**QUE FALTA A TEORIA FAZ? UMA ANÁLISE DA (AUSÊNCIA
DE) REFLEXÃO TEÓRICA SOBRE O DIREITO NO CONTEXTO DE UM
REGIME POLÍTICO AUTORITÁRIO**

**WHAT IS MISSING ABOUT THEORY? AN ANALYSIS OF (THE
ABSENCE OF) THEORETICAL REFLECTION ON LAW IN THE
CONTEXT OF AN AUTHORITARY POLITICAL REGIME**

Georges Abboud¹
Rafael Tomaz de Oliveira²

RESUMO: O propósito dessas reflexões foi explorar as condições que permitem afirmar a imprescindibilidade de um cultivo da reflexão teórica sobre o direito – que se exerça criticamente – no contexto de uma sociedade democrática. Para demonstrar essa assertiva, buscamos explorar a experiência *ex adversa*: o desenvolvimento das investigações teóricas sobre o direito em meio a regimes autoritários. Não qualquer regime. Mas aquele que marcou o século XX como perpetrador de uma tragédia de dimensões humanitárias indescritíveis: o terceiro *Reich*. Na primeira, buscamos reconstruir a formação da dogmática do direito público alemão até seus desdobramentos no período democrático. Na segunda parte, procuramos perseguir os traços da reflexão teórica sobre o direito durante o período nazista. Por fim, concluímos que o recrudescimento da necessária dimensão crítica da teoria do direito, sem o desenvolvimento de critérios eficientes para promover um debate franco e crítico com relação às decisões judiciais, representa um sintoma muito sério de que o regime político adoeceu. A reflexão teórica sobre o direito e a democracia são, portanto, faces de uma mesma moeda.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Democracia; Autoritarismo

ABSTRACT: The aim of this essay was to explore the conditions that make it possible

¹ Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professor de Processo Civil da PUC-SP. Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0353-2515>

² Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP-SP. Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da Universidade de São Paulo (USP). Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7270-4718>

to affirm that the development of a critical reflection on law is indispensable for a democratic society. To demonstrate this, we will resort to an experience born out of adversity: the development of theoretical legal investigations in the midst of authoritarian regimes. We will focus on the regime that marked the 20th century as the perpetrator of a tragedy of indescribable humanitarian dimensions: the Third Reich. In the first part of the essay, the formation of dogmatic German public law until its unfolding in the democratic period is reconstructed. In the second part, the features of theoretical reflection on law during the Nazi period are presented. Finally, we conclude that the resurgence of the necessary critical dimension of the theory of law, without the development of efficient criteria to promote a critical debate concerning judicial decisions, represents a very serious symptom that the political regime has fallen ill. The theoretical reflection on law and democracy are, therefore, two sides of the same coin.

Keywords: Theory of Law; Democracy; Authoritarianism

Sumário: 1. Introdução. 2. O problema do Método no Campo da Teoria do Direito do Estado (Staatsrechtslehre). 2.1. 2.1 Positivismo jurídico-constitucional v.s. sociologia empírica. 2.2 A via do normativismo Kelseniano. 2.3 As vertentes antipositivistas. 3. 3. A década de 1930 e o abandono da discussão sobre o método. 3.1. A manipulação/instrumentalização do Direito por meio de aberturas interpretativas. 3.2. Sobre o nazismo e os “juízes obedientes”. 4. À Guisa de Conclusão: havia “Direito” no regime nacional-socialista? Qual teoria? Com que método. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Uma teoria do direito – ou também, de certa maneira, a dogmática jurídica – possui uma posição importante no contexto de um sistema jurídico moderno e que se pretenda democrático. Por um lado, ela deve produzir – a partir de uma abordagem conceitual e analítica – um conjunto de orientações que irão dirigir e orientar a atividade cotidiana do direito, organizando os quadro discursivos; por outro, deve produzir condições para o desenvolvimento dos processos de ensino e aprendizado do direito; por fim, necessita desenvolver uma criteriologia que forneça elementos para uma crítica das decisões jurídicas, de modo a fornecer anteparos para a atividade judicial.³ Em uma

³ Um esforço teórico consistente para o exercício de um “constrangimento epistemológico” das decisões judiciais pode ser visto em: STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto – Decido Conforme minha consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, *passim*.

democracia constitucional, a limitação do exercício do poder político, com o compartilhamento funcional e com a previsão de controle pelos governados da ação dos governantes representa a pedra de toque; o elemento nuclear de todo edifício democrático.⁴

O propósito dessas reflexões é afirmar a imprescindibilidade de um cultivo da reflexão teórica sobre o direito – que se exerça criticamente – no contexto de uma sociedade democrática. Para demonstrar essa assertiva, buscamos explorar a experiência *ex adversa*: o desenvolvimento das investigações teóricas sobre o direito em meio a regimes autoritários. Não qualquer regime. Mas aquele que marcou o século XX como perpetrador de uma tragédia de dimensões humanitárias indescritíveis: o terceiro Reich. A escolha obedece também a um outro critério: a cultura jurídica alemã caracterizou-se historicamente, entre outras coisas, pelo cultivo da reflexão teórica sobre o direito. No caso do direito público, essa tradição começa a se cristalizar mais fortemente no final do século XIX, com a unificação promovida por Bismark e o surgimento da Constituição Imperial de 1871. Depois disso, as reflexões ali desenvolvidas nunca pararam de produzir resultados e, até hoje, com diferentes formas e modos de abordagem, ainda impactam o estudo e a operacionalidade do direito constitucional, influenciando, inclusive, o pensamento constitucional brasileiro.

O texto foi organizado em duas partes:

Na primeira, buscamos reconstruir – em linhas gerais – a formação da dogmática do direito público alemão, tendo como marco temporal a Constituição de 1871, que instituiu uma monarquia constitucional, passou por uma série de solavancos e não resistiu à primeira Grande Guerra. Em seu lugar, surgiu uma social democracia, que contava com funcionamento parlamentar nos moldes de um Estado democrático, e previa uma série de direitos sociais. Nesse contexto, além da agitação política, foram produzidas diversas teorias e propostas metodológicas para o Direito e para a análise do

⁴ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1957, p. 123.

Estado. Houve ali, segundo Michael Stolleis, uma *Methodenstreit* (querela do método) que opunham politicamente liberais; sociais democratas; saudosos do império; e crítico mordazes da democracia, que flertavam perigosamente com propostas de um Estado autoritário. Toda essa plêiade de possibilidades teóricas que emergiram no ambiente democrático viria a esvanecer e até recrudescer durante o período do regime nacional socialista.

Desse modo, na segunda parte, procuramos perseguir os traços da reflexão teórica – será que ela ainda poderia ser chamada assim? – sobre o direito durante o período nazista. Nesse contexto, observamos, na verdade, uma manipulação instrumental de teorias e propostas metodológicas que eram utilizadas como peças de propaganda, sem que fosse possível observar uma preocupação por parte dos juristas de eliminar inconsistências e produzir algum tipo de orientação para a crítica e para a constrição das decisões judiciais. Ao contrário, os juristas do regime incitavam o sistema de justiça a decidir de forma a “filtrar” o direito anterior de acordo com a visão de mundo do nacional-socialismo, ainda que isso implicasse um esgarçamento das tradicionais amarras – teóricas e institucionais – existentes em um regime democrático. A ausência da dimensão crítica que deve ser desenvolvida por qualquer teoria ou dogmática que se queira eficaz, foi simplesmente preterida em favor de uma interpretação sem limites (*unbegrenzte Auslegung*), como diria Bernd Rüthers. Nas palavras deste mesmo autor, o regime nazista caracterizou-se, entre outras coisas, por uma profunda “hostilidade para com o Direito”.

Por fim, concluímos que o recrudesimento da necessária dimensão crítica da teoria do direito, sem o desenvolvimento de uma criteriologia eficiente para promover um debate franco e crítico com relação às decisões judiciais, representa um sintoma muito sério de que o regime político adoeceu. A reflexão teórica sobre o direito e a democracia são, portanto, faces de uma mesma moeda.

2. O PROBLEMA DO MÉTODO NO CAMPO DA TEORIA DO DIREITO DO

ESTADO (*STAATSRECHTSLEHRE*)

2.1 Positivismo jurídico-constitucional v.s. sociologia empírica

A história da questão do método na Teoria do Estado tem um começo incontroverso naquilo que se conhece como “positivismo constitucional” ou “positivismo estatal”. O contexto é o da Constituição Imperial de 1871 da Alemanha e do impacto produzido em várias dimensões do direito pela recente unificação operada pelo então chanceler Otto von Bismark. Há questões políticas importantes aqui, mas, para evitar uma inconveniente perda de foco de análise, devemos nos concentrar no problema do método.

A estrela maior dessa construção metodológica é um autor chamado Paul Laband. Seu método é desenvolvido a partir de um encurtamento do objeto: o ponto de partida da análise é o “direito constitucional positivo”, o que pressupunha a unidade da vontade jurídica do poder estatal e de seus órgãos (Ou seja, o Estado é aquilo que as normas jurídicas que criam e regulamentam as suas instituições dizem que ele é). Nesse sentido, Laband considerava possível a formação de conceitos e institutos jurídicos a partir de uma análise restrita ao direito positivo, identificando também a possibilidade de solução de problemas dogmáticos – tais quais o preenchimento de lacunas – mediante o uso de recursos que pudessem reconduzir o procedimento conceitual a um sistema de forma lógica, sem contradições.

Esse modelo metodológico – de carga eminentemente conceitualista – predominou como “teoria dominante” pelo menos até a virada do século XIX para o século XX. Nesse momento, o aumento da complexidade social – gerado pela revolução industrial e pelo início da formação de uma sociedade de massas – começou a produzir reflexos também no ambiente teórico, mediante a profusão de novas abordagens metodológicas que reivindicavam reconhecimento. A principal delas era oriunda de autores que se inspiravam em um outro modelo de positivismo: o sociológico. À essa

altura, o sistema criado pela Constituição de 1871 já começava a dar sinais de esgotamento. Começou-se, então, a se falar em “mutações constitucionais” que poderiam produzir sentidos normativos eficazes do ponto de vista social sem que se necessitasse para isso de uma alteração formal da Constituição. Neste contexto, pressionava-se, então, por duas coisas:

1) que se reconhecesse também como fator de produção jurídica o “fato social” (e não apenas o direito abstrato das leis e da Constituição);

2) que o “método jurídico” pudesse se abrir para permitir uma produção científica mais adaptada ao “método científico das ciências sociais”. Importante perceber que, nesse aspecto, ainda estamos no terreno do positivismo. Todavia, em lugar de um positivismo jurídico do tipo conceitualista (inaugurado pelos pandectistas), reivindicava-se um positivismo sociológico.

Em uma equação explicativa um pouco mais didática: para o positivismo jurídico, as estruturas que viabilizavam a ação do Estado estavam dadas pela Lei e a tarefa da Teoria do Estado esgotava-se em sua análise conceitual-sistemática; enquanto que, para o positivismo sociológico, as estruturas e instituições que conformam o Estado representavam um fato social, que só uma análise empírica da sociedade poderia corretamente acessar.

Nesse contexto de polarização, um outro importante autor da Teoria do Estado, Georg Jellinek, apresentará uma espécie de “solução conciliadora”. Com efeito, em sua *Teoria Geral do Estado* – que Hans Kelsen considerou como sendo a descrição mais bem-acabada da Teoria do Estado do século XIX – Jellinek separa a sua abordagem em dois níveis distintos (a partir de um modelo metodológico eclético) que comportaria uma “teoria jurídica do Estado” e uma “teoria social do Estado”. Como afirma Stolleis: “com a admissão da facticidade do Estado, contemplava-se a pressão das ciências sociais empíricas por reconhecimento; ao mesmo tempo, na esfera normativa, assegurava-se a

preservação do território do direito”⁵. É de Jellinek a formatação teórica que afirma ser o Estado uma corporação territorial de Direito Público, cuja composição pressupunha três elementos: um território estatal, um povo estatal e um poder estatal.⁶ Essa formulação perdura, de algum modo, até os dias de hoje.

Na verdade, em termos normativos, não é totalmente correto dizer que o conceito de Estado é composto por esses três elementos. Essa é uma afirmação comum, feita inclusive para servir como premissa crítica à obra de Jellinek. Todavia, parece-nos que o mais correto seria dizer que a dogmática do Estado – ou seja, a sua “ciência jurídica” – estrutura-se em meio a esses três elementos. A partir da plataforma oferecida por cada um deles, projeta-se o estudo jurídico do Estado, sendo que, dentro do elemento “povo”, constrói-se toda grade conceitual para a análise das questões ligadas à cidadania e aos direitos (sempre importante lembrar, aqui, do desenvolvimento da doutrina dos “status”, que revolucionou, de alguma forma, o modo como a teoria do direito do Estado alemão encarava o tema dos direitos fundamentais); por outro lado, no contexto do elemento “território” enquadra-se toda a problemática jurídica sobre a relação de *imperium* que o Estado desenvolve com a sua base geográfica, bem como as formas que ela pode assumir com relação à produção da normatividade; por fim, no contexto do elemento “poder” analisa-se, além das questões de fundamentação da soberania, o modo próprio de organização do poder político e seus respectivos desdobramentos.⁷

Sem embargo, inclusive em virtude de seu ecletismo, é importante perceber que, se há algo como um conceito sintético de Estado na obra de Jellinek, esse conceito necessariamente pressupõe a análise sociológica do fenômeno estatal.

2.2 A via do normativismo Kelseniano

⁵ STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht*. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016, p.129.

⁶ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2004.

⁷ Cf. Ibidem, em especial, o livro terceiro.

Um dos críticos mais contundentes ao modelo metodológico eclético de Jellinek foi Hans Kelsen. Kelsen fundou uma verdadeira escola em Vienna, na Áustria, no interior da qual articulavam-se produções científicas desenvolvidas a partir de seu método de análise, conhecido como “Teoria Pura”.⁸ Como é sabido, Kelsen organiza seus trabalhos a partir de uma distinção rigorosa entre ser e dever-ser (fruto da influência da escola neokantiana de Marburgo sobre o seu pensamento). O campo de atuação do jurista – ou cientista do direito – limita-se ao mundo do dever-ser. Elementos políticos, sociais ou psicológicos – que estariam no mundo do ser – não devem influenciar a investigação sobre o direito e o Estado. Numa expressão de radical encurtamento de objeto, Kelsen propugnava a total identificação entre ordenamento jurídico e Estado.

Apesar das críticas por ele desferidas contra o modelo de Jellinek – que se estendiam também ao positivismo jurídico clássico – Kelsen parecia compartilhar com esses modelos alguns aspectos de sua teoria. A formulação povo, território e soberania, oriunda de Jellinek, por exemplo, é reafirmada em sua Teoria Geral do Estado (com o acréscimo do elemento temporal, para refletir sobre a origem e o desaparecimento dos Estados). Por outro lado, a ideia de autoridade presente no positivismo clássico é também por ele aceita, sem maiores reparos.

2.3 As vertentes antipositivistas

Os anos conturbados da chamada República de Weimar, que se instala em 1919 depois dos eventos ligados à capitulação alemã na primeira grande guerra em 1918, aumentaram a fervura também no âmbito da “querela sobre o método” (*Methodenstreit*)⁹

⁸ Para maiores detalhes, ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. E também Cf. ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, em especial, o capítulo 9.

⁹ A expressão *Methodenstreit* é de Michal Stolleis e serve para designar os debates e disputas que tiveram lugar no contexto dos anos de 1920 na Áustria e na Alemanha sobre o método no interior da *Staasrechtslehre*. Uma tradução mais “ao pé da letra”, optaria por verter *Methodenstreit* para o português

na Teoria do Estado. Além da já mencionada tensão entre positivismo jurídico e sociologia empírica, entram também no campo de discussões posturas que não se vinculam propriamente nem à tradição do positivismo jurídico, nem, tampouco, com a tradição sociologista. Esse debate, ao final, acabará por lidar com uma “crise do Estado” (*Staatskrise*), que irá desaguar na destruição do regime republicano-democrático de Weimar pela ditadura de partido único instalada pelo nacional-socialismo.

Sem embargo, é importante anotar que esses modelos são intensamente heterogêneos entre si de tal modo que não seria possível falar aqui em um núcleo que ofereça características de uma “tradição” metodológica. Todavia, se não é possível identificar um elemento positivo de identificação, é possível perceber um aspecto negativo comum: ambas as construções negam o legado do positivismo jurídico, especialmente em sua vertente de pureza Kelseniana. Com relação ao sociologismo, ele é aceito, em alguns casos, com reservas. A nota geral é que, mesmo as posturas sociológicas, encurtam demais o objeto da Teoria do Estado que, para ser propriamente colocado, necessita de uma via interpretativa que permita o acesso aos elementos éticos, políticos e culturais que conformam o conformam.

A primeira contribuição relevante nesse sentido – e que ainda ecoa na Teoria do Estado e no Direito Constitucional contemporâneos –, é de Rudolf Smend.¹⁰ Smend

“disputa (ou querela) sobre o método”. Todavia, optamos por traduzi-la pela expressão “querela sobre o método” por esta última se mostrar mais significativa no contexto da língua portuguesa. Cf. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Vol. 3. Munique: Beck, 1999, p. 153 et seq.

¹⁰ Para Stolleis, esse grupo de juristas, notadamente antipositivistas, incluiria, além de Smend, outros importantes autores da Teoria do Estado ou da Teoria da Constituição, como é o caso de Heinrich Triepel, Erich Kaufmann, Gerhard Leibholz, que, embora não chegassem a ser nazistas, eram assumidamente antidemocracia e defendiam um Estado forte, baseado em uma liderança rigorosa, como parte da solução dos problemas vivenciados pela Alemanha na época. Dentro desse grupo, seria possível alocar, também, autores que compactuavam do diagnóstico da época e da crítica ao positivismo mas que, em algum momento, aderiram ou mantiveram uma relação apologética com o nazismo. Este seria o caso de Carl Schmitt, Otto Koelreutter e de jovens professores de Direito que se auto-intitulavam “Jungen Rechten” (juventude direitista) dentre os quais estava Karl Larenz. A heterogeneidade desses autores “antipositivistas” era tão grande, do ponto de vista político, que comportava inclusive um jurista defensor da social democracia e do modelo parlamentar instalado pela Constituição de Weimar, que era

desenvolve sua proposta metodológica sob a denominação “Teoria da Integração”. Em um sentido geral, a teoria de Smend asseverava que um Estado só atinge a sua finalidade se conseguir produzir a “integração” entre o individual e o comunitário. Seu método, que permitia tanto explicar quanto perquirir por elementos aptos a produzir a “integração”, baseava-se em uma interpretação da obra de Herbert Spencer – que produz o colorido sociológico de sua abordagem – e de um recorte amplo daquilo que seria a representação do mundo intelectual. A integração, nesse sentido, pode ser lida também como um entrelaçamento do normativo com o social; no campo normativo, parte do mundo intelectual, o Direito, o Estado e a Ética representariam um conjunto dialético que, junto com o social, conduziriam a processos intelectuais portadores de sentido. Apenas aquilo que se integrava era Estado – aqui o ponto certamente determinante seria a integração entre o individual e o comunitário. É interessante anotar, com Stolleis, que a “reluzente palavra integração também era oferecida como via metodológica para a eliminação de contradições imanentes em um texto constitucional”.¹¹ José Joaquim Gomes Canotilho, ecoando Konrad Hesse e a tradição constitucional alemã do segundo pós-guerra, nomeou o método de Smend como “científico-espiritual”, pelo fato de buscar uma “integração” entre elementos de uma teoria sociológica com questões oriundas da ética (ou de uma ética em determinado sentido)¹².

De todo modo, o certo é que, nos termos propostos por Smend, a associação política que não fosse capaz de produzir a “integração”, não poderia ser chamada de Estado. Essa era a porta de abertura para a crítica do Estado criado pela República de Weimar e de sua claudicante democracia. Tão certo quanto o sucesso alcançado por propostas metodológicas como a de Smend no contexto do “neoconstitucionalismo” (em face de sua possibilidade mais heurística em termos de interpretação da Constituição), é

Herman Heller. Cf. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. cit., pp. 171-186.

¹¹ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. cit., p. 174.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213.

também o fato de que esse tipo de discurso contribuiu para consolidar no imaginário jurídico da época, a tese de que a democracia de Weimar representava um obstáculo – e não um elemento de solução – para o enfrentamento dos problemas vivenciados pela Alemanha da época¹³

Um outro autor igualmente crítico dos modelos positivistas, mas que se situava no outro espectro do pensamento político era Hermann Heller. Diferente de Smend, Heller era um social-democrata convicto. Todavia, reconhecia-se como um adversário metodológico do positivismo – especialmente Kelsen. Para ele, era inaceitável que o Estado fosse apenas um ordenamento jurídico. Heller reconhecia o valor dos esforços da escola de Kelsen para produzir um tratamento metodológico mais adequado para as questões do Direito e do Estado. Todavia, insurgia-se contra a hipertrofia normativista que se projetava a partir da escola de Vienna. Desse modo, sua teoria buscava compreender a influência normativa existente no Estado asseverando que a criação deste mesmo Estado pelos indivíduos deveria se projetar a partir de uma plataforma comum de normas e valores, sem, com isso, desconsiderar a importância de um contato empírico com a realidade social para a composição de uma adequada teoria do estado. Assim, o Estado, como unidade organizada de decisão e ação, deveria, por sua vez, conduzir a convivência social, principalmente por meio do direito positivo.¹⁴

Todo esse debate sobre o método na Teoria do Estado acaba por se encerrar com a instalação dos nacional-socialistas no poder, a partir de 1933. Segundo Stolleis, um sintoma que demonstra que a produção intelectual nesse campo – que atingiu um ponto alto de criatividade e intensidade no contexto dos anos da República de Weimar –

¹³ Hans Kelsen foi um dos mais incisivos críticos da obra de Smend. Além de acusar sua “teoria da integração” de irracionalismo, Kelsen denunciava também o caráter antidemocrático e autoritário que, na sua interpretação, a referida proposta metodológica carregava (dois fatores que, na interpretação kelseniana, sempre andaram juntos, uma vez que, para ele, o positivismo, o relativismo valorativo, e a democracia representavam uma tríade que caminhava sempre unida). Parte deste debate encontra-se com tradução para o português. Nesse sentido, Cf. KELSEN, Hans. *O Estado como Integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, *passim*.

¹⁴ Cf. HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2015, Edição do Kindle, *passim*.

acabou solapada pela ditadura nacional-socialista, encontra-se no fato de que a Associação Alemã dos Teóricos do Direito do Estado (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) que havia sido fundada em 1922, deixou de se reunir depois de 1933.¹⁵ Somente após o término da Guerra é que as atividades da referida associação seriam retomadas.

De fato, no período posterior a 1933, dois elementos passam a ser determinantes no contexto das práticas jurídicas: 1) um processo de ressignificação linguística, por meio de “aberturas interpretativas”, de conteúdos já postos pelo direito vigente e herdado pelo regime nacional-socialista do período democrático; 2) um afastamento da discussão sobre “o melhor método” para compreensão do fenômeno jurídico e estatal, em favor de uma articulação aleatória e instrumental de modelos que fossem mais convenientes para uma solução casuística das demandas, mas sem se derivar daí uma preocupação de coerência ou sistematicidade, que recolocasse a decisão tomada no contexto de um painel mais amplo de significados.

Em *Derecho Degenerado*, Bernd Rüthers coloca a seguinte pergunta: haveria um método jurídico unitário para o Estado nacional-socialista, ou, ao contrário, uma competição entre vários métodos? Sua resposta pode ser depreendida a partir da transcrição abaixo:

Um lance de olhos superficial na literatura produzida naqueles anos poderia nos dar a impressão de que teria existido, então, *uma* filosofia do direito e *uma* metodologia jurídica do nacional-socialismo. Todavia, essa ideia é inadequada, desde meu atual ponto de vista (...). Olhando-se para as coisas com maior precisão, percebe-se que, sob o nazismo, eram várias e diferentes as doutrinas jurídicas e as metodologias que competiam pela meta de uma “renovação política popular”¹⁶

Nos tópicos seguintes, procuraremos esclarecer melhor como essas questões se desenrolaram. Essa abordagem é importante, em primeiro lugar, porque demonstra

¹⁵ Cf. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. cit., pp. 186-199.

¹⁶ RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 52.

como a questão da metodologia jurídica está intimamente vinculada à produção democrática do direito. Dentro da relação paradoxal que existe entre direito e autoritarismo, os aspectos políticos são sempre ressaltados com maior vigor. Entretanto, as questões relativas ao método jurídico e sua íntima relação com a produção de decisões judiciais é também crucial para a correta compreensão do problema. Por outro lado, é cada vez mais comum encontrar no direito brasileiro defensores de métodos “mais porosos” de interpretação do direito, que se adequem melhor à “justiça do caso”. Nesse sentido, é importante perceber – sem que isso implique o descarte *a priori* das referidas propostas metodológicas – que os instrumentos metodológicos e teóricos desenvolvidos nessa época, seguem sendo, até os dias de hoje, os mesmos, trocando-se, às vezes, apenas as etiquetas conceituais ou modificando os seus nomes.¹⁷

3. A DÉCADA DE 1930 E O ABANDONO DA DISCUSSÃO SOBRE O MÉTODO

A chegada dos Nazistas ao poder, em janeiro de 1933, não foi acompanhada de uma reviravolta radical com relação ao Direito vigente. O regime político, em contrapartida, foi rapidamente subvertido; e, apenas alguns meses depois de assumir a Chancelaria do Reich, Hitler já contava com as prerrogativas da lei de habilitação (*Ermächtigungsgesetz*), transformando aquilo que era uma claudicante democracia parlamentar – já profundamente abalada pela fragmentação do sistema partidário e pelo uso recorrente dos poderes ditatoriais do Presidente do Reich com base no famigerado artigo 48 da Constituição de Weimar – em uma Ditadura. Sem embargo, a ordem jurídica vigente, de forma geral, continuava a ser (e assim aparentava) aquela herdada da era Weimar. Do ponto de vista do Direito, portanto, o regime recepcionara em bloco o material jurídico produzido durante os tempos de democracia.¹⁸

¹⁷ RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*. cit., p. 47.

¹⁸ Cf. STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht* cit., p. 10.

Essa constatação não autoriza, contudo, a afirmação de que esse material jurídico aparentemente “aceito” pelos novos detentores do poder continuará a ser operacionalizado segundo os padrões vigentes durante a República de Weimar¹⁹. É provável que os nazistas tenham percebido, logo no início do regime, que a tarefa de substituição da totalidade do direito vigente, trocando-o por outro “purificado” nos termos da *Weltanschauung* nacional-socialista, seria aos olhos dos novos governantes, além de uma hercúlea tarefa, algo inconveniente: uma ação desse tipo assustaria a elite econômica e financeira que, àquela altura, já apoiava o partido e o governo hitlerista. Com efeito, como lembra Stolleis, os nazistas tinham grande necessidade de manter a aparência da “normalidade” e ao menos um fio de esperança de que, superados os propalados momentos de “necessidade”, as relações econômicas e sociais voltariam para os trilhos de um *Rechtsstaat* civil.²⁰ Isso porque a burguesia econômica e os funcionários civis que ofereciam algum tipo de sustentação política para o iniciante regime nacional socialista não ficavam à vontade nem com o terror explícito, nem com rupturas bruscas e desnecessárias com as burocracias e algumas regras seletivas de livre mercado. Eram todos nacionalistas, inimigos da democracia parlamentar, e desejavam um Estado Alemão forte, desde que isso não produzisse um giro brusco e inopinado com relação à ordem vigente.²¹

Por outro lado, a criação de leis gerais e abstratas poderia passar a mensagem de que o governo, em algum nível e com algum sentido, estaria comprometido a cumpri-las. E o comprometimento com algum tipo de compromisso prévio era tudo o que o

¹⁹ Bernd Rüthers destaca a grande influência exercida pelas práticas jurídicas – especialmente doutrina e jurisprudência – na consolidação jurídica do nacional-socialismo. Depois de afirmar que, sob o prisma do direito positivo, o “legislador” nacional-socialista manteve vigente as normas provenientes da época de Weimar (especialmente com relação ao Direito Privado), Rüthers adverte: “Eso no significa que los gobernantes estuvieran inclinados, respecto a esas leyes mantenidas en vigor, a dejar las cosas como estaban, a aceptar los contenidos jurídicos recibidos. Muy al contrario, el programa que guiaba la política jurídica del nazismo era el de una completa ‘renovación jurídica popular’ basada en la ideología nacionalsocialista” (RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*. cit., p. 51).

²⁰ Cf. STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht* cit., pp. 22-26

²¹ Ibidem, p. 9-10.

regime não queria. Como anota Franz Neumann, o nacional-socialismo não podia ser definido a partir de uma teoria (política ou jurídica) e nem por meio de uma prática consistente. Na verdade, se houve algo que o definia, esse algo era a instrumentalização radical de tudo aquilo que servisse, da forma que fosse, para oferecer um pseudo-fundamento para as ações do partido e do Estado. Fala-se muito sobre a vagueza e a gigantesca ambiguidade que caracterizava a ideologia nacional-socialista, mas, de certa forma, isso se calçava como uma luva nas mãos das lideranças do regime: quem pretende estabelecer um domínio radical precisa ter mecanismos para ajustar os fatos à sua vontade. Diretrizes vagas e portadoras de ambiguidade servem a esse desiderato com perfeição, na medida em que permitem um ajuste individualizado e a utilização de uma medida específica para cada situação apresentada.

Por fim, mas não menos importante, os nazistas também perceberam que, muito mais fácil do que destruir o direito vigente por meio de sua substituição legislativa, seria conspurcá-lo por dentro, por meio de um alargamento das margens interpretativas de atuação dos juízes e dos tribunais. A esse elemento, combinaram-se políticas de “limpeza” de inimigos ideológicos que eventualmente estivessem alojados dentro do judiciário, bem como uma doutrinação ideológica eficaz que servia de orientação para os juízes “amigos” no preenchimento desses espaços de interpretação. Com efeito, a técnica que ficou conhecida, na emblemática expressão de Bernd Rüthers, como “interpretação irrestrita” (*unbegrenzte Auslegung*)²² foi utilizada de forma contumaz durante o regime nacional-socialista e ajudou a pulverizar os poucos escombros de juridicidade, ou algumas reminiscências de um antigo *Rechtsstaat*, que ainda pudessem existir durante àquele período. A herança de Weimar foi, assim, profanada.

3.1 A manipulação/instrumentalização do Direito por meio de aberturas

²² Cf. RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung*. 8 ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, *passim*.

interpretativas

O Direito – ou o que restava dele – era constantemente submetido a esse trabalho de permeável reconstrução significativa segundo os elementos difusos da ideologia nacional-socialista. O trabalho de promover uma “renovação jurídica popular” era abertamente estimulado. O modo como ele deveria ser processado não era necessariamente aglutinado em torno de núcleos teóricos ou metodológicos claramente organizados e homogêneos. Pelo contrario, como afirma Bernd Rüthers:

[...] bajo el nazismo eran varias y diferentes las doctrinas jurídicas y las concepciones metodológicas que competían por esa meta de la ‘renovación jurídica popular’. A veces las diferencias de sus contenidos son considerables. También hay que fijarse en la competencia entre las distintas escuelas y entre los autores a la hora de ganar el favor de los gobernantes y para hacer valer la supuesta cercanía y fidelidad de sus respectivas teorías a la ideología nacionalsocialista.²³

Essa descrição com relação ao Direito coaduna-se com o modo global a partir do qual Franz Neumann procura definir a estrutura da prática política nacional-socialista.²⁴ Em termos teóricos ou filosóficos, afirma Neumann, a ação nacional-socialista não é informada nem por um modelo puro (muito já se discutiu sobre o pretenso hegelianismo do Estado nacional-socialista; ou sobre as inspirações nietzchianas do racismo biológico que estaria na base da ideologia hitlerista); tampouco poderia ser explicado por meio de um modelo sincrético, que contemplasse vários paradigmas filosóficos ao mesmo tempo.²⁵ Na verdade, segundo Neumann, o nacional-socialismo e o regime totalitário que ele construiu não podem ser descritos por nenhum modelo filosófico ou teórico disponível no terreno da política. O que mais se aproximaria, não como explicação, mas como dispositivo de entendimento do funcionamento do aparato nacional-socialista,

²³ RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*, cit., p. 52.

²⁴ NEUMANN, Franz. *Behemoth: The structure and practice of National Socialism*. Chicago: Ivanrdee, Kindle Edition, 2009, p. 459 et seq.

²⁵ Para Neumann – e concordamos com ele – “no philosophy can be held responsible for National Socialism” (NEUMANN, Franz, cit. p. 463).

seria a abordagem renascentista – Maquiavel à frente, mas emblematicamente explorada por Arnold Clapmar – sobre os *Arcana imperii* e os *Arcana dominationis*.²⁶ Não obstante, ainda assim, essa constatação não autorizaria a conclusão de que o nacional-socialismo seria, então, “maquiavélico” (seja lá o que isso queira dizer...). Ao contrário, novamente o que se poderia concluir aqui seria que esse regime se caracterizava pela instrumentalização de teorias, concepções de mundo e métodos de abordagem em níveis altíssimos; isto é, vale qualquer coisa! O importante é que a *vontade* triunfe. E, para isso, é preciso manter-se no poder e dominar as massas que estão sob seu jugo.

Em meio a essa estratégia de dominação, “o Nacional-Socialismo transformou a democracia institucional da República de Weimar em uma democracia cerimonial e mágica”.²⁷ Isso ocorreu, entre outras coisas, porque as instâncias de mediação democrática foram drasticamente modificadas para se transformar em ambientes de aclamação plebiscitária ou em instrumentos de uma pseudodemocracia direta, que desaguardaria no princípio de liderança. O caráter mágico de um tal arranjo é auto-evidente. Um aspecto curioso do “princípio de liderança” (*Führerprinzip*) é que ele estabelecia uma espécie de controle aberto de mentalidades. Embora retirasse do *Führer* sua legitimidade, tal princípio também era direcionado a cada agente do *Volk*, estimulando-os à ação; à tomada de iniciativa. Era um regime que pregava a obediência à liderança, mas que, ao mesmo tempo, incutia nas pessoas a necessidade de trabalharem em prol

²⁶ O estudo realizado por Clapmar também é explorado por Carl Schmitt em seu *Dictadura* (SCHMITT, Carl. *Dictatorship*. Tradução: Michael Hoelzl e Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2014, p. 11-16), livro anterior à chegada ao poder por parte dos nacional-socialistas, mas que descreve boa parte dos elementos que iriam compor, posteriormente, o *éthos* político do regime. Com relação especificamente aos desdobramentos que a análise de Clapmar pode projetar na interpretação da estrutura do regime de Hitler, Neumann afirma: “National Socialism has revived the methods current in the fourteenth century, when the first modern states, the Italian city states, were founded. It has returned to the early period of state absolutism where ‘theory’ was a mere arcanum dominations, a technique outside of right and wrong, a sum of devices for maintaining power. The leaders of the Italian city states in the fourteenth century: Machiavelli, the early seventeenth-century German lawyers (like Arnold Clapmar); were masters of this art. A study of Arnold Clapmar’s *De arcanis rerum publicarum* (1605) will reveal striking similarities with National Socialism in the transformation of thought into propaganda techniques” (NEUMANN, Franz, cit. p. 465).

²⁷ NEUMANN, Franz. cit., p. 464.

dessa liderança a partir de comandos abertos, indeterminados. Ian Kershaw, o biógrafo de Hitler, chamou isso de “trabalhar para o *Führer*”²⁸.

Bernd Rüthers esclarece como essa operação de “trabalhar para o *Führer*”, na linha do *Führerprinzip*, era veiculada em periódicos jurídicos que circulavam naquela época. Com efeito, segundo Rüthers, em 1934, o caderno 31 da revista *Juristische Wochenschrift* (algo como “semanário jurídico”), publicou o seguinte trecho em assuntos ligados ao direito civil: “decida usted rápidamente, como un *Führer*, decida usted claramente, como un *Führer*, y decida usted de tal manera que hasta el último perciba que ha hablado el derecho.”²⁹

Uma forma particularmente incisiva por meio da qual os nazistas manipularam o direito vigente foram as chamadas *Cláusulas Gerais* (*Generalklausen*). Esse ponto é particularmente importante porque uma das dimensões do direito que são lembradas como relativamente intocadas pelo regime seria exatamente o direito civil. E, de fato, do ponto de vista legislativo, o Código (*BGB*) permaneceu vigente até o final da guerra, tal qual esteve durante a era Weimar. Stolleis informa que, no início da década de 1940, chegou-se a cogitar um “Código Civil do Povo Alemão” (*Volksgesetzbuches*), cujo texto seria ajustado aos “padrões” nacional-socialistas. Todavia, esse projeto nunca saiu do estágio de um esboço³⁰. Talvez porque nunca tenha sido necessário chegar a tal ponto. O alargamento interpretativo (a tal “interpretação irrestrita”, de Rüthers) fez muito bem o trabalho de adaptação circunstancial aos interesses do regime, transformando o direito civil “aplicado” em algo diferente do que estava “legislado”. As cláusulas gerais foram a porta de entrada para essa mutação; e o judiciário, o seu veículo.³¹ Na pregação de tal

²⁸ Nas palavras de Kershaw: “trabalhando para o *Führer*, tomaram-se iniciativas, criaram-se pressões, instigaram-se leis, tudo de um modo alinhado com o que se supunha serem os objetivos de Hitler e sem que o ditador tivesse necessariamente que os ditar” (KERSHAW, Ian. *Hitler*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, Edição do Kindle, p. 6405).

²⁹ RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*, op. cit., p. 53.

³⁰ STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht* cit., p. 26

³¹ Stolleis descreve o caso mencionado no texto da seguinte maneira: “Im *Bürgerlichen Recht*, das seinen normativen Bestand im wesentlichen behielt, verschoben sich die Gewichte vor allem durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. Die Generalklausen (§§ 138, 157, 226, 242, 826 BGB), vor

modelo, Rüthers lembra de algumas “publicações paralelas” de Carl Schmitt, nas quais o jurista – que um ano antes trabalhara no gabinete do Chanceler Von Papen – estabelecia cinco “novas diretrizes para a prática jurídica”. Rüthers transcreve o que seria a “quarta diretriz” nos seguintes termos: “para la aplicación y manejo de las cláusulas generales [...] se ha de estar de modo pleno y exclusivo a los fundamentos del nacionalsocialismo”³².

3.2. Sobre o nazismo e os “juízes obedientes”

Todos esses elementos de análise demonstram que a tese comumente difundida no sentido de que os juízes, ao tempo do regime nacional-socialista, estavam de mãos atadas diante de uma legalidade fechada e opressora; ou ainda, que por sua formação “positivista”, não tinham ferramentas teóricas ou metodológicas para desconstruir as leis nazistas, é, senão completamente falsa, ao menos parcialmente verdadeira. Por certo, as injustiças mais visíveis produzidas pelo regime estavam assentadas em leis ou atos normativos produzidos pelos “dadores de leis” (que poderia ser o parlamento, o Führer, o gabinete da chancelaria do Reich, o Partido, a SS etc.). Todavia, é importante perceber que, mesmo naqueles nichos no interior dos quais não se pode observar uma clara “atuação legislativa do regime”, o direito foi violentado. Na verdade, o que se viu em

denen kurz zuvor noch gewarnt worden war, wurden jetzt als ‘Einbruchstellen’ für die nationalsozialistische Weltanschauung empfohlen. Betonung des ‘Gemeinschaftgedankens’, Reduzierung der Ansprüche gegenüber den Pflichten, Ethisierung und Vulgarisierung des Rechts führten sowohl zu Verlusten an dogmatischer Rationalität und Rechtssicherheit als auch zur Bildung neuer dogmatischer Figuren ” (STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht* cit., pp. 25-26). Em tradução livre: “No *Direito Civil*, que de forma geral manteve o seu núcleo normativo, os pesos mudaram, acima de tudo, por meio da ciência jurídica e da jurisprudência. As cláusulas gerais (parágrafos 138, 157, 226 e 826 do Código Civil), contra as quais os nazistas haviam alertado, eram vistas agora como ‘pontos de entrada’ para a visão de mundo Nacional-Socialista. A ênfase estava no ‘pensamento comunitário’, que reduzia direitos em favor de deveres; na infusão da moralidade no direito e sua vulgarização: tudo isso levou à perda da racionalidade doutrinária e da segurança jurídica, bem como à construção de novas figuras dogmáticas”.

³² STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht* cit., p. 54.

termos de “direito” e práticas jurídicas durante aquele período foi exatamente a conspiração constante da legalidade e das estruturas de um *Rechtsstaat*.

Mesmo as chamadas “ilhas de juridicidade” que, do ponto de vista abstrato, puderam existir dentro daquele regime extremamente injusto (uma das acepções possíveis para a expressão *Recht im Unrecht*, de Stolleis), foram de algum modo invadidas pelos mecanismos ideológicos do regime.

Como bem assinala Lenio Streck – que, aliás, sempre destacou o caráter antidemocrático de posturas teórico-doutrinárias que estimulavam ativismos ou protagonismos judiciais –, quem defende a liberdade interpretativa dos juízes não conseguiu entender o problema em sua globalidade. Tão perigoso quanto o autoritarismo explícito, que propaga o terror e a violência por meio de rupturas claras com o Estado de Direito, é aquele que se expressa de forma invisível, penetrando nas sendas abertas das práticas jurídicas.

Em 2011, Streck submeteu sua obra a uma espécie de autoanálise e, desde então, deixou de se referir aos modelos constitucionais do pós-guerra como sendo expressão de um *neoconstitucionalismo*. Com efeito, embora nunca tenha defendido protagonismos judiciais ou relativismos interpretativos, o fato é que, por vezes, o termo havia sido ventilado anteriormente em seus textos. A revisão teve lugar porque, já àquela altura, ficava claro que as propostas enfeixadas nesse *neocostitucionalismo* – de fortalecimento de uma “normatividade aberta”, com a ponderação se destacando como forma privilegiada de aplicação do direito e o ímpeto “constitucionalizador” a invadir desenfreadamente os campos disciplinares específicos, muitas vezes impulsionados pelo entusiasmo de parte da doutrina com relação às “clausulas gerais” – distanciavam-se cada vez mais dos polos norteadores de um direito democrático, produzido dentro dos critérios de um Estado de Direito, navegando, então, pelos mares das águas turvas do irracionalismo e da autocracia e tangenciando – às vezes de forma deliberada – uma

ditadura judicial.³³ De todo modo, o fato é que, nos dias atuais – especialmente no que tange ao pensamento jurídico brasileiro –, o imaginário *neoconstitucionalista* é o herdeiro desse “pensamento mágico” que se manifestou nesses anos turbulentos de nacional-socialismo.³⁴

Por outro lado, Streck também é importante para desmistificar outra tese que pretende criticar abordagens hermenêuticas com relação ao Direito, uma vez que, ao alertar para a autoridade da tradição, a hermenêutica seria uma vertente “conservadora” no campo do pensamento e que poderia flertar com modelos políticos autoritários ou aristocráticos. Ora, a hermenêutica não produz o tipo de relativismo instrumentalista necessário para manter a dominação em regimes como aquele que atingiu a Alemanha ao tempo do nacional-socialismo. Como bem anota Streck, a hermenêutica não se expressa como um irracionalismo e nem permite concluir que a interpretação seja uma atividade livre, a partir da qual seria possível dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”.³⁵

E mais do que isso, tomando por exemplo a discussão que aqui estabelecemos a respeito da ressignificação encampada pelo nacional-socialismo do direito herdado da República de Weimar, temos que a hermenêutica apontaria para o sentido oposto daquele pretendido pelo regime. Com efeito, o impulso constante de dar às formas jurídicas novo significado – criando-se uma espécie de novilíngua jurídica – vilipendia

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-47.

³⁴ Não se quer com isso dizer, é bom registrar, que o *neoconstitucionalismo* seja um modelo teórico nazista. Como já destacado no texto, não há simplesmente uma “teoria nazista”. O que pode haver são descrições ou posturas metodológicas articuladoras de fórmulas para a “obtenção de normas” – para usar uma expressão de Friedrich Müller – permissivas com relação à aplicação ou realização do direito que não respeitam os postulados do *rule of law* ou de um *Rechtsstaat*. Ou seja, ainda que inconscientemente, acabam por expressar um modelo jurídico autoritário. É nesse sentido que, aqui, criticamos alguns elementos presentes dentro do imaginário jurídico que compõe esse movimento teórico – o qual possui alguma expressão significativa no direito brasileiro – que é o *neoconstitucionalismo*.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 312 et seq.

a linguagem; atenta contra a constituição historial e intersubjetiva das palavras e dos conceitos. A pretexto de se recuperar um elemento essencialmente germânico, de origens teutônicas profundas, o nacional-socialismo maculou a tradição. O nazismo, nesse sentido, não foi um movimento que prestou reverência à tradição; pelo contrário, foi um movimento que destruiu “tesouros da cultura” (na feliz expressão de Erich Rothacker): o *Rechtsstaat*; a separação de poderes; o federalismo; o direito penal civilizado³⁶ etc., para ficar apenas nesses. Palavras novas ou com significados reconstruídos abalaram as estruturas desses “monumentos jurídicos” do passado: “comunidade do povo” (*Volksgemeinschaft*), “coordenação” (*Gleichschaltung*), “princípio de liderança” (*Führerprinzip*), talvez sejam os exemplos mais significativos.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO: HAVIA “DIREITO” NO REGIME NACIONAL-SOCIALISTA? QUAL TEORIA? COM QUE MÉTODO?

Em suma, pode-se indicar uma resposta às essas questões com Franz Neumann:

Um sistema como esse merece ser chamado de Direito? Sim, se o Direito for entendido apenas como a vontade do soberano; definitivamente não, se o Direito, diferentemente do comando do soberano, necessite ser racional na forma ou no conteúdo. O sistema nacional-socialista não é nada mais do que do que uma técnica de manipulação de massas por meio do terror. Tribunais criminais, junto com a Gestapo, o ministério público, e os executores, são agora os agentes primários da violência. Os tribunais civis, por sua vez, são agentes primários para a execução dos comandos de organizações empresariais monopolizadoras.³⁷

E se Neumann afirma que nenhuma filosofia pode ser responsabilizada pelo nacional-socialismo, é possível dizer o mesmo sobre as teorias do direito. De fato, não é o compromisso com uma teoria que definia as ações do regime. Ao contrário, o que o

³⁶ Como assinala Bernd Rüthers: “antes: ninguna pena sin ley. Ahora: ningún criminal sin su pena” (RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*, cit., p. 53).

³⁷ NEUMANN, Franz. cit., p. 457.

caracteriza era, exatamente, o vácuo teórico e a instrumentalização – com contornos de um pensamento mágico – de qualquer argumento que pudesse instruir e “legitimar” a ação em termos ideológicos.

O nacional-socialismo produziu um conjunto de práticas políticas sem compromisso com teorias. Bernd Rüthers afirmou que havia ali uma “hostilidade para com o Direito”; Stolleis, conclui que seria inútil tentar identificar, no plano da Teoria do Estado, um “sistema” ou modelo teórico consistente, já que “nenhum sistema haveria de existir”, pois, “se o poder de decisão estava concentrado na transfiguração mística de uma pessoa, qualquer tipo de sistema teria o efeito de criar compromissos e obrigações, que é tudo o que o governante não quer.”³⁸

5. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2015, Edição do Kindle.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2004

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. *O Estado como Integração*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERSHAW, Ian. *Hitler*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, Edição do Kindle.

³⁸ STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht*. cit., pp. 141-144.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1957

NEUMANN, Franz. *Behemoth: The structure and practice of National Socialism*. Chicago: Ivanrdee, Kindle Edition, 2009.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho Degenerado*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung*. 8 ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

SCHMITT, Carl. *Dictatorship*. Tradução: Michael Hoelzl e Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2014.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Vol. 3. Munique: Beck, 1999.

STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht*. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto – Decido Conforme minha consciência?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Data da submissão: 23/10/2020

Data da primeira avaliação: 30/04/2020

Data da segunda avaliação: 06/05/2020

Data da aprovação: 06/05/2020