

# A teoria do direito no nacional socialismo

**Julia Kertesz Renault Pinto**

Graduada em Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013).  
Doutoranda em Direito pela Universidade de Viena (desde 2013).  
Atua nas áreas de Direitos Humanos, Direito Constitucional e História do Direito.

## **RESUMO**

O presente artigo procura delimitar alguns dos principais aspectos referentes à teoria do direito no nacional socialismo. Esta baseou-se, principalmente, no chamado pensamento da ordem concreta, a partir do qual foram justificadas e desenvolvidas as fontes do direito e os princípios norteadores da ordem jurídica no nacional socialismo.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Teoria do Direito. Nacional Socialismo. Totalitarismo.

## **ABSTRACT**

The present paper aims at analysing some of the main aspects related to the theory of law in the National Socialism. This theory was based, mainly, on the so-called thought of the concrete order, through which the sources of law and the guiding principles of the national socialist legal order were justified.

## **KEY-WORDS**

Theory of Law. National Socialism. Totalitarianism.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar alguns aspectos referentes à teoria do direito durante o nacional-socialismo (1933-1945), nomeadamente a sua vinculação ao chamado pensamento da ordem concreta. A inspiração para o tema surgiu a partir da leitura de um texto do Hubert Rottleuthner<sup>1</sup> sobre o positivismo e o nacional socialismo, no qual, em suma, o autor defende que nem o positivismo, nem o direito natural (referindo-se, claramente, a Radbruch) são capazes de prover *standards* que distingam claramente quando a injustiça começa e o que fazer perante ela. Na verdade, para Rottleuthner, o que nós aprendemos com o nacional socialismo é que tudo pode ser justificado e que nem o direito natural, nem as teorias legais, as normas e mesmo as Constituições são garantias contra regressões político-legais.

O texto do Rottleuthner nos achou a atenção, pois pouco tem sido estudado, no âmbito jurídico, sobre o nacional socialismo. Gostaríamos, portanto, de esclarecer alguns pontos da teoria do direito nacional socialista que, a nosso ver, continuam obscuras. Sem excluirmos a análise feita por Rottleuthner de que tudo pode ser justificado, preferimos, partindo do pressuposto de que há uma teoria do direito própria ao nacional socialismo, adentrar em alguns dos seus aspectos: a concepção de direito e lei nacional socialista, as fontes do direito no nacional socialismo, bem como o confronto, quase que inevitável, da teoria do direito nacional socialista com o positivismo.

Partindo dessas premissas, começamos por estabelecer, para fins de enquadramento teórico, o totalitarismo no nacional socialismo (ou o nacional socialismo como totalitarismo), ou seja, no que consiste a definição de totalitário e a partir de quais fundamentos se pode afirmar que o nacional socialismo foi totalitário. A partir desse enquadramento conceitual, passamos, em seguida, à análise da concepção de lei e do direito no período ora tratado. Serão consideradas também as fontes do direito utilizadas, cruciais para que possamos compreender o

papel dos juízes na época. Na última seção, será abordado o confronto da perspectiva nacional socialista com a perspectiva positivista. Por fim, seguem as conclusões.

## 1. O NACIONAL SOCIALISMO COMO TOTALITARISMO

O estabelecimento de um regime verdadeiramente totalitário<sup>2</sup> na Alemanha só foi possível durante a 2ª guerra, após a ocupação alemã no leste europeu. Isto porque, a existência de um governo totalitário só é possível e viável quando há grandes massas supérfluas que, podendo ser sacrificadas, não resultam no despovoamento de um ou mais territórios. Dessa forma, foi a ocupação alemã no leste que forneceu uma grande massa de pessoas e possibilitou a criação dos campos de extermínio, estabelecendo, portanto, um regime verdadeiramente totalitário na Alemanha<sup>3</sup>.

A ideia de domínio nacional socialista baseava-se na dominação permanente de todos os indivíduos em todas as esferas da vida. Esse tipo de domínio só é realizável por um movimento totalitário constantemente acionado. Caso os homens não sejam totalmente dominados em todos os aspectos da vida, o governo totalitário não alcança o poder ilimitado. A principal arma utilizada na busca pela dominação dos indivíduos foi a ideologia que, no nacional socialismo, consistia basicamente na concepção de *völkisch*<sup>4</sup>. Dessa forma, mais que um sistema meramente coercitivo, o totalitarismo “was a form of life of the racial *Volk*”<sup>5</sup>.

O controle da sociedade é alcançado, precipuamente, por meio de cinco técnicas: pelo princípio da liderança (*Führerprinzip*), que implica a orientação pelo alto e a responsabilidade para o alto; pela sincronização de todas as organizações sociais, não somente para controlá-las, mas também para fazê-las úteis ao aparelhamento estatal; pela criação de elites de vários níveis, de modo que o *Führer* pudesse controlar as massas “from within and

to disguise manipulation from without, i.e., to supplement bureaucracies in the narrow meaning of the term with private leadership groups within the various strata of the population.<sup>67</sup> Em quarto lugar, pelo isolamento do indivíduo que o coloca em organizações de massa indiferenciadas, deixando-o isolado e mais facilmente manipulável. Por fim, pela transformação da cultura em propaganda, ou seja, a transformação de valores culturais em commodities vendáveis<sup>7</sup>.

Ademais, cabe ressaltar que a teoria totalitária não visava “somente” o controle dos indivíduos, mas também servia como instrumento para coordenar todas as atividades públicas. O controle absoluto proveniente do topo, por via da *Gleichschaltung*, de todas as atividades dos estados e municípios eram também justificados na doutrina do Estado total<sup>8</sup>. “In contrast to the pluralistic and federalist Weimar Republic, the new state could not and would not brook the existence of autonomous public bodies within it.”<sup>9</sup>

A instituição central do poder organizacional totalitário, no entanto, converge e se instaura no *Lager* (campo de concentração). É no *Lager* que o domínio total realiza-se por completo, afirmando a diferenciação do totalitarismo em relação a outras formas de opressão política. Isto porque o domínio total, que unifica os seres humanos, como se pudesse transformar toda a humanidade em apenas um indivíduo, só é possível quando todas as pessoas sejam reduzidas às mesmas identidades de reações<sup>10</sup>. Nesse sentido, Bernd Rüthers afirma que no *Lager* não há os direitos dos homens e dos cidadãos nas suas singularidades. Os homens viram o meio para os fins estatais<sup>11</sup>. Os prisioneiros nos campos de concentração são um meio para o domínio total e, ao mesmo tempo, a sua concretização mais radical.

Para Hannah Arendt, o nacional socialismo obedece rigorosamente à Lei da Natureza que, em suma, afirma a sobrevivência dos mais aptos, dos racialmente superiores em detrimento das raças inferiores. A legitimidade

totalitária desafiaria a legalidade, pretendendo estabelecer o reino da justiça na Terra, a partir da execução da Lei da Natureza. Esta não pretende estabilizar as ações dos homens, mas, ao contrário, ela própria torna-se movimento, ela é a expressão do movimento, que se realiza pelo terror. A suposta função do terror é acelerar o movimento da Lei da Natureza, objetivo que seria alcançado no *Lager*<sup>12</sup>.

O totalitarismo destrói, como analisaremos adiante, a tradição jurídica presente até então, desafiando as leis positivas e instituindo novas fontes do direito. Ao contrário do que se poderia afirmar, o nacional socialismo, como totalitarismo, não operou sem vinculação às leis, de modo que recorreu às fontes de autoridade que decidiam pela legitimidade final das leis positivas<sup>13</sup>. O desafio do governo totalitário às leis positivas “pretende ser uma forma superior de legitimidade que, por se inspirar nas próprias fontes, pode dispensar legalidades menores”.<sup>14</sup>

O estatuto básico nacional socialista foi o *Enabling Act (Ermächtigungsgesetz)* de 24 de março de 1933, intitulado “An act to relieve the Distress of the People and the Reich”. Promulgado pelo Reichstag no dia 5 de março de 1933, o *Enabling Act* foi considerado a Constituição preliminar do *Reich*<sup>15</sup>. Ele permitia ao gabinete o poder ilimitado de legislar com a possibilidade de extrapolar as previsões constitucionais (afinal, “o presidente do Reich precisa ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional”<sup>16</sup>).

Além da possibilidade, tanto difundida por Carl Schmitt<sup>17</sup>, do presidente do Reich legislar livremente, o *Enabling Act* possibilitou ao nacional socialismo a tomada do poder por meios constitucionais, embora certamente discutíveis<sup>18</sup>.

Dessa forma, o sistema sobre o qual o positivismo moderno-iluminista baseava-se, ou seja, em concepções legais gerais, igualmente aplicado em todos os casos, não mais se sustentaria<sup>19</sup>. Na próxima seção, analisaremos quais foram as concepções legais desenvolvidas e as fontes do direito no nacional socialismo.

## 2. DO DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO

A teoria do direito durante o nacional socialismo é ainda, sem dúvida, negligenciada<sup>20</sup>. David Fraser<sup>21</sup>, por exemplo, enfatiza o problema da periodização do direito que foi concebida “depois de Auschwitz”. O direito “posterior à Auschwitz”, segundo este autor, desenha uma linha de delimitação pelo horror, visto que inscreve o período de 1933-1945 como um período exterior à lei. O fato do nacional socialismo ser obscurecido nas recentes teorias legais poderia ser explicado, segundo Rottleuthner, pela perspectiva de que esse período foi meramente uma interrupção, uma exceção, uma digressão no curso da história.

Sem adentrarmos nos inúmeros motivos que justificariam a falta de atenção dada ao tema, embora eles nos sejam importantes, gostaríamos de partir do pressuposto que não faltou ao nacional socialismo qualquer justificção teórica própria. Primeiramente, analisaremos a concepção de direito formulada no nacional socialismo. A partir desta concepção, analisaremos as fontes do direito na época, bem como o papel dos juízes no nacional socialismo.

### 2.1. DA CONCEPÇÃO DE DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO

Com a ascensão dos movimentos liberais, o contratualismo, reconhecidamente moderno-iluminista, problematiza a questão político-jurídica “da constituição do poder legítimo que deveria assumir também a legislação, o poder de legislar, e, portanto ou em último termo, a titularidade exclusiva do direito como lei, lei jurídica-positiva”<sup>23</sup>. A generalidade da lei positiva adquire, então, uma posição central no sistema legal. Apenas a norma, que possui um caráter geral, é considerada como lei.

Três elementos caracterizam a lei: ela deve ser geral na sua formulação (abstrata), sua generalidade (abstração) deve ser específica e a lei não deve ser retroativa. Essa caracterização implica necessariamente na distinção entre leis específicas e *Generalklauseln*<sup>24</sup>.

Propositions like the following: that contracts which violate public policy or are unreasonable or immoral (§ 138 of the German Civil Code, BGB) are null and void; or that he who damages someone in a way which violates good morals is responsible for indemnities (§ 826); or that he “who commits an act which has been declared punishable under the law or which is deserving of punishment because it is in conflict with healthy popular sentiment” shall be punished (§ 2 of the Criminal Code for the German Reich as formulated by the Law of June 28, 1935), are not specific laws with true generality. They embody rather a spurious generality. (...) A legal system which derives its legal propositions primarily from these so-called *Generalklauseln* or from “legal standards of conduct” is nothing but a mask under which individual measures are hidden. On the other hand, rules like the following: the legal existence (rights and responsibilities) of a person begins with his birth (§1 of the German BGB), or that the transfer of landed property is effected by agreement of the parties concerned and registration in the registry of landed property (§ 873 of the German BGB) are legal norms because all the essential facts to which the norm refers are clearly defined and because there is no reference to moral standards which are neither generally binding nor accepted as binding. If the fun-

damental principles or the essential parts of a legal system are placed under the rule of such *Generalklauseln*, then one can no longer speak of the rule of a general law<sup>25</sup>.

Esse sistema legal do qual falamos, com a primazia da lei jurídico-positiva, é considerado um sistema fechado, cuja função do juiz seria simplesmente aplicá-lo. O direito, portanto, só poderia ser encontrado dentro desse sistema que, livre de qualquer contradição lógica e sendo plenamente coerente, era composto por leis positivas. As principais ideias que constituem essa teoria são: a pessoa legal (legal person), que abrange tanto a pessoa física como a pessoa jurídica; os direitos privados subjetivos, que expressam a liberdade individual baseada sobre o direito objetivo; e o contrato, sobre o qual todas as relações humanas deveriam ser reduzidas. De acordo com essa teoria, o Estado também era uma pessoa legal. O portador da soberania não eram grupos sociais, mas o *Staatsperson*, que atua mediante intermediários. A esse pensamento jurídico deu-se o nome de positivismo que, como veremos adiante, foi desafiado por Carl Schmitt.

No governo nacional socialista totalitário, as funções das *Generalklaseln* ficam evidentes, pois tratam de harmonizar as leis positivas, anteriores ao nacional socialismo, à autoridade do *Führer*, na medida em que aquelas fossem contrários a este. As *Generalklaseln* permitem que os juízes emitam decisões de acordo com as opiniões políticas dominantes mesmo que as leis positivas as contrariem. Dessa forma, o direito seria, na perspectiva nacional socialista, a liderança do *Führer*. É ele que, vinculado ao direito da vida da comunidade étnica (racial), expressa a liderança por meio de leis ou decretos.

Cabe a ressalva que, quando falamos em liderança do *Führer*, comando ou autoridade do *Führer*, estamos, principalmente, nos referindo ao chamado *Führerprinzip* (princípio de autoridade) que implica na concentração da autoridade nas mãos de um líder, o *Führer*. Essa

concentração demanda a preponderância absoluta do líder em relação aos seus subordinados. Na tentativa de compreendermos o direito no nacional socialismo é indispensável que tenhamos em vista que a concentração da autoridade nas mãos do *Führer* significa que o poder político é também dado a ele, que o executa sem quaisquer restrições. É nesse sentido que “a palavra do *Führer* suplanta quaisquer leis escritas pelo fato dele expressar a vontade do *Volk*”.<sup>27</sup>

Ademais, é o Movimento Nacional-Socialista, cujo dirigente supremo é o *Führer*, composto pelo partido nacional socialista (NSDAP) e pelo seu programa (os famosos 25 pontos do programa do NSDAP) que, juntamente com o seu líder, avaliam se a legislação existente está em conformidade com a vontade não somente do líder, mas também do NSDAP e do seu programa (que, afinal, acabam por reunirem-se em uma só vontade: a do soberano).

Nesse sentido, o direito é um mero instrumento para a execução de certos objetivos políticos ou, em outras palavras, para a vontade do soberano<sup>28</sup>. Dessa forma, a teoria do nacional socialismo não é a teoria positivista anteriormente citada, mas, ao contrário, é institucionalista ou, como também é denominada, a teoria da ordem concreta<sup>29</sup>. O núcleo do institucionalismo é a eliminação da pessoa legal do sistema jurídico, a separação da instituição do conceito de pessoa legal e a absolutização da instituição. O conceito da pessoa legal é substituído pelo status legal concreto de um membro de uma comunidade racial. A instituição é uma unidade, um todo, no qual os indivíduos são integrados<sup>30</sup>.

O positivismo moderno-iluminista era associado pelos nazistas à herança liberal, logo deveria ser afastado. Isto porque “a democracia liberal era alvo de especial abominação por parte dos filósofos do direito e dos juspublicistas de então. Queria-se construir e ajudou-se a construir o ‘Estado autoritário, o ‘Estado total’, ou seja, o *Führerstaat*”.<sup>31</sup>

Para Franz Neumann<sup>32</sup>, o positivismo jurídico é eliminado na teoria legal nacional socialista, mas não apenas substituído pelo institucionalismo. Para este autor, os elementos decisionistas<sup>33</sup> são preservados: primeiramente, pela eliminação do conceito racional de lei e, ademais, pela exclusiva concepção política do direito. A razão para a complementaridade dos elementos decisionistas ao institucionalismo deve-se ao fato de que a teoria institucionalista nunca é capaz de responder quais instituições, em certas circunstâncias, são elementares e quais poderiam ser consideradas como estruturas instrumentais. Da mesma forma, a teoria institucionalista não estipula qual tipo de regulação das instituições seriam apropriadas para uma determinada situação. Nem tampouco define o significado de “status concreto de um membro do grupo”. Essas decisões devem ser tomadas pelo aparato do Estado autoritário, que utiliza a liderança do *Führer* como meio técnico.

É nesse sentido a afirmação segundo a qual a racionalidade nacional socialista, em contraposição à racionalidade positivista, não significa regras abstratas universalmente aplicadas, cujas consequências poderiam ser calculadas por aqueles que por elas são afetados. Ao contrário, a racionalidade aqui significa que todo o aparato legal é construído exclusivamente a favor daqueles que governam, adaptando-se, moldando-se de acordo com o caso concreto.

Da mesma forma, no nacional socialismo, a regra legal poderia ter apenas um caráter provisório, ou seja, ela poderia ser mudada por qualquer aviso e mesmo retroativamente. Como vimos anteriormente, o poder ilimitado de legislar dado ao *Führer* possibilitaria amplamente que as regras legais possuíssem as características citadas acima. Cabe ressaltar que nenhuma Corte teria o direito de contestar a legalidade ou constitucionalidade de qualquer lei decretada sob a autoridade do *Führer*<sup>35</sup>.

Assim, se a lei geral é o fundamento formal da lei e se a lei não é apenas *volutas*, mas também *ratio*, então a lei

de um Estado autoritário não possui qualquer caráter legal. Se uma teoria não dispensa o poder como princípio, a completa generalidade da lei é impossível .

O ponto central da teoria legal nacional socialista é justamente a absoluta negação da generalidade da lei e, conseqüentemente, da separação de poderes. Afinal, a separação de poderes era “evidentemente, denunciada como construção tipicamente liberal, aniquiladora de toda a verdadeira estrutura de chefia”.<sup>37</sup> Sob a categoria da unidade de liderança, o poder do Estado forma um todo indivisível. Qualquer homem e qualquer situação concreta devem estar de acordo com uma regra particular ou, em outras palavras, com uma decisão individual.

Nesse sentido, a principal função do direito no nacional socialismo é a preservação da existência racial. “It must therefore stress biological differences and deny social or legal equality and civil rights. (...) The authority of the judge now rests upon the pronouncements of the Leader.”<sup>38</sup> Não por acaso, Kirchheimer afirma que as garantias nas quais o direito embasa-se não situam-se mais nas leis, mas na orientação da visão de mundo nacional socialista.<sup>39</sup>

Essa visão de mundo nacional socialista pode ser considerada, juntamente com as características do totalitarismo expostas na primeira seção, a visão *völkisch*, isto é, a permanência dos mais aptos em detrimento das chamadas raças inferiores. À essa perspectiva, acrescentava-se ainda o *Führerprinzip*, bem como o NSDAP e o seu programa.

## **2.2. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO NACIONAL SOCIALISTA**

Como analisado anteriormente, o direito no nacional socialismo tinha como função servir de instrumento para concretizar a sua ideologia, baseada, precipuamente, na concepção de *völkisch*. Havia, no entanto, alguns princípios norteadores desta função instrumental do direito.

Primeiramente, poderíamos considerar o NSDAP, juntamente com o seu programa. Em segundo lugar, a predominância da raça nórdica, sendo os grandes, os maiores inimigos do *Volk*, os judeus. Em terceiro lugar, o chamado princípio da autoridade ou *Führerprinzip*. Em quarto lugar, a perspectiva do direito nacional socialista enquadrava-se, evidentemente, na perspectiva de mundo nacional socialista e, portanto, servia de instrumento a essa perspectiva de mundo. O direito devia obediência a essa visão de mundo, atendendo às prerrogativas do *Volk*. Nesse sentido e, por último, o direito nacional socialista permitia a concretização do direito do inimigo. O que não é de se estranhar, pois se a função desse direito é justamente atender à Lei da Natureza, acelerando o seu movimento, óbvio seria que este direito concentrasse e integrasse em si mesmo a ideia de inimigo.

Toda essa visão do direito era considerada, na época, uma verdadeira renovação do direito nacional socialista que, segundo Bernd Rüthers, levou a perversão do direito. Essa renovação teve, dentre outras consequências, o enfrentamento evidente com o positivismo moderno-iluminista, pois a legalidade totalitária, baseada na Lei da Natureza, tinha como finalidade estabelecer a lei da justiça na Terra. Esta lei deve ser entendida como a justiça suprema nacional socialista, ou seja, a pureza racial. O nacional socialismo precisava, portanto, de uma concepção de direito concatenasse o direito com a execução da Lei da Natureza pela qual todos os indivíduos já estariam, *a priori*, submetidos. Essa concepção de direito é chamada institucionalista, tal como exposto na presente seção.

Resta-nos, então, analisar quais foram as fontes do direito no nacional socialismo. A partir dessas fontes, serão feitas algumas considerações sobre a atuação dos juízes nacional socialistas.

### 2.3. DAS FONTES DO DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO

As fontes do direito no nacional socialismo são basicamente três: a raça e o Volkstum (etnia alemã vinculada à identidade cultural alemã); o *Führertum* (liderança do *Führer*); e, por fim, o programa do NSDAP<sup>41</sup>. Essas fontes serviam de parâmetro para a adequação das leis anteriores ao nacional socialismo ao período posterior a 1933. Assim, todas as leis que, anteriores a 1933, fossem consideradas incompatíveis com as fontes acima elencadas, deveriam ser afastadas pelo juiz competente para julgar o caso concreto.

Nesse sentido, para Marcuse<sup>42</sup>, houve um fortalecimento da autoridade do juiz, na medida em que este teria sido libertado das algemas das leis escritas. O que o direito nacional socialista fez, segundo esse autor, foi subordinar o juiz a certos standards, como o sentimento da comunidade racial (*Rechtsempfinden*), que seriam, na verdade, conveniências meramente políticas. Estas, embora baseadas em ideias extremamente abertas, como *Volk*, *Führerprinzip*, *Volkstum* e *Rasse*, excluíam, na verdade, qualquer universalidade.

Por isso, fala-se na liberdade do juiz quando, na sua decisão, se baseia nas chamadas *Generalklauseln*. Estas serviriam para destruir o sistema das leis positivas, para destruir a racionalidade do direito, pois permitiriam decisões baseadas em opiniões políticas dominantes, mesmo quando as leis positivas as contrariassem.

O ponto central quando se analisa o direito, bem como as fontes do direito no nacional socialismo é a compreensão de que o *Führer* não só “detinha o poder governativo máximo, mas também era o legislador e o juiz supremo”. É assim que consensualmente se entendia que o direito deveria ser interpretado à luz do nacional socialismo, cujas fontes jurídicas elencamos acima. Essa interpretação de nada é estranha se entendermos que é o *Führer*, dirigente máximo do NSDAP, que legisla

de acordo com a sua vontade e, portanto, acaba por ser igualmente o juiz supremo.

Disso resulta que o juiz não estava vinculado ao direito “pré-revolucionário”, mas antes sua função era a de adequar este direito às novas fontes surgidas após 1933. Se, para Marcuse, o juiz teria a sua autoridade fortalecida, para Neumann, o juiz havia se tornado um verdadeiro policeman<sup>44</sup>.

O fato é que se foi dado ao juiz alguma margem de apreciação para avaliar o direito “pré-revolucionário” em relação às fontes nacionais socialistas, ao mesmo tempo, o juiz era fortemente desencorajado “from making similar inquires into any piece of Nazi legislation”.<sup>45</sup> Dessa forma, “in its judiciary the Third Reich has created an almost perfect tool for the realization of its orders.”<sup>46</sup>

The judiciary has lost much of its earlier importance as an agency for deciding differences between various groups and between individuals. The judicial statistics amply prove this thesis. (...) The number of legal procedures shows a startling decline. Thus, for instance, the roles of those courts which had jurisdiction over civil disputes (...) show a decline from 319,000 cases in the prosperity year of 1929 to 112,000 in 1937. That does not necessarily means that the courts are going out of business. But they have thoroughly changed their character.<sup>47</sup>

A mudança no caráter das Cortes ocorre de modo que, de órgãos da sociedade independentes, elas tornam-se órgãos executivos do governo. E, como qualquer lei, pela qual o juiz baseia a sua decisão, pode mudar a qualquer momento, qualquer decisão inoportuna só terá o efeito de mudar, igualmente, a decisão anteriormente proferida. Ou seja, uma nova decisão deverá ser proferida para se adequar à nova lei. Por isso, afirma-se que no nacional socialismo há a retroatividade da lei. Em outras palavras,

isso significa que nenhuma decisão considerada indesejável, pode permanecer inalterada. Pelo contrário, a ideia é justamente modificar a decisão sempre que a ela for atribuída qualquer caráter inoportuno. Por exemplo, uma seção especial do *Reichsgericht* era diretamente responsável por rever as decisões proferidas em sede judicial e fazer os devidos ajustes na direção da vontade do Führer, tal como indicados pelo *Oberreichsanwalt*<sup>48</sup>.

The first case to be carried before the Special Section was as follows: A man known for a long time to be homosexual had profited from the blackout to force a younger man to become the object of his desires. A Special Court had sentenced the offender to hard labor. There are no appeals by either the defendant or prosecutor from sentences imposed by Special Courts. Nevertheless, under the new law, the case was reopened before the Special Section of the *Reichsgericht* at the request of the *Oberreichsanwalt* and terminated, as desired, in a death sentence.

Isso demonstra que o juiz, como qualquer outro funcionário administrativo, é responsável pelo conteúdo das suas decisões. Quando a contínua pressão do partido demonstrava não haver qualquer utilidade na manutenção de um juiz no cargo, facilmente ele poderia ser exonerado ou transferido.

Cabe ressaltar que o NSDAP estabeleceu a sua própria jurisdição sobre os seus membros e sobre as suas subdivisões especiais, como os SS. O Exército, igualmente, reestabeleceu as suas Cortes. Dentro, portanto, de cada grupo que, no nacional socialismo, tivesse poder e influência política, era necessário (para esses grupos) que houvesse uma relativa autonomia jurisdicional. Até porque o *Führerprinzip*, ou seja, a garantia da hierarquia e da onipotência do grupo era

indispensável para o fortalecimento do próprio grupo, em contraposição ao indivíduo.

As atividades repressivas eram exercidas pela chamada Corte do Povo, pelas Cortes Especiais e pela polícia (no caso, SS), que integrava o partido. Cabe ressaltar que, exceto na Corte do Povo, os juízes haviam basicamente desaparecido da esfera criminal. Os júris, compostos por três juízes e seis outros membros, não mais existiam<sup>50</sup>.

Assim como os direitos individuais não eram preservados na esfera criminal, tampouco eram preservados nas esferas econômicas ou políticas. A regulação legal das relações humanas tornou-se parte das demandas do cotidiano, uma das formas pelas quais o totalitarismo expressa a sua face jurídica. Atendendo às necessidades do cotidiano, o controle total atua sem mediações ou transmissões indiretas.

Com a necessidade constante de controlar todas as esferas da vida do indivíduo e com a valorização dos grupos em detrimento dos indivíduos, que deveriam permanecer no isolamento (aqui entendido como isolamento enquanto indivíduo), de fato, o juiz parecia adquirir um papel mais central. Ocorre que, como expomos anteriormente, o próprio juiz estava subjugado pelo controle do poder central, por pressão, em especial, do partido. Se o seu papel era fortalecido, como afirma Marcuse, ele era certamente também arriscado.

Bernd Rüthers<sup>51</sup> faz uma distinção entre o papel dos juízes e o papel dos professores e autores do direito. Para Rüthers, os juízes têm que proferir sentenças. Os professores e autores do direito, ao contrário, não estariam sujeitos à obrigação de escrever, no sentido de uma transformação jurídico-política dos conteúdos materiais essenciais de um ordenamento jurídico. Quem, depois de 1933, interveio como autor científico, escrevendo a favor da “renovação jurídica racista”, no sentido nacional socialista, atuou voluntariamente e sabendo por que o fazia. Isso também contaria para o juiz que se desviou da lei vigente e proclamou novas fontes

e ideias jurídicas como direito superiormente válido. A produção desses juízes obedeceu rigorosamente à ideologia dominante, em vez de submeter-se às leis válidas. Também eles sabiam por que o faziam. Para Rüthers<sup>52</sup>, no entanto, há uma distinção:

Las armas para esa perversión jurídica ideológicamente inspirada fueron forjadas con infatigable celo por una cuadrilla de autores científicos, la mayor parte profesores o docentes, que inscribieron en sus banderas la total renovación racista-populista de todo el derecho. Los instrumentos de la conversión jurídica fueron suministrados a la praxis de la justicia por las universidades, primeiramente en la forma primitiva de reglas de sentido común, posteriormente en pulidas construcciones conceptuales y estrategias de interpretación. Aparece infundada la inquietud de que la participación de las teorías jurídicas y de los profesores de derecho en la preversión jurídica en el nacionalsocialismo sería ya cubierta con exceso, cuando uno – después de un vasto análisis de la justicia nazi – describe sistemáticamente las doctrinas jurídicas de esos años. (...) Las armas para ese cambio de sentido de la interpretación fueron forjadas por la teoría; la praxis judicial las hizo suyas y las transformó en la realidad del “Estado total” y de la “guerra total”.

Nesse processo de transformar em realidade a mudança de sentido da interpretação, cabia ao juiz aplicar as leis posteriores à “Revolução”, interpretá-las de acordo com as fontes acima elencadas e com o espírito do nacional socialismo. Da mesma forma, cabia também ao juiz afastar as leis anteriores à ascensão do nacional socialismo, caso elas fossem contrárias às fontes do direito nazista.

Feitas as considerações sobre a concepção de direito no nacional socialismo, bem como sobre as fontes do direito e o papel atribuído aos juízes nesse período, adentraremos na próxima seção no confronto entre a teoria nacional socialista e a teoria do direito positivista.

### **3. A TEORIA DO DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO: DA PERSPECTIVA POSITIVISTA À PERSPECTIVA DO PENSAMENTO DA ORDEM CONCRETA**

Como analisamos anteriormente, a concepção de direito nacional socialista contrapunha-se à concepção positivista moderno-iluminista do direito. Afirmamos também que a teoria do direito nacional socialista é instrumentalista, ou melhor, é a teoria da ordem concreta. No que consiste, entretanto, o pensamento da ordem concreta? Para Rùthers<sup>54</sup>, este pensamento era uma fórmula mágica jurídico-metodológica, com a qual a renovação do direito nacional socialista poderia alcançar sem legislador, com fácil elasticidade e aparente elegância a aplicabilidade do direito.

As características principais desse pensamento jurídico foram : a ordem da vida está antes da norma jurídica, ou seja, não é a norma ou a regra que criam a ordem, antes a norma possui apenas certa função regulatória. A segunda característica é a função de mudança, de variável jurídica, o que significa, em outras palavras, que todas as ordens trazem dentro delas e com elas o direito. Assim, a comunidade, a família, a empresa têm com elas o direito, ou seja, ele é interno a elas. As normas legais apenas reprimem as demandas do *Volk*. A terceira característica é que para o pensamento da ordem concreta o direito não é diferente da real ordem de vida do povo. Isso significa que, como analisamos anteriormente, quando a lei vigente contraria a ordem da vida (vinculada nas fontes do direito acima citadas), prevalece a ordem da vida.

Dessas características, resulta que o pensamento da ordem concreta foi um instrumento de renúncia da lei em vigor. Ele se designa sobre a real ordem da vida, no caso, sobre a visão de mundo nacional socialista.

A partir dos postulados acima, é possível afirmarmos que a teoria do direito nacional socialista em nada se assemelha ao positivismo nem, tampouco, ao positivismo de Kelsen. Isto porque Carl Schmitt, um dos grandes responsáveis pelo arcabouço teórico-jurídico nacional socialista, desenvolve argumentações opostas a Kelsen quanto à natureza da política, quanto ao conceito de democracia e quanto às instituições jurídicas viáveis para a modernidade<sup>56</sup>.

Para Schmitt, todo o direito é “direito situacional”. É o soberano que, decidindo sobre a exceção, cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da decisão<sup>57</sup>.

Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório, em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral ainda a ser desenvolvido. O estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito. (...) Fica claro que um neokantiano, como Kelsen, não sabe, sistematicamente, o que fazer com o estado de exceção. No entanto, também aos racionalistas deveria interessar que a própria ordem jurídica preveja o caso excepcional e pode “suspender a si mesma”. (...) Seria racionalismo consequente dizer que a exceção nada prova e que somente o objeto normal pode ser de interesse científico.

A exceção confunde a unidade e a ordem do esquema racional. Na teoria do Estado positiva, encontra-se, frequentemente, tal argumento<sup>58</sup>. (Grifo nosso)

A partir dessa passagem de Schmitt, fica claro que a norma jurídica não é o princípio regulativo eficaz da decisão. Este autor adere, portanto, à tese da indeterminação do conteúdo da decisão, cuja consequência é a necessidade de construir uma teoria normativa, na qual o fundamento de validade do direito não está na norma, mas na decisão, no monopólio decisório que repousa, por sua vez, no soberano.

Kelsen, absolutamente contrário à posição de Schmitt, era um defensor da Constituição. Segundo o autor, “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder” , de modo a restar clara a surpresa de Kelsen ao deparar-se com o trabalho de Schmitt, O Guardião da Constituição:

É pois surpreendente o fato de uma nova coleção de monografias sobre direito público, as “Contribuições para o direito público da atualidade”, iniciar sua série com um trabalho que, com o título “O Guardião da Constituição”, está dedicado justamente ao problema da garantia da Constituição. Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebo- talho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adere- ço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um

dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor e professor de direito público na *Berliner Handelshochschule*, Carl Schmitt<sup>60</sup>.

Sem dúvida, o embate entre Kelsen e Schmitt, assim como o embate entre o positivismo e o pensamento da ordem concreta, tornaram-se famosos durante e após o período nacional socialista. O positivismo chegou a ser acusado, especialmente por Radbruch<sup>61</sup>, de ser o grande responsável por deixar os juristas da época sem defesa contra as atrocidades jurídicas cometidas com base no pensamento da ordem concreta. Rottleuthner, ao analisar o positivismo no nacional socialismo, afirma:

Instead of defenselessness we find efforts to ingratiate themselves in the form of declarations of loyalty on the part of leadership of the German Judge's Association (already on 19 March 1933, 4 days before the Act of Empowerment was passed) and an odious relief in view of the dissolution of the Republican Judge's Association. The installation of special courts (order of 3 March 1933), the pogroms against Jewish jurists (especially on 1 April 1933) and the law on restoration of the civil service (7 April 1933), the elimination of the unions in May 1933, and the dissolution of the rest of the political parties in July 1933 did not lead any protests. At the end of May, the German Judge's Association decided to bring itself into line with the association of National Socialist German Jurists, and on 15 December 1933, it dissolved itself entirely. (grifo nosso)

De fato, o que Rottleuthner procura demonstrar é que não foi o positivismo que deixou os juristas *defenseless*. O que ocorreu foi um apoio majoritário para que o nacional socialismo se instaurasse. Não foi a cega obediência à lei que forçou os juristas ou as pessoas em geral a aderirem ao Movimento. Foram os juristas, professores e docentes, que, como explicita Rùthers, criaram a teoria do direito nazista. Dentre eles, Carl Schmitt se destaca, mas é apenas um exemplo.

Dessa forma, entendemos que conhecer as justificativas jurídicas dadas, que possibilitaram a instauração e continuidade do nacional socialismo, nos ajuda a formular críticas ao regime, pois conhecendo essas justificativas, torna-se possível criar argumentações sólidas contrárias a elas, localizando as suas injustiças e problemáticas.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou delimitar algumas das principais características da teoria do direito no nacional socialismo, isto é, da teoria juridicamente construída que possibilitou a justificação legal de atrocidades várias durante o período ora tratado. Como exposto na segunda e terceira seções, a esta teoria convencionou-se chamar de pensamento da ordem concreta ou institucionalista.

O principal objetivo foi demonstrar que não faltou ao nacional socialismo nenhuma justificativa jurídica própria e que, inclusive, esta contou com a ativa participação de inúmeros juristas da época, dentre eles, Carl Schmitt. Evidente que essa justificativa própria exemplifica que o direito, até nos regimes mais autoritários, é convocado, atuando como instrumento para a concretização de determinados objetivos políticos.

De fato, os objetivos políticos da época não teriam sido alcançados com base no positivismo que, como demonstramos, em nada relacionava-se com o pensamento da ordem concreta. Foi necessário, dessa forma, a construção e aplicação de uma outra teoria, que

atendesse às demandas e anseios nacional socialistas na busca pelo domínio totalitário. O pensamento da ordem concreta ajudou a semear o terror e a instaurar um dos regimes mais violentos da história da humanidade.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. 4ª Edição. Alfragide: Editora Dom Quixote, 2010.

FRASER, David. Dead Man Walking: Law and Ethics after Giorgio Agamben's Auschwitz. In: International Journal for the Semiotics of Law, Vol. 12, nº 4. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 397-417.

KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História*. In: Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.). 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 57-208.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

KIRCHHEIMER, Otto. *The Legal Order of National Socialism*. In: Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer. Edited by Frederic S. Burin and Kurt L. Shell. New York and London: Columbia University Press, 1969, p. 88-109.

KIRCHHEIMER, Otto. *Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches*. In: Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976, p. 152-185.

LOEWENSTEIN, Karl. *Hitler's Germany – The Nazi Background to War*. New York: The Macmillan Company, 1939.

MARCUSE, Herbert. *State and Individual under National Socialism*. In: *Technology, War and Fascism*. Collected Papers of Herbert Marcuse. Volume One. Edited by Douglas Kellner. London and New York: Routledge, 1998, p. 69-92.

MORAES, Luís Edmundo de Souza. *Sobre a Conceção de Estado no Nacional-Socialismo*. Revista Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Série Ciências Humanas e Sociais, Vol. 29, nº 1, Janeiro-Junho 2007, p. 37-50.

NEUMANN, Franz. *Notes on the Theory of Dictatorship*. In: *The Democratic and the Authoritarian State – Essays in Political and Legal Theory*. New York: The Free Press, 1966, p. 233-256.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism – 1933-1944*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 1944.

NEUMANN, Franz. *The Change in the Function of Law in Modern Society*. In: *The Democratic and the Authoritarian State – Essays in Political and Legal Theory*. New York: The Free Press, 1966, p. 22-68.

NEVES, Castanheira A. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, nº 1, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª Edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

ROTTLEUTHNER, Hubert. *Legal Positivism and National Socialism: A Contribution to a Theory of Legal Development*. German Law Journal, Vol. 12, nº 1, 2011. Disponível em: <[https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No1/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_01\\_100\\_114\\_Articles\\_Rottleuthner.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No1/PDF_Vol_12_No_01_100_114_Articles_Rottleuthner.pdf)>. Último acesso em 1º de março de 2015, p. 100-114.

RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2005.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá: Editora Universidad Externado de Colombia, 2004.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

STALLAERT, Christiane. *Do Antissemitismo “Emocional” ao Antissemitismo “Funcional” na Espanha Inquisitorial e na Alemanha Nazista*. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci e CROCI, Federico (orgs). *Tempos de Fascismo*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial, Arquivo Público do Estado de São Paulo, 2010, p. 37-72.