁷³

Indo mais além da análise de Fraenkel sobre o decreto, é possível dizer que, sendo os fundamentos deste totalmente falsos – a *ameaça comunista* –, o instrumento legal era totalmente viciado¹¹⁷⁴. O decreto também violava completamente a forma federativa do estado alemão em seu parágrafo segundo: “[s]e as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas não forem tomadas em um estado, o Governo do Reich poderá exercer temporariamente os poderes da autoridade suprema do estado”¹¹⁷⁵. Além do mais, embora o decreto previsse as medidas punitivas permitidas, o que se seguiu foi uma onda de atos de hostilidade completamente arbitrários. Por exemplo:

Em 2 de maio de 1933, camisas-marrons e homens da SS investiram contra cada sindicato de orientação social-democrata do país, tomaram todos os jornais e periódicos sindicais e ocuparam todos os setores do banco dos sindicatos. Leipart e outros dirigentes sindicais foram detidos e levados sob “custódia preventiva” para campos de concentração, onde muitos foram surrados e brutalmente humilhados antes de serem soltos uma ou duas semanas depois. Em um incidente particularmente horroroso, camisas-marrons espancaram quatro sindicalistas até a morte no porão do prédio do sindicato em Duisburg em 2 de maio.¹¹⁷⁶

Os campos de concentração, que se desenvolveriam em campos de trabalho forçado e extermínio posteriormente, foram implementados nesta época:

1173 FRAENKEL, *op. cit.*, p. 4-5. Evans concorda com a ilegalidade da ditadura nazista: “[o]s nazistas violaram a lei a cada passo do processo. Em primeiro lugar, contrariaram o espírito em que as leis foram aprovadas. O artigo 48 da Constituição de Weimar, em particular, que dava ao presidente o poder de governar por decreto em momentos de emergência, jamais pretendeu ser a base para nada além de medidas puramente temporárias; os nazistas fizeram dele a base para um estado de emergência permanente, que era mais fictício do que real e que, em um sentido técnico, durou até 1945 sem interrupção” (EVANS, 2005a, p. 453).

1174 O preâmbulo do decreto era o seguinte: “[c]om base no artigo 48, §2º, da Constituição do Reich, ordena-se o seguinte para a defesa contra atos comunistas de violência que ponham em perigo o Estado” (BRODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 69).

1175 *Ibid.*, p. 70.

1176 EVANS, *op. cit.*, 357-8.

Heinrich Himmler, o líder da SS sediado em Munique, foi [...] nomeado imediatamente como chefe provisório da polícia. Ele ordenou uma detenção em larga escala de figuras da oposição, que logo começou a abranger também os inimigos não comunistas do regime. Tal foi a escala da repressão que os presídios estaduais e as cadeias da polícia mostraram-se completamente insuficientes. [...] Em 20 de março, portanto, Himmler anunciou à imprensa que “um campo de concentração para prisioneiros políticos” seria inaugurado em Dachau, bem próximo a Munique. Foi o primeiro campo de concentração da Alemanha e estabeleceu um sinistro precedente para o futuro. [...] O campo foi planejado para o confinamento em “custódia preventiva” de “todos os comunistas e, quando necessário, membros do Reichsbanner e do Partido Social-Democrata” [...]. Até o fim de maio, doze detentos haviam sido assassinados ou torturados até a morte. Corrupção, extorsão e fraude eram comuns entre os guardas, e os prisioneiros eram expostos a atos arbitrários de crueldade e sadismo em um mundo sem regulamentos ou regras. [...] A ação de Himmler estabeleceu um precedente amplamente imitado. Logo eram abertos campos de concentração por todo o país, ampliando as cadeias e centros de tortura improvisados montados por camisas-marrons nos porões de sedes recém-tomadas de sindicatos.¹¹⁷⁷

Tais atos de hostilidade eram algo consciente e planejado pela liderança nazista, inclusive, por Hitler¹¹⁷⁸. Tentativas de processar aqueles que cometessem abusos “eram todas frustradas por intervenções vindas de cima, de Himmler ou do próprio Hitler, em último caso”¹¹⁷⁹. O expediente de *leis de anistia* era utilizado¹¹⁸⁰. Descrevo tudo isto não apenas para apontar o terror nazista, que já é muito conhecido, mas para deixar evidente que o *modus operandi* nazista não era *positivista*, mas puramente *hostil* já que demonstrava um completo desprezo pelo direito¹¹⁸¹; e era uma hostilidade alimentada pela fantasmagoria nazista, como o próprio Hitler pregava:

[A]quele que real e seriamente deseja a vitória de uma visão de mundo [*Weltanschauung*] *völkisch* não só deve reconhecer que, primeiro, para obter tal vitória, somente um forte movimento combatente é adequado, mas, em segundo lugar, que tal movimento só perdurará com base na segurança e firmeza inabaláveis de seu programa. Na formulação deste, o movimento não deve ousar fazer concessões ao espírito de sua respectiva época, mas deve manter para sempre uma forma, uma vez que esta seja considerada favorável, até que seja coroado pela vitória.¹¹⁸²

1177 EVANS, 2005a, p. 344-5.

1178 “Hitler deixou clara a sua intenção de proceder de forma implacável e com pouca consideração às sutilezas do direito. A luta contra os comunistas, disse ele, ‘não deve depender de considerações judiciais’” (*ibid.*, p. 332).

1179 *Ibid.*, p. 454-5.

1180 “Uma anistia pelos crimes cometidos no ‘levante nacional’ foi promulgada já em 21 de março de 1933, extinguindo mais de 7.000 processos” (*ibid.*, p. 455).

1181 “Todo mundo, inclusive e principalmente os nazistas, estava ciente, ao longo de 1933 e 1934, de que os espancamentos brutais, tortura, maus-tratos, destruição de propriedade e violência de todo o tipo levados a cabo contra oponentes do nazismo, inclusive os assassinatos pelas [...] SA e [...] SS, eram uma flagrante violação das leis do país. Não obstante, esta violência foi um aspecto central e indispensável da tomada do poder nazista de fevereiro de 1933 em diante; e o medo, [...] disseminado de forma quase universal entre os alemães que não eram membros do partido ou de suas organizações auxiliares, foi um fator crucial para intimidar os oponentes de Hitler” (*ibid.*, p. 455).

1182 HITLER, 1941, p. 682.

A lei de habilitação – formalmente nomeada *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* (Lei para sanar a aflição do Volk e do Reich) –, obviamente, também era repleta de ilegalidades. Seu artigo primeiro, concedia poderes legislativos ao executivo¹¹⁸³, algo que tinha vários precedentes do período de Weimar e que eram, a meu ver, inconstitucionais, mas possuía agora o agravante de permitir que tais decretos contrariassem a constituição, o que, em termos práticos, significava a abolição da mesma¹¹⁸⁴. Além disto, havia ilegalidades formais no fato de Göring não considerar os parlamentares comunistas para o *quorum* de aprovação¹¹⁸⁵ e, também, no fato da ratificação pelo Reichsrat ter sido irregular, já que “os governos dos estados haviam sido depostos a força e, portanto, não estavam devidamente constituídos ou representados”¹¹⁸⁶. A limitação temporal do ato também era uma mera fachada, já que concedia um prazo de quatro anos¹¹⁸⁷, que acabou não sendo obedecido, pois o ato era sempre renovado por meio de plebiscitos que, como é notório, na Alemanha nazista, eram realizados em um clima de terror, sem oposição – pois, além das ameaças e da violência, a Alemanha havia tornado-se um estado de um único partido – e, muito provavelmente, com fraudes¹¹⁸⁸.

1183 “Artigo 1º. Além do procedimento prescrito pela constituição, as leis do Reich também podem ser promulgadas pelo governo do Reich. Isto inclui as leis referidas nos Artigos 85, §2º, e Artigo 87 da Constituição” (BRODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 21).

1184 “Artigo 2º. As leis promulgadas pelo governo do Reich podem desviar-se da Constituição, desde que não afetem as instituições do Reichstag e do Reichsrat. Os direitos do Presidente permanecem inalterados” (*ibid.*, *loc. cit.*).

1185 Evans, mesmo comentando que a presença dos comunistas não afetaria o resultado da votação, considera sua não contabilização como algo ilegal: “recusar-se a reconhecer sua existência foi um ato ilegal” (EVANS, 2005a, p. 453).

1186 *Ibid.*, *loc. cit.*. Outras ilegalidades posteriores podem ser apontadas: como vemos na nota acima que apresenta o artigo 2º do ato, os decretos do executivo não poderiam afetar as instituições do Reichstag e do Reichsrat. Este órgão, porém, “foi abolido no início de 1934” (EVANS, 2005b, p. 109). Já o parlamento, com a transformação da Alemanha em um estado de partido único, em suas eleições, “era apresentado aos os eleitores uma lista de partido único contra a qual eles poderiam registrar um ‘sim’ ou um ‘não’” (*ibid.*, *loc. cit.*). A fusão da chefia de governo com a chefia de estado na pessoa de Hitler, também foi uma violação do artigo 2º do ato, que determinava que *os direitos do Presidente permaneceriam inalterados*, conforme a nota acima.

1187 “Artigo 5º. Esta lei entra em vigor no dia da sua promulgação. Ela expira em 1º de abril de 1937; também deixa de ser eficaz se o atual governo do Reich for substituído por outro” (BRODERSEN & MÜNCH, *op. cit.*, p. 21-2).

1188 “A intimidação tornava-se particularmente evidente durante os plebiscitos e eleições nacionais que Hitler realizava de tempos em tempos para dar a aparência de legitimidade às suas ações [...]. A consolidação do poder do regime pode ser percebida a partir da crescente proporção de votos obtidos nestes eventos de propaganda, que foram legitimados por uma lei de 14 de julho de 1933, aprovada junto à lei que transformava a Alemanha em um estado de partido único. [...] Sob o Terceiro Reich, plebiscitos e eleições tornaram-se exercícios de propaganda em que o regime mobilizava o eleitorado por todos os meios à sua disposição para dar a aparência de legitimidade popular a medidas controversas. [...] Victor Klemperer, por exemplo, observou em seu diário, em 23 de outubro, que ‘ninguém se atreverá a não votar, e ninguém responderá o voto de confiança com um *Não*. Porque 1) Ninguém acredita no segredo da votação e 2) um *Não* será considerado como *Sim*, de qualquer maneira’” (EVANS, 2005b, p. 109).

Mais importante ainda do que estes aspectos formais é o fato de que o que veio depois da lei de habilitação era uma outra constituição e também uma outra forma de estado – o que, por si só, já caracteriza um golpe. A Constituição de Weimar, embora não revogada por um ato formal, perdeu sua vigência e força normativa, algo que era dito pelos próprios nazistas. Carl Schmitt, por exemplo, em sua já mencionada obra nazista *Estado, movimento, povo*, afirmou que:

Do ponto de vista do estado nacional-socialista, toda tentativa de justificar ou refutar a atual situação jurídica com base na Constituição de Weimar é um jogo sem sentido [...]. A constituição provisória de 24 de março de 1933 (a chamada lei de habilitação), bem como a lei de 14 de julho sobre os plebiscitos, supera o arcabouço de toda normatividade concebível nos termos da Constituição de Weimar. As estipulações condicionais da constituição provisória de 24 de março de 1933 (direitos do presidente do Reich e, além disso, do Reichstag e do Reichsrat enquanto instituições) não têm validade diante da lei de 14 de julho de 1933 sobre os plebiscitos. Com base nesta lei, outras leis que vão além das estipulações condicionais da constituição provisória de 24 de março de 1933 podem entrar em vigor.¹¹⁸⁹

Ou seja, de acordo com Schmitt, a lei de habilitação não era a Constituição do III Reich, mas uma *constituição provisória* que, por sua vez, era limitada ou suplantada por uma outra *constituição* que permitia o governo convocar seus plebiscitos fraudulentos. Na verdade, porém, nenhum destes instrumentos normativos seria de fato uma *constituição* – isto seria *positivismo*¹¹⁹⁰ –, a verdadeira constituição seria a “vontade do povo”, obviamente, encarnada no Führer. Para Schmitt, a *aclamação popular* seria a nova *constituição* do Reich:

Mas qual é então o significado da lei do Reich de 24 de março de 1933, que mudou a constituição, mas foi aprovada com a maioria necessária de dois terços dos votos, conforme as disposições do artigo 76 da Constituição de Weimar? Essa assim chamada lei de habilitação foi aprovada pelo Reichstag apenas como a promulgação da vontade do povo, manifestada por meio das eleições parlamentares de 5 de março de 1933. Se analisadas pelos critérios da filosofia do direito, as eleições eram, de fato, um referendo popular, um plebiscito pelo qual o povo alemão reconheceu Adolf Hitler, líder do Movimento Nacional-Socialista, como líder político do povo alemão.¹¹⁹¹

Isto não significa que Schmitt acreditava ou, mesmo, propunha que a aclamação popular tivesse força vinculante e prevalecesse sobre a vontade do Führer. Esta aclamação não seria nada mais do que um expediente de propaganda para dar uma aparência de legitimidade aos arbítrios do Führer e de seus *Unterführer*,

1189 SCHMITT, 2001, p. 4.

1190 “Não obstante, os hábitos mentais dos assim chamados juristas positivistas dão-lhes base para encontrar nesta lei [de habilitação] os fundamentos jurídicos do presente estado. [...] Seria melhor evitar completamente a expressão [...] já que ela não aparece nem no título da lei [...], nem em seu texto: é uma expressão que foi relacionada à lei a partir de fora. De fato, esta ‘lei de habilitação’ é a *constituição provisória* da nova Alemanha” (*ibid.*, p. 5-6).

1191 *Ibid.*, p. 5.

movidos por sua fantasmagoria absoluta. Ele mesmo, no quarto capítulo de seu livro, nomeado *Liderança e identidade étnica como conceitos básicos do direito nacional-socialista*, afirma estes princípios:

A força do estado nacional-socialista reside no fato de que ele é dominado e imbuído de cima a baixo e em cada átomo de seu ser pela idéia de liderança. [...] É um conceito do imediatamente presente e de uma real *presença*. Por esta razão e como uma exigência positiva, isto também implica uma identidade étnica *absoluta entre líder e seguidores*.¹¹⁹²

Huber, em seu tratado sobre a constituição nazista, afirma que o Führer era a única fonte do direito e, embora dose as palavras, explicita o caráter propagandístico da *aclamação*:

Todo o poder legislativo no novo Reich é baseado na decisão do Führer, sejam leis do governo, leis do Reichstag ou leis populares. Assim, o portador do poder legislativo é sempre o próprio Führer. [...] O poder legislativo é geralmente exercido pelo Führer em comum com o governo do Reich. No entanto, a vontade do governo não é determinada por meio de uma votação, mas é formada com base em uma consulta factual conjunta por meio de uma decisão do Führer. [...]. A legislação não é, portanto, uma função separada do governo do Reich e da liderança política, mas é um efeito imediato da poder do Führer [*Führergewalt*]. A decisão do Führer também surge no caso de uma lei do Reichstag e de uma lei ratificada pelo *Volk* [...]. A aclamação proferida pelo voto sobre a decisão do Führer fortalece o prestígio da lei, mas não consubstancia sua força vinculante.¹¹⁹³

Além disto, Huber também fala algo semelhante a Schmitt sobre as leis que selaram o destino de Weimar:

Os documentos constitucionais disponíveis até o momento não expressam ainda, com completa clareza, a mudança subjacente [ao regime]. Assim, a redação da *Lei para sanar a aflição do Volk e do Reich*, de 24 de março de 1933, faz parecer que o poder legislativo do Reichstag foi mantido; que o Reichsregierung [governo do Reich] passou a existir, ao seu lado, apenas como o segundo legislador do Reich, que é obrigado a decidir de forma colegiada por ‘decisão da maioria’. A *Lei sobre o plebiscito*, de 14 de julho de 1933, parece estabelecer o *Volk* como mais outro poder legislativo do Reich [...]. Tudo isto poderia dar a impressão de que o Reich de hoje possui três legisladores distintos: o Reichsregierung, o Reichstag e o Reichsvolk. [...] Na verdade, há apenas um legislador do Reich alemão: o próprio Führer.¹¹⁹⁴

Tudo isto deixa claro que houve um golpe, e o fato da Constituição de Weimar não ter sido formalmente revogada é apenas uma tecnicidade. O que veio depois do golpe, caracterizando-o como tal, foi um novo regime, uma nova forma de estado ou, mesmo, um não-estado, como veremos na formulação de Neumann; e, de fato, a relação dos nazistas com o conceito de *estado* era motivo de disputas internas:

1192 SCHMITT, 2001, p. 37-48.

1193 HUBER, 1939, p. 237-8.

1194 *Ibid.*, p. 237.

Boa parte de propaganda interpretou o “movimento” [*Bewegung*] incorporado pelo NSDAP como o elemento dinâmico que contrastava com o estático “aparato do estado”. O “movimento” moldaria o estado como *Volks-gemeinschaft*, mobilizaria o aparato estatal, reeducá-lo-ia e guiá-lo-ia para uma “*praxis* intencional e não burocrática”. Como [...] todo o direito deveria ser concebido “com relação à comunidade”, fazia sentido fazer da “comunidade” o coração e a alma da nova doutrina. [...] Na visão dos ativistas nazistas, qualquer um que concedesse um papel central à norma jurídica e invocasse o pensamento comunitarista apenas como um recurso auxiliar seria um liberal enrustido que, de fato, pretendia preservar o antigo direito. Os juristas da SS, em especial, combatiam determinadamente isto por meio da destruição da forma jurídica combinada com a primazia da ‘comunidade (*völkisch*)’ ou do ‘*Volk*’.¹¹⁹⁵

A partir disto, duas correntes se formaram: uma mais radical, como a exposta no final da citação acima e encabeçada por Reinhard Höhn, cuja “ideia básica era substituir o conceito de estado enquanto pessoa jurídica por ‘comunidade’”¹¹⁹⁶; e a outra corrente, dos “tradicionalistas, que se consideravam nacional-socialistas e fiéis a linha do partido, mas que não queriam ver o estado que agia conforme o direito dissolvido em uma vaga ‘comunidade’, [e] incluía Otto Koellreutter”¹¹⁹⁷ como um dos seus expoentes. Huber, porém, chegou a uma síntese entre as duas correntes:

Apesar de elogios anteriores a Höhn [...], Huber não conseguiu abandonar o conceito de estado. Como Huber – um jurista hegeliano – entendia, o estado não havia sido destruído nem rebaixado a um mero “aparato”; em vez disso, foi em certo sentido enobrecido, tornando-se uma “ordem comunal superior” por meio da postulada unidade do *Volk* com o estado; uma ordem na qual o povo se tornou o “*Volk* político”. [...] Posteriormente, Huber expressou-se mais claramente: “a tarefa que confronta a teoria política alemã não é a polêmica contra o estado, mas a incorporação de todos os elementos do estado no conceito de *Reich*”.¹¹⁹⁸

De fato, Huber não abandonou o conceito de estado, mas redefiniu-o, como vimos, em termos de *Volk*, *Führer* e *Bewegung*, isto é, o *movimento* incorporado pelo partido nazista, além de conceber tal *movimento* como a “unidade do partido e do estado”¹¹⁹⁹; e não apenas isto, pois “[o] novo Reich percebe-se a si mesmo como a completa unidade do *Volk* com o estado”¹²⁰⁰. Com relação ao *Führer*, ele não chega a utilizar o termo *união* (*Einheit*), mas concebeu-o como *uma incorporação da totalidade da vontade objetiva do Volk ou da Volksgemeinschaft*¹²⁰¹.

1195 STOLLEIS, 2004, p. 343-5.

1196 *Ibid.*, p. 345.

1197 *Ibid.*, p. 347. Koellreutter, porém, não era o único, pois “Höhn deparou-se com uma falange de oponentes jusfilósofos” (*ibid.*, p. 346).

1198 *Ibid.*, p. 348.

1199 HUBER, 1941, p. 289.

1200 *Ibid.*, p. 163.

1201 “Sua vontade não é a vontade individual subjetiva de um indivíduo autônomo; ele incorpora, com uma grandeza histórica objetiva, a totalidade da vontade do *Volk*. A vontade que se forma no

Como sua teoria é uma reformulação da teoria também tripartite de Schmitt – *Staat, Bewegung, Volk* –, e como este era dado a transpor conceitos teológicos para o direito¹²⁰², qualquer semelhança com uma ideia de *santíssima trindade secularizada* pode não ser mera coincidência. De fato, o objetivo parece ser buscar uma legitimação para um absolutismo transpondo o antigo *direito divino dos reis* para o *direito völkisch do Führer*; e esta é a desculpa que Schmitt dá para tentar não caracterizar o III Reich como uma tirania: “[s]omente uma identidade étnica pode prevenir o poder do líder de tornar-se tirânico e arbitrário”¹²⁰³. Proposição tão absurda que dispensa qualquer análise séria¹²⁰⁴.

5.3.2

Beemote e estado dual

Prosseguindo com a conceitualização do estado nazista, temos um outro debate, agora visto de fora – da ótica nazista, pois ambos os autores eram alemães e contemporâneos dos seguidores do Führer: é o debate entre Ernst Fraenkl e Franz Neumann, no qual o primeiro propõe que o III Reich era um *estado dual*, e o segundo afirma que este era um *não-estado*. Começando pelo último, pessoalmente, penso que o III Reich era, sim, um estado, mas, para não entrar em uma digressão sobre o conceito de *estado* e suas várias teorias e versões, creio ser mais produtivo para os objetivos deste trabalho expor os argumentos de Neumann e verificar a validade dos mesmos, além de, com isto, compreender o que ele entende por *estado*.

Ele inicia sua argumentação comparando o regime nazista com a teoria de Hobbes, afirmando que “[n]em mesmo a teoria política de Hobbes aplica-se a ele. O estado nacional-socialista não é o Leviatã”¹²⁰⁵. Em seguida, cita outra conhecida obra do filósofo – *Behemoth* ou *Beemote* –, cujo título é o mesmo da obra de Neumann, em razão deste caracterizar o III Reich tal como Hobbes fez em seu livro, “o qual retratava a Inglaterra durante o Longo Parlamento [e] foi concebido como a descrição de um não-estado, uma situação caracterizada pela completa

Führer não é uma vontade pessoal individual, mas a totalidade da vontade de uma comunidade [*Gemeinschaft*]” (HUBER, 1939, p. 196).

1202 Em sua *Teologia política*, ele escreveu que “[t]odos os conceitos significativos da teoria do estado moderna são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 2009, p. 43).

1203 SCHMITT, 2001, p. 48.

1204 O que não quer dizer que se deva levar qualquer proposição dos juristas nazistas a sério, mas algumas merecem descrições e comentários mais aprofundados, enquanto esta é tão disparatada que é bastante difícil crer que o próprio Schmitt acreditasse nela.

1205 NEUMANN, 2009, p. 459.

inexistência do direito”¹²⁰⁶. Ele afirma também que “[o] Leviatã de Hobbes ainda mantém resquícios de direito. A lei deve ser geral e não pode ser retroativa”¹²⁰⁷. Interpretação da qual discordo da primeira parte, pois, como vimos, Hobbes tem uma concepção bastante estrita do direito, e o estado soberano, com relação aos súditos, deve operar somente pelo direito e não apenas de forma residual, sob o risco de entrar em contradição e promover uma volta ao *estado de natureza*.

Neumann também afirma que, embora haja semelhanças, o nazismo não pode ser comparado às teorias de escritores reacionários ou contrarrevolucionários como De Maistre, Bonald, Donoso Cortez, Burke e F. J. Stahl¹²⁰⁸. Como semelhança, ele aponta, “em particular, uma visão pessimista do homem”¹²⁰⁹, e, com relação ao primeiro, diz que “De Maistre compartilha com o nacional-socialismo a rejeição da teoria democrática e a depreciação dos esforços individuais”¹²¹⁰. A rejeição da democracia é óbvia, sem sombra de dúvida, mas, como vimos, por meio do conceito de *herói*, podemos dizer que o nazismo só acreditava em esforços individuais, mesmo que estes esforços só fossem valorizados quando voltados para fins terríveis. O coletivismo nazista era apenas direcionado para a submissão, mas o *Führerprinzip* era totalmente individualista. Neste sentido, o nazismo era “meritocrático”, mesmo que rejeitemos o conceito nazista de *mérito* em razão do fato dele ser medido com base em sua vil fantasmagoria.

Neumann comenta que o que mais se aproximava do nazismo era a teoria contrarrevolucionária, especialmente a de K. L. von Haller, que afirmava que “o estado era um fato natural e, ao mesmo tempo, uma instituição divina, que aceitava a dominação do fraco pelo forte e rejeitava direitos civis, parlamentos e a razão humana”¹²¹¹. No entanto, ele afirma que tal teoria era “ainda muito racional para o nacional-socialismo. Haller reconhecia uma estrutura social ‘natural’, ainda que antiquada [...]. Isto, novamente, contrasta-se com o nacional-socialismo [...] pois ele não possui uma teoria da sociedade”¹²¹².

Considerando que esta “teoria” de Haller é mais uma *visão da* ou, até mesmo, uma *opinião sobre* a sociedade, creio que o argumento de Neumann é

1206 NEUMANN, 2009, p. 459.

1207 *Ibid.*, loc. cit..

1208 Cf. *ibid.*, p. 460.

1209 *Ibid.*, p. 460.

1210 *Ibid.*, loc. cit..

1211 *Ibid.*, p. 461.

1212 *Ibid.*, p. 461-2.

inconsistente, pois ambos não possuem uma *teoria da sociedade*, mas ambos possuem a sua *visão da sociedade* ou *Weltanschauung*, termo tão caro para o Hitler e os nazistas, além de qualquer fantasmagoria que pretenda se universalizar. Creio que, por rejeitar a fantasmagoria nazista – mesmo sendo isto absolutamente normal e saudável do ponto de vista ético –, Neumann, mais uma vez, cai na falácia de categorizá-la como irracional, como se existisse tal *razão platonkantiana* voltada sempre para o *bem transcendental*. Isto fica claro quando ele afirma que o “[n]acional-socialismo [...] é incompatível com qualquer teoria política racional, isto é, com uma doutrina que derive o poder da vontade e das necessidades dos homens”¹²¹³.

Esta afirmação, contudo, possui dois problemas. O primeiro é que, novamente, mesmo sendo vil e perversa – o que não se põe em discussão aqui em nenhum momento –, o nazismo baseava sua fantasmagoria – como sempre o é – em uma visão da vontade e da necessidade, ainda que não dos indivíduos isolados, mas da *Volksgemeinschaft* e da “natureza”, esta entendida a partir da visão social-darwinista de Hitler. É claro que, de fato, esta era a visão de Hitler – ou de quem mais adotasse a mesma *Weltanschauung* –, que, como dizia Hobbes, procurava *universalizar o seu particular*, ou seja, tratava os seus *desejos* – no caso, uma sociopatia – como *o desejo de todos* ou *o desejo da natureza*. Isto nos leva ao segundo problema: é possível uma “teoria” ou, como ele mesmo diz, uma *doutrina* que proponha uma *vontade e necessidades universais* não ser fantasmagórica, mesmo que não seja vil e perversa como a nazista? E esta *doutrina*, mesmo pretendendo não ser vil e perversa, para implementar esta *vontade e necessidades universais*, não pode acabar afastando o direito e tornando-se hostil?

Creio que seja possível almejar uma teoria para conceber um meio de decidir democraticamente sobre *vontades e necessidades comuns*, e esta teoria permanecerá democrática se permitir que o processo permaneça aberto, caso contrário, será uma fantasmagoria. Penso, também, que falta o conceito de *fantasmagoria* para Neumann. Como ele afirma que o “[n]acional-socialismo não possui uma teoria política racional”¹²¹⁴, conclui que “retornou para o período inicial do absolutismo do estado, no qual ‘teoria’ era uma mera *arcanum dominationis*, uma técnica alheia ao certo e ao errado, uma soma de artifícios para manter o poder”¹²¹⁵. Assim, fica claro

1213 NEUMANN, 2009, p. 463.

1214 *Ibid.*, p. 464.

1215 *Ibid.*, p. 465.

que o seu conceito de *razão* está relacionado a um conceito de *bem* e que não se trata de uma razão hobbesiana. Desta forma, ele não consegue perceber que, sendo a fantasmagoria nazista voltada para um pseudoevolucionismo, para a dominação e, em razão disto, para transformar a sociedade em uma *máquina de guerra*, mesmo que suas premissas sejam totalmente falsas do ponto de vista científico e rejeitáveis do ponto de vista ético, a partir de tais premissas, ela prossegue *racionalmente* tal como um algoritmo. Assim, a meu ver, Neumann cai no mesmo erro dos que acusavam o nazismo de niilismo. Mas qual a relação disto com o fato do III Reich ser ou não um estado? Neumann reflete sobre isto nesta conclusão:

Mas, se o nacional-socialismo não tem uma teoria política, seu sistema político é um estado? Se um estado é caracterizado pelo estado de direito, a nossa resposta a esta pergunta será negativa, uma vez que negamos que a lei exista na Alemanha. Pode-se argumentar que o estado e a lei não são idênticos, e que podem existir estados sem lei. Os estados, no entanto, como surgiram na Itália, são concebidos como máquinas operando racionalmente, dispondo do monopólio do poder coercitivo. Um estado é ideologicamente caracterizado pela unidade do poder político que ele exerce. [...] Duvido que até mesmo um estado neste sentido restrito exista na Alemanha. Foi dito que o nacional-socialismo é um estado dual, isto é, de fato, um estado dentro do qual dois sistemas operam: um sob um direito normativo, outro sob medidas individuais; um racional, o outro sob o domínio da prerrogativa. Nós não compartilhamos desta visão porque acreditamos que não há nenhum direito na Alemanha, embora haja milhares de regras técnicas que são calculáveis.¹²¹⁶

Neste ponto, Neumann critica abertamente a teoria do *estado dual* de Fraenkel, de modo que passarei a descrevê-la para, depois, avaliar as duas teorias em conjunto. A de Fraenkel parte de dois conceitos simples que, para manter a simetria dos termos, traduzirei como *estado normativo* e *estado prerrogativo*¹²¹⁷:

Por estado prerrogativo, queremos dizer o sistema governamental que exerce arbitrariedade e violência ilimitada, não controlado por nenhuma garantia legal; e, por estado normativo, um corpo administrativo dotado com elaborados poderes para resguardar a ordem jurídica tal como é expressa em leis, decisões dos tribunais e atividades das agências administrativas.¹²¹⁸

Esta descrição de Fraenkel do *normativo*, apresentada logo na introdução de sua obra, contudo, pode causar confusões, e é possível que isto tenha sido a causa

1216 NEUMANN, 2009, p. 467-8.

1217 Embora o termo *prerrogativo*, enquanto adjetivo, não conste no *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*, havendo apenas a forma substantiva *prerrogativa*, acredito que o termo obedece às regras morfológicas da língua, é de fácil compreensão e possui bastante utilidade. Além disto, toda palavra precisa ser utilizada uma primeira vez para passar a existir. O termo original em alemão para *estado normativo* era *Normenstaat*, que também pode ser traduzido por *estado de normas*, enquanto que o *estado prerrogativo* era *Maßnahmenstaat*, cuja tradução pode ser feita utilizando, em vez do adjetivo simples, as locuções adjetivas *estado de prerrogativas* ou *estado de medidas*, tradução mais literal (cf. FRAENKEL, 2010, p. 3). A tradução em inglês, no entanto, foi acompanhada pelo próprio Fraenkel, que escreveu sua obra nos EUA (cf. *ibid.*, p. v-vii).

1218 *Ibid.*, p. xiii.

da rejeição de Neumann da teoria daquele. O primeiro passo para entender o estado normativo é a partir do estado prerrogativo. Ele afirma que este é o que governava a *esfera política* do III Reich:

A esfera política é um vácuo no que diz respeito à lei. É claro que contém certo elemento de factualidade e previsibilidade, mas apenas na medida em que há certa regularidade e previsibilidade no comportamento de seus agentes. Não há, no entanto, regulamentação legal dos órgãos oficiais. A esfera política no Terceiro Reich não é governada nem pelo direito objetivo, nem pelo subjetivo. Não há normas jurídicas que governem a esfera política. Ela é regulada por medidas (*Maßnahmen*) arbitrárias, nas quais os mais altos oficiais exercem suas prerrogativas discricionárias. Eis o porquê da expressão “estado prerrogativo” (*Maßnahmenstaat*).¹²¹⁹

Diante do fato do regime nazista ser um regime no qual um dos seus principais líderes, Joseph Goebbels, em uma “fala dirigida aos executivos e produtores de rádio, veio a dizer [...] que] ‘não há nada que seja sem viés político’”¹²²⁰, este critério para distinguir o *normativo* do *prerrogativo* é bastante frágil. Fraenkel sabia muito bem disto e esclarece que:

A conclusão a que se deve chegar é que político é aquilo que as autoridades políticas escolhem definir como político. [...] O sistema jurídico da Alemanha atual é caracterizado pelo fato de que não há nenhum assunto livre da intervenção das autoridades políticas que, sem quaisquer garantias legais, são livres para exercer sua discricionariedade para fins políticos.¹²²¹

Sendo assim, a primeira característica do estado normativo é a sua *precariedade*, pois, “[...] já que a jurisdição do estado prerrogativo não é legalmente definida, não há nenhuma garantia de estabilidade do estado normativo”¹²²².

Um dos principais órgãos do estado prerrogativo, se não o principal, era a Geheime Staatspolizei (Polícia Secreta do Estado), mais conhecida como Gestapo¹²²³. Formada por Göring, em 1933, e restrita à Prússia, em 1936, a Gestapo passaria ao comando de Himmler, que não seria apenas o seu chefe mas de todas as forças policiais alemãs, unificando seu comando no âmbito nacional¹²²⁴. O parágrafo §1º (1) de sua lei determinava sua função:

1219 FRAENKEL, 2010, p. 3.

1220 EVANS, 2005b, p. 136.

1221 FRAENKEL, *op. cit.*, p. 42-3.

1222 *Ibid.*, p. 71.

1223 *Cf. ibid.*, p. 9.

1224 Sobre sua formação, *cf.* DAMS & STOLLE, 2014, p. 4-9. Hitler “seguiu a sugestão de Heydrich e, em 17 de junho de 1936, fundiu as competências do Reichsführer-SS em um único cargo: ‘Chefe da Polícia Alemã no Ministério do Interior do Reich’. Como resultado, Himmler era nominalmente subordinado a Frick, mas, de fato, responsável apenas perante Hitler. [...] Himmler tornou-se a figura mais importante da polícia, assim como da Gestapo” (*ibid.*, p. 15-6).

A Polícia Secreta do Estado tem o dever de investigar e combater, em todo o estado, todas as atividades que representem um perigo para o estado, coletar e avaliar os resultados destas investigações, relatar ao governo do estado [Staatsregierung], manter as autoridades competentes informadas sobre observações importantes e dar-lhes sugestões. É da competência do Chefe da Polícia do Estado Secreto junto ao Ministro do Interior decidir quais atividades específicas devem ser transferidas para a Polícia Secreta do Estado.¹²²⁵

E o seu parágrafo sétimo determinava que “[p]rovisões e assuntos da Polícia Secreta do Estado não são sujeitos ao controle das cortes administrativas”¹²²⁶. Apenas por estes dispositivos, podemos perceber que a liderança da Gestapo tinha competência para decidir sua própria competência, e que esta não sofreria controle pelo judiciário. As Cortes Administrativas da Alemanha não eram algo distinto do judiciário, e, por meio de uma doutrina chamada *Konflikt*, esta competência foi estendida também a matérias cíveis¹²²⁷. No âmbito penal, Fraenkel comenta que: “[t]eoricamente, atos políticos ainda são sujeitos ao controle judicial [...]. Na prática, porém, esta competência é insignificante”¹²²⁸. Ele também relata uma decisão da Suprema Corte Administrativa da Prússia, de 10 de novembro de 1938, que esclarece os princípios do controle judicial, sobre a qual Fraenkel aponta uma brecha que permite que qualquer ato policial seja blindado de qualquer controle por parte do judiciário:

A teoria que as ordens da Gestapo não estão sujeitas a controle é interpretada de forma que os seguintes atos são excluídos do controle judicial:

- (1) todos os atos diretos da Gestapo;
- (2) todos os atos da polícia ordinária seguindo ordens especiais da Gestapo;
- (3) todos os atos da polícia ordinária seguindo ordens gerais da Gestapo;
- (4) todos os atos da polícia ordinária que são da jurisdição da Gestapo.

O controle limita-se às situações em que, nos casos 2 e 3, a polícia ordinária extrapola as ordens da Gestapo e, no caso 4, quando a polícia comum assumiu a prerrogativa da Gestapo. O significado da decisão citada acima está no reconhecimento do poder da Gestapo de transferir esferas da vida inteiras da jurisdição do estado normativo para o estado prerrogativo (caso 3).¹²²⁹

Com tudo isto que vimos, resta a pergunta sobre o que sobra do *estado normativo*. Creio que isto está claro: é *nada*. É claro que ele existia, mas, como já disse era *precário*; tudo poderia ser absorvido pelo *estado prerrogativo*. É o mesmo

1225 BRODERSEN & MÜNCH, 1982, p. 24-5.

1226 *Ibid.*, p. 25.

1227 “*Konflikt* autoriza a suprema autoridade administrativa, em ações por danos contra o estado, a substituir o tribunal cível, que ordinariamente seria o órgão competente, pelo Supremo Tribunal Administrativo. [...] A consequência desta inovação aparentemente sem importância é que a norma que veda o Supremo Tribunal Administrativo de controlar os atos da Gestapo estende-se ao âmbito cível” (FRAENKEL, 2010, p. 29).

1228 *Ibid.*, p. 31.

1229 *Ibid.*, p. 27-8.

paradoxo que existe no termo *monarquia semiabsoluta*: tudo existe *por graça* e à *mercê* do soberano, que pode revogar esta graça a qualquer tempo; afinal, se o soberano é absoluto, quem controla o *semi*? Se alguém controla o soberano, este não é absoluto e, em termos hobbesianos, sequer é um soberano. Se alguém o controla absolutamente, este será o verdadeiro soberano; ou, se ele é controlado por meio de leis e um aparato judicial, temos um *estado constitucional de direito*. É claro que, se o judiciário começar a se arrogar de poderes extranormativos, por meio de subterfúgios, tais como “*teorias*” dos *princípios*, poderemos ter, se não um soberano, ao menos um *poder moderador*. Assim, como Fraenkel conclui:

O estado normativo, no entanto, não é de forma alguma idêntico a um estado em que o “estado de direito” prevalece, ou seja, com o *Rechtsstaat* do período liberal. O estado normativo é um complemento necessário ao estado prerrogativo e só pode ser entendido sob esta luz. [...] A coexistência dos estados normativos e prerrogativos é indicativo da política nacional-socialista de promover o poder da eficiência do estado por meio de maior arbitrariedade. [...] Na Alemanha nacional-socialista, o “evangelho da eficiência” substitui o culto da liberdade.¹²³⁰

Assim, o âmbito do *estado normativo* é, principalmente, a esfera econômica:

Uma vez que, de acordo com o nacional-socialismo, a liberdade do empreendedor dentro da esfera econômica não deveria, em princípio, ser limitada, questões de política econômica são geralmente consideradas como sendo do domínio do estado normativo. Isso não é uma função do direito, mas das preferências do nacional-socialismo.¹²³¹

Esta preferência se dava, é claro, em razão do social-darwinismo nazista e do mito do herói, que implicava não somente uma livre competição mas um fomento desta competição para que os “melhores” ou os “líderes” emergissem a partir do sistema. A competição, esclarecendo, nem era livre, mas guiada pelos princípios e voltada aos objetivos da fantasmagoria nazista, como fica claro a partir da possibilidade do *estado prerrogativo* intervir quando necessário:

Apesar das possibilidades jurídicas existentes para o estado prerrogativo intervir onde e quando quiser, os fundamentos jurídicos da ordem econômica capitalista foram mantidos. [...] Os tribunais são responsáveis por garantir que os princípios da ordem capitalista sejam mantidos – embora o estado prerrogativo possa ocasionalmente exercer o seu direito de lidar com casos individuais à luz da conveniência e da natureza especial do caso em questão.¹²³²

Esta intervenção do estado prerrogativo no domínio econômico é explicitada com a revolta dos industrialistas contra o *Plano quadrienal* de Göring e, principalmente, com o que ocorreu com Fritz Thyssen:

1230 FRAENKEL, 2010, p. 71.

1231 *Ibid.*, p. 73.

1232 *Ibid.*, p. 72-3.

A destruição do movimento operário [...] convenceu muitos empresários de que estavam certos em respaldar o novo regime. Com o passar do tempo, porém, eles perceberam que o regime tinha objetivos próprios que cada vez mais divergiam dos deles. O principal deles era o impulso cada vez mais frenético em se rearmar e preparar-se para a guerra. De início, agradou as empresas adequarem-se a este objetivo [...]. Mesmo os produtores de bens de consumo beneficiaram-se da recuperação econômica movida pelos armamentos. Dentro de poucos anos, contudo, à medida que as exigências do regime começaram a destituir a indústria alemã da capacidade de cumpri-las, as dúvidas dos industriais começaram a crescer. [...] Poucos industriais tiveram uma reação tão forte quanto o chefe do aço Fritz Thyssen, cujo apoio ao Partido Nazista antes de 1933 era tão extremo quanto o grau de sua desilusão com o movimento seis anos depois. Em 1939, Thyssen condenou severamente o dirigismo estatal da economia e profetizou que os nazistas logo começariam a fuzilar industrialistas que não cumprissem com as condições prescritas pelo *Plano quadrienal*, assim como seus pares foram fuzilados na União Soviética. Ele fugiu para o exterior após a deflagração da guerra, suas posses foram confiscadas pela Gestapo, e, posteriormente, foi detido na França e colocado em um campo de concentração. Suas preocupações com a crescente interferência do estado na economia, porém, eram comuns a muitos outros. No centro das preocupações figurava o *Plano quadrienal*. Na tentativa de aumentar as provisões de matérias-primas domésticas, Göring, primeiro, repreendeu os industrialistas pelo egoísmo de, visando o lucro, querer exportar seus produtos em vez de usá-los para fomentar o rearmamento alemão; em seguida, assumiu as rédeas da situação, nacionalizando depósitos privados de minério de ferro, tomando o controle de todas as siderúrgicas privadas e montando uma nova companhia, conhecida como Fundação Hermann Göring.¹²³³

Isto não quer dizer, é claro, que a economia nazista não possa ser caracterizada como capitalista, mas apenas que capitalistas que não se comportassem não seriam poupados pelo regime. Para concluir este assunto, além de outros, é necessário, porém, voltarmos às análises de Neumann e confrontá-las com as de Fraenkel, algo que farei na conclusão deste capítulo, passando agora a tratar de outro assunto que afetava o estado normativo enquanto tal.

5.3.3

Pensamento de ordem concreta

Falei pouco, até aqui, sobre o terceiro aspecto da trindade nazista, isto é, o conceito de *Bewegung* (*movimento*), por ele não ser exatamente uma fantasmagoria mas um produto desta. Além de indicar a ideia de *unidade entre partido e estado*, este princípio:

Também pode ser chamado de princípio dinâmico. A dinâmica resolvia “em si” a relação antitética entre *Volksgemeinschaft* e *Führerprinzip*; conectava o sujeito do Führer ao objeto da *Volksgemeinschaft*; vinculava forma e valor. O princípio dinâmico transpôs para o âmbito dos deveres o colapso de um ordenamento claro de funções e competências. Inversamente, justificava o estado de emergência permanente e a policracia governamental nacional-socialista. Utilizando o princípio dinâmico

1233 EVANS, 2005b, 371-2.

mico, definições formais e substantivas poderiam ser evitadas. Enquanto a *Volksge-meinschaft* e o *Führerprinzip* faziam com que conteúdo e forma prescindissem de juridicidade, o princípio do movimento impedia que voltassem a ser juridicizados ou limitados, definidos ou canonizados.¹²³⁴

Os nazistas eram avessos a formalismos, e a *Bewegung qua Dynamik*, atuava nesta direção em conjunto com o *Führerprinzip*; este, em seu aspecto puro de liderança – *Bewegungsführer* –, enquanto que o aspecto de *incorporação da vontade do Volk* – *Volkswillensverkörperung* – procurava justificar tal tendência. Jens Meierhenrich, em uma obra sobre o *Estado dual* de Fraenkel, analisando as características do direito nazista, entre outras, destaca o antiformalismo:

Este formalismo vazio [de Friedrich Julius Stahl, cuja definição de *Rechtsstaat* preconizava uma estrita separação entre direito e moral] era anátema ao projeto nazista, acima de tudo, em razão de sua insistência na supremacia do *Führerprinzip* [...]. Um regente e não regras era o *ápice* do poder. O princípio de autolimitação institucional era descartado, ao menos nos escalões superiores do poder. [...] Os teóricos do direito do regime adotavam o antiformalismo como uma forma de minar os efeitos limitadores de normas e instituições. A validação institucional do *Führer* na teoria jurídica nazista era, entre outras coisas, uma negação do conceito de *Rechtsstaat* de Kelsen, no qual *Führerlosigkeit* ou *ausência de liderança* era uma característica fundamental.¹²³⁵

Dreier comenta que este antiformalismo levou, primeiro, a uma *indiferença quanto a forma* e, em seguida, a uma *perda da forma*:

A *indiferença quanto a forma* era a consequência inevitável do reconhecimento do poder legiferante não mediado da vontade do *Führer*. Assim, era irrelevante a forma pela qual uma lei viesse a ser produzida [...]. O fator decisivo era que a vontade do *Führer* fosse articulada. [...] Da *indiferença quanto a forma*, foi apenas um pequeno passo para a *perda da forma*. Isso não significa, em primeiro lugar, uma perda da forma escrita mas, acima de tudo, a falta de publicação.¹²³⁶

1234 LEPSIUS, 2003, p. 26.

1235 MEIERHENRICH, 2018, p. 103. Entre as outras características do direito nazista que já foram tratadas neste trabalho, Meierhenrich aponta o *antiliberalismo*, conceito que deve ser esclarecido, em razão de, no momento atual, *liberalismo* ser confundido com *fundamentalismo de mercado* ou mesmo *de propriedade*. *Antiliberalismo*, para os nazistas, significava, além de uma crítica cultural, a rejeição de liberdades e garantias individuais, do pluralismo e de instituições democráticas. Horst Dreier, que chega a uma conclusão quase idêntica à de Meierhenrich, comenta que o antiliberalismo “combinou aspectos anti-individualistas e antipluralistas, assim como a eliminação das chamadas garantias legais formais (DREIER, 2013, p. 25). Dreier divide o que Heinrich chama de *antiliberalismo* em dois tópicos, acrescentando, além do já citado, *antiparlamentarismo* e *antifederalismo* (cf. *ibid.*, p. 27). É claro que este *anti-individualismo*, como já comentado, deve ser entendido como direcionado para a base social; o *Führerprinzip* e o conceito de *herói* eram, de certo modo, individualistas, ainda que limitados pela fantasmagoria. O outro aspecto do direito nazista, abordado tanto por Meierhenrich e Dreier, era o *antisemitismo*, cujo aspecto segregador, discriminatório e genocida era extrapolado para qualquer estrangeiro, mas mantinha sempre o *judeu* como a antítese arquetípica do *ariano*, o seu não apenas *Volksfremder* mas *Volksfeind* (*inimigo do Volk*) (cf. *ibid.*, p. 29-31, e MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 105-11).

1236 DREIER, *op. cit.*, p. 53-6. Huber, o constitucionalista nazista, afirmava que, do fato de que “[t]odo poder legislativo do novo Reich procede da decisão do *Führer* [...], o modo de execução e promulgação da lei, pela qual o *Führer* obriga, não possui nenhum significado formal” (HUBER, 1939, p. 237-8).

Até chegar a este estágio de total destruição da forma jurídica, porém, vários juristas nazistas elaboraram teorias sobre o direito que não diziam apenas sobre sua concepção, mas afetariam o modo como este deveria ser interpretado. Neste caso, novamente, temos a participação de Carl Schmitt, demonstrando todo o seu protagonismo na elaboração do regime nazista. Desta vez, sua contribuição é feita a partir do que pode ser visto como uma revisão de sua teoria – uma *revisão*, em parte, como veremos depois. A primeira apresentação de sua *nova* teoria apareceu na segunda edição de sua *Teologia política*, de 1934, na qual afirmou:

Eu agora distingo não dois mas *três* tipos de pensamento jurídico; além dos tipos normativista e decisionista, há o institucional. [...] Enquanto o normativista puro pensa em termos de regras impessoais, e o decisionista implementa o bom direito da situação política corretamente reconhecida por meio de uma decisão pessoal, o pensamento jurídico institucional desdobra-se em instituições e formações que transcendem a esfera pessoal; e enquanto o normativista, em sua distorção, faz da lei um mero modo de operação de uma burocracia estatal, e o decisionista, concentrando-se no momento, sempre corre o risco de perder o conteúdo estável inerente a todo grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva ao pluralismo característico de um desenvolvimento feudal-corporativo que é desprovido de soberania.¹²³⁷

Apesar da declarada mudança de posição, esta deve ser vista *cum grano salis*. Durante Weimar, interessava a Schmitt adotar a posição *decisionista*, ao mesmo tempo em que criticava o positivismo como um *decisionismo velado* – algo que continuou fazendo, acusando-o de ser uma mistura degenerada de *decisionismo* e *normativismo*¹²³⁸. Isto, somado ao pluralismo que criticava, fazia Schmitt crer que Weimar era um verdadeiro *Beemote*; assim, ele clamava pela *decisão política soberana que distinguisse o amigo do inimigo*. É claro que, de certa forma, ele apresentava sua “teoria” de maneira *formal*, como se qualquer decisão e distinção entre amigo e inimigo pudesse ser válida; ao mesmo tempo, porém, deixava escapar em suas críticas que, para ele, isto não era o caso. Assim:

À sombra da tomada do poder pelos nazistas, Carl Schmitt esforça-se em fornecer uma resposta ao enigma da indeterminação jurídica. Claramente insatisfeito com as implicações mais dramáticas da tese da indeterminação radical, Schmitt postula uma concepção pós-liberal de determinação jurídica que se baseia diretamente nas características centrais do nacional-socialismo.¹²³⁹

1237 SCHMITT, 2009, p. 8.

1238 “O positivismo [...] sujeita-se – decisionisticamente – à decisão de qualquer legislador que, em dado momento, possua o poder do estado, porque somente este legislador possui o verdadeiro poder real de realizar a decisão. Ao mesmo tempo, porém, o positivista exige também que esta decisão tenha um valor firme e inviolável como norma, isto é, que o próprio legislador do estado esteja sujeito à mesma lei criada por ele e a sua interpretação” (SCHMITT, 2004, p. 67).

1239 SCHEUERMAN, 1999, p. 122. Sobre a tese da continuidade do pensamento de Schmitt e contra uma possível tese de que, com uma suposta ruptura, estivesse tentando conter o nazismo: “[m]uitos interpretaram este argumento como evidência de uma ruptura significativa dentro do

Assim, em obra posterior, Schmitt apresentou uma elaboração de sua nova forma de pensamento, a qual passa a chamar de *pensamento de ordem e formação concretas*¹²⁴⁰. Esta elaboração, porém, não significava uma definição precisa do conceito¹²⁴¹; ele procurava atingir seus objetivos muito mais por meio de polêmicas com o pensamento que considerava adversário e, assim, resolver o problema da indeterminação jurídica de uma forma que permanecia decisionista – em oposição a forma normativista –, mas seria um decisionismo guiado por tais *ordem e formação concretas*.

A formulação de Schmitt permanece antinormativista e decisionista, pois, em primeiro lugar, ele afirma que “[h]á [...] esferas da existência humana para as quais a transferência deste tipo de regularidade funcional [normativa] destruiria a natureza jurídica específica da ordem concreta”¹²⁴²; e, em segundo lugar, como ele mesmo disse que *o institucionalismo isolado levaria a um pluralismo desprovido de soberania*, continua totalmente fiel ao *Führerprinzip*:

Hoje, depois que o pensamento de ordem concreta foi revivido com uma nova vida comunal (*Gemeinschaftsleben*), o axioma jurídico de que verdade, disciplina e honra não podem ser separadas da liderança é mais bem compreendido por nós do que o modo de pensar normativista liberal-constitucional, que é divisor do poder e fruto de um individualismo passado. Como o movimento político (*staats-tragende Bewegung* [movimento que conduz o estado]) jura lealdade absoluta ao Führer, podemos hoje fazer justiça imediata à natureza jurídica de um juramento de lealdade.¹²⁴³

pensamento de Schmitt: enquanto seus escritos de Weimar às vezes apresentavam uma concepção decisionista do direito, como a que agora era criticada por ele, seus escritos nacional-socialistas enfatizavam os perigos do decisionismo. [...] O que temos aqui é uma mudança de ênfase, mas nenhuma inconsistência. No contexto da derrota da democracia liberal de Weimar pelos nazistas, fez todo o sentido que Schmitt se voltasse para a tarefa construtiva de desenvolver uma alternativa pós-liberal a um sistema jurídico liberal que, na sua opinião, era inevitavelmente atormentado pelo voluntarismo. Da mesma forma, quando a Alemanha ainda era uma democracia liberal, era apropriado enfatizar o lado desconstrutivo de sua agenda, a saber, a crítica da filosofia jurídica liberal” (SCHEUERMAN, 1999, p. 124-5).

1240 “A palavra estrangeira [...], no entanto, como muitas outras relações derivadas do latim, talvez nos leve inconscientemente a uma fixação e rigidez. [...] Por esta razão, eu gostaria de propor como uma designação para o terceiro e atual tipo de pensamento jurídico *pensamento de ordem e formação concretas* em vez de *pensamento institucionalista*” (SCHMITT, 2004, p. 89-90).

1241 “Se tentarmos descobrir o conteúdo exato de um conceito tão vago quanto o de ‘pensamento de ordem concreta’, a primeira coisa que nos vem à mente é que seu inventor ou autor, Carl Schmitt, não lhe dá uma definição clara com características precisas ou limites visíveis, mas administra-a, em seus vários aspectos e funções, de maneira metafórica e como um simples esboço” (RÜTHERS, 2016, 89-90).

1242 SCHMITT, *op. cit.*, p. 54. Ele prossegue: “[a] coabitação dos cônjuges em um casamento, dos parentes em uma família, dos familiares em um clã, dos pares em um *Stand* [estado, no sentido feudal-nobiliárquico], do clero em uma igreja, dos companheiros em um campo de trabalho e dos soldados em um exército não podem ser reduzidos ao funcionalismo de leis pré-determinadas nem a regulamentações contratuais” (*ibid.*, *loc. cit.*).

1243 *Ibid.*, p. 82-3.

O objetivo de Schmitt era “fundamentar e desenvolver um novo método de pensamento jurídico *völkisch* a serviço dos objetivos políticos do nacional-socialismo”¹²⁴⁴, mais especificamente: ajudar a corroborar com o mito que o Führer *decidia mas não decidia*, isto é, que suas decisões eram a expressão da *vontade do Volk*, já que ele as incorporava; e fazer com que as decisões dos outros agentes do nazismo fossem direcionadas a *trabalhar em direção ao Führer*:

Os juristas alemães, em 1933, foram imediatamente confrontados com o imponente problema de como interpretar as leis anteriores à ascensão nazista ao poder [...] De forma simples, duas alternativas pareciam possíveis: poder-se-ia tentar vincular os juízes estritamente às leis preexistentes [...], ou poder-se-ia argumentar que os juízes nacional-socialistas não tinham a obrigação de fazer cumprir as leis anteriores à “revolução nacional” de 1933. [...] Com base em suas reflexões teóricas sobre a questão da indeterminação jurídica, Schmitt formula uma solução engenhosa para este enigma. Primeiro, ele argumenta contra a ideia de simplesmente descartar totalmente o conceito de um sistema jurídico vinculante. Claramente preocupado com o espectro de juízes ativistas hostis ao nacional-socialismo, Schmitt insiste que, contrariamente à segunda possibilidade que acabamos de descrever, a decisão judicial requer sempre *alguma* base jurídica. [...] Mas esta afirmação também não leva Schmitt a abraçar a visão contrária, na qual os juízes são obrigados a seguir os cânones tradicionais de interpretação jurídica quando confrontados com leis anteriores ao período nazista. De acordo com ele, esta primeira concepção pressupõe uma anacronista visão liberal de determinabilidade jurídica. [...] Mesmo *se* isto fosse possível, juízes nazistas não teriam nenhuma razão para privilegiar a letra da lei em detrimento de verificar o “espírito” da ordem jurídica como um todo. [...] Em contraste com o caráter inepto e pluralista da política liberal parlamentar, Schmitt argumenta, o nacional-socialismo representa uma coerente visão de mundo, tal como é apresentada no Programa do Partido Nazista e em uma série de esboços de intenções legislativas, que servem como guias úteis para juízes e administradores tentarem encontrar os princípios básicos do direito nazista. [...] Para Schmitt, a partir de 1933, o primeiro passo indispensável para a determinabilidade jurídica é bastante claro: todas as leis devem ser interpretadas de acordo com o coerente espírito “étnico” e intelectual do nacional-socialismo.¹²⁴⁵

A proposta de Schmitt, por um lado, caminha de encontro à *coordenação* ou *Gleichschaltung* nazista, determinando que haja uma *homogeneização étnica do judiciário*¹²⁴⁶, e, por outro lado, mas simultaneamente a isto, formula uma nova interpretação jurídica. “O pensamento de ordem concreta significa a assunção

1244 RÜTHERS, 2016, p. 86.

1245 SCHEUERMAN, 1999, p. 129-31.

1246 “Os ‘estrangeiros’ raciais e étnicos são supostamente incapazes de interpretar o direito alemão de uma maneira consistente para os alemães étnicos” (*ibid.*, p. 121). Em *Estado, movimento, povo*, Schmitt faz proposições abertamente racistas, declarando que “[s]e uma administração independente de justiça deve continuar a existir [...], isto depende precisamente da raça e estirpe dos nossos juízes e funcionários públicos” (SCHMITT, 2001, p. 50). Ele também faz uma reinterpretação da tese de que os *juízes são somente as bocas que pronunciam as palavras da lei* de Montesquieu: “[p]ara a nossa suscetibilidade atual, esta frase já aponta para a esfera do ser humano vivo, repleto de diferenças orgânicas, biológicas e étnicas. Hoje nos tornamos mais receptivos e vemos até mesmo a diversidade das bocas [...] Nós ouvimos como estas mesmas palavras são ‘pronunciadas’ de forma diferente” (*ibid.*, p. 51-2).

ilimitada, teórica e metodológica, das idéias e fatos do nacional-socialismo e sua transformação em um princípio não-escrito do direito válido”¹²⁴⁷.

O *método* ou a *porta de entrada da fantasmagoria nazista* no ordenamento jurídico seria a manipulação das chamadas *Generalklauseln* ou *cláusulas gerais*, que podem também ser entendidas como *princípios jurídicos indeterminados*¹²⁴⁸. Ele formula sua proposta por meio de uma polêmica com o pensamento democrático-liberal, afirmando que a existência de tais cláusulas significaria o fim do conceito de estado de direito relativo a tal pensamento:

O sinal limite do fim da era do positivismo jurídico é facilmente reconhecível hoje na Alemanha. Em todos os lados e em todas as áreas da vida jurídica, as chamadas cláusulas gerais surgem de uma maneira que elimina todas as “certezas” positivistas: nestas se incluem conceitos indeterminados de todos os tipos, referências a critérios extrajurídicos e noções como decência, boa-fé e assim por diante. Elas incorporam uma renúncia ao fundamento do positivismo, a saber, a decisão imparcial da lei incorporada ao normativo.¹²⁴⁹

Schmitt, longe de tentar resolver este problema, ao contrário, adota-o como solução para a nazificação do direito:

Por outro lado, porém, H. Lange percebeu estas cláusulas gerais como um veículo do direito natural, como um portador de um novo pensamento jurídico, como um avanço de novas ideias, como um “ovo de cuco no ordenamento jurídico liberal” e como um símbolo que significa a vitória sobre o pensamento jurídico positivista que se desenvolveu no século XIX. Tão logo conceitos como “boa-fé”, “decência comum” e assim por diante não estão mais relacionados à sociedade comercial individualista e burguesa mas aos interesses de toda a nação, de fato, todo o *Recht* muda sem que, para isto, seja necessário mudar uma única lei “positiva”. Tenho, portanto, a convicção de que um novo pensamento jurídico pode ser alcançado por meio destas cláusulas gerais. Ainda assim, elas não devem ser considerados meros corretivos do positivismo anterior, mas devem ser tratadas como o método específico de um novo tipo de pensamento da filosofia do direito.¹²⁵⁰

Em *Estado, movimento, povo*, Schmitt chega a afirmar que, “hoje em dia, há apenas conceitos jurídicos ‘vagos’”¹²⁵¹. Com isto:

A dedução das consequências legais da “essência” das ordens concretas era, de fato, equivalente à sua apropriação pelos objetivos racistas do nacional-socialismo, à sua inserção no quadro ideológico dos nazistas. [...] Em uma ordem concreta, não poderia mais haver espaços livres e seguros de vida privada. Todos se colocariam a serviço da ideologia: “Você não é nada, o *Volk* é tudo”.¹²⁵²

1247 RÜTHERS, 2016, p. 92.

1248 “Carl Schmitt formulou, em dezembro de 1933, [...] ‘Novos Princípios Orientadores para a Prática Jurídica’, em particular, sobre o tratamento de cláusulas gerais, incluindo explicações adicionais que foram planejadas como instruções destinadas especialmente ao Judiciário e deveriam assegurar a integração dos princípios do nacional-socialismo” (WIBMANN, 2008, p. 97).

1249 SCHMITT, 2004, p. 90.

1250 *Ibid.*, p. 90-1.

1251 *Id.*, 2001, p. 49.

1252 RÜTHERS, *op. cit.*, p. 98. “O modo de funcionamento do pensamento de ordem concreta consistiu em atribuir ao respectivo campo vital preciso (o matrimônio, a família, a empresa, *etc.*),

5.3.4

Conceitos gerais concretos

Desenvolvendo-se a partir do *pensamento de ordem e formação concretas*, temos as propostas de Karl Larenz. Ele apontou o pensamento de Schmitt como uma grande contribuição e desenvolveu algumas novas ideias a partir disto:

Vimos que a ideia nacional de estado pressupõe o reconhecimento da realidade do *Volk* e do estado como uma unidade vital que não é apenas pensada, mas que realmente existe. Como resultado, houve uma mudança em direção ao realismo político, o qual, por sua vez, desembocou em uma forma de pensamento que, com a feliz expressão de Carl Schmitt, chamamos de “pensamento de ordem e formação concretas”. A peculiaridade desta forma de pensamento é determinada por seu conceito de realidade. A expressão “ordem” é, em si mesma, plurívoca. Por ela pode ser entendido um interrelacionamento de normas, um sistema de significados puros, cheio de contradições e alheios ao acontecimento factual. Também pode ser entendida como um conjunto de preceitos factuais, uma regulação puramente positiva de natureza preferencialmente técnica, como, por exemplo, a regulamentação do trânsito, a regulamentação do mercado, um horário, *etc.* Sob o conceito de direito como “ordem e formação concretas”, nada disto está compreendido. Antes, pensa-se aqui em um modo de vida, no qual e de acordo com o qual a vida de uma comunidade, de um *Volk*, é produzida em constante realização. [...] A ordem concreta de vida de um *Volk* é, conseqüentemente, uma realidade concreta, que se baseia em sua realização factual e na convicção jurídica viva dos nacionais, ao mesmo tempo que é a realidade que, para o indivíduo enquanto membro desta comunidade, representa uma norma que o amarra e vincula.¹²⁵³

isto é, à ‘ordem particular concreta’, um ‘dever *völkisch*’ e uma ‘responsabilidade’ no conjunto da *Volksgemeinschaft*, interpretada a maneira nacional-socialista e baseada na *homogeneidade racial*. As respectivas ordens concretas receberiam seu significado, sua missão e suas obrigações [...] apenas da *ideia de Volksgemeinschaft*. Consequentemente, *ordens concretas* singulares nunca poderiam entrar em contradição com a ordem *völkisch*” (RÜTHERS, 2016, p. 98). Complementando os argumentos contra a tese de que Schmitt poderia ter tentado limitar o nazismo: “[a] inter-relação plural de áreas da vida historicamente desenvolvidas e relativamente independentes poderia ser interpretada no sentido de que são estruturas vinculantes cujos conteúdos provêm de tradições e ideias diferentes do nacional-socialismo [...]. Poderia parecer que Schmitt é um defensor e propagador de uma estrutura plural de poderes jurídicos e políticos dentro do estado nacional-socialista, com importantes elementos juridicamente garantidos e de natureza não nacional-socialista. Poder-se-ia até pensar, dentro desta linha interpretativa, que o pensamento de ordem concreta apoia a resistência legítima de certas ordens concretas contra o governo autoritário do estado, especificamente contra Hitler. [...] Tal interpretação, porém, não corresponderia de modo algum à intenção e ao conteúdo do pensamento de ordem concreta, como Schmitt coloca. Ele defende a prioridade incondicional da liderança política em todos os assuntos relacionados às fontes do direito e à aplicação da lei. [...] Além disto, para Schmitt, a ideologia nacional-socialista era a ideia jurídica suprema e o guia de toda aplicação do direito. De acordo com ele, todas as fontes do direito [...], incluindo cada uma das ordens concretas, recebiam seu significado e conteúdo normativo apenas do ‘espírito do nacional-socialismo’. Schmitt não concedia nenhuma autonomia a cada ordem concreta. [...] Em sua concepção, o espírito do nacional-socialismo era a ideia que guiava (*ideia diretora*) cada ordem concreta. [...] Este espírito deveria ser aquele que alimentaria a transformação completa do direito. Consequentemente, Schmitt chamou esta figura como pensamento de ordem e *formação*. Era o instrumento da transformação do direito e do estado. [...] A teoria jurídica de Schmitt tinha dois conteúdos nucleares: [...] A normatividade da ideologia nacional-socialista. [...] O poder interpretativo absoluto da liderança política (Hitler) sobre o que deveria valer como direito” (RÜTHERS, 2016, p. 99-100).

1253 LARENZ, 1942, p. 183-4.

A partir disto, Larenz, buscando substratos na filosofia de Hegel, apresentou duas distinções para embasar sua proposta. A primeira delas é entre *idealismo subjetivo* e *idealismo objetivo*:

Em contraste com o positivismo e o idealismo subjetivo, chamamos a terceira concepção [...] de idealismo objetivo. Schelling e Hegel são seus representantes clássicos; mas Platão e o neoplatonismo estão próximos a esta concepção. [...] Enquanto o idealista subjetivo sempre exige uma norma para “subsumir” um processo vital, e enquanto uma relação vital só lhe parece relevante do ponto de vista jurídico – na medida em que é “afetada por uma norma jurídica” –, o idealista objetivo descobrirá que [...] uma relação vital, antes de toda normação, carrega dentro de si a sua ordem; subsumirá menos do que comparará e individualizará: seus conceitos não são conceitos genéricos vazios de conteúdo, mas “quintessências” concretas (Binder) ou “conceitos constitutivos concretos” (Huber), ou seja, materialmente cheios de conteúdo que necessitam de maior concretização.¹²⁵⁴

No trecho acima, podemos ver mais uma polêmica com o positivismo jurídico, do qual os juristas nazistas procuram se diferenciar o tempo todo. A polêmica prossegue na distinção entre os *conceitos gerais concretos* e os *abstratos*:

O significado das expressões “abstrato” e “concreto” no idealismo objetivo merece uma consideração especial. O concreto não significa, para ele, o singularizado, o isolado, o individual, mas a realidade como forma de força ou ideia criadoras. O concreto é o organismo, a vida, o *Volk* e o espírito do *Volk* [*Volksgeist*], não menos do que o estado como uma forma do *Volk* político. Abstratas, por outro lado, são a representação das partes isoladas, a da matéria morta sem qualquer força formadora, do indivíduo voltado para si e de um poder estatal abstrato, isto é, separado da realidade política do *Volk*. [...] O concreto geral deve ser distinguido dos conceitos gerais abstratos do intelecto, dos conceitos genéricos e dos conceitos formais sem conteúdo para os quais o princípio lógico é mais importante do que o conteúdo significativo.¹²⁵⁵

Como se pode ver no trecho citado, o objetivo de Larenz é muito mais polemizar com o positivismo, assim como com os conceitos formais de democracia e estado. Deste modo, ele associa estas ideias com o *abstrato*, comparando-as com *coisas mortas*. O *concreto*, por sua vez, é o *vivo*, o *orgânico*, o *real*. Não devemos nos enganar com esta retórica, pois este *concreto* é tão ou mais abstrato que as categorias que ele critica; como ele afirmou no outro trecho citado, fazendo referência a Julius Binder, são *quintessências*¹²⁵⁶. Como comenta Rütters:

Estes vagos conceitos gerais concretos, em parte, por causa da obscuridade e, em parte, por causa de sua natureza contraditória, não devem, de acordo com a

1254 LARENZ, 1942, p. 192-3.

1255 *Ibid.*, p. 193.

1256 “Como o paralelo entre os conceitos de *ordens concretas* e conceitos *concretos* indica, depois do impulso emocional de *renovação jurídica* a partir de 1933, *concreto* era uma terminologia elegante com um efeito fortemente sugestivo. A palavra aparece em quase todos os trabalhos sobre renovação jurídica. A frequência de seu uso, no entanto, não deve esconder que a questão do significado preciso da expressão foi deixada de lado e, no final, em 1945, esta questão permaneceu sem resposta” (RÜTTERS, 2016, p. 102).

intenção de quem os usa, abranger ou refletir a realidade, mas sim configurá-la. Não é a realidade que deve permear o conceito, mas, ao contrário, é o conceito que deve moldar a realidade, a vida social e política.¹²⁵⁷

É curioso o fato de que Larenz manteve a ideia de *conceitos concretos gerais* nas primeiras edições de sua obra pós-II Guerra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (*Metodologia da ciência do direito*)¹²⁵⁸. Ele atenua as críticas aos *conceitos abstratos*, afirmando que “a ciência das normas do direito válido não pode dispensar os conceitos gerais abstratos, sob os quais as normas podem ser subsumidas”¹²⁵⁹. No entanto, o conceito abstrato geral “é significativamente relacionado a um conceito concreto geral correspondente a ele [...]; ele é ‘transparente’ para o sentido mais amplo”¹²⁶⁰. O significado disto é que, apesar das concessões, Larenz pretendia manter o direito em estado *poroso*, tal como fez durante seus tempos de nazista:

Este é o *insight* que a filosofia hegeliana tem para oferecer ao dogmático jurídico. Pode-se discutir se a única forma adequada de representação para o significado *a priori* é o conceito concreto geral no sentido da lógica hegeliana, tal como pensamos, ou se existe outra maneira de capturar o “conceito da essência”, como uma “exposição da essência” fenomenológica. Em qualquer caso, deve-se reconhecer que o conceito abstrato – a enumeração de características individuais em uma “definição” – não é a forma apropriada para expressar o que se entende por “essência”. O conceito abstrato só pode encurtar, contrair e, portanto, não reproduz o significado completo ou a essência de maneira apropriada. “*Omnis definitio est periculosa*” – deve ser mantido em mente que, para um propósito particular [...], qualquer definição de um termo é sempre algo de valor limitado e de caráter provisório; não pode esgotar o significado subjacente.¹²⁶¹

Em seu *excurso sobre a ideia de conceito concreto geral em Hegel*, ainda presente nas últimas edições de sua obra – inclusive na edição portuguesa, da qual foi extraído o texto abaixo –, Larenz comenta que:

O “verdadeiramente geral ou universal”, a que alude o conceito concreto geral, não se apresenta ao pensamento como uma mera adição de notas pensadas isoladamente mas como um todo de “momentos” relacionados entre si de modo pleno de sentido, que só nesta vinculação recíproca constitui o conceito. [...] Que um

1257 RÜTHERS, 2016, p. 108.

1258 Rühthers comenta que, “[n]a primeira edição de sua *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, de 1960, os conceitos concretos gerais ainda estão expostos em um extenso capítulo e recomendados como ‘conceitos *a priori* que dão sentido ao jurídico’” (*ibid.*, p. 119; *cf.* LARENZ, 1960, p. 353-70). O capítulo foi mantido na segunda edição (*cf.*, *id.*, 1969, 473-90). É apenas “[n]a terceira edição da Metodologia da Ciência do Direito, de 1975, [que] Karl Larenz abandona esta lógica do conceito geral de Hegel como elemento cujo desenvolvimento de sentido pudesse tornar visível a estrutura interna de sentido do Direito vigente e rejeita a pretensão do sistema hegeliano a um carácter absoluto. Não obstante, mantém ainda um ‘excurso’ sobre a distinção em Hegel entre conceito abstrato e conceito concreto” (LAMEGO, 1991, p. 707).

1259 LARENZ, 1960, p. 367.

1260 *Ibid.*, p. 368.

1261 *Ibid.*, p. 368-9.

conceito, no sentido de Hegel, é “conceito concreto” significa ainda que “os momentos do conceito não podem ser autonomizados”; que, ao invés, “cada um dos seus momentos só pode ser diretamente apreendido junto aos outros”. Daqui resulta ainda que o pensamento deste conceito só pode oferecer garantias enquanto, em primeiro lugar, desenvolva o conceito nos seus momentos e, em segundo lugar, reflita a partir destes momentos a conexão em que cada um está com todos os outros. “A natureza do conceito” consiste, diz Hegel, “em manifestar-se no seu processo como evolução de si próprio”.¹²⁶²

Apesar da linguagem críptica e do fato de Larenz passar a falar por Hegel – antes, ele sempre lhe creditava a influência, mas assumia às ideias para si –, o caráter de *fluidez* dos conceitos é mantido. Isto era algo característico desde os tempos nazistas de Larenz. Como explica Rùthers:

- Os tipos concretos e os conceitos concretos gerais são abertos e móveis. Eles podem assumir aleatoriamente qualquer novo conteúdo factual ou ideológico. Eles nunca estão fechados. O que quer que seja modificado, seja no campo dos fatos, dos relacionamentos ou dos valores sociais ou políticos, há no conceito concreto geral espaço para tal modificação, para sua incorporação e, a partir dela, extrair direito válido.
- Todos os tipos concretos, as séries de tipos e os conceitos concretos gerais que os abrangem são inseridos em um “conjunto superordenado” que determina seu significado e função dentro desse todo mais amplo.¹²⁶³

Estes *tipos (Typen)* que Rùthers menciona, e não devem ser confundidos com os *fatos típicos objetivos* do direito penal (*objektiver Tatbestand*), são outro aspecto da teoria de Larenz que ainda é mantido em suas formulações mais recentes. Logo após seu *excurso sobre Hegel*, ele passa a tratar dos *tipos* e afirma que:

Quando o conceito geral abstrato e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, oferece-se então o *tipo* como forma de pensamento. [...] Os usos do tráfego, os usos comerciais e a “moral social”, enquanto tais, têm para os juristas o significado de *standards*, quer dizer, “de pautas normais de comportamento social correto, aceitas na realidade social”. Tais *standards* não são, como acertadamente observa Strache, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efetuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas *móveis*, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como *típica* e que devem ser permanentemente concretizadas ao aplicá-las ao caso a julgar. O *standard* é, segundo Strache, “decerto um tipo real – mas é, ao mesmo tempo, sempre um tipo ideal axiológico”.¹²⁶⁴

Em seu período nazista, em um artigo de 1941, Larenz disse que:

Um tipo não é determinado por uma soma de características [...], mas é uma “estrutura”, um todo sensivelmente estruturado no qual cada “momento” refere-se a um “centro de significado”, um “núcleo espiritual” e, assim, em sua função, em seu sentido global, seu significado é determinado. [...] O pensamento tipológico é, portanto, uma compreensão sensível “contemplativa”, não apenas separando e

1262 LARENZ, 1991, p. 652-3.

1263 RÜTHERS, 2016, p. 109-10. Cf. LARENZ, 1940, p. 294.

1264 *Id.*, 1991, p. 656-7.

conectando, mas um pensamento em detalhes que abre e desdobra a unidade do significado do todo. O tipo, como eu disse antes, absorve precisamente o que o conceito geral abstrato exclui de si mesmo: o significado [...].¹²⁶⁵

Outros desdobramentos da *teoria dos tipos* de Larenz são as ideias de *tipos jurídico-estruturais* e *série de tipos*, ambas oriundas do seu período nazista, mas ainda presentes nas edições de sua obra do pós-II Guerra:

As nossas últimas explanações permitiram conhecer já o modo como a formação de tipos jurídico-estruturais pode trazer a contribuição para a formação jurídico-científica do sistema. Trata-se, nestes tipos, de complexos de regulação relacionados entre si, cujos elementos são conteúdos normativos conjuntamente com as relações da vida neles tidos em conta. Pelo menos alguns destes elementos podem variar de caso para caso ou estar ausentes no caso particular, sem que por isso desapareça seu pertencimento ao tipo. [...] Uma ampliação da formação do sistema correspondente ao tipo estrutural consegue-se mediante a formação de *séries de tipos*. Esta assenta em que os tipos, precisamente por causa da variabilidade dos seus elementos, podem transformar-se uns aos outros, de tal modo que alguns elementos desaparecem totalmente, outros novos surgem ou passam a primeiro plano, sendo a transição entre os tipos, uma vez mais, *fluida*. Numa *série de tipos*, os tipos que são afins entre si, mas que, não obstante, devem distinguir-se, são alinhados de modo a que as coisas em comum e as diferenças e, portanto, também os fenômenos de transição sejam claros como tais.¹²⁶⁶

Isto, que pode parecer completamente obscuro, passa a ter sentido quando se busca as origens da tal pensamento:

As *séries de tipos*, como prefigurações reais dos conceitos concretos gerais, são concebidas como uma demonstração dos princípios básicos da ordem *Völkisch*. Sempre com novas variações conceituais, este “marco superordenado” é destacado quando se fala de “ordem completa *Völkisch*”, “comunidade”, “ordem *völkisch*”, “ordem vital *völkisch*” e similares. O que está sendo aludido em todos os momentos é a ideologia totalitária do nacional-socialismo, abrangendo todas as áreas da vida. Todas as manifestações vitais e todas as figuras jurídicas são colocadas a serviço de tais objetivos por meio dos conceitos gerais concretos. Todo conceito jurídico e todo instituto jurídico é “preenchido com novos conteúdos concretos correspondentes à sua missão a serviço da *Volksgemeinschaft*”. Das várias exigências que a ideia de *Volksgemeinschaft* racialmente determinada faz às específicas instituições jurídicas, segue-se uma “condição concreta” ou uma “relativização do direito”, o que realmente significa uma relativização de todas as garantias legais[...].¹²⁶⁷

Curiosamente, após seu *excurso sobre Hegel* e a exposição sobre a *teoria dos tipos e série de tipos*, o próximo tópico – na edição atual da obra de Larenz – é *A importância dos princípios jurídicos para a formação do sistema*, cuja exposição da concepção de tais princípios apresenta a mesma *vagueza e fluidez* dos assuntos tratados anteriormente:

1265 LARENZ, 1941, p. 20.

1266 LARENZ, 1991, p. 667-9.

1267 RÜTHERS, 2016, p. 110.

Os princípios jurídicos não têm o carácter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudessem subsumir situações de fato, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem excepção, de ser concretizados. [...] Os princípios podem entrar em contradição entre si. A sua atuação pode ocorrer, diferentemente daquilo que acontece com a aplicação das regras, numa medida maior ou menor. [...] No caso de uma contradição entre princípios, tem, portanto, cada princípio de ceder perante o outro, de modo a que ambos sejam atuados “em termos ótimos” (“mandado de optimização”). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens. Trata-se aqui, em última análise, do valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais princípios. [...] O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema *aberto*, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais.¹²⁶⁸

Em um artigo de 1937, Franz Neumann já comparava as chamadas *cláusulas gerais* com os princípios jurídicos¹²⁶⁹. Assim temos mais um encontro do passado com o presente do que uma ruptura, tal como apregoou Barroso, como vimos no início desta tese; e este foi o método utilizado para discriminar, segregar e, em última instância, matar milhões de pessoas durante o III Reich. Rüthers aponta, como exemplo concreto de aplicação de *conceitos concretos gerais*, o tratamento que foi dado aos conceitos jurídicos de *pessoa* e *capacidade jurídica*, culminando na formulação do conceito de *posição jurídica* de Larenz, e foi a base jurídica da política discriminatória nazista que culminou no Holocausto:

1268 LARENZ, 1991, p. 674-93.

1269 “A fim de deduzir esta definição concreta [de *lei geral*, no sentido que Fuller chamou de *universal* e que Larenz chamaria de *abstrata*], distinguimos entre leis específicas e ‘princípios jurídicos’ ou padrões jurídicos de conduta (*Generalklauseln*, como são chamados na doutrina jurídica alemã). Proposições como as seguintes, que contratos que violam a política pública ou são irracionais ou imorais (seção 138 do Código Civil Alemão, BGB) são nulos e sem efeito, ou que aquele que prejudica alguém de uma maneira que viole a moral é responsável por indenizações (seção 826), ou que aquele ‘que comete um ato que foi declarado punível nos termos da lei ou que é merecedor de punição, porque está em conflito com o sentimento popular sadio’ será punido (seção 2ª do Código Penal para o Reich Alemão, como formulada pela lei de 28 de junho de 1935), não são leis específicas com verdadeira generalidade. Elas incorporam uma generalidade espúria. Como na sociedade atual não pode haver unanimidade sobre se uma determinada ação, em um caso concreto, é imoral ou irracional, ou se uma determinada punição corresponde ou contraria o ‘sentimento popular sadio’, elas não têm conteúdo específico. Um ordenamento jurídico que deriva primariamente suas proposições legais dos chamados princípios gerais (*Generalklauseln*) ou de ‘padrões legais de conduta’ não é senão uma máscara sob a qual medidas individuais são ocultadas. Por outro lado, regras como as seguintes, que a existência jurídica (direitos e responsabilidades) de uma pessoa começa com o seu nascimento (seção 1ª do BGB alemão) ou que a transferência da propriedade da terra é efetuada por acordo das partes interessadas e o registro no cartório de propriedades fundiárias (seção 873 do BGB alemão) são normas jurídicas reais, porque todos os fatos essenciais aos quais a norma se refere são claramente definidos, e porque não há referência a padrões morais que não sejam geralmente vinculantes nem aceitos como obrigatórios. Se os princípios fundamentais ou as partes essenciais de um ordenamento jurídico são colocados sob o domínio de tais *Generalklauseln*, então não se pode mais falar de um estado de direito geral” (NEUMANN, 1996b, p. 107).

Assim, a igual capacidade civil, estabelecida no parágrafo primeiro do Código Civil, foi privada de sua base histórica e normativa. O conceito, transformado em concreto geral, foi completamente posto a serviço da ideia totalitária de estado. Além disto, a concepção tradicional, segundo a qual cada pessoa tem capacidade jurídica, como era expressa no parágrafo primeiro do Código Civil, apareceu como um limite para a privação total dos direitos dos judeus. Os defensores da renovação jurídica *völkisch* não se limitaram a negar à “não-raça” sua capacidade jurídica, mas também negaram sua qualidade como seres humanos ou pessoas. [...] A jurisprudência do Tribunal do Reich, guiada pela graduação da capacidade jurídica em virtude da raça, como proposta pela literatura jurídica da era nazista, também acabou por assumir esta limitação. O Tribunal do Reich explicou que, desde a tomada do poder, o círculo de cidadãos juridicamente “capacitados” era condicionado pela raça; o que correspondia à ideologia nacional-socialista de que apenas aqueles que têm raízes alemãs ou que são legalmente equiparados são tratados como cidadãos com plenos direitos.¹²⁷⁰

5.3.5

Beemote ou estado dual?

Por se tratar da última parte deste capítulo que encerra o desenvolvimento do presente trabalho, tratarei aqui apenas das conclusões que não serão abordadas no capítulo final e conclusivo da tese. Sendo assim, deter-me-ei na disputa entre Neumann e Fraenkel sobre se o regime nazista era um *estado duplo* ou um *não-estado*, além da questão inerente a este debate que é o fato de ter havido ou não direito no regime nazista. Farei esta análise a partir das teorias e fatos vistos anteriormente, acrescentando alguns exemplos extraídos da prática penal nazista.

Quanto à questão da Alemanha sob o regime nazista ter sido um estado ou não, como não faz parte dos objetivos desta tese discorrer sob o conceito de *estado*, analisarei a questão apenas sob cinco perspectivas: a *interna*, ou seja, como os próprios nazistas encaravam a relação do conceito de *estado* com o regime que propunham; a *externa*, do direito internacional; a da teoria de Hobbes; a da teoria de Kelsen; e, por fim, a das próprias considerações de Neumann.

A partir da perspectiva interna, embora a questão da personalidade jurídica do estado fosse discutida, como vimos, era um fato que conceitos como *Führer*, *Volksgemeinschaft* e *Reich* acabavam por se sobressair. Os nazistas não descartavam completamente a utilização de uma ideia de *estado*, mas o seu papel – o seu *protagonismo*, como é comumente entendido na teoria política – era rebaixado a apenas um *aparato* ou um *instrumento* do *Führer*. Como afirmou Schmitt, “[o] estado, como parte especial da ordem dentro da unidade política, não tem mais o monopólio do político: é apenas um órgão do *Bewegungsführer*”.¹²⁷¹

1270 RÜTHERS, 2016, p. 116. *Pleno direito*, como visto, *cum grano salis*.

1271 SCHMITT, 2004, p. 98.

No âmbito do direito internacional, “[o] Estado [...] ostenta três elementos conjugados: uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre esta área, e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior”¹²⁷². Como, para o direito internacional, a qualidade deste governo não é levada em conta, nesta perspectiva, a Alemanha nazista era um estado. Um fato que comprova isto são as discussões sobre a *continuidade ou não do estado alemão* após a derrocada nazista. Como os detalhes de tal debate são irrelevantes para o tema desta tese, o que importa é assinalar que houve a discussão – o que significa que, se a houve, era sinal de que havia um estado anteriormente –, e que foi decidido pela continuidade:

Com o colapso da resistência alemã, em 5 de junho de 1945, não havia mais um governo efetivo ou reconhecido da Alemanha. Os Poderes Aliados assumiram “a autoridade suprema com relação à Alemanha”, que, de acordo com estes acordos, foi dividida em quatro Zonas de Ocupação, com uma “área especial de Berlim” sob controle quadripartite. Na ausência de um governo alemão reformado, isto poderia ter levado à extinção da Alemanha por *debellatio*, como Kelsen apontou. No entanto, a Declaração de Berlim foi feita não para efetuar a anexação da Alemanha, e o Conselho de Controle Aliado obteve subsequentemente reconhecimento como “o Governo da Alemanha”. Assim, foi dito que “a Alemanha continuava a existir como Estado e a nacionalidade alemã como uma nacionalidade”.¹²⁷³

A menção do comentário de Kelsen leva-nos a crer que ele considerava o regime nazista um estado. De fato, em sua *Teoria geral do direito e do Estado*, no capítulo em que analisa as *formas de governo* ou a *classificação das constituições*¹²⁷⁴, dentre as formas *autocráticas*, ele aponta um tipo chamado *ditadura de partido* e afirma que “[o] Estado nacional-socialista da Alemanha pertence a esse tipo”¹²⁷⁵. Já entrando na questão do direito, porém, ele afirma que “[n]a medida em que estejam em questão interesses do partido dominante, até mesmo a independência dos tribunais é abolida. [...] Tanto a criação quanto a aplicação da lei estão inteiramente nas mãos do partido dominante”¹²⁷⁶, ou seja, ele concebe tal ordem estatal como *direito*, pois afirma “[a] identificação de Estado e ordem

1272 REZEK, 2008, p. 161. Esta definição encontra respaldo na *Convenção de Montevideu sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo Político*, de 1933: “Artigo 1. O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos. [...] I. População permanente. [...] II. Território determinado. [...] III. Governo. [...] IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados” (BRASIL, 1937).

1273 CRAWFORD, 2007, p. 453. A quem interessar os detalhes da questão, cf. *ibid.*, p. 452-66.

1274 Segundo ele, “[o] problema central da teoria política é a classificação de governos. A partir de um ponto de vista jurídico, é a distinção entre arquétipos de constituições. Portanto, o problema também pode ser apresentado como a distinção entre diferentes formas de Estado” (KELSEN, 2005, p. 405).

1275 *Ibid.*, p. 431.

1276 *Ibid.*, loc. cit..

jurídica”¹²⁷⁷. Afirmar que não haveria direito no regime nazista implicaria considerar que este não era um estado ou contradizer sua teoria. Para ele evitar isto, porém, é necessário afirmar a prevalência do *aspecto dinâmico* do direito sobre o *aspecto estático*, o que acaba reduzindo este a um nada ou a quase um nada – uma *moldura*, como ele mesmo disse.

Em Hobbes, como vimos, há um paradoxo. Ele não afirmou claramente que um absolutismo não seria um estado. Contudo, vimos também que um soberano hostil representa um dilema em sua teoria – um *constante retorno ao estado de natureza*. É claro que, em tese, tal soberano absoluto poderia governar apenas por meio de leis, mas isto seria uma *automoderação* que, do ponto de vista das garantias jurídicas, seria nula. Na teoria de Hobbes, porém, há esta distinção entre *hostilidade* e *legalidade* que lhe permite pensar o estado como algo distinto do direito; é até possível mapearmos estes conceitos à distinção de Fraenkel: o hostil seria o *prerrogativo*, e o legal, o *normativo*.

Qual seria, no entanto, a relação que se estabelece entre um estado abertamente hostil e os alvos declarados desta hostilidade? Para entendermos isto, a partir da teoria de Hobbes, devemos voltar ao trecho de sua teoria que fala da relação entre *escravo* e *senhor*, já visto anteriormente, mas que o reproduzo aqui para a comodidade do leitor: “estes homens (comumente chamados de Escravos) não possuem obrigação alguma e podem romper as amarras ou fugir da prisão e matar ou capturar seus Mestres de forma justa”¹²⁷⁸. Disto se conclui que o alvo e vítima da hostilidade não possui nenhum vínculo com o *hostis* e tudo que for feito em relação a este será *legítimo*. Podemos até inferir a relação que se estabelece entre *direito de resistência* e *hostilidade*: quanto maior a hostilidade, maior o direito de resistência; e, diante de uma hostilidade absoluta, o direito de resistência é absoluto. Creio que isto, inclusive, responde a questão de Leibniz, que, como mencionei, Hobbes jamais respondeu.

Analisando, agora, a tese de Neumann, como vimos, esta se baseia em dois pontos: a ausência de direito; ou, caso se considere que possa existir um estado sem direito, a ausência de um aparato estatal racional ou burocrático e de um monopólio do poder coercitivo. Quanto a isto, creio que a analogia com o

1277 Kelsen, 2005, p. 273. “O Estado é aquela ordem de conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta” (*ibid.*, p. 272).

1278 HOBBS, 1991a, p. 141.

Beemote é um tanto injustificada, assim como a ideia de *anarquia* expressa tanto por Neumann quanto por Kershaw. O *Beemote*, como Neumann reconhece, tratava de uma situação de guerra civil, na qual, dentro de um mesmo estado – ou ex-estado –, várias facções lutavam pela soberania. No nazismo, havia certamente uma *anarquia* organizacional, guiada pelos princípios do darwinismo social e pelo *Führerprinzip*, principalmente em sua versão *Persönlichkeitsprinzip*, que expandia a ideia de liderança para vários centros de poder. Esta suposta anarquia, contudo, era uma *anarquia controlada*, guiada pela fantasmagoria nazista e com a possibilidade de intervenção do soberano absoluto que era o Führer. Este estava estabelecido, e a tal *anarquia* era o princípio organizacional que, embora não fosse a racionalidade burocrática que Neumann adota como critério, seguia perfeitamente a *racionalidade da fantasmagoria*. O que comprova isto é que tudo que Hitler planejou, conforme vimos em seus escritos, aconteceu – exceto, felizmente, vencer a guerra e conquistar o mundo.

Como um exemplo de intervenção direta da liderança nesta *anarquia*, temos o caso do judiciário que, em um primeiro momento, foi controlado por meio do processo de *Gleichschaltung*, levado a cabo, em grande parte, por meio da *Lei para a restauração do serviço público profissional*, conjugada com críticas públicas quando ocorriam decisões contrárias aos objetivos nazistas e intervenções pontuais. No entanto:

Tais intervenções pontuais estavam longe de satisfazer os planos ambiciosos da liderança política. No sistema totalitário nazista, no qual tudo era politizado, o dever da administração da justiça também era antes de mais nada político. O objetivo final do partido, como as circulares internas abertamente exigiam, era o controle total do aparato de justiça, “uma orientação nacional-socialista da justiça e seus agentes”. O partido deu mais um passo para efetivar esta intenção quando, em 29 de agosto de 1942, colocou seu próprio homem, [Otto Georg] Thierack, no escritório do Ministério da Justiça de Reich. Ele estava em sintonia com o sistema. [...] As intervenções do partido em questões judiciais tornaram-se formalmente reconhecidas e centralizadas. Agora não era mais uma questão de influenciar decisões judiciais individuais quando ocorressem, mas de impor a primazia geral do partido em todas as questões de controle e treinamento dentro do sistema judicial, com a bênção do novo ministro da justiça do Reich. A arbitrariedade tornou-se o sistema, e a pressão e a manipulação foram institucionalizadas. [...] Todas as críticas públicas a juízes e decisões individuais foram [...] suprimidas. Tais críticas, de fato, não eram mais necessária no caso individual, porque a partir de agora o domínio do Partido no âmbito da justiça era exercido centralizadamente, no mais alto escalão, através do próprio chefe do ministério. A chancelaria do partido “discutia os detalhes necessários” com o ministro em todos os casos censuráveis.¹²⁷⁹

1279 MAJER, 2013, p. 347-8. Antes deste acontecimento de 1942, Fraenkel já apontava que: “[o] importante resultado desta coexistência de autoridades vinculadas ao diário e de outras indepen-

Isto nos leva à questão da existência de direito ou não no III Reich. Pelo que vimos, por um lado, a crítica de Neumann a Fraenkel parece ser um pouco precipitada, pois este não equipara o *estado normativo* a um *Rechtsstaat*; por outro, os conceitos de *estado normativo* e *estado prerrogativo* parecem funcionar mais como tipos ideais, já que, na realidade, os dois *estados* entrelaçam-se. Fraenkel, logo no início de sua descrição do *estado normativo*, faz a seguinte ressalva:

A teoria alemã do direito administrativo sempre considerou o poder discricionário como uma característica do poder executivo. Deve-se reconhecer que, sob o nacional-socialismo, todas as autoridades executivas, sejam ou não partes do estado, têm ampliado o escopo de sua discricionariedade. Autoridades pertencentes ao estado normativo, tais como Câmaras de Controle de Câmbio (*Devisenstellen*), Gabinete de Provisão de Alimentos do Reich (*Reichsnährstand*), Curadores do Trabalho (*Treuhänder der Arbeit*) e muitos outros órgãos reguladores operam sob disposições legais que são geralmente tão vagas que são apenas cláusulas gerais de autorização.¹²⁸⁰

Isto fez com que ele refletisse sobre haver alguma diferença substancial entre o *normativo* e o *prerrogativo*¹²⁸¹. Uma das conclusões que chega é sobre a diferença de competência:

Uma distinção decisiva entre as agências administrativas do estado normativo e os órgãos do estado prerrogativo depende das diferenças entre suas respectivas esferas de competência e não é um problema de graduação de poder discricionário. Por maior que seja a discricionariedade de uma agência administrativa [...], esta pode ser exercida apenas dentro dos limites de sua competência claramente definida. [...] Os órgãos do estado prerrogativo, no entanto, não são limitados assim em sua competência. Não há restrições legalmente definidas que restrinjam sua competência.¹²⁸²

A partir disto, podemos entender a distinção entre os dois estados em termos da dicotomia *especialidade/generalidade*, esta que era imposta, como ele observou, em razão da *eficiência*. Assim como o estado, o direito era apenas um instrumento na mão dos nazistas, cujo desprezo pela legalidade era notório¹²⁸³.

dentes do direito é o seguinte: quando é politicamente desejável, as decisões dos tribunais são corrigidas pelas autoridades policiais que confinam pessoas absolvidas pelo judiciário em campos de concentração por períodos indefinidos (o caso Niemöller), que anulam as sentenças proferidas em tribunais civis, e que revertem as decisões do ‘Tribunal de Honra Social’ por meio das atividades da Frente Trabalhista” (FRAENKEL, 2010, p. 38-9).

1280 *Ibid.*, 2010, p. 69.

1281 “Isto aponta para o problema de haver qualquer diferença fundamental entre estas atividades e as das autoridades que nós designamos como órgãos do estado prerrogativo” (*ibid.*, *loc. cit.*).

1282 *Ibid.*, p. 69-70.

1283 “O desprezo de Hitler pelo direito e pela Constituição de Weimar fora deixado claro em várias ocasiões. ‘Vamos entrar nos órgãos legais e desta forma faremos de nosso Partido o fator determinante’, disse Hitler ao tribunal no julgamento dos oficiais do exército em Leipzig em 1930. ‘Entretanto, uma vez que detenhemos o poder constitucional, moldaremos o Estado na forma que julgarmos adequada.’ Era importante, ele disse ao gabinete imediatamente após o incêndio do Reichstag, não se deixar retardar demais por sutilezas legais na perseguição aos supostos culpados comunistas. [...] O fator mais crucial de todos foi que Hitler e os nazistas, em todos os níveis, estavam bem cientes de que infringiam a lei. Seu desprezo pelo direito e pelos processos formais da

O *estado prerrogativo*, no entanto, tinha sua origem em bases “legais”. Mesmo com Schmitt desconsiderando os instrumentos normativos que deram fim à República de Weimar como uma *rendição do próprio sistema*¹²⁸⁴, ele afirmava que “[a] revolução alemã foi legal, isto é, formalmente correta conforme a constituição anterior”¹²⁸⁵. O início de tudo foi o decreto em resposta ao incêndio do Reichstag. A partir daí, tudo passou a ser *interpretado* conforme a *ordem concreta*. Como observou Fraenkel, “o decreto de 28 de fevereiro de 1933 é válido para todo o campo do ‘político’. Na atual Alemanha, não há nada que não possa ser classificado como ‘político’”¹²⁸⁶. Ele aponta como *malabarismos hermenêuticos* foram desde logo utilizados para lidar com a “ameaça comunista”:

Para justificar sua aplicação a igrejas, seitas, movimentos anti-vacina e escoteiros, a Suprema Corte da Prússia (Kammergericht) criou a teoria do perigo comunista indireto. [...] A decisão declarou que o objetivo do nacional-socialismo era a realização da “comunidade étnica” (*Volksgemeinschaft*) ideal e a eliminação de todos os conflitos e tensões. Por esta razão, manifestações de diferenças religiosas, além das atividades da igreja no sentido mais restrito, encontravam a desaprovação do nacional-socialismo, ou, nas palavras do Kammergericht: “este tipo de acentuação das clivagens existentes tem, em si, o germe da desintegração do povo alemão. Tal ruptura só ajudará a disseminação dos objetivos comunistas”. [...] O fato de que os réus se opunham frontalmente ao “comunismo ateu” não os salvaguardou da punição por “atividades comunistas indiretas”, porque, de acordo com o tribunal, “a expressão pública de uma opinião particular servirá facilmente apenas para encorajar pessoas que acreditam ou que simpatizam com o comunismo ou que são politicamente indecisas”¹²⁸⁷.

O direito penal nazista ilustra bem como, a partir do decreto, houve uma completa destruição por meio de pseudolegalidades, *coordenação* e afrontas diretas¹²⁸⁸. A *coordenação* foi feita não apenas por meio do expurgo de indivíduos

justiça era palpável e ficou evidente em inúmeras ocasiões. Quem tinha o poder, tinha a razão. O direito era apenas a expressão do poder” (EVANS, 2005a, p. 455).

1284 “[N]ão é sem mérito que um sistema se renda por si só, em conformidade com sua própria legalidade, e afixe um selo no seu próprio fim. Isto, porém, é apenas a abdicação e o pronunciamento de morte do velho direito e não a definição substantiva do novo” (SCHMITT, 2001, p. 6).

1285 *Ibid.*, p. 7.

1286 FRAENKEL, 2010, p. 57.

1287 *Ibid.*, p. 17-8. Kirchheimer também comenta sobre este acontecimento: “[o] escopo das ofensas políticas foi expandido além de todos os limites. Qualquer atividade de natureza política, social ou religiosa que não seja expressamente aceita pelo governo pode ser punida com uma severa sentença de prisão ou pena de morte. Os juízes dão-se a liberdade mais ampla possível na interpretação de regulamentos criminais, que já são formulados de forma bastante ampla. Foi assim que foi possível punir os participantes de uma recente reunião da juventude católica com base em decretos do governo emitidos contra atos comunistas revolucionários que ameace o estado (emitido em 28 de fevereiro de 1933): a justificativa fornecida era que as atividades do grupo de jovens católicos poderia levar a tal agitação que um renascimento do terrorismo comunista poderia assim ser promovido” (KIRCHHEIMER, 1996a, p. 151).

1288 “A dominação pela mentalidade nacional-socialistas foi alcançada muito mais rápida e radicalmente no âmbito do direito penal do que em outras áreas do direito” (KIRCHHEIMER, 1996a, p. 145).

contrários ao nazismo ou perseguidos pelo mesmo¹²⁸⁹, mas também com a criação de cortes especiais ou de exceção – que, no caso, não eram mais excepcionais mas órgãos de funcionamento permanente – e uma reestruturação de todo o complexo judicial, envolvendo acusação, defesa e julgamento; reestruturação que, como se não bastasse a parcialidade dos agentes envolvidos, incluía também uma abolição de diversas garantias processuais penais, tais como apreciação de provas e direito a recursos¹²⁹⁰. Indo mais além, os nazistas aboliram o princípio *nulla pœna sine*

1289 “Depois de ser expurgada destes elementos hostis ao nacional-socialismo, a irremovibilidade do judiciário foi novamente assegurada; mas este tipo de independência judicial, como muitos observaram corretamente, não é mais comparável ao tipo de independência anteriormente possuído pelo judiciário. A independência significava anteriormente a liberdade de julgar com base em leis, ao menos tentando manter a neutralidade em relação a grupos sociais e políticos distintos. A nova forma de independência judicial é caracterizada pelo fato de que a lei, em qualquer conjuntura, pode ser alterada pela Führer e retroativamente revogada a qualquer momento, sem qualquer formalidade legal a ser respeitada” (*ibid.*, p. 144). Para novos juristas, “[o]s nacional-socialistas fizeram duas modificações importantes no processo que levava à certificação legal. Primeiro, os treinamentos físico e ideológico foram introduzido no currículo. [...] Além destes treinamentos físico e ideológico, os nazistas acrescentaram um período probatório aos requisitos para juízes, advogados e promotores. Isto foi projetado para monitorar ainda mais o compromisso do candidato com a causa nazista” (LIPPMAN, 1993, p. 279-80).

1290 “Novos tipos de tribunais (*Sondergerichte* e *Volksgerichte*) e uma série de novas unidades administrativas (SS, Partido Nazista, Serviço Trabalhista) competem com o sistema judiciário tradicional, e as ações empreendidas dentro de seus limites muitas vezes são isentas do escrutínio dos tribunais tradicionais” (SCHEUERMAN, 1996, p. 14). “O regime de Hitler organizou imediatamente vários tribunais extraordinários. Tribunais Especiais (*Sondergerichte*) foram criados para julgar a culpabilidade dos ‘oponentes do novo regime’. [...] Aos Tribunais Especiais foi delegada a competência sobre as diversas ofensas enumeradas no decreto de 28 de fevereiro de 1933. Sua competência foi posteriormente ampliada para incluir crimes violentos, assalto a rodovias, crimes contra a economia de guerra, ofensas envolvendo oposição à guerra e violação de várias leis e medidas de segurança internas. A maioria destas ofensas tinha como possibilidade a pena de morte e, em certos casos, como crimes violentos, a pena de morte era obrigatória. O Tribunal Especial também tinha competência sobre outros crimes e delitos se a acusação fosse da opinião de que a sentença imediata do tribunal especial era exigida pela ‘gravidade ou perversidade do ato, por despertar a comoção pública ou em consideração a uma séria ameaça para a ordem segurança públicas’” (LIPPMAN, *op. cit.*, p. 281-1). “O próximo passo na reorganização do sistema judiciário foi o estabelecimento do Tribunal do *Volk* (VGH). A este tribunal extraordinário foi delegada a competência sobre traição, que anteriormente era da competência da Suprema Corte [*Reichsgericht*]. Posteriormente, também lhe foi delegada a competência sobre ataques contra o Führer, dano a equipamentos militares, falhas em denunciar traições, por colocar em perigo as forças armadas de estados amigos e sabotagem econômica. O Tribunal do *Volk* foi a realização da visão de Hitler de um tribunal revolucionário que serviria como um foro para acusar e punir os inimigos do estado. Em 1930, Hitler prometera perante um tribunal alemão que ‘quando nosso movimento for vitorioso, então uma nova Suprema Corte será instituída, e perante esta corte ... vocês podem ter certeza de que cabeças rolaram na areia’” (*ibid.*, p. 283). “Além destes tribunais criminais de exceção, os tribunais eugênicos foram instituídos e encarregados de manter a pureza e a força da raça” (*ibid.*, p. 287). “[U]m conjunto de medidas adicionais torna praticamente impossível [averiguar a verdade material no processo criminal] nos casos *políticos*. Em primeiro lugar, a promotoria em tais casos não é o promotor ordinário do estado, que opera de acordo com os imperativos burocráticos tradicionais; é a acusação central do estado, pertencente ao Ministério da Justiça, que agora recebe suas ordens diretamente do governo para cada caso individual. Além disto, a polícia nesses casos não são mais os policiais ordinários, mas, sim, os membros da polícia secreta do estado (Gestapo). [...] Quanto ao Tribunal do *Volk* [*Volksgerichte*], é uma comissão nomeada *ad hoc*, composta por funcionários administrativos do serviço público, militares, membros do NSDAP e juízes que provaram sua fidelidade ao regime. Ela decide autocraticamente o quanto de instrução probatória deve ser realizado. Suas decisões não podem ser contestadas. Até mesmo o direito a um

lege – não como um *princípio ponderável da ordem concreta* mas como uma norma vinculante e inafastável –, levando a punições por analogia, punições retroativas, e o afastamento do *non bis in idem*¹²⁹¹. “Como observou o jurista nazista Carl Schmitt: ‘como a maior e mais forte verdade jurídica, hoje, todos reconhecerão que a máxima ‘nenhum crime sem punição’ tem prioridade sobre a máxima ‘nenhuma punição sem lei’”¹²⁹². A participação – e, conseqüentemente, a responsabilidade – dos juízes neste processo foi evidente:

advogado de escolha do réu – a última proteção restante, embora em si mesma inadequada, do acusado contra uma instrumentalização partidária do direito penal – transformou-se em uma farsa. No estado de Hitler, o advogado geralmente tem a dever de representar os interesses de seu cliente apenas o quanto for compatível com o bem-estar do regime nacional-socialista. Se o advogado der um passo além destes limites, ele pode contar não apenas com a ação disciplinar, mas também com uma sentença de prisão com prazo indeterminado. [...] O Tribunal do *Volk*, contudo, não pode ser descrito como um tribunal. A natureza de sua composição, sua dependência do trabalho preparatório feito pela polícia secreta e as restrições que coloca ao advogado de defesa comprovam que o Tribunal do *Volk* está interessado simplesmente em eliminar oponentes políticos e não em uma investigação imparcial dos fatos” (KIRCHHEIMER, 1996a, p. 153-4). “A competência em matéria penal não é mais regulada de acordo com a natureza do delito, mas depende da sentença que o promotor público quiser solicitar. Assim, ele tem poder total para decidir se pretende levar o réu ao ‘tribunal de um juiz’, que pode prescrever trabalho forçados de até dois anos e prisão de até cinco anos, contra quais decisões não há apelação; ou a um dos dois tipos de ‘tribunais de três homens’, que podem prescrever qualquer tipo de sentença, incluindo a pena de morte. Se ele escolher levar o réu ao ‘tribunal de três homens’ ordinário (Strafkammer), um apelo ao Reichsgericht é possível. A propósito, devemos observar aqui que a abolição do princípio da inadmissibilidade da *reformatio in pejus* permite agora que uma condenação seja revertida em detrimento de um réu, mesmo que apenas ele tenha recorrido da decisão. Se o promotor prefere levar o caso ao ‘Tribunal Especial’ (Sondergericht) – geralmente composto pelos mesmos três juízes que normalmente se sentam no Strafkammer – nenhum recurso é permitido” (*id.*, 1996b, p. 184). “O direito formal de instrução probatória foi praticamente eliminado, as possibilidades jurídicas do acusado apelar da decisão foram substancialmente limitadas e a proibição da *reformatio in pejus* foi extinta” (*id.*, 1996a, p. 152).

1291 “O nacional-socialismo aguardou até junho de 1935 antes de explicitamente legislar sobre a abolição do princípio de *nulla poena sine lege*. Assim que ganhou poder, também descartou outra garantia legal igualmente importante e universalmente respeitada da liberdade individual: a proibição de leis retroativas. [...] Somente com base em uma punição retroativamente mais severa foi possível condenar van der Lubbe [quem incendiou o Reichstag] à morte e depois executá-lo” (*ibid.*, p. 147). “A introdução explícita de um raciocínio jurídico por analogia não só tem conseqüências praticamente imprevisíveis, como também mina os próprios fundamentos do processo judicial. A nova formulação do parágrafo 2º do código penal – ‘A punição deve ser infligida a qualquer um que cometa um ato que tenha sido declarado punível nos termos da lei ou que mereça ser punido de acordo com os princípios fundamentais de um estatuto criminal ou o sentimento popular sadio’ – [...] não parece eliminar a possibilidade de um raciocínio analógico com referência ao sistema jurídico como um todo. Este segundo tipo de raciocínio analógico não consiste simplesmente em aplicar uma lei a uma situação que lhe pareça equivalente; em vez disso, leva a deduções jurídicas que criam crimes totalmente novos, baseados apenas na ideologia nacional-socialista. Constitui um exemplo autêntico de legislação judicial; e sua introdução em qualquer sistema político, em qualquer lugar, significa que o Judiciário tornou-se uma autoridade política” (*ibid.*, p. 146). “O regime nazista também solapou o princípio do devido processo de que todos os julgamentos deveriam ser considerados finais e que os indivíduos não deveriam ser processados duas vezes pelo mesmo delito. A ‘objeção extraordinária’ permitia que o Promotor Chefe do Reich registrasse uma objeção dentro de um ano depois que uma sentença se tornasse definitiva ‘se, por causa de sérios receios quanto à justiça da sentença, ele consider[ass]e necessário um novo julgamento e decisão” (LIPPMAN, 1993, p. 296-7).

1292 *Ibid.*, p. 295.

Os juízes não aplicavam apenas mecanicamente a letra da lei; eles eram encorajados a construir códigos legais de forma criativa para obter condenações e, especificamente, foram instruídos a ignorar precedentes anteriores. [...] Os juízes também presumiam arbitrariamente fatos, e as leis eram interpretadas de forma ampla para condenar os réus a crimes que levavam à pena de morte. [...] Em 1940, o ‘pedido de nulidade’ foi introduzido para permitir à Promotoria apelar do que considerasse interpretações jurídicas equivocadas. O Promotor Público Chefe foi autorizado a recorrer de uma sentença final no prazo de um ano a partir da data em que se tornasse definitiva ‘se a sentença for injusta por causa de uma aplicação errônea da lei sobre fatos estabelecidos’. O *Reichsgericht* foi autorizado a anular a decisão da corte de primeira instância e introduzir um novo veredito ou a remeter o caso para o tribunal original ou para um outro tribunal para novo julgamento. [...] Em tais casos, o *Reichsgericht* normalmente encaminharia o caso de volta para a corte de primeira instância e instruiria-a sobre o que considerava ser uma decisão “justa”. [...] O *Reichsgericht* usava estas ocasiões para incentivar as cortes inferiores e associadas a interpretar extensivamente as disposições legais. Por exemplo, a punição daqueles que exploravam as condições extraordinárias causadas pela guerra para cometer um ato criminoso era tradicionalmente interpretada como sendo aplicável apenas a crimes graves. Em um caso, no entanto, o *Reichsgericht* determinou que a pena de morte, e não uma pequena multa, deveria ter sido imposta a um indivíduo que escreveu cartas de amor a uma mulher casada, cujo marido estava ausente no serviço militar. O tribunal argumentou que este ‘comportamento insultuoso’ havia sido cometido ao explorar as circunstâncias incomuns ‘causadas pela guerra’. Em outros casos, o *Reichsgericht* e tribunais especiais interpretaram a lei que tornava a sentença de morte obrigatória para certos crimes cometidos com o uso de uma arma perigosa de forma a incluir ofensas cometidas com o uso de um sino, o pé ou as mãos do perpetrador.¹²⁹³

Diante de todos estes fatos, considero ser correta a avaliação de Neumann que não havia direito na Alemanha nazista. Isto não quer dizer que Fraenkel estivesse equivocado. Como vimos, ele mesmo faz várias ressalvas com relação ao *estado normativo* e, em nenhum momento, equipara-o a um regular estado de direito. A afirmação de que *não havia direito na Alemanha nazista* deve ser qualificada, e creio que a teoria de Fraenkel contribui bastante para isto. *Não haver direito* não só não significa que não existiam leis promulgadas como também não

1293 LIPPMAN, 1993, p. 295-8. No mesmo sentido, Cass Sunstein faz observação semelhante: “[n]o período nazista, os juízes alemães rejeitaram o formalismo. Eles não se limitavam ao significado comum ou original dos textos legais. Ao contrário, pensavam que as leis deveriam ser interpretadas de acordo com o espírito da época, definido por referência ao regime nazista. Eles achavam que os tribunais poderiam realizar seu dever “somente se, em suas interpretações, não permanecerem fixados à letra da lei, mas penetrassem em seu núcleo interno e fizessem sua parte para fazer com que os objetivos do legislador sejam realizados”. Por exemplo, a Suprema Corte Alemã [o *Reichsgericht*] concluiu que uma lei que proibia a “relação sexual” entre alemães e judeus “não se limitava ao coito ... Uma ampla interpretação é ... apropriada em vista do fato de que as disposições da lei destinam-se a proteger não só o sangue alemão, mas também a honra alemã. Isto requer que, além do coito, todas as manipulações sexuais – sejam elas realizadas ou toleradas passivamente – que tenham como objetivo a satisfação do desejo sexual de um parceiro de qualquer outra forma que não seja a consumação do coito devem cessar entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou tipo afim. Um tribunal inferior chegou a concluir que “o beijo poderia tomar” o lugar da relação sexual normal “e, portanto, violar a lei, de forma a justificar uma sentença de dois anos de prisão” (SUNSTEIN, 1999, p. 636-7).

significa que não houvesse uma esfera de normalidade – enquanto e na extensão que interessasse os nazistas. Acho que esta é a maior contribuição de Fraenkel: indicar que tal esfera existia, mas, ao mesmo tempo, era apenas um instrumento de gestão do regime. *Não haver direito*, portanto, significa a precariedade do normativo, que *direitos* eram vistos como uma *graça do Führer* – um *privilégio da posição jurídica*, conforme Larenz – e poderiam ser retirados a qualquer momento pelo *estado prerrogativo*. Deste modo, *lei* passa a ser mais um mero comando dirigido aos agentes públicos do que algo que cria direitos e obrigações.

Penso também que os conceitos de *estado normativo* e *estado prerrogativo*, além de instrumentos de análise histórica de um regime específico, podem servir à teoria política como critérios de conceituação do estado. Sendo assim, embora tenha dito que não faz parte dos objetivos desta tese estabelecer um conceito específico de *estado*, creio que o termo pode continuar a ser utilizado com relação ao regime nazista, porém, obviamente, não como um *estado de direito* mas como um *aparato coercitivo de dominação*. Entendo o ponto de vista de Neumann e que – com as ressalvas vistas anteriormente – ele apresenta coerentemente suas razões para qualificar o regime nazista como um *não-estado*. No entanto, creio que ele mais acerta é quando descreve as *tendências de desenvolvimento desta estrutura*, na seção de mesmo nome do capítulo *Beemote*:

Pode muito bem ser que o nacional-socialismo esteja a caminho de se tornar um “estado de guarnição”, que Harold Lasswell define como um estado governado exclusivamente por praticantes de violência. Pode acontecer que o partido, no caso de um conflito, exproprie a indústria. Isto significa o fim do capitalismo? Eu não acredito. A Alemanha retornaria a um novo período de acumulação primitiva, um período em que o capital é acumulado não pelo processo de produção, mas apenas pela violência e pelo terror, isto é, por meios políticos. Até hoje, o sistema mostra muitas características de acumulação primitiva, como a arianização, a germanização e a fundação da Fundação Göring.¹²⁹⁴

Apenas penso que se equivoca ao concluir que:

Uma nova classe de capitalistas surgirá então, e o poder político do partido estará plenamente ancorado no processo de produção. A classe dominante será, assim, uma estrutura de compromisso não de quatro grupos, mas talvez de apenas dois, o exército e o partido.¹²⁹⁵

Esclarecendo qual o ponto que penso que Neumann se equivoca, sua descrição dá a entender que chegaria um momento no qual a lógica de *acumulação primitiva*, tal como descrita por ele, cessaria. É claro que isto é uma especu-

1294 NEUMANN, 2009, p. 470.

1295 *Ibid.*, *loc. cit.*.

lação sobre *realidades alternativas* que não pode ser provada, mas penso que, pela lógica da fantasmagoria nazista e pelo que ocorreu nos territórios ocupados e campos de trabalho forçado, tal *acumulação primitiva* – em outras palavras, *trabalho escravo* – seria o *modus operandi* do regime, pelo menos, enquanto o regime não entrasse em colapso e fosse suplantado por outra fantasmagoria. Na esfera do *Altreich* – o território original alemão – ou outros lugares que fossem ocupados por *Volksgenossen*, sua lógica de funcionamento seria a de uma grande corporação – com suas descentralizações, é claro –, mas operando não em um regime estatutário mas por meio de uma lógica de *cadeia de comando* militar, como preconizava o *Führerprinzip*. Com base nisto, creio que a melhor classificação da ordem política nazista seria *estado hostil fantasmagórico*.

6 Conclusão

Concluída a exposição dos argumentos deste trabalho, podemos verificar a validade das teses propostas:

1. Embora houvesse um tipo de positivismo jurídico político que, de certa forma, minou as possibilidades de defesa da Constituição de Weimar, a queda da república, além das falhas da própria constituição e outros problemas econômico-sociais, foi causada, no plano do pensamento jurídico, mais por uma mentalidade fantasmagórica do que por uma mentalidade positivista.
2. O pensamento jurídico nazista não era positivista mas algo muito mais próximo a um jusnaturalismo ou, nos termos desta tese, era uma fantasmagoria que implicava a hostilidade.
3. As teorias anticonstitucionalistas contemporâneas, embora não possam ser caracterizadas como um jusnaturalismo, são a porta de entrada de fantasmagorias no ordenamento jurídico e, muitas vezes, implicam haver uma mentalidade fantasmagórica por detrás delas.
4. Os conceitos de fantasmagoria e hostilidade são instrumentos úteis para a análise política não apenas do regime nazista mas de outros regimes e estados também.

6.1 Positivismo ou fantasmagoria: o que causou a queda de Weimar?

Como vimos, havia um tipo de positivismo jurídico em Weimar – o *Gesetzespositivismus* –, que não pode ser considerado uma *teoria juspositivista geral* mas, sim, uma proposta política que propunha praticamente algo análogo à doutrina da *soberania parlamentar* inglesa. Esta proposta impedia a *constitucionalização* da constituição e, consequentemente, permitia que o regime se autodestruísse por meio de uma emenda constitucional.

A situação era agravada pelos amplos poderes concedidos ao presidente – o Reichspräsident. Se na versão inglesa, se não *de jure*, ao menos *de facto*, o Parlamento é soberano para eleger o primeiro ministro¹²⁹⁶, na versão alemã, conforme o

1296 “Até a morte de lorde Palmerston, é muito provável que a rainha tivesse a oportunidade de escolher livremente entre dois, se não três estadistas. Como regra, porém, o primeiro-ministro nominal é escolhido pelo Parlamento – e o verdadeiro primeiro-ministro, para a maioria dos propósi-

artigo 53 da Constituição, o presidente poderia escolher arbitrariamente o chanceler que, apenas posteriormente, deveria receber a confiança do Reichstag. Caso esse não a obtivesse, com base no artigo 25, o parlamento era dissolvido, e, com base no artigo 48, o governo passava a operar por meio de decretos. Isto, a meu ver era inconstitucional, o que não é uma opinião sem embasamento, como vimos nos argumentos expostos na seção 5.1 deste trabalho, e é uma tese compartilhada por muitos, como, por exemplo, além dos outros também vistos, Franz Neumann:

No final, a partir de 1930, a legislação parlamentar foi substituída pela do presidente (artigo 48). De acordo com o significado original da Constituição, o presidente não tinha poder emergencial de legislação. Ele tinha apenas o direito de executar atos administrativos individuais em defesa da segurança e da ordem públicas. Seu poder era apenas um poder militar e policial. Em setembro de 1930, porém, ele tornou-se o verdadeiro e único legislador.¹²⁹⁷

Assim, apesar de ser formalmente caracterizado como um parlamentarismo, o sistema de governo de Weimar acabava sendo mais presidencialista que o semi-presidencialismo francês¹²⁹⁸. Era, porém, um *presidencialismo caótico*, pois, na verdade, o parlamento continuava a existir, haveria novas eleições e, com isto, a possibilidade de uma nova moção de desconfiança. É claro que o sistema não poderia sobreviver com infinitas dissoluções do *Reichstag* e por meio desta forma de legislação irregular; estava fadado ao fracasso.

Os outros dois fatos que Neumann menciona são as várias *leis de habilitação* e as *cláusulas gerais*¹²⁹⁹. Isto nos leva a outro problema que, de certa forma, redime o juspositivismo político de Weimar. Como vimos, a constituição não previa um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, e isto, inclusive, encontrava a oposição do *Gesetzespositivismus*. Por outro lado, como

tos, quase sem exceção, é o líder da Câmara dos Comuns” (BAGEHOT, 2001, p. 9).

1297 NEUMANN, 1996a, p. 35.

1298 Conforme a constituição francesa, “[u]m presidente com uma maioria favorável gozará de uma ampla escolha de possíveis primeiros ministros de seu próprio campo. Tal *premier* será, portanto, obrigado ao presidente por sua nomeação. No entanto, quando o presidente enfrenta uma maioria parlamentar hostil, ele não tem escolha a não ser nomear um primeiro-ministro aceitável para essa maioria – geralmente o líder efetivo da oposição parlamentar a ele próprio” (KNAPP & WRIGHT, 2006, p. 57). Podemos assim deduzir – de forma simplificada, pois não é o objetivo deste trabalho tratar da constituição francesa – que, em vez de *semipresidencialismo* significar uma síntese dos sistemas presidencialista e parlamentarista, o que há, na verdade, é uma possibilidade de alternância entre os dois.

1299 “Desde 1923, o Parlamento alemão já concedeu mais de uma vez poderes de emergência ao gabinete (*Ermächtigungsgesetze*). Um grande número de leis muito importantes são criações não do Reichstag mas dos ministros. Além disto, o Parlamento satisfazia-se em estabelecer princípios gerais (*Blankettgesetze*) deixando sua aplicação aos ministros, de modo que a legislação parlamentar consistia muitas vezes em duas ou três seções, enquanto os importantíssimos regulamentos para a introdução dos atos emitidos pelos ministérios tinha centenas de dispositivos (NEUMANN, *op. cit.*, *loc. cit.*).

também foi exposto, uma doutrina de controle de constitucionalidade foi utilizada, mas que não era exatamente uma defesa da legalidade da constituição e, sim, uma *teoria dos princípios* que, na verdade, servia a uma *fantasmagoria reacionária*, uma espécie de *Konkrete Ordnung avant la lettre* dos reacionários:

A justiça alemã sofreu, desde 1919, duas importantes mudanças. Primeiro, a teoria da livre discricionariedade do juiz tornou-se dominante. Os juízes, com base em uma livre discricionariedade, praticamente aboliram um grande número de regras do código civil sem “violar a lei”, especialmente aquelas que eram favoráveis à classe trabalhadora. Além disto, os juízes alemães, depois de 1919, constituíram-se em uma espécie de câmara alta, além do Reichstag, assumindo o poder de controle judicial. Cada lei promulgada pelo Parlamento poderia ser revista por todos os juízes com base na sua compatibilidade com a Constituição, algo que, sob a Constituição bismarckiana, nenhum juiz ousaria fazer.¹³⁰⁰

Infelizmente, os tribunais alemães, depois de 1918, tenderam a esquecer seus próprios princípios e confiaram cada vez mais nas ambiguidades do parágrafo 242 como uma cura para todos os males do direito civil de Weimar. “Boa-fé”, “bons costumes” – e muitos outros *standards* jurídicos vagos – começaram a substituir relações jurídicas racionais entre empregadores e empregados. Se examinarmos as funções de tais disposições legais amorfas na esfera do contrato de trabalho, podemos concluir que elas possuíam as duas seguintes funções:

1. Elas funcionavam de modo a restringir ou, às vezes, até mesmo para destruir os direitos contratuais dos trabalhadores [...].
2. Elas facilitaram a construção jurídica de novos deveres para os trabalhadores que não tinham nenhuma base real na relação de trabalho (por exemplo, deveres baseados na ideia de “boa fé” ou derivadas das leis sobre competição injusta).¹³⁰¹

Parece ser contraditório afirmar que, do ponto de vista jurídico, o que causou a queda de Weimar foi, ao mesmo tempo, uma *falta de constitucionalização* e uma *doutrina de controle de constitucionalidade*. Este paradoxo, porém, é afastado quando enxergamos que este tipo de “controle de constitucionalidade” é, na verdade, um *método*, ou melhor, um *estratagema* para embeber a ordem jurídica de fantasmagoria. Fazer um controle de constitucionalidade a partir de uma norma constitucional vinculante como, por exemplo, uma que proíba a pena de morte – que possui obviamente um princípio de valorização da vida por detrás, mas isto é algo que motiva a positivação da norma e não sua lógica de aplicação – e, assim, invalidar qualquer norma infraconstitucional que tente implementar tal punição é muito distinto de *ponderar de acordo com a ordem concreta* se tal norma deve ser aplicada ou não em um dado caso ou se, de acordo com a *ordem concreta*, a norma deve ser afastada completamente.

Assim, tratando agora do problema da decisão do Staatsgerichtshof sobre o caso do *Preußenschlag*, este julgamento parece ser positivista à primeira vista, mas

1300 NEUMANN, 1996a, p. 36.

1301 *Id.*, 1996c, p. 234.

deixa de sê-lo quando se percebe que os poderes presidenciais foram ampliados em razão da *ordem concreta*. Diante do resultado, parece que temos mais uma *ponderação de interesses*, na qual se procurou chegar a um meio termo entre estes poderes ampliados do presidente e a ordem constitucional federativa; e foi justamente o aspecto positivo desta ordem que limitou a execução do decreto.

Além do mais, apesar de ter sido um marco importante no processo de dissolução da República de Weimar, o *Preußenschlag* foi apenas um dos diversos ataques feitos a ela, mas, por ser um dos últimos acontecimentos fatídicos do regime, sua importância é ressaltada. Como causas jurídicas para o fim do regime democrático, a ampliação do poder legislativo do executivo e a prática das *leis de habilitação* (*Ermächtigungsgesetze*) foram muito mais relevantes; e os precedentes criados pela primeira foram cruciais para o desfecho do julgamento *Preußen contra Reich*. Fora isto, como vimos, Hitler, por meio de decreto presidencial, afastou a decisão do Staatsgerichtshof, eliminando os últimos resquícios de federalismo que restavam, e nada garante que, mesmo que o tribunal houvesse decidido de forma mais favorável à Prússia, ele não teria feito o mesmo.

Estes foram os fatores que – exclusivamente do ponto de vista jurídico – causaram o colapso da República de Weimar. É claro que houve outros fatores sociais e econômicos que, infelizmente, mais por razões de um recorte metodológico necessário em razão de tempo e espaço disponíveis do que por uma falta de interesse, não puderam ser abordados neste trabalho. Uma coisa, porém, parece-me clara, que foi o uma mentalidade fantasmagórica que impulsionava este *pensamento de ordem e formação concretas*.

6.2

O neojusnaturalismo nazista

Que os nazistas eram antipositivistas, por tudo o que vimos, parece-me óbvio. Praticamente, toda a polêmica de Schmitt, no âmbito jurídico, é contra o positivismo. É claro que um decisionismo puro pode ser considerado positivista, pois este não nega que haja uma decisão – o *fator humano* – na produção normativa; crer que haveria uma revelação seria um jusnaturalismo. No entanto – e é neste ponto que critico Kelsen –, a decisão encontra-se na produção; a aplicação deve ser normativa, caso contrário, estaremos diante de uma prerrogativa, o que pode ser positivo, mas não direito – no sentido de *jurisdictio*. Além disto, também

vimos que, assim que os nazistas tomaram o poder, Schmitt procurou limitar este decisionismo com seu *pensamento de ordem e formação concretas*, algo muito mais próximo de um pensamento jusnaturalista do que de um positivismo jurídico.

Caracterizar o pensamento jurídico nazista como um tipo de jusnaturalismo não é uma ideia exclusivamente minha. Fraenkel, por exemplo, descreve o desprezo dos nazistas por uma ideia de *justiça formal*:

O estado prerrogativo alega que representa a justiça material e que, portanto, pode dispensar a justiça formal. O professor Forsthoff, da Universidade de Königsberg, chama o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) formalmente orientado de “estado desprovido de honra e dignidade”. O nacional-socialismo procura suplantiar a administração do direito eticamente neutra com um sistema de ética que abole o direito. O nacional-socialismo não tenta esconder seu desprezo pela regulamentação legal da administração e pelo controle estrito sobre todas as atividades dos funcionários públicos. “Justiça formal” não tem valor intrínseco para o nacional-socialismo, como podemos ver em uma citação de um documento oficial, o Programa do Escritório Central do Partido Nacional-Socialista para a Reformulação do Código Penal: “No direito penal do Estado nacional-socialista não há espaço para a justiça formal; estamos preocupados apenas com a justiça material ou substantiva”.¹³⁰²

Neumann, por sua vez, comenta que:

[U]ma espécie de direito natural secreto foi aplicado continuamente durante todo este período. O período de 1918 a 1932 caracterizou-se pela aceitação quase universal da doutrina da escola do “direito livre”, [...] pela prevalência de “princípios gerais” sobre normas jurídicas genuínas. Os “princípios gerais” transformaram todo o sistema jurídico. Por sua dependência em uma ordem extralegal de valores, eles negam a racionalidade formal, concedem uma enorme quantidade de poder discricionário ao juiz e eliminam a linha divisória entre o judiciário e a administração [...]. O significado de “princípios gerais” torna-se ainda mais claro no estado autoritário, porque são abolidas todas as restrições que a democracia parlamentar, mesmo quando mal funcionava, erguia contra a execução ilimitada das exigências dos monopólios. A função dos “princípios gerais” é até estendida. Graças à sua ambiguidade, eles serviram, no período de transição, para harmonizar o direito positivo prénacional-socialista com as exigências do grupo dominante e, formalmente, com os comandos do líder [Führer]. [...] Apesar de certas diferenças de opinião, o nacional-socialismo postula que o juiz está absolutamente vinculado pelo direito, mas os “princípios gerais” permitem que as decisões sejam tomadas de acordo com as opiniões políticas dominantes, mesmo quando a lei positiva as contradiz.¹³⁰³

1302 FRAENKEL, 2010, p. 46-7.

1303 NEUMANN, 1996b, p. 128-33. No mesmo sentido, “os meios jurídicos auxiliares (*juristische Hilfsmittel*) permitiam o uso generoso de normas jurídicas vagas (*Generalklauseln*), de acordo com o princípio da ‘boa-fé’ (*Treu und Glauben*). Um veículo para um direito natural recém-desperto, *standards* jurídicos vagos, de fato, ofereciam a possibilidade de despojar todo o direito de seu caráter normativo e obrigatório sem exigir a alteração de um único dispositivo jurídico positivo” (KIRCHHEIMER, 1996a, p. 144). “A ideia básica desta interpretação normativa da realidade vital também tem certos conteúdos neojusnaturalistas [...]. O direito vinculante que pulsa na ordem vital precede a norma jurídica escrita, e não apenas no sentido temporal. [...] Este modo de pensar materialmente jusnaturalista estendeu-se por todos os ramos e disciplinas do direito. O direito deixa de ser concebido como o produto de um processo de decisão constitucionalmente dirigido e de formação de uma vontade política normativamente vinculante. Antes, conta como uma ordem substancial que vive dentro da realidade social vital. Os defensores do pensamento da ordem concreta partem do fato de que certas áreas vitais, de certa maneira, [...] têm sua própria ordem inter-

Estou ciente de que os juristas nazistas procuravam posicionar-se como uma *terceira via*. Larenz, por exemplo, escreveu, em um de seus livros, um capítulo chamado *Mais além do positivismo e do jusnaturalismo*, capítulo que antecede o intitulado *Pensamento de ordem concreta e idealismo objetivo*¹³⁰⁴. No entanto, como bem observa La Torre:

O ataque de Larenz às teses do jusnaturalismo desenvolve-se no plano da ética e não da metaética. É contra a justificativa, construída pelo jusnaturalismo, da universalidade de seus juízos [...]; não porque desta forma o plano normativo e os fatos seriam unidos, não porque o *dever ser* seria justificado em termos de *ser*, mas apenas porque o critério da universalidade refere-se a um conceito unitário e universal da natureza humana e colide com a visão racista e mesquinamente comunitarista do nacional-socialismo.¹³⁰⁵

Fraenkel, por sua vez, chega à conclusão que a fantasmagoria nazista deve ser classificada como um *direito natural comunal*¹³⁰⁶ e assim o descreve:

O *direito natural comunal* ensina que há entre os indivíduos uma ordem harmônica baseada em impulsos naturais. Ela se origina e toma sua forma a partir do impulso espontâneo dos membros da comunidade (*Wesenswillen* [vontade do ser]). [...]

O *direito natural comunal* vê o direito meramente como uma manifestação da comunidade, cuja coesão é uma função distinta das forças jurídicas. O direito, na melhor das hipóteses, tem uma função de reforço [da ordem comunal]. [...]

O *direito natural comunal* é o portador do poder delegado. Seu conteúdo é determinado pelas forças terrenas que lhe deram origem. Destas, deriva seu domínio, que é limitado temporal e espacialmente. O direito natural comunal rejeita a Razão se a Razão questionar a legitimidade daqueles instintos biológicos cuja sanção é a base do direito natural comunal. [...]

A validade do *direito natural comunal* é limitada no espaço, no tempo e para as pessoas sob seu poder. A consciência comunal à qual ele deve sua existência emerge apenas no curso da diferenciação de outras comunidades. Uma vez que o

na e sua própria estrutura e substância jurídicas. A realidade deve permear e vincular a ordem jurídica. O direito torna-se um escravo da (nova) realidade política, mesmo quando as leis dispõem o contrário.” (RÜTHERS, 2016, p. 91-2).

1304 Cf. LARENZ, 1942, p. 177-83 e 183-94, respectivamente a cada capítulo.

1305 LA TORRE, 2008, p.130-1. “Sobre o positivismo, como fenômeno espiritual geral, já se disse todo o necessário no primeiro capítulo deste livro. Talvez nada expresse melhor o distanciamento da nova ciência jurídica alemã em relação ao positivismo, como a exigência de que a ciência jurídica deva converter-se em uma disciplina conscientemente *politizada*. [...] Objetou-se frequentemente o fato do direito natural caracterizar como eternos e universais princípios que são próprios de uma concepção ancorada temporalmente. [...] Tais princípios gerais [...] significam somente uma verdade atemporal para todos os povos, porque já estão, em cada caso, compreendidos e interpretados com base em uma ordenação ética e jurídica correspondente ao povo em questão. Isolados da ordem concreta, carecem de toda precisão material. Conceitos como liberdade, justiça, equidade, bem comum, fidelidade e honra [...] adquirem sempre seu conteúdo unicamente a partir da determinada ordenação ética de uma comunidade. Sem este plano de fundo concreto, permanecem formais e vazios. [...] Tanto o positivismo como o jusnaturalismo, portanto, destroem a figura concreta do direito, sua totalidade e plenitude de sentido” (LARENZ, *op. cit.*, p. 178-80).

1306 “Na medida em que o nacional-socialismo é baseado em um conceito de raça, já aceitou o domínio da biologia. [...] O que podemos chamar de pensamento e ação política ‘biologistas’ é sua base no reconhecimento e promoção de forças ‘vitais’. Estas forças vitais e irracionais são a base da raça, e sua forma política é a comunidade racial. Assim, além dos direitos naturais racionais e sociais, podemos acrescentar à longa lista de variantes históricas um direito natural irracional e comunal, fundado na biologia” (FRAENKEL, 2010, p. 133-4).

direito natural comunal aplica-se apenas a um determinado grupo social, é um direito particular que é direito natural, enquanto o direito internacional é, por definição, direito positivo. [...]

O *direito natural comunal* não é igualitário em analogia à família, que é a forma elementar de todas as comunidades e que é organizada com base em relações desiguais entre seus membros. [...]

Para o *direito natural comunal*, o Estado é meramente a forma superficial da unidade essencial de todos os *Volksgenossen* (camaradas étnicos). A comunidade étnica é uma entidade biológica que existe mesmo quando não está organizada na forma de um estado. O estado é um fenômeno orgânico derivado da comunidade étnica biológica.¹³⁰⁷

Diante da distinção de Fraenkel, poderíamos pensar se seria possível, em contraste com este *direito natural comunal*, um outro direito natural ou uma fantasmagoria que seria “boa”. Além de todos os problemas cognitivos associados a estas ideias de *bem* e *bom*, como vimos na teoria de Hobbes, é difícil conceber que alguém que postule a existência de um *bem universal transcendental objetivamente cognoscível* aceite opiniões contrárias e seja aberto a processos democráticos. Como visto nos escritos de Hitler, *o movimento não aceita concessões nem compromissos*.

É claro que, em abstrato, é possível conceber alguém que postule a existência de tal bem e, ao mesmo tempo, aceite negociar as decisões políticas; e é claro que o nazismo tinha a peculiaridade de incorporar a hostilidade e a violência à sua fantasmagoria. No entanto, como disse Kelsen, “[a]quele que em seus desejos e ações políticos é capaz de reivindicar uma inspiração divina ou iluminação de outro mundo pode se sentir certo em ser surdo às vozes de seus companheiros¹³⁰⁸”. Não nego aqui que todas as pessoas possuem desejos e, muitas vezes, convicções, mas para que isto não se torne uma fantasmagoria que implique hostilidade, um mínimo de incerteza, de abertura para ouvir o outro, de capacidade de admitir estar equivocado deve estar presente.

6.3

Continuidade do “método” ao invés de ruptura

Seria equivocado qualificar o *método* dos antipositivistas contemporâneos como *jusnaturalista*, visto que é formal, isto é, que não afirma nenhum conteúdo material preestabelecido; e digo *método*, pois, embora tenhamos visto que, na mão dos nazistas, era mais um *estratagema*, não é possível eticamente afirmar que estes juristas contemporâneos tenham em mente alguma finalidade oculta em suas

1307 FRAENKEL, 2010, p. 135-6.

1308 KELSEN, 2013, p. 104.

propostas. Além disto, como já disse, mas nunca é demais ressaltar, em nenhum momento se diz aqui que qualquer desses doutrinadores tenha alguma afinidade com o nazismo. Mesmo que tenham em mente algo mais do que propõem em suas teorias, há outras fantasmagorias que não são nazistas.

Método, no entanto, deve ser entendido com ressalvas, pois, entendendo este termo no estrito sentido científico, não há nenhuma garantia de que o que propõem leve ao fim desejado, e, mesmo que aconteça, isto pode ser por acaso. Neste sentido, o *estratagema* nazista pode até ser mais bem compreendido enquanto método, embora não em um sentido científico mas tático. É o que vem sendo denominado *lawfare*, um neologismo do *pormanteau* das palavras *law* e *warfare*. Como é um termo novo, não elaborarei muito sobre o assunto e apenas o menciono para que se tome nota de sua existência¹³⁰⁹. É importante apontar, contudo, que Tony Corn, em um artigo *online* para o Hoover Institution da Universidade de Stanford, afirmou que “se quisermos desenvolver uma concepção viável de Lawfare, teremos que trocar um Carl (Clausewitz) por outro (Schmitt)”¹³¹⁰.

O sucesso nazista no uso de seu *estratagema* sinaliza, porém, o fracasso da *jurisprudência dos princípios* enquanto método. Se tal teoria pretende nos guiar para um “bom direito”, a possibilidade de ser usada para implementar um terrível regime como o nacional-socialismo é a prova cabal do fracasso desta teoria enquanto *método*. Isto, é claro, se houver semelhança entre o *método* e o *estratagema*. Creio que, contudo, a partir do que foi exposto neste trabalho, as semelhanças são claras.

É claro que os antipositivistas contemporâneos não utilizam termos como *ordem concreta*, *tipo* e *série de tipos*. Não penso, porém, que isto seria necessário, já que o termo *princípio* abarca todas as ideias subjacentes àqueles e prescinde de tal linguagem obscura. Além disto, a ideia de *princípios* é muito comum ao direito; leis remetem a princípios, e estes fundamentam dispositivos normativos. Eu, por exemplo, em alguns trechos deste trabalho, posso ter me referido a princípios, mas sempre neste sentido e não de *princípios ponderáveis da ordem*

1309 “Reconhecendo a crescente utilidade do direito como arma de guerra, Dunlap, então coronel do Judge Advocate General’s Corps da Força Aérea dos Estados Unidos, em novembro de 2001, introduziu o termo ‘lawfare’ na literatura jurídica e das relações internacionais *mainstream*. Em última análise, ele definiu ‘lawfare’ como a estratégia de ‘usar – ou abusar – do direito como substituto dos meios militares tradicionais para atingir um objetivo operacional” (KIT-TRIE, 2016, p. 2).

1310 CORN, 2006.

concreta. Assim, parece-me que, na utilização do termo, há um certo estratagema – utiliza-se de algo que é realmente comum ao direito, mas se confere um novo sentido ao termo. Estaríamos diante de um *semiotic warfare*; e isto porque a ideia subjacente aos termos *cláusulas gerais*, *tipos* e *série de tipos* é a mutabilidade semântica que se confere a qualquer palavra ou locução que seja tratada como tal. Tratando princípios desta forma e afirmando que estes fazem parte do direito e não apenas fundamentam dispositivos legais, obtém-se o mesmo efeito.

Canotilho, por exemplo, analisando o *sistema aberto de regras e princípios*, faz as seguintes distinções:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.
- c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) “*Proximidade*” da ideia de direito: os *princípios* são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na *ideia de direito* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) [SIC, deveria ser “e”] *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.¹³¹¹

Além da referência a Larenz no corpo do texto, ele é referido nas notas de três dos cinco itens (a, b e d)¹³¹², mas, mais importante do que isto, é a caracterização dos princípios como *normas com um grau de abstração relativamente elevado, vagas e indeterminadas*. Isto é uma constante nas obras dos proponentes da *teoria dos princípios*. Alexy, por exemplo, comenta que:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.¹³¹³

Outro aspecto dos *princípios* é sua afastabilidade na *ordem concreta*. Em Dworkin, encontramos o seguinte:

1311 CANOTILHO, 2003, p. 1160-1.

1312 Cf. *ibid.*, p. 1160n.

1313 ALEXY, 2011, p. 87,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. [...] As regras são aplicáveis de um modo tudo ou nada. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que se parecem mais com regras não estabelecem consequências legais que se seguem automaticamente quando as condições fornecidas são cumpridas. [...] A primeira diferença entre regras e princípios implica outra. Princípios têm uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se cruzam [...], é preciso resolver o conflito de modo a levar em conta o peso relativo de cada um.¹³¹⁴

Sobre este cruzamento de princípios, o qual ele chama de *colisão*, Alexy propõe que:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro *sob determinadas condições*. *Sob outras condições* a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, *nos casos concretos*, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, *com base nas circunstâncias do caso concreto*. *Levando-se em consideração o caso concreto*, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. *Sob outras condições*, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.¹³¹⁵

Se trocarmos as locuções grifadas pela expressão *conforme a ordem concreta*, a semelhança com as teorias de Larenz e Schmitt torna-se clara. Além disto, Alexy diz que “[é] necessário notar [...] que à já mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos ‘valores constitucionais’”¹³¹⁶. O problema destes *valores constitucionais* é que, tal como ocorre na definição de sentido das palavras um dicionário, que não podem ser definidas em absoluto, mas apenas por meio de referências a outras palavras, a constituição é um texto cujos valores não podem ser definidos pelo mesmo. É claro que, excluindo palavras que estabelecem relações entre termos, como preposições e conjunções, por exemplo, uma palavra que tenha sentido substantivo só pode ter sentido com relação ao mundo empírico, ainda que seja uma ideia abstrata; e é claro que, se uma lei é instituída, ela deve ter algum valor, ao menos, para alguém. No entanto, além destes valores serem expressos, muitas vezes, de maneira vaga, considerando que eles podem ser sopesados, isto,

1314 DWORKIN, 1977, p. 24-5.

1315 ALEXY, 2011, p. 93-6, grifos meus.

1316 *Ibid.*, p. 101.

além de conceder o imenso poder a um juiz para decidir os valores da sociedade, permite que ele decida casuisticamente quando estes valores devem prevalecer ou não; e não vejo como isto não pode ser uma referência, ainda que não expressa, à *ordem concreta*.

Ainda que não seja a *ordem concreta* nazista; seja, por exemplo, a ordem social existente, isto é *transcendente*. Pode não ser *transcendental*, no sentido de se referir a uma *entidade sobrenatural*, mas a sociedade transcende o juiz, isto é, ele não é o todo da sociedade. Mesmo que tenha boas intenções, ele pode errar, seu inconsciente pode traí-lo e, em última instância, ele não é um *oráculo da sociedade*. Isto, para uma sociedade plural, é bastante pernicioso.

É claro que estas considerações não se aplicam a normas vinculantes – *regras do tudo ou nada*, conforme diz Dworkin –, mas é preciso ter em mente que ele mesmo afirma que “[n]ão é sempre claro se, a partir da forma de um *standard*, ele é uma regra ou um princípio”¹³¹⁷, ou seja, é o juiz que decide se está diante de uma regra ou princípio. Além disto, devemos também perceber que, apesar de Alexy afirmar que “[o] ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹³¹⁸, entretanto, isto “não contém um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso”¹³¹⁹. A distinção entre *princípios* e *regras*:

[É] a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as *restrições a direitos fundamentais*, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.¹³²⁰

Ênfase nas *restrições a direitos fundamentais*. A teoria dos princípios é um *buraco cinzento jurídico*, utilizando o termo de Dyzenhaus, que, a meu ver, é sua maior contribuição para a teoria do direito. Soma-se a tudo isto a teoria da *mutação constitucional*, apresentada por Barroso, e temos o conjunto completo de *afastabilidade e mutabilidade dos dispositivos constitucionais* que permite *alterar o direito positivo sem mudar uma letra da lei*:

1317 DWORKIN, 1977, p. 27.

1318 ALEXY, 2011, p. 90.

1319 *Ibid.*, p. 104.

1320 *Ibid.*, p. 85, grifos meus.

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário –, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou *transição* constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição.¹³²¹

O resultado disto, na prática, são declarações jurisprudenciais como, por exemplo, a do ministro Celso de Mello, citando o jurista Francisco Campos:

O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de reformulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la. (...) Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.¹³²²

6.4

Fantasmagoria e hostilidade como conceitos analíticos

Para concluir a análise das teses deste trabalho, afirmo agora a utilidade dos conceitos de *fantasmagoria* e *hostilidade* como ferramentas para a teoria político-jurídica e não apenas como meios para analisar o nazismo. O regime nacional-socialista pode representar um caso extremo de hostilidade, mas a existência de *buracos cinzentos jurídicos*, tal como percebido por Dyzenhaus, indica a existência velada de hostilidade em regimes considerados democráticos ou, ao menos, constitucionais, isto é, *estados de direito*.

O conceito de *hostilidade* guarda uma íntima relação com o *estado prerrogativo* de Fraenkel, e a ideia é conjugada com a teoria de Hobbes e os princípios de Fuller, porém, sem a moralidade que este propõe. A teoria de Fuller, na verdade, já existia em Hobbes, mas o cito porque percebi melhor este aspecto da teoria hobbesiana a partir de sua proposta. Hobbes, por sua vez, permitiu-me enxergar tais princípios de uma forma que não é moralizada mas, sim, como requisitos de uma definição conceitual do direito.

É claro que tais requisitos possuem um *valor*; como deixei claro, o direito é, em si, um valor; pode-se sempre optar por um não direito – como foi o caso dos nazistas. Independentemente disto, porém, o conceito de hostilidade indica apenas um ato do soberano ou de seus agentes que não possui base legal e fere direitos. A violência física é apenas a forma mais radical da hostilidade, mas o suficiente para o conceito é a violação de um direito, nem que seja o mero direito de não sofrer uma “punição” por um ato anterior à base legal que justifica a sanção.

¹³²¹ BARROSO, 1999, p. 144, grifos no original.

¹³²² STF, 2008, p. 472. Cf. CAMPOS, 1956, p. 402-3. Francisco Campos foi o arquiteto do *Estado Novo* e redator do AI-1.

A dicotomia que se estabelece entre o *legal* e o *hostil* ou entre *normativo* e *prerrogativo* leva-nos, inclusive, a refletir sobre o conceito de *estado*, visto que um soberano que age hostilmente não estabelece uma relação entre *soberano* e *cidadão* ou, até mesmo, *súdito* mas entre *soberano* e *soberano*. Por outro lado, é precipitado definir o soberano apenas pelo normativo, pois a produção normativa, em Hobbes, é uma prerrogativa; e nisto encontra-se uma diferença entre a sua teoria e a de Kelsen, pois, para este, a produção normativa é sempre baseada em uma norma, só que é uma norma tão aberta – *dinâmica* – que acaba implodindo o normativo. Ele pode ter pretendido expurgar a prerrogativa do normativo, mas acabou transformando o normativo em prerrogativa, o que, como vimos, causa enormes tensões em sua teoria.

Na teoria de Hobbes, por outro lado, o que funda o estado e seu ordenamento jurídico não é uma *Grundnorm* mas uma prerrogativa; tal norma pode até passar a existir após o pacto, mas a prerrogativa vem antes; e esta prerrogativa *é e não é um direito natural*. Esclarecendo, ela é um *jus naturale* justamente por não existir nenhuma *lex naturalis*, isto é, alguma lei natural antes de haver qualquer ordenamento positivo¹³²³. Como o filósofo aponta, é logicamente impossível querer que os dois fatores sejam simultaneamente positivos: ou há uma *prerrogativa natural absoluta* ou há um *ordenamento normativo natural* que limita tal prerrogativa. Por outro lado, isto não deve ser entendido como uma fantasmagoria, pois é um postulado *lógico*. Fantasmagórico seria pensar que, após instituído o estado, tal prerrogativa teria alguma garantia *natural* contra restrições impostas pelo poder soberano. A *prerrogativa individual* permanece existindo apenas *negativamente*, o que se reflete no direito, como propôs Bobbio, na forma de uma *norma geral exclusiva*.

Isto não quer dizer que o poder soberano não deva ser limitado – ou *posto para dormir* –, pois os riscos são enormes, como vimos no exemplo do Nazismo – o que complementa empiricamente as críticas que fiz, no plano teórico, à defesa *política* de Hobbes de uma monarquia absoluta, algo que, inclusive, entra em choque com sua proposta *teórica* de distinguir o *hostil* do *legal*. No entanto, para que esta limitação não seja concebida de forma fantasmagórica, ela deve ser pensada tanto teoricamente quanto pragmaticamente.

1323 Como vimos, logo após apresentar seu catálogo de *leis naturais*, ele afirma que elas não são, de fato, direito, mas são apenas “Conclusões ou Teoremas relativos ao que conduz à conservação e à defesa dos seres humanos” (HOBBS, 1991a, p. 111). É por isto que digo não haver leis naturais.

Sob o primeiro aspecto, a prerrogativa é inevitável, pois, caso contrário, não só pelo que argumentei acima – que isto implicaria conceber um *ordenamento jurídico natural* –, mas também porque o ordenamento jurídico positivo precisa ser alimentado de alguma forma, ou seja, é preciso haver produção normativa; e esta, a partir da teoria de Hobbes, é sempre um resquício de prerrogativa, pois o normativo atua negativamente e não como impulso positivo, isto é, criador; ele atua impondo tanto limites materiais quanto um procedimento legislativo que qualifique a produção normativa como legal e não hostil.

A partir disto, vemos também uma diferença entre as teorias de Hobbes e de Fraenkel, pois este apresentava o *estado prerrogativo* somente como o aspecto totalmente arbitrário do nazismo, enquanto que o *estado normativo*, que não é um *estado de direito*, é a esfera de normalidade não apenas tolerada mas estimulada pelo *estado prerrogativo*. Em termos ideais, o *estado prerrogativo* seria um *buraco negro jurídico*, enquanto o *estado normativo* seria um *buraco cinzento*. Na prática, porém, como vimos, *tudo acabava se acinzentando*. Creio, porém, que esta diferença surge mais em razão de sua proposta, pois penso que seu objetivo, tal como era o de Neumann, era apontar que no regime nazista não havia nenhuma garantia legal, o que, a meu ver, implicava a inexistência do direito ou, pelo menos, utilizando a expressão de Kelsen, havia sempre uma *espada de Dâmocles* pairando sobre o direito. Entretanto, ao contrário de seu oponente neste debate jurídico, ele percebia gradações e não um tudo ou nada; via que existia uma esfera de normalidade – *enquanto e na extensão* que o estado prerrogativo permitisse.

Além disto, o conceito de *estado prerrogativo* não deve ser confundido com o de *prerrogativa*. O *estado prerrogativo*, mesmo encontrando respaldo empírico no nazismo, pode ser entendido como um tipo ideal no qual tal estado possui absoluta preeminência sobre o normativo, de modo que a hostilidade se torna normalizada, e a legalidade, uma mera fachada que existe apenas por razões de conveniência. Por outro lado, porém, um estado *puramente normativo* seria uma *utopia*; acreditar nesta possibilidade seria como crer na existência de um *jusnaturalismo formal*, mas que também implicaria um direito material, pois seria como um *algoritmo mágico* pelo qual, após postulada uma *norma fundamental*, toda normatividade decorreria magicamente, sem a necessidade de intervenção humana.

Assim, não apenas o conceito de *hostilidade* mas também o de *prerrogativa*, entendido como distinto daquele, permite-nos pensar melhor o direito. Sendo um

conceito distinto, podemos conceber a *prerrogativa hostil* e a *prerrogativa legal* que respeita limites materiais e obedece a um processo formal de positivação. Estes limites e processos, é claro, têm também um caráter de *valor*, mas, a partir do momento em que concebemos a ideia de *hostilidade* e de *estado prerrogativo*, podemos extrair conhecimentos técnicos – já entrando aqui no plano pragmático da utilidade dos conceitos –, como acontece quando proponho a necessidade de *constitucionalização*, que é também um valor, mas é um requisito técnico quando se quer pensar uma constituição que não permita sua autodestruição ou a exclusão e a discriminação de cidadãos¹³²⁴.

Podemos também, a partir destes conceitos, pensar o papel do judiciário. É claro que, assim como uma constituição pode querer deixar o legislativo absolutamente prerrogativo – como ocorre no Reino Unido –, é possível achar aceitável que juízes também tenham prerrogativa; é muito melhor, porém, que isto seja feito de forma consciente e saber que isto implica produção legislativa do que acreditar que juízes *revelam o direito* ou *realizam a ordem concreta*. Ainda assim, muito embora esta escolha seja *política*, é preciso, do ponto de vista teórico, considerar que, caso juízes legislem, estaremos diante do problema de leis retroativas. É o problema que Dworkin aponta, mas cuja solução proposta não o resolve e, sim, mascara-o; e o mesmo acontece com Kelsen, como já falei, mesmo partindo de uma perspectiva teórica diametralmente oposta. Podemos dizer que o primeiro mascara a prerrogativa hostil na *justiça*, enquanto que o segundo faz o mesmo na *norma*.

Em razão disto, embora eu conceba a opção política de permitir a legislação judicial, do ponto de vista teórico – tendo em vista a distinção entre *hostilidade* e *legalidade* –, não posso conceber a realização desta opção política como direito, ao menos, para o primeiro sentenciado que será um *bode expiatório*. Deste modo, assim como pode ser feita a distinção entre *prerrogativa hostil* e *prerrogativa legal* com base nos conceitos aqui apresentados, também podemos conceber dois aspectos do *normativo*. Embora, teoricamente, este conceito sempre implique uma

1324 Neste trabalho, *constitucionalização* é uma necessidade no sentido de que, assim como, se pegarmos um triângulo, apagarmos um dos lados e desenharmos duas retas perpendiculares aos dois lados remanescentes, não teremos mais um triângulo e, sim, um paralelogramo, se uma democracia for um sistema que permita que uma de suas partes aproprie-se do aparato estatal, não teremos mais uma democracia. Esta necessidade de constitucionalização foi provada pelo fato de que, se qualquer norma for permitida, é possível criar normas que excluam cidadãos do processo democrático. Isto é comprovado pela fórmula matemática $f(f(x)) \rightarrow y$, na qual y resulta sempre em 2 e funciona para qualquer x , pois f significa uma função que executa divisão inteira de x por 2 somado a 1, e esta execução é repetida recursivamente – $f(f(x))$ – até chegarmos ao resultado final, que será sempre 2.

legalidade, podemos chamar de *normativo legal* o que estritamente a obedeça, enquanto que o *normativo hostil* – um oxímoro, mas utilizarei este termo para manter a simetria das categorias – seria o que Dyzenhaus chamou de *buraco cinzento jurídico*, reservando o termo *buraco negro jurídico* para a prerrogativa hostil, mesmo que esta seja implementada por meio de uma autorização positiva.

O *normativo hostil*, apesar do nome, não pode ser considerado *direito*, mas apenas uma instrução normativa a alguma autoridade para aplicar uma hostilidade. No plano legislativo, teríamos como exemplo paradigmático as chamadas *bills of attainder*, mas qualquer lei que estabeleça uma discriminação odiosa e que, em razão disto, implique uma sanção – que não precisa ser expressa mas apenas um resultado real da discriminação – também seria um dispositivo normativo hostil. Pode-se dizer o mesmo também sobre qualquer legislação retroativa, excluindo aqui, obviamente, a revogação de leis que, por si só, sejam um dispositivo normativo hostil, como leis que sancionam a escravidão, o *Apartheid* ou outras discriminações odiosas como, no caso do nazismo, era feito com os judeus e outros grupos étnicos ou sociais. No plano do judiciário, mas que, obviamente, implica legislação, qualquer decisão sem uma base legal – não hostil – é um ato normativo hostil; e a manipulação de *princípios vagos* ou *Generalklauseln* é um ato normativo hostil. É claro que, quando isto não implicar uma hostilidade ao réu mas, ao contrário, uma proteção, não estaremos diante de um ato normativo hostil, ainda que se possa considerar isto uma má técnica legislativa. De qualquer forma o réu é amparado pelos *princípios* – comumente chamados assim, mas que são normas não ponderáveis – *nulla pœna sine lege* e *in dubio pro reo*.

É claro que, ao propor esta teoria, não tenho a ilusão de que todos os problemas do direito resolver-se-ão magicamente. Seria hipocrisia da minha parte criticar Dyzenhaus e outros antipositivistas por propor o que eu chamei de uma *moral para juízes* e querer fazer o mesmo com o que apresento aqui. Meu objetivo é muito mais oferecer categorias analíticas que permitam pensar o direito e como distingui-lo de atos que não possam ser considerados legais, isto é, sejam hostis. É um objetivo teórico, pois permite repensar o positivismo e resolver, se não todos, alguns de seus problemas. É um objetivo que propõe um critério de avaliação não apenas da aplicação do direito mas do direito como um todo, como, por exemplo, permitir pensar os atos dos nazistas dirigidos às suas vítimas como *não direito*, e isto a partir de uma perspectiva lógica e não a partir de uma perspectiva moral,

que também é válida e, de forma alguma, reprovo-a, mas penso que a distinção deve ser feita. Ainda com relação a este objetivo, o critério crítico também pode ser utilizado como meio de avaliação dos estados atuais, suas constituições e seus ordenamentos jurídicos, pois, como vimos nos problemas tratados por Dyzenhaus no que concerne os estados de emergência contemporâneos, há vários *buracos cinzentos jurídicos* – quando não *buracos negros jurídicos* – nas constituições e ordenamentos jurídicos vigentes. Por último, com relação ao judiciário, o objetivo é muito mais repensar seu papel diante do que a *jurisprudência dos princípios* o transformou do que propor uma *moral para juízes*.

É claro que, se os juízes quiserem adotar a perspectiva que exponho neste trabalho, não farei oposição, mas o que apresentei nesta tese é muito mais dirigido não apenas à comunidade científica mas à sociedade como um todo. O trabalho também aponta alguns paradoxos irresolúveis, e o primeiro diz respeito à tensão que existe entre *democracia* e *constitucionalização*. Uma *democracia absoluta* pode se corromper de modo que uma parte domine outra; para evitar isto é necessário que haja uma constitucionalização, o que, porém, implica a existência de um órgão que controle a legalidade do normativo, mas que, mesmo atuando negativamente, também pode se corromper e tornar-se hostil. A solução para isto é inexistente; não é possível nem se falar de uma *solução política*, já que, para isto, a resolução do problema deveria ocorrer. O que pode ser feito, com relação ao judiciário, é que este tenha consciência de seu papel e respeite as leis e a constituição, mas também esteja atento para evitar as prerrogativas e normatividades hostis. Ele pode realmente ser o *guardião da constituição e da legalidade* ou *ajudar a chocar o ovo da serpente*. Para que isto, contudo, não se torne uma moral para juízes, a única medida possível – mais uma *praxis* do que uma solução – é que a sociedade vigie não só os juízes como os políticos e agentes públicos em geral – eternamente.

Assim, porém, chegamos ao outro paradoxo, que diz respeito ao dilema entre *soberania* e *direito de resistência* – algo que pode ser melhor entendido como *prerrogativa de resistência*. Em última instância, *cada um é juiz da hostilidade do estado*. Diante disto, sendo menos uma questão teórica relativa ao direito do que algo que diz respeito à sua efetividade e, até, à sua legitimidade – retirando as conotações moralizantes do termo –, a única medida concebível – também, mais uma *praxis* do que uma solução – é que o direito, em uma democracia, tem que ser bom para todos – *bom*, obviamente, não em um sentido transcendental mas

no de *procurar satisfazer a todos em suas pluralidades e não em uma suposta homogeneidade*. É claro que, em última instância, é impossível que todos estejam satisfeitos com o direito o tempo todo, mas isto é algo que deve ser resolvido politicamente, e me calo antes de fazer qualquer proposta positiva para não correr o risco de me tornar fantasmagórico.

Com isto, chego a este conceito e o porquê de sua utilidade. Apesar de tudo que escrevi, não apenas nesta seção mas em toda a tese, ainda assim, alguém poderá chegar e dizer: *pois bem, apesar de tudo, você acabou propondo, se não uma moral, ao menos, uma ética*. Seria também hipocrisia da minha parte negar isto, até porque, ao se propor uma tese, apresenta-se um problema; e, se algo é considerado um problema, ele é considerado como algo *ruim*, e, conseqüentemente, sua solução é apresentada como algo *bom*. Sendo assim, obviamente, *há sempre um valor por trás de uma tese*. É claro que um só valor não constitui uma ética, mas é difícil considerar tal valoração sem havê-la como base. No entanto, em minha defesa, primeiro, procurei resolver o problema em termos da fórmula *se quer isto, então, aquilo* ($x \rightarrow y$). Como não há *finis ultimus* ou *summum bonum*, o x da questão precisou ser estabelecido: *direito, democracia e não discriminação*. Até aqui, porém, não há uma crítica à fantasmagoria e, assim, minha solução poderia incorrer nos mesmos problemas.

É claro que propor a solução com base na fórmula $x \rightarrow y$, por si só, de certa forma, já é algo não fantasmagórico, mas digo *de certa forma*, pois, por detrás da fórmula, pode existir uma fantasmagoria. O nazismo é um claro exemplo disto, e isto foi algo que procurei provar com esta tese: ele estabelecia vários absurdos como premissas e, a partir destas, várias conseqüências decorriam *necessariamente* – não era um *niilismo*, tais conseqüências não partiam do nada. Ao contrário disto, porém, o que propus aqui, com base na filosofia de Hobbes, foi algo que prescinde de tais *fantasmas*. Esta é minha segunda defesa: se há algo que possa ser chamado de *moral* por detrás de minha tese, isto não só não é fantasmagórica como é o oposto disto. A ética de Hobbes não se constrói a partir de *absolutos*, mas de *relações* – em primeiro lugar, *do reconhecimento do outro*.

O cerne do pensamento fantasmagórico é a concepção do mundo com base em *absolutos, essências, universais e transcendentais* – termos que, em última instância, podem significar a mesma coisa, isto é, *entidades sobrenaturais* ou *fantasmas*. Assim, digo que a fantasmagoria implica a hostilidade, porque ela

sempre hipostatiza uma entidade sobrenatural ideal que serve como um padrão a ser seguido, e, por consequência, quem se desviar deste padrão, passa a ser discriminado. O exemplo utilizado neste trabalho, o nazismo – talvez o caso mais paradigmático –, tinha como padrão o que podemos chamar de *homo aryannus*; este *homo aryannus*, porém, não era um nórdico qualquer, mas a *hipóstase de um ideal*. O absurdo ao qual este ideal levava talvez seja mais bem exemplificado pelo projeto *Lebensborn* de Himmler, que era praticamente um *haras de seres humanos* para criar um *homo aryannus* cada vez mais “puro” e “perfeito”. Apesar de ser um exemplo extremo, ele indica o absurdo de tais *padrões ideais*. Utilizando o termo *traço* da teoria de Derrida, tais hipóstases atuam como *traços*, no sentido de serem *intangíveis* e *inapreensíveis*. No caso do projeto *Lebensborn*, isto leva a situação absurda de que, como, segundo a lógica nazista, o “superior” devia dominar o “inferior”, e como os produtos do *Lebensborn* seriam “superiores” aos “arianos” existentes antes de sua produção, aqueles teriam o “direito” de dominar “estes”, ou seja, estavam pavimentando o caminho da sua própria destruição.

A utilização de hipóstases pelo pensamento fantasmagórico, porém, causa também outros efeitos que, embora menos esdrúxulos, são tão terríveis quanto. A *Volksgemeinschaft* também era uma hipóstase e, quem não se comportasse como um *perfeito homo aryannus*, era expelido dela. Como a fantasmagoria nazista era baseada em uma pseudociência biológica, o comportamento não bastava; uma deficiência – real ou imaginada – era suficiente para a exclusão da *Volksgemeinschaft*, quando não da própria existência. Além disto, no caso nazista, ao lado de seu *standard ideal*, havia o seu antagonista personificado na ideia do *judeu*. Com o termo *ideia*, não quero negar o fato óbvio de que os judeus foram as maiores vítimas do nazismo, mas indicar o fato de que o *antagonista do homo aryannus* era concebido a partir da perspectiva nazista, de modo que a concepção idealizada funcionava como um *atrator* de tudo que o regime pretendia eliminar. Os judeus, de fato, foram sim a maior vítima do nazismo, e o Holocausto é a sua prova, mas, se não a tudo, a quase tudo que os nazistas repudiavam era anexado o adjetivo *judeu* – o *marxismo judeu*, a *imprensa judia*, as *artes judias*, a *conspiração maçônica judia*, o *capital financeiro judeu*, entre tantos outros exemplos.

O caso do nazismo é tão absurdo que pode nos fazer pensar que seria possível haver fantasmagorias menos nocivas. É claro que isto é possível, mas não é preciso que se chegue aos extremos do nazismo para que isto seja, de alguma

forma, ruim para uma democracia e leve a discriminações. No caso do nazismo, o fato de criar um *inimigo* ou um *bode expiatório* auxiliava sua retórica discriminatória, mas a criação de um antagonista que, embora seja sempre uma hipóstase, pareça ser tangível, ainda que sirva como um facilitador de políticas fantasmagóricas, não é algo que precisa sempre ser explícito em uma.

Para entendermos isto, basta atentarmos para o fato de que, sempre que se cria uma *hipóstase idealizada* ou um *fantasma* – chamemo-lo de *F* – há o seu negativo – o $\neg F$ (*não F*) –, aquele que se desvia do padrão, o *errado*, o *pecador*, o *herege*. Mesmo que não seja expresso, há sempre um *inimigo implícito*; e como *F* é um *traço*, ele atua como uma *força centrífuga*, expelindo de si tudo que não seja fantasmagórico, enquanto $\neg F$ torna-se uma *força centrípeta*, atraindo tudo que seja considerado um *desvio da normalidade*. A intensidade destas forças, é claro, pode variar conforme o grau de fantasmagoria, mas é um risco sempre presente. Além disto, *F* não precisa ser definido em termos de *raça*, mas basta que lhe sejam atribuídas categorias transcendentais como o *cidadão de bem*, o *homem justo*, o *bom pai de família*, o *humano direito* ou outras coisas do tipo.

Na ética hobbesiana, ao contrário, não há tais *fantasmas*. Não há nem *natureza humana*, como diziam os hobbistas; é tudo um fluxo. Repetindo aqui o que citei anteriormente:

Já que [...] o bem e o mal não são os mesmos para todos, ocorre que os mesmos comportamentos são louvados por alguns e condenados por outros, isto é, são chamados de bons por uns, maus por outros, virtudes por uns e vícios por outros. Sendo assim, como diz o provérbio – ‘tantos homens, tantas opiniões’ –, podemos também dizer – ‘tantos homens, tantas regras para os vícios e virtudes’.¹³²⁵ E como a constituição do corpo de um homem encontra-se em mutação contínua, é impossível que as mesmas coisas causem nele sempre os mesmos apetites e aversões; muito menos podem os homens concordar em desejo sobre um único e mesmo objeto.¹³²⁶

Se há algo que pode ser dito do ser humano, é que este é um *ser desejante* – um *homo desiderans*. Isto porém não implica um *fantasma*, porque: 1) o conteúdo deste desejo enquanto universal é vazio, pois varia entre cada ser humano e no mesmo ser humano que, como visto acima, está em constante mudança; 2) como consequência, a prática política não é guiada nem voltada a satisfazer o conteúdo deste suposto universal, pois ele é vazio – o conceito de *homo desiderans* deve até ser entendido como um *antiuniversal*: é um *universal* porque é uma *palavra* e

1325 HOBBS, 1991b, p. 68.

1326 *Id.*, 1991a, p. 39.

palavras são universais, mas é uma palavra que existe porque precisamos comunicar uma ideia, e esta ideia é justamente a inexistência de um universal transcendental, ou seja, que não existe um *homo universalis*; 3) a política também não existe para satisfazer integralmente todas os desejos singulares, mas, ao contrário, existe justamente porque tais desejos podem entrar em conflito; 4) sendo assim, a proposta política de Hobbes, mas que também é ética, é que todos se acomodem em relação aos demais, o que implica tolerância às pluralidades, mútuo respeito e a capacidade de se colocar no lugar do outro: como determina a quinta lei da natureza de Hobbes, chamada *mútua acomodação*, “que todo homem se esforce para acomodar-se aos demais”¹³²⁷.

É claro que a ética hobbesiana pode degenerar em fantasmagoria caso alguém passe a se considerar *o mais acomodado de todos* ou caso tal ideia de acomodação torne-se uma *obsessão fantasmagórica* e transforme-se um critério de discriminação. O objetivo da crítica à fantasmagoria, do ponto de vista político, dá-se justamente em razão do risco de hostilidade que ela implica; logo, se a própria crítica acaba gerando a mesma hostilidade que ela quer evitar, ela perde todo seu sentido de existência. A crítica à fantasmagoria é, ao mesmo tempo, uma crítica à hostilidade, e uma não pode existir sem a outra. A ideia é a mesma de Kelsen, em um trecho que já citei, mas repito aqui em razão de sua importância:

Aquele que percebe que a verdade e os valores absolutos são inacessíveis à cognição humana deve considerar não apenas a sua mas também a opinião dos outros como possível ao menos. A ideia de democracia pressupõe, portanto, o relativismo como sua visão de mundo.¹³²⁸

Esta ideia tem seu aspecto ético, mas também possui implicações cognitivas. A crítica de Hobbes à fantasmagoria afeta a compreensão do mundo, sua percepção e como é possível conceber uma epistemologia não fantasmagórica. Isto significa que tanto as categorias do pensamento da filosofia de Hobbes quanto os conceitos aqui propostos, como não há universais, não devem ser entendidos como tais, pelo menos, não mais do que isto é inevitável com relação a qualquer palavra. A partir da filosofia hobbesiana, conceitos não são revelações de essências transcendentais, mas percepções do mundo ou distinções de seus objetos e processos. Como disse Martell, a diferença entre o pensamento fantasmagórico e o não fantasmagórico, é muito menos uma recusa deste em utilizar termos que,

1327 HOBBS, 1991a, p. 106.

1328 KELSEN, 2013, p. 103-4.

necessariamente, em razão de sua natureza, são universais – por que são palavras –, mas, sim, uma percepção da não transcendência dos mesmos, de modo que eles permanecem sempre abertos, passíveis de crítica, revisão e desenvolvimento. Seu critério de validação é muito mais sua utilidade de aplicação do que uma categorização absoluta da realidade. Isto tudo, obviamente, possui repercussões tanto políticas como jurídicas, ou melhor, possui repercussões onde os dois conceitos se tocam, que é na produção normativa: se não há transcendental, o direito deixa de ser visto como algo perene e passa a ser entendido como algo em constante construção e evolução, mas que, obviamente, para que tudo que foi dito aqui não tenha sido em vão, deve ser uma construção democrática e não algo feito por juízes – ou qualquer outra pessoa – pretendendo invocar universais transcendentais.

Assim, com base na teologia negativa de Hobbes, como o quinto e último item da lista da página anterior, que distingue sua ética de uma fantasmagoria, poderíamos acrescentar que *não se pode invocar universais transcendentais*. Como isto, porém, pode ser impossível – além de poder se tornar fantasmagórico caso se tente proibir –, que tenhamos sempre em mente isto que ele disse:

Quando os homens que se julgam mais sábios que os demais reclamam e invocam a reta Razão para julgar, eles pretendem, nada mais, que as controvérsias sejam determinadas por nenhuma outra razão que não seja a sua. Isto é tão intolerável na sociedade humana como o é em um jogo de cartas quando, após determinado o trunfo, querer utilizar como tal o naipe que mais se tiver em mãos. Estes homens não fazem nada mais do que querer que suas paixões, conforme neles surjam, sejam tomadas como a reta Razão, e isto, em suas próprias controvérsias, revelando sua ausência de reta Razão pelo uso que fazem dela.¹³²⁹

1329 HOBBS, 1991a, p. 33.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce, The emergency constitution. In: **The Yale Law Journal**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Yale. New Haven, v. 113, n. 5, p. 1029-91, mar. 2004.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. 182 p.

ALEMANHA. Verordnung des Reichspräsidenten: betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen. **Reichsgesetzblatt**, no. 48, Berlim, 20 jul. 1932, p. 377.

_____. Die Verfassung des Deutschen Reich. **Reichsgesetzblatt**, no. 152, Berlim, 14 ago. 1919, p. 1383-1418.

_____. **Grundgesetz**: für die Bundesrepublik Deutschland. Berlim: Deutscher Bundestag, 2017. 148 p.

ALEXY, Robert. A defence of Radbruch's formula. In: DYZENHAUS, David (ed.) **Recrafting the rule of law**: the limits of legal order. Oxford: Hart, 1999. p. 13-39.

_____. **The argument from injustice**: a reply to legal positivism. Tradução de *Begriff und Geltung des Rechts* para o inglês por Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon, 2002. 142 p.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traduzido do alemão para o espanhol por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007. 550 p.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Traduzido do alemão para o português por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

_____. Legal certainty and correctness. In: **Ratio juris**, v. 24, n. 4. Oxford: John Wiley & Sons, dez. 2015. p. 441-451.

_____. **Begriff und Geltung des Rechts**. Studienausgabe 3 ed. Freiburg im Breisgau: Karl Alber, 2016. 216 p.

ARENDT, Hannah. **Essays in understanding**, 1930-1954: formation, exile, and totalitarianism. Nova Iorque: Schocken Books, 2005. 458 p.

ATIENZA, Manuel. Prólogo a la presente edición. In: **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación

jurídica. Traduzido do alemão para o espanhol por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2007. p. 21-4.

AUSTRÁLIA. **Austalia's Constitution pocket edition**: with overview and notes by the Austrlian Government Solicitor. 7 ed. Barton: Parliamentary Education Office, 2010. 36 p. Disponível em: <https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution.aspx>. Acesso em: 30 abr. 2019.

AYÇOBERRY, Pierre. **The social history of the Third Reich**, 1939-1945. Traduzido por Janet Lloyd. Nova Iorque: The New Press, 1999. 380 p.

BAGEHOT, Walter. **The English Constitution**. Cambridge: Cambridge University, 2001. 253 p.

BAKER, David. The political economy of fascism: myth *or* reality, or myth *and* reality? In: **New Political Economy**. Publicado por: Routledge. Londres, v. 11, n. 2, p. 227-50, jul. 2006.

BALAKRISHNAN, Gopal. **The enemy**: an intellectual portrait of Carl Schmitt. Londres: Verso, 2000. 312 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 320 p.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**. Revista da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BARROW, John D. **The book of nothing**: vacuums, voís, and the latest ideas about the origins of the universe. Nova York: Vintage Books, 2000. 361 p.

BATESON, Gregory. **Steps to an ecology of mind**: collected essays in anthropology, psychiatry, evolution, and epistemology. Illinois: University of Chicago, 2000. 533 p.

BECK, Earl R. **The death of the Prussian Republic**: a study of Reich-Prussian relations, 1932-1934. Tallahassee: Florida State University, 1959. 283 p.

BENDERSKY, Joseph J. **Carl Schmitt**: theorist for the Reich. Princeton: Princeton University, 1983. 320 p.

BILFINGER, Carl. *Verfassungsumgehung: Betrachtungen zur Auslegung der Weimarer Verfassung*. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**. Publicado por: Mohr Siebeck. Tübingen, v. 50, n. 2, p. 163-91, 1926.

BIRKEN, Lawrence. **Hitler as philosophe**: remnants of the enlightenment in National Socialism. Westport: Praeger, 1995. 118 p.

BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's formula and the nature of legal theory. In: KRAWIETZ, Werner (Ed.). **Rechtstheorie**, v. 26, n. 1. Berlin: Duncker & Humboldt, 2006. p. 139-149.

_____. Radbruch's formula and conceptual analysis. In: **American Journal of Jurisprudence**: Revista da Universidade de Notre Dame. Notre Dame, IN, v. 56, n. 1, p. 45-57, jan. 2011.

BLACKBOURN, David & ELEY, Geoff. **The peculiarities of German history**: bourgeois society and politics in nineteenth-century Germany. Oxford: Oxford University Press, 1984. 300 p.

BLOCK, Fred. & SOMERS, Margaret R. **The power of market fundamentalism**: Karl Polanyi's critique. Cambridge: Harvard University, 2014. 296 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5 ed. Traduzido do italiano para o português por Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília: UNB, 1994. 194 p.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido do italiano para o português por Márcio Pugliesi. Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BOHLANDER, Michael. **Principles of German criminal law**. Portland: Hart, 2009. 244 p.

BOOT, Machteld. **Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court**: genocide, crimes against humanity, war crimes. Cambridge: Intersentia, 2002. 708 p.

BRASIL. **Decreto N. 1.570**, de 13 de abril de 1937. Ementa: Promulga as Convenções sobre direitos e deveres dos Estados e sobre Asilo político, assinadas em Montevideo a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferencia internacional americana. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 19 abr. 1937. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional

promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo n. 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 522 p.

BRECHT, Arnold. **Prelude to silence**: the end of the German Republic. Nova Iorque: Oxford University, 1944. 156 p.

BRODERSEN, Uwe & MÜNCH, Ingo von (ed.). **Gesetze des NS-Staates**: Dokumente eines Unrechtssystems. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1982. 203 p.

BROSZAT, Martin. **Hitler and the collapse of Weimar Germany**. Traduzido por V. R. Berghahn. Lemington Spa: Berg, 1984. 157 p.

BROWN, Jessica. Adolf Hitler once said he wanted to “Make Germany Great Again”. **The Indy100/The Independent**, Londres, 23 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.indy100.com/article/adolf-hitler-make-germany-great-again-donald-trump-7433621>> Acesso em 30 abr. 2019.

BURIK, Steven. **The end of comparative philosophy and the task of comparative thinking**: Heidegger, Derrida, and Daoism. Albany: State University of New York, 2009. 230 p.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German constitutionalism**: the theory and practice of Weimar constitutionalism. Durham: Duke University, 1997. 300 p.

CANADA. **A consolidation of the Constitution Acts**: 1867 to 1982. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2012. 85 p. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CANE, Peter (ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Oxford: Hart, 2010. 297 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003. 1522 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. 614 p.

CHAMBERLAIN, Houston Stewart. **Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts**, v. 1. Munique: F. Bruckmann, 1899. 531 p.

COMINTERN, The terrorist dictatorship of finance capital. In: GRIFFIN, Roger (ed.) **International fascism**: theories, causes and the new consensus. Londres: Arnold, 1998. 334 p.

CONROY, Melvyn. **Nazi eugenics**: precursors, policy, aftermath. Stuttgart: Ibidem, 2017. 490 p.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. 1406 p.

CORMEN et al. **Introduction to algorithms**. 3 ed. Cambridge: MIT, 2009. 1292 p.

CORN, Tony. Clausewitz in Wonderland. In: **Policy Review**. Publicação online de Hoover Institution da Stanford University. Sep. 2006. Disponível em: <<https://www.hoover.org/research/clausewitz-wonderland>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CRAIG, Leon H. **The Platonian Leviathan**. Toronto: University of Toronto, 2010. 694 p.

CRAWFORD, James. **The creation of states in international law**. 2 ed. Oxford: Oxford University, 2007. 870 p.

DAMS, Carsten & STOLLE, Michael. **The Gestapo**: power and terror in the Third Reich. Traduzido por Charlotte Ryland. Oxford: Oxford University, 2014. 234 p.

DERRIDA, Jacques. **Of grammatology**. Traduzido por Gayatri Chakravorty Spivak. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1976. 360 p.

_____. **Dissemination**. Traduzido com uma introdução e notas adicionais por Barbara Johnson. Chicago: University of Chicago, 1981a.

_____. **Positions**. Traduzido e anotado por Alan Bass. Chicago: The University of Chicago, 1981b.

_____. **Margins of philosophy**. Traduzido, com notas adicionais, por Alan Bass. Brighton: The Harvester, 1982.

_____. **The ear of the other**: otobiography, transference, translation. Traduzido do francês para o inglês por Peggy Kamuf. Lincoln: University of Nebraska Press, 1985. 164p.

_____. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DREIER, Horst. Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus: 1. Bericht von Prof. Dr. Horst Dreier, Würzburg. In: DREIER, Horst et al. **Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber**: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der

Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000. Berlin: Walter de Gruyter, 2013. p. 9-69.

DICEY, A. V. **An introduction to the study of the law of the constitution**. 10 ed. Londres: MacMillan, 1959. 535 p.

DINSTEIN, Yoram. **War, aggression and self-defence**. 4 ed. Cambridge: Cambridge University, 2005. 349 p.

DOYLE, Philis. The contemporary background of Hobbes' "state of nature". **Economica**, n. 21, p. 336-355, dez. 1927. Publicado por: Wiley em nome de The London School of Economics and Political Science e The Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines.

DROSDOWSKI, Günther (Ed.). **Duden**: deutsches Universalwörterbuch. 2. ed. Mannheim: Dudenverlag, 1989. 1816 p.

DWORKIN, Ronald. Philosophy, morality, and law – observations prompted by Professor Fuller's novel claim. **University of Pennsylvania Law Review**: Revista da University of Pennsylvania Law School. Philadelphia, v. 113, n. 5, 1965a, p. 668-90.

_____. The elusive morality of law. **Villanova Law Review**: Revista da Villanova University Charles Widger Law School. Villanova, v. 10, n. 4, 1965b, p. 631-9.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977. 371 p.

_____. "Natural" Law revisited. **University of Florida Law Review**: Revista da University of Florida. Florida, v. 36, n. 2, 1982, p. 165-88.

_____. **Law's empire**. Cambridge: The Bellknap Press of Harvard University, 1986. 470 p.

DYZENHAUS, David. **Hard cases in wicked legal systems**: South African law in the perspective of legal philosophy. Oxford: Clarendon, 1991. 289 p.

_____. Why positivism is authoritarian. In: **American Journal of Jurisprudence**: Revista da Universidade de Notre Dame. Notre Dame, IN, v. 37, p. 83-112, 1992.

_____. Law and public reason. In: **McGill Law Journal**: Revista da Faculdade de Direito da McGill University. Montreal, QC, v. 38, p. 366-393, 1993.

_____. Legal theory in the collapse of Weimar: contemporary

lessons? In: **American Political Science Review**: Revista da American Political Science Association. Washington, DC, v. 91, n. 1, p. 121-134, mar. 1997.

_____. **Legality and Legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar. Oxford: Oxford University, 1999. 283 p.

_____. Hobbes and the legitimacy of law. In: **Law and Philosophy**. Revista publicada por Kluwer Academic. Dordrecht, v. 20, n. 5, set. 2001. p. 461-498.

_____. The state of emergency in legal theory. In: RAMRAJ, Victor et al. **Global anti-terrorism law and policy**. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 65-89.

_____. **The constitution of law**: legality in a time of emergency. Cambridge: Cambridge University, 2006. 250 p.

_____. The rule of law as the rule of liberal principle. In: RIPS-TEIN, Arthur (ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 56-81.

_____. The compulsion of legality. In: RAMRAJ, Victor V. **Emergencies and the limits of legality**. Cambridge: Cambridge University, 2008a. 33-59.

_____. The incoherence of constitutional positivism. In: HUSHCROFT, Grant (ed.). **Expounding the Constitution**: essays in constitutional theory. Cambridge: Cambridge University, 2008b. p. 138-60.

_____. Hobbes's constitutional theory. In: HOBBS, Thomas. **Leviathan**: or the matter, forme & power of a commonwealth ecclesiasticall and civill. New Haven: Yale University Press, 2010. p. 453-480.

_____. Hobbes and the authority of law. In: DYZENHAUS, David & POOLE, Thomas (ed.). **Hobbes and the law**. Cambridge: Cambridge University, 2012. 244 p.

_____. Dworkin and unjust law. In: SCIARAFFA, Stephen & WALUCHOW, Wil (ed.). **The Legacy of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 131-164.

ECO, Umberto. **A theory of semiotics**. Bloomington: Indiana University, 1976. 354 p.

_____. The theory of signs and the role of the reader. In: **The Bulletin of the Midwest Modern Language Association**. Revista publicada por Midwest Modern Language Association. Chicago, v. 14, n. 1, primavera, 1981. p. 35-45.

EPPS, Garrett. Can Trump pardon himself? **The Atlantic**, Washington, D.C., 17 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/12/can-trump-pardon-himself/578074/>> Acesso em 30 abr. 2019.

EVANS, Richard J. **The coming of the Third Reich**. Nova Iorque: Penguin, 2005a. 622 p.

_____. **The Third Reich in power**. Nova Iorque: Penguin, 2005b. 900 p.

FEUCHTWANGER, E. J. **From Weimar to Hitler**: Germany, 1918-33. 2 ed. Londres: MacMillan, 1995. 379 p.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Anti-Hobbes**: über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen der Obenherren. v. 1. Erfurt: Henningsschen Buchhandlung, 1798. 301 p.

_____. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**. Giessen: G. F. Hayer, 1812. 576 p.

FINN, Stephen J. **Hobbes**: a guide for the perplexed. Londres: Continuum, 2007. 143 p.

FRAENKEL, Ernst. **The dual state**: a contribution to the theory of dictatorship. Traduzido do alemão por E. A. Shils. Clark: The Lawbook Exchange, 2010. 248 p.

FULLER, Lon L. Human purpose and natural law. In: **The Journal of Philosophy**. Revista da American Philosophical Association. Nova Iorque, v. 53, n. 22, p. 697-705, out. 1956.

_____. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. In: **Harvard Law Review**: Revista de The Harvard Law Review Association. Cambridge, MA, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958.

_____. A reply to Professors Cohen and Dworkin. **Villanova Law Review**: Revista da Villanova University Charles Widger Law School. Villanova, v. 10, n. 4, 1965, p. 655-66.

_____. **The law in the quest of itself**. Boston: Beacon, 1966. 150 p.

_____. **The morality of law**. Edição revista. New Haven: Yale University, 1969. 262 p.

GARDBAUM, Stephen. The new Commonwealth model of constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**: Revista da American Society of Comparative Law. Publicado por Oxford University. Oxford, v. 49, n. 1, p. 707-60, out. 2013.

GHEI, Nita & PARIS, Francesco. The role of reciprocity in international law. In: **Cornell International Law Journal**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Cornell. Ithaca, NY, v. 36, n. 1, p. 93-123, mar.-jun. 2003.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 489 p.

GREENBERG, Mark & LITMAN, Harry. Can Trump pardon his way out of trouble after the Manafort indictment? **Los Angeles Times**, Los Angeles, 30 out. 2017. Disponível em: <<https://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-litman-greenberg-manafort-mueller-indictment-20171030-story.html>> Acesso em 30 abr. 2019.

_____. Trump's corrupt use of the pardon power. **Lawfare**, Washington, D.C., 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/trumps-corrupt-use-pardon-power>> Acesso em 30 abr. 2019. Também disponível como Public Law Research Paper N. 18-25 da Faculdade de Direito da UCLA <<https://ssrn.com/abstract=3202408>> Acesso em 30 abr. 2019.

GREGOR, James A. **Totalitarianism and political religion**: an intellectual history. Stanford: Stanford University, 2012. 320 p.

GRIFFIN, Roger. **The nature of Fascism**. Londres: Routledge, 1993. 249 p.

_____. Fascism. In: GRIFFIN, Roger (ed.). **International Fascism**: theories, causes and the new consensus. Londres: Arnold, 1998. p. 35-9.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? In: **The Yale Law Journal**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Yale. New Haven, v. 112, n. 5, p. 1011-134, mar. 2003.

_____. Extra-legality and the ethic of political responsibility. In: RAMRAJ, Victor V. **Emergencies and the limits of legality**. Cambridge: Cambridge University, 2008. 60-93.

GROSS, Oren & NÍ AOLÁIN, Fionnuala. **Law in times of crisis**: emergency powers in theory and practice. Cambridge: Cambridge University, 2006. 481 p.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. 704 p.

HAMPTON, Jane. **Hobbes and the social contract tradition**. Cambridge: Cambridge University, 1988. 299 p.

HARRIS, Jose. Chronology of Tönnies's life and career. In: TÖNNIES, Ferdi-

- nand. **Community and Civil Society**. Cambridge University, 2001a. p. xxxi-iii.
- _____. General introduction. In: TÖNNIES, Ferdinand. **Community and Civil Society**. Cambridge University, 2001b. p. ix-xxx.
- HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983a. p. 49-87.
- _____. Lon L. Fuller: The morality of law. In: HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon, 1983b. p. 343-64.
- _____. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University, 1997. 315 p.
- HAYEK, Friedrich A. **The constitution of liberty**. Chicago: The University of Chicago, 1960. 568 p.
- HELLER, Hermann. **La soberanía**: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Traduzido por Mario de la Cueva. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965. 313 p.
- _____. **Teoria do estado**. Traduzido por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. 374 p.
- _____. Political democracy and social homogeneity. Traduzido por David Dyzenhaus. In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California, 2000. p. 256-65.
- _____. ¿Ha procedido el Reich constitucionalmente? Traduzido por Micaela Saez, Guido Rubin e Susana Goldmann. In: VITA, Lucia (ed.). **Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal**: la sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar. Ed. eletrônica não paginada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- HENTSCHEL, Klaus (ed.). **Physics and National Socialism**: an anthology of primary sources. Traduzido por Ann M. Hentschel. Basileia: Birkhäuser, 2011. 406 p.
- HERBST, Robert & READETT, Alan G. **Dictionnaire des termes commerciaux, financiers et juridiques**: français, allemand, anglais, v. 3. 10. ed. Thoune: Trans-legal, 1989.
- HERF, Jeffrey. **Reactionary modernism**: technology, culture, and politics in Weimar and the Third Reich. Cambridge: Cambridge University, 1986. 251 p.
- HERWIG, Holger H. **The demon of geopolitics**: how Karl Haushofer “educated” Hitler and Hess. Lanham: Rowman & Littlefield, 2016. 292 p.
- HITLER, Adolf. **Mein Kampf**. Nova Iorque: Reynal & Hitchcock, 1941. 1003 p.

_____. DOMARUS, Max (ed.). **Hitler: speeches and proclamations, 1932-1945, the chronicle of a dictatorship, four volume set.** Wauconda: Bolchazy-Carducci, 1990. 3388 p.

_____. Memorandum authorizing involuntary euthanasia (1939). In: GILMAN, Sander & RABINBACH, Anson (ed.). **The Third Reich sourcebook.** Berkeley: University of California, 2013. p. 344.

HOBBS, Thomas. **Thomæ Hobbes Malmesburiensis opera philosophica quæ latine scripsit**, v. 1. Londres: John Bohn, 1839a. 431 p.

_____. **Thomæ Hobbes Malmesburiensis opera philosophica quæ latine scripsit**, v. 2. Londres: John Bohn, 1839b. 432 p.

_____. **Thomæ Hobbes Malmesburiensis opera philosophica quæ latine scripsit**, v. 3. Londres: John Bohn, 1841. 569 p.

_____. **Thomas White's De mundo examined.** Londres: Bradford University, 1976.

_____. **Leviathan.** Cambridge: Cambridge University, 1991a. 519 p.

_____. **Man and citizen: De homine and De cive.** Indianapolis: Hackett, 1991b. 388 p.

_____. **On the Citizen.** Cambridge: Cambridge University, 1998. 250 p.

_____. **Human nature and De corpore politico.** Oxford: Oxford University, 1999a. 284 p.

_____. Selections from Hobbes: the questions concerning liberty, necessity, and chance. In: CHAPPELL, Vere (ed.). **Hobbes and Bramhall on Liberty and Necessity.** Cambridge: Cambridge University, 1999b. p. 69-90.

_____. **Behemoth ou o longo parlamento.** Tradução de Eunice Ostrensky. Belo Horizonte: UFMG, 2001. 263 p.

_____. **The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury**, v. 1. *Facsimile* da edição de John Bohn, Londres, 1839. Lexington: Elibron Classics, 2005. 532 p.

HOEKSTRA, Kinch. Hobbes on the Natural Condition of Mankind. In: SPRINGBOARD, Patricia (ed.). **The Cambridge companion to Hobbes's Leviathan.** Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 109-27.

HOELZL, Michael & WARD, Graham. Introduction. In: SCHMITT, Carl. **Dictatorship: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class**

struggle. Cambridge: Polity, 2014. p. x-xxix.

HOFMANN, Hasso. The development of German-language legal philosophy and legal theory in the second half of the 20th century. In: PATTARO, Enrico & ROVERSI, Corrado. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. XII: legal philosophy in the twentieth century: the civil law world, t. I: Language areas. Dordrecht: Springer, 2016. p. 285-365.

HÖFFE, Ottfried. **Kant's Critique of pure reason**: the foundation of modern philosophy. Dordrecht: Springer, 2010. 449 p.

HUBER, Ernst Rudolf. Die Rechtsstellung des Volksgenossen: erläutert am Beispiel der Eigentumsordnung. In: **Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**. Publicado por: Mohr Siebeck. Tübingen, v. 96, n. 3, p. 438-474, 1936.

_____. **Verfassung des Großdeutschen Reichs**. 2 ed. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1939. 527 p.

HUCKO, Elmar M. (ed.). **The democratic tradition**: four German constitutions. Leamington Spa: Berg, 1987. 265 p.

HUFFINGTON POST. "Make Germany great again": Ein 80 Jahre alter Artikel macht gerade Tausenden Menschen Angst. **The Huffington Post Deutschland**, Munique, 23 nov. 2016. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.de/2016/11/23/hitler-zeitung-germany-_n_13174950.html> Acesso em 30 abr. 2019.

JABLONER, Clemens. Hans Kelsen: introduction. In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California, 2000. p. 67-76.

JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. Constitutional crisis: the German and the American experience. In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California, 2000. p. 1-39.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, v. 1: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 801 p.

KANT, Immanuel. **Critique of pure reason**. 2 ed. Traduzido por Paul Guyer e Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge University, 1998. 785 p.

_____. **Metaphysical elements of justice**: part I of the Metaphysics of morals. 2 ed. Traduzido do alemão com introdução e notas por John Ladd. Indianapolis: Hackett, 1999. 194 p.

_____. **Groundworks of the metaphysics of morals**: a German-English edition. Editado e traduzido por Mary Gregor e Jens Timmermann.

Cambridge: Cambridge University, 2011. 198 p.

KASSLER, Jamie C. **Inner music**: Hobbes, Hooke, and North on internal character. Londres: Athlone, 1995. 299 p.

KAUFMANN, Walter. **Nietzsche**: philosopher, psychologist, antichrist. 4 ed. Nova Jersey: Princeton, 1974. 532 p.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig & Wien: Franz Deuticke, 1934. 236 p.

_____. **Théorie pure du droit**: introduction à la science du droit. Traduzido por Henri Thevenaz. Neuchâtel: Éditions de la Balconnière, 1953. 205 p.

_____. **Teoria pura do direito**. 6 ed [tradução da 2 ed. alemã]. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. 427 p.

_____. Legal formalism and the Pure Theory of Law. Traduzido por Belinda Cooper e Stephan Hemetsberger. In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Weimar**: a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California, 2000b. p. 76-83.

_____. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law. Traduzido por Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University, 2002. 171 p.

_____. **Principles of international law**. Clark: The Lawbook Exchange, 2003. 461 p.

_____. **A new science of politics**: Hans Kelsen's reply to Eric Voegelin's "New science of politics". A contribution to the critique of ideology. Frankfurt: Ontos, 2004. 108 p.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 4 ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 637 p.

_____. **The essence and value of democracy**. Traduzido por Brian Graf. Lanham: Rowman & Littlefield, 2013. 109 p.

_____. Kelsen on the nature and development of constitutional adjudication: tradução de Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. In: VINX, Lars (ed. & trad.). **The guardian of the constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University, 2015a. p. 22-78.

_____. Who ought to be the guardian of the constitution? Kelsen's reply

to Schmitt. In: VINX, Lars (ed. & trad.). **The guardian of the constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University, 2015b. p. 174-221.

_____. Kelsen on the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932: translation of Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932. In: VINX, Lars (ed. & trad.). **The guardian of the constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University, 2015c. p. 228-253.

KEOHANE, Robert O. Reciprocity in international relations. In: **International Organization**. Publicado por MIT Press. Cambridge, v. 40, n. 1, p. 1-27, jan.-mar. 1986.

KERSHAW, Ian. Working towards the Führer: reflections on the nature of the Hitler dictatorship. In: LEITZ, Christian. **The Third Reich**. Oxford: Blackwell, 1999. p. 233-252.

_____. **Hitler**: a biography. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2008. 1030 p.

KIRCHHEIMER, Otto. State structure and law in the Third Reich. In: KIRCHHEIMER, Otto & NEUMANN, Franz L. SCHEUERMAN, William E. **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996a. p. 142-71.

_____. Criminal law in National Socialist Germany. In: KIRCHHEIMER, Otto & NEUMANN, Franz L. SCHEUERMAN, William E. **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996b. p. 172-91.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare**: law as a weapon of war. Oxford: Oxford University, 2016. 481 p.

KJELLÉN, Rudolf. **Politiska handböcker**, v. 3: Staten som liffsform. Estocolmo: Hugo Gerbers, 1916. 188 p.

KNAPP, Andrew & WRIGHT, Vincent. **The government and politics of France**. 5 ed. Londres: Routledge, 2006. 535 p.

KOEHL, Robert Lewis. **The SS**: a history, 1919-45. Stroud: Tempus, 2004. 288 p.

KOLB, Eberhard. **The Weimar Republic**. 2 ed. Traduzido do alemão para o inglês por P. S. Falla e R. J. Park. Londres: Routledge, 2005. 292 p.

KORIOTH, Stefan. The shattering of methods in late Wilhelmine Germany: intro-

duction. In: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California, 2000. p. 41-50.

KRIEGER, Leonard. **The German idea of freedom: history of a political tradition**. Chicago: University of Chicago Press, 1972. 540 p.

KÜHL, Stefan. **The Nazi connection: eugenics, American racism, and German national socialism**. Oxford: Oxford University, 2002. 166 p.

LA TORRE, Massimo. **La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho**. Traduzido do italiano por Cristina García Pascual. Madrid: Dykinson, 2008. 410 p.

LACLAU, Ernesto. **On populist reason**. Londres: Verso, 2005. 276 p.

LADD, John. Translator's Introduction. In: KANT, Immanuel. **Metaphysical elements of justice: part I of the Metaphysics of morals**. 2 ed. Indianapolis: Hackett, 1999. p. xv-liv.

LAMEGO, José. Um filho do seu tempo. In: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1991. p. 701-13.

LAMPRECHT, Sterling. Hobbes and Hobbism. **The American Political Science Review**, v. 34, n. 1, pp. 31-53, fev. 1940.

LANGE, Felix. Carl Bilfingers Entnazifizierung und die Entscheidung für Heidelberg. In: **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: Revista do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**. Munique, v. 74, p. 697-731, 2014.

LEPAGE, Jean-Denis G. G. **Hitler Youth, 1922-1945: an illustrated history**. Jefferson: McFarland & Co., 2009. 177 p.

LARENZ, Karl. Rechtsperson und subjektives Recht: zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. LARENZ, Karl et al. In: **Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft**, v. 6. Berlin: Junker & Dünhaupt, 1935. p. 225-260.

_____. Zur Logik des konkreten Begriffs: eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie. In: **Deutsche Rechtswissenschaft**, v. 5. Hamburgo: Hanseatische Verlag, 1940. p. 279-299.

_____. Typologisches Rechtsdenken: Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme. In: **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 34. Stuttgart: Franz Steiner, 1941. p. 20-30.

_____. **La filosofía contemporánea del derecho y del estado**. Traduzido do alemão por E. Galán Gutierrez e A. Truyol Serra. Madrid: Revista de

Derecho Privado, 1942. 232 p.

_____. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 1 ed. Berlim: Springer, 1960. 381 p.

_____. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 2 ed. ampliada. Berlim: Springer, 1969. 507 p.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução da 6 ed. alemã por José Lamego. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1991. 727 p.

LEIBNIZ, Gottfried W. **Die philosophischen SchriftenLeibinz - Philosophischen Schriften**, v. 4. Berlim: Weidmann, 1880. 595 p.

LEPSIUS, Oliver. The problem of perceptions of National Socialist law or: was there a constitutional theory of National Socialism? In: GHALEIGH, Navraj Singh & JOERGES, Christian. **Darker legacies of law in Europe**: the shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its legal traditions. Oxford: Hart, 2003. p. 19-41.

LIFTON, Robert Jay. **The Nazi doctors**: medical killing and the psychology of genocide. Nova Iorque: Basic Books, 1986. 561 p.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos valores jurídicos**: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abran-ches, 2009. 227 p.

LINCOLN, Abraham; LEIDNER, Gordon (ed.). **Abraham Lincoln**: quotes, quips, and speeches. Nashville: Cumberland House, 2009. 159 p.

LIPPMAN, Matthew. They shoot lawyers don't they?: Law in the Third Reich and the global threat to the independence of the judiciary. In: **California Western International Law Journal**. Revista da California Western School of Law. São Diego, v. 23, n. 2, p. 257-318, mar.-jun., 1993.

LIVINGSTON, Paul. Derrida and formal logic: formalising the undecidable. **Derrida Today**, v. 3, n. 2, nov. 2010, p. 221-239. Publicado por: The University of Edimburgh. Disponível em: <<http://www.euppublishing.com/doi/abs/10.3366/drt.2010.0205>> Acesso em: 29 jan. 2014.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. Ed. de estudante. Cambridge: Cambridge University, 1988. 464 p.

MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 318 p.

MAJER, Diemut. **“Non-Germans” under the Third Reich**: the Nazi judicial and administrative system in Germany and occupied Eastern Europe, with special regard to occupied Poland, 1939-1945. Lubbock: Texas Tech University, 2013. 1033 p.

MALCOLM, Noel. Hobbes and Spinoza. In: BURNS, J. H. **The Cambridge history of political thought**: 1450-1700. Cambridge: Cambridge University, 1991. p. 530-557.

MARTEL, James R. **Subverting Leviathan**: reading Thomas Hobbes as a radical democrat. Nova Iorque: Columbia University, 2007. 309 p.

_____. **Textual conspiracies**: Walter Benjamin, idolatry, and political theory. Michigan: The University of Michigan, 2011. 305 p.

_____. **Divine violence**: Walter Benjamin and the eschatology of sovereignty. Nova Iorque: Routledge, 2012. 157 p.

_____. **The one and only law**: Walter Benjamin and the second commandment. Michigan: The University of Michigan, 2014. 254 p.

MARTINICH, Aloysius P. **A Hobbes Dictionary**. Cambridge: Blackwell, 1995. 336p.

_____. **Hobbes**: A Biography. Cambridge: Cambridge University, 1999. 390 p.

MATTERN, Johannes. **Principles of the constitutional jurisprudence of the German National Republic**. Oxford: Oxford University, 1928. 682 p.

_____. **Geopolitik**: doctrine of national self-sufficiency and empire. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1942. 139 p.

MCCORMICK, John P. The dilemmas of dictatorship: Carl Schmitt and constitutional emergency powers. In: DYZENHAUS, David (ed.). **Law as politics**: Carl Schmitt's critique of liberalism. Durham: Duke University, 1997. p. 217-251.

MCELLIGOTT, Anthony. “Sentencing towards the Führer?” The judiciary in the Third Reich. In: KIRK, Tim & MCELLIGOTT, Anthony (ed.). **Working towards the Führer**. Manchester: Manchester University, 2003. p. 153-185.

MELZER, Arthur M. **Philosophy between the lines**: the lost history of esoteric writing. Chicago: University of Chicago, 2014. 453 p.

MERTENS, Thomas. Nazism, legal positivism and Radbruch's thesis on statutory injustice. In: **Law and Critique**. Revista publicada por Kluwer Academic. Dordrecht, v. 14, n. 3, out. 2003. p. 277–295.

- MILONNI, Peter W. **The quantum vacuum**: an introduction to quantum electrodynamics. São Diego: Academic, 1994. 522 p.
- MINTZ, Samuel. **The hunting of Leviathan**: Seventeenth-century reactions to the materialism and moral philosophy of Thomas Hobbes. Cambridge: Cambridge University, 2010. 200 p.
- MITCHELL, Otis C. **Hitler's stormtroopers and the attack on the German Republic**, 1919–1933. Jefferson: McFarland & Company, 2008. 191 p.
- MOHLER, Armin. **Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932**: ein Handbuch. 3 ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1989. 554 p.
- MOMMSEN, Hans. **The rise and fall of Weimar democracy**. Traduzido do alemão para o inglês por Elborg Foster e Larry Eugene Jones. Chapel Hill: University of North Carolina, 1996. 604 p.
- MORWOOD, James & TAYLOR, John (ed.). **Pocket Oxford Classical Greek Dictionary**. Oxford: Oxford University, 2002. 449 p.
- MOUFFE, Chantal. **The return of the political**. Londres: Verso, 1993. 156 p.
- _____. Carl Schmitt and the paradox of liberal democracy. In: DYZENHAUS, David (ed.). **Law as politics**: Carl Schmitt's critique of liberalism. Durham: Duke University, 1997. p. 159-175.
- MÜLLER, Ingo. **Hitler's justice**: the courts of the Third Reich. Traduzido por Deborah Lucas Schneider. Cambridge: Harvard University, 1991. 349 p.
- NEAMAN, Elliot Y. **A dubious past**: Ernst Jünger and the politics of literature after Nazism. Berkely: University of California, 1999. 329 p.
- NEUMANN, Franz L. **Behemoth**: the structure and practice of National Socialism. Londres: Victor Gollancz, 1942. 429 p.
- _____. The decay of German democracy. In: KIRCHHEIMER, Otto & NEUMANN, Franz L. SCHEUERMAN, William E. **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996a. p. 29-43.
- _____. The change in the function of law in modern society. In: KIRCHHEIMER, Otto & NEUMANN, Franz L. SCHEUERMAN, William E. **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996b. p. 101-41.
- _____. Labor law in modern society. In: KIRCHHEIMER, Otto & NEUMANN, Franz L. SCHEUERMAN, William E. **The rule of law under siege**:

selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996c. p. 231-42.

_____. **Behemoth: the structure and practice of National Socialism.** Chicago: Ivan R. Dee, 2009. 649 p.

NEWMAN, Saul. **Power and politics in poststructuralist thought: New Theories of The Political.** Nova York: Routledge, 2005. 177 p.

NOAKES, J. & PRIDHAM, G. **Nazism 1919-1945**, v. 2: state, economy and society 1933-1939. Exeter: Universit of Exeter, 2000. 433 p.

NÖTH, Winfried. **Handbook of semiotics.** Bloomington: Indiana University, 1995. 576 p.

NSDAP. **The Nazi primer: official handbook for schooling the Hitler Youth.** Traduzido do alemão por Harwood L. Childs. Nova Iorque: Harper & Brothers, 1938. 280 p.

O'REILLY, Tim. **Frank Herbert.** Nova Iorque: Frederick Ungar, 1981. 216 p.

ORLOW, Dietrich. **Weimar Prussia, 1925-1933: the illusion of strength.** Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1991. 368 p.

PARKIN, John. Hobbism in the Later 1660s: Daniel Scargill and Samuel Parker. In: **The Historical Journal.** Revista publicada por Cambridge University. Cambridge, v. 42, n. 1, mar, 1999. p. 85-108.

_____. **Taming the Leviathan: the Reception of the Political and Religious Ideas of Thomas Hobbes in England 1640-1700.** Cambridge: Cambridge University, 2007a. 449 p.

_____. The reception of Hobbes's *Leviathan*. In: SPRINGBOARD, Patricia (ed.). **The Cambridge companion to Hobbes's Leviathan.** Cambridge: Cambridge University, 2007b. p. 441-59.

PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "positivist" theses. In: **Law and Philosophy.** Revista publicada por Kluwer Academic. Dordrecht, v. 13, n. 3, ago. 1994. p. 313-359.

_____. Intorduction. In: **Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law.** Oxford: Oxford University, 2002. p. xvii-iii.

_____. On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers. In: **Oxford Journal of Legal Studies.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. Oxford, v. 26, n. 1, p. 17-40, mar./mai. 2006.

_____. How Merkl's *Stufenbaulehre* informs Kelsen's concept of law. In: **Revus**: Journal for constitutional theory and philosophy of law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava. Revista de Klub Revus – Centre for Studies on Democracy and European Constitutionality. Kranj, n. 23, p. 29-45, dez. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22 e. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 489 p.

PEUKERT, Detlev J. K. **The Weimar Republic: the crisis of classical modernity**. Traduzido do alemão para o inglês por Richard Deveson. Nova Iorque: Hill & Wang, 1993. 334 p.

PLUMPE, Werner. **German economic and business history in the 19th and 20th centuries**. Londres: Palgrave Macmillan, 2016. 367 p.

POLLOCK, Frederick. **The law of torts**: a treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the Common Law. 6 ed. Nova York: The Banks Law Pub. Co., 1901. 667 p.

PONZIO, Alessio. **Shaping the new man**: youth training in Fascist Italy and Nazi Germany. Madison: University of Wisconsin, 2015. 315 p.

POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. XI: Legal philosophy in the twentieth century: the common law world. Dordrecht: Springer, 2011. 618 p.

RADBRUCH, Gustav. Die Erneuerung des Rechts. In: RADBRUCH, Gustav. **Gesamtausgabe**, v. 3: Rechtsphilosophie III. Heidelberg: C. F. Müller, 1990. p. 107-113.

_____. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946). In: **Philosophy of law issues**: an international journal. Revista da Faculdade de Direito Fedkovych da Universidade Nacional de Chernivtsi. Chernivtsi, v. 2, n. 1, p. 83–94, 2004a.

_____. Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945). In: **Philosophy of law issues**: an international journal. Revista da Faculdade de Direito Fedkovych da Universidade Nacional de Chernivtsi. Chernivtsi, v. 2, n. 1, p. 95–97, 2004b.

_____. Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946). Traduzido do alemão para o inglês por Bonnie L. Paulson e Stanley L. Paulson. In: **Oxford Journal of Legal Studies**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. Oxford, v. 26, n. 1, p. 1–11, mar/mai 2006a.

_____. Five minutes of legal philosophy (1945). Traduzido do alemão para o inglês por Bonnie L. Paulson e Stanley L. Paulson. In: **Oxford Journal of Legal Studies**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford. Oxford, v. 26, n. 1, p. 13–15, mar/mai 2006b.

_____. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 302 p.

RAMSEY, Adam. Trying to milk a vulture: if we want economic justice we need a democratic revolution. In: MACFARLANE, Laurie. **New thinking for the British economy**. Londres: openDemocracy, 2018. p. 172-189.

RATZEL, Friedrich. **Anthropogeographie**, v. 1: Grundzüge der Anwendung der Erdkunde auf die Geschichte. 2 ed. Stuttgart: J. Engelhorn, 1899. 604 p.

_____. **Der Lebensraum**: eine biogeographische Studie. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1901. 87 p.

RAUSCHNING, Hermann. **The revolution of nihilism**: a warning to the West. Nova Iorque: Alliance Book Co., 1939. 300 p.

RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse**: the legal philosophy of Robert Alexy. Portland: Hart, 2007. p. 17-35.

REICHER, Harry. Evading responsibility for crimes against humanity: murderous lawyers at Nuremberg. In: RACHLIN, Robert D. & STEINWEIS, Alan E. **The law in Nazi Germany**: ideology, opportunism, and the perversion of justice. Nova Iorque: Berghahn, 2013. p. 137-159.

REITLINGER, Gerald. **The SS**: alibi of a nation, 1922-1945. Nova Iorque: Viking, 1957. 502 p.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 415 p.

RIBEIRO, Renato Janine. A mídia do dezessete. In: HOBBS, Thomas. **Behemoth ou o longo parlamento**. Belo Horizonte: UFMG, 2001. p. 9-20.

RIVAYA, Benjamín. The political history of 20th-century Spanish philosophy of law. In: PATTARO, Enrico & ROVERSI, Corrado. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. XII: Legal philosophy in the twentieth century: the civil law world, t. I: Language areas. Dordrecht: Springer, 2016. p. 457-501.

ROSENBERG, Alfred. **Der Mythos des 20. Jahrhunderts**: eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit. 143 ed. Munique: Hoheneichen,

1939. 712 p.

ROSS, George MacDonald. **Starting with Hobbes**. Londres: Continuum International, 2009. 181 p.

ROSSITER, Clinton. **Constitutional dictatorship**: crisis government in modern democracies. New Brunswick: Transaction, 2002. 322 p.

ROVELLI, Carlo. The Disappearance of Space and Time. In: DIEKS, Dennis (ed.). **The Ontology of Spacetime**, v. 1. Amsterdam: Elsevier, 2006. p. 25-36.

RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado**: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Traduzido por Juan Antonio García Amado. Madrid: Marcial Pons, 2016. 245 p.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27 ed. São Paulo: Cultrix, 2006. 278 p.

SCHEUERMAN, William E. Introduction. In: KIRCHHEIMER, Otto & NEUMANN, Franz L. SCHEUERMAN, William E. **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California, 1996. p. 1-25

_____. **Carl Schmitt**: the end of law. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999. 345 p.

SCHMITT, Carl. **Der Begriff des Politischen**: mit einer Rede über das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen. 2 ed. Munique: Duncker & Humblot, 1932. 81 p.

_____. **Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes**: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols. Stuttgart: Klett-Cotta, 1982. 244 p.

_____. **Political romanticism**. Traduzido por Guy Oakes. Cambridge: MIT, 1986. 177p.

_____. **The crisis of parliamentary democracy**. Traduzido do alemão para o inglês por Ellen Kennedy. Cambridge: The MIT Press, 1988. 132 p.

_____. **Glossarium**: Aufzeichnungen der Jahre 1947–1951. Berlin: Duncker & Humblot, 1991. 364 p.

_____. **Der Hüter der Verfassung**. 4 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. 159 p.

_____. **State, Movement, People**: the triadic structure of the political unity / **The question of legality**. Traduzido por Simona Draghici. Corvallis: Plutarch: 2001. 85 p.

_____. **On the three type of juristic thought**. Traduzido por Joseph W. Bendersky. Westport: Praeger, 2004. 124 p.

_____. **Constitutional theory**. Traduzido por Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University, 2008. 468 p.

_____. **Politische Teologie**: vier Kapitel zur Lehre von Souveränität. 9 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 2009. 70 p.

_____. **Dictatorship**: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Traduzido por Michael Hoelzl and Graham Ward. Cambridge: Polity, 2014. 314 p.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart–Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 22-55.

SHEEHAN, James J. **German liberalism in the nineteenth century**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. 411 p.

SHIRER, William L. **The rise and fall of the Third Reich**: a history of Nazi Germany. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2011. 1249 p.

SKINNER, Quentin. **Reason and Rhetoric in the Philosophy of Thomas Hobbes**. Cambridge: Cambridge University, 1996. 477 p.

_____. **Visions of politics**, v.3: Hobbes and Civil Science. Cambridge: Cambridge University, 2002. 386 p.

SMELSER, Ronald & ZITELMAN, Rainer (ed.). **The Nazi elite**. Traduzido do alemão para o inglês por Mary Fischer. Londres: MacMillan, 1993. 259 p.

SMITH, Gordon. Between left and right: the ambivalence of European liberalism. In: KIRCHNER, Emil J. **Liberal parties in Western Europe**. Cambridge: Cambridge University, 1988. p. 16-28.

SMITH, Woodruff D. **The ideological origins of Nazi imperialism**. Oxford: Oxford University, 1986. 333 p.

SPAACK, Torben. Meta-ethics and legal theory: the case of Gustav Radbruch. In: **Law and Philosophy**. Revista publicada por Kluwer Academic. Dordrecht, v. 28, n. 3, mai. 2009. p. 261–290.

SPECTER, Matthew G. **Habermas**: an intellectual biography. Cambridge: Cambridge University, 2010. 263 p.

_____. What’s “left” in Schmitt? From aversion to appropriation in contemporary political theory. In: MEIERHENRICH, Jens & SIMONS,

Oliver (ed.). **The Oxford handbook of Carl Schmitt**. Oxford: Oxford University, 2016. p. 426-454.

SPINRAD, Norman. **O sonho de ferro**. Traduzido por José Sanz. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1976. 248 p.

_____. **Science fiction in the real world**. Carbondale: Southern Illinois University, 1990. 234 p.

SPIVAK, Gayatri C. Translator's preface. In: DERRIDA, Jacques. **Of grammatology**. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1976. p. ix-lxxxvii.

STACKELBERG, Richard. **Hitler's Germany: origins, interpretations, legacies**. Londres: Routledge, 1999. 307 p.

STEINWEIS, Alan E. **Kristallnacht 1938**. Cambridge: The Belknap Press, 2009. 214 p.

STERN, Fritz. **The politics of cultural despair: a study in the rise of the Germanic ideology**. Berkeley: University of California, 1974. 367 p.

STEWART, Ian. **Concepts of modern mathematics**. Nova Iorque: Dover, 1995. 339 p.

StGH [Staatsgerichtshof]. Preußen: Einsetzung eines Reichskommissars. **RGZ**, no. 138, seção 1. Berlim, 25 out. 1932. p. 1-43.

STOLLEIS, Michael. **Law under the Swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Traduzido do alemão para o inglês por Thomas Dunlap. Chicago: Universidade de Chicago, 1998. 263 p.

_____. Hesitating to look in the mirror: German jurisprudence after 1933 and after 1945. In: **The Maurice and Muriel Fulton Lectures**: publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Chicago, p. 1-29, nov. 2001.

_____. Judicial review, administrative review, and constitutional review in the Weimar Republic. In: **Ratio Juris**, v. 16, n. 2. Oxford: John Wiley & Sons, jun. 2003. p. 266-90.

_____. **A history of public law in Germany, 1914-1945**. Traduzido do alemão para o inglês por Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University, 2004. 489 p.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009. 328 p.

STRECK, Lenio, L. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. In: **Revista Direito & Práxis**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 4,

n. 7, p. 343-367, 2013.

STRONG, Tracy B. Foreword: dimensions of the new debate around Carl Schmitt. In: SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Ed. expandida. Traduzido do alemão para o inglês por George Schwab. Chicago: University of Chicago, 1996. p. ix-xxxi.

SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically? In: **University of Chicago Law Review**. Revista da Faculdade de Direito de The University of Chicago. Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-70, 1999.

TÖNNIES, Ferdinand. **Community and Civil Society**. Traduzido do alemão para o inglês por Jose Harris e Margaret Hollis. Cambridge: Cambridge University, 2001. 266 p.

TRUMP, Donald J. **Crippled America**: how to make America great again. Nova Iorque: Threshold, 2015. 208 p.

TUCK, Richard. **The sleeping sovereign**: the invention of modern democracy. Cambridge: Cambridge University, 2016. 295 p.

TURDA, Marius. **Modernism and eugenics**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010. 189 p.

VALORE, Paolo. General and formal ontology. In: VALORE, Paolo (ed.). **Topics on general and formal ontology**. Milão: Polimetrica, 2006. p. 11-13.

VASCONCELLOS, Bruno M. de; PILLATI, Adriano (orientador). **Leviathan nu**: por uma leitura não logocêntrica do conceito de soberania na obra de Thomas Hobbes, com aplicações para regimes democráticos. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional). Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2014. 290 p. Disponível em <http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtase=1211299_2014_Indice.html> Acesso em: 30 abr. 2019.

VINX, Lars. Introduction. In: VINX, Lars (ed. & trad.). **The guardian of the constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Cambridge: Cambridge University, 2015. p. 1-21.

VOEGELIN, Eric. **The new science of politics**. Chicago: The University of Chicago, 1952. 193 p.

WALKER, Peter. UN chief issues warning on the rise of fascism. **The Independent**, Londres, 9 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/world/politics/united-nations-chilling-warning-rise-fascism-human-rights-prince->

zeid-a7464861.html> Acesso em 30 abr. 2019.

WEIKART, Richard. **Hitler's ethic**: the Nazi pursuit of evolutionary progress. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2009. 254 p.

WESTERHOFF, Jan. **Ontological categories**: their nature and significance. Oxford: Oxford University, 2005. 261p.

WHISKER, James B. **The philosophy of Alfred Rosenberg**: origins of the National Socialist myth. Costa Mesa: Noontide, 1990. 252 p.

WIBMANN, Hinnerk. **Generalklauseln**: Verwaltungsbefugnisse zwischen Gesetzmäßigkeit und offenen Normen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. 363 p.

WOLFF, Hans Julius. **Roman Law**: an Historical Introduction. Norma: University of Oklahoma, 1951. 260 p.

WOODS, Roger. **The conservative revolution in the Weimar Republic**. Londres: MacMillan, 1996. 173 p.

YOO, John. **The powers of war and peace**: the Constitution and foreign affairs after 9/11. Chicago: The University of Chicago, 2005. 366 p.

ZARKA, Yves Charles. **Hobbes et la pensée politique moderne**. Paris: Quadrige/ PUF, 2001. 308 p.

_____. Filosofia primeira e os fundamentos do conhecimento. In: SORELL, Tom (org.). **Hobbes**. Aparecida: Idéias & Letras, 2011. p. 87-113.

_____. Carl Schmitt ou a tripla traição de Hobbes: uma história nazista da filosofia política? In: LISBOA, Wladimir B. (org.). **Filosofia Política**: textos de Yves Charles Zarka. Traduzido por Wladimir B. Lisboa. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 45-62.