

Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira¹

Persistence of the Nazi Fascism in the contemporary legal theory and its reflections in the Brazilian legal interpretation

Andityas Soares de Moura Costa Matos¹

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
vergiliopublius@hotmail.com, andityas@ufmg.br

Joyce Karine de Sá Souza²

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
joykssouza@gmail.com

Resumo

Este artigo reflete sobre a permanência de modelos de atuação jurisdicional nazifascistas em teorias jurídicas contemporâneas, comparando brevemente as propostas de autores como Wolf, Larenz e Schmitt com Dworkin e Alexy. Objetiva-se evidenciar o caráter autoritário e radicalmente não democrático de certas construções teóricas que fundamentam a atuação dos juizes, em especial no Brasil. Para tanto, são analisadas três decisões judiciais emblemáticas de 2016 nas quais se evidenciam elementos característicos da teoria jurídica nazista acriticamente aceitos pela atual teoria do direito, tais como o desprezo pela legalidade, a personificação da comunidade no juiz e o apelo a valores sociais de ordem tidos como objetivos. A metodologia utilizada envolve a análise de obras originais de juristas nazistas e contemporâneos, bem como o estudo de caso de decisões jurisdicionais brasileiras.

Palavras-chave: nazifascismo, interpretação judicial, teorias do direito contemporâneas.

¹ Este artigo foi desenvolvido no contexto do Projeto de Pesquisa *Desobediência civil e democracia: a participação cidadã não-violenta como estratégia de luta por direitos em contextos de exceção econômica permanente* financiado pela FAPEMIG e do Projeto de Pesquisa *Desobediência civil como prática constituinte e interpretação popular da Constituição: fundamentação jurídico-filosófica para estratégias não-violentas de luta por direitos em contextos de estado de exceção econômico*, ora desenvolvido no Programa de Professores Residentes do Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares da UFMG (IEAT/UFMG).

² Doutor em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais e Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela *Universitat de Barcelona* (Espanha), com bolsa da CAPES. Doutorando em Filosofia pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor Adjunto na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. Professor Residente no Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares – IEAT/UFMG entre 2017 e 2018. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. Av. João Pinheiro, 100, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora no curso de Direito do Instituto de Nova Educação/Nova Faculdade. Av. Cardeal Eugênio Pacelli, 1996, 32210-003, Contagem, MG, Brasil.

Abstract

This paper reflects upon the persistence of Nazi Fascist jurisdictional models in contemporary legal theories, briefly comparing the proposals of authors such as Wolf, Larenz and Schmitt to Dworkin and Alexy. It aims to demonstrate the authoritarian and radically non-democratic character of certain theoretical constructions that support the judges' performance, especially in Brazil. For this purpose, three emblematic judicial decisions of 2016 are analyzed, in which the characteristic elements of the legal Nazi theory, uncritically accepted by the current theory of law, are demonstrated, such as the disregard for the legality, the personification of the community into the judge and the appeal to social values of order taken as objectives. The methodology used involves the analysis of original works by Nazi and contemporary jurists, as well as the case study of Brazilian jurisdictional decisions.

Keywords: Nazi Fascism, legal interpretation, contemporary theories of law.

Introdução: filosofias da história e nazifascismo

Discutir hoje a permanência do fascismo – e de sua forma mais radical e extremada, o nazismo – em qualquer esfera da ação político-jurídica é uma tarefa que exige ao menos dois questionamentos iniciais. O primeiro diz respeito ao conceito de fascismo, que pode ser empregado de maneira mais estrita ou mais lata, de acordo com os marcos teóricos assumidos pelo pesquisador. No que diz respeito a este trabalho, preferimos utilizar um conceito alargado de fascismo, ou seja, um conceito que não se confunde com as experiências históricas da primeira metade do século passado. Assim, entendemos como fascistas movimentos políticos autoritários que, com maior ou menor força, se fundamentam em três ideias: militarismo (com ou sem expansionismo territorial), xenofobismo (com ou sem racismo de Estado) e nacionalismo (com ou sem unipartidarismo). Traços como populismo, culto à personalidade e práticas de controle totalitárias são relevantes em certos contextos históricos específicos, mas secundários na definição geral que adotamos. Provocativamente, tal conceito possibilita a inclusão de vários Estados atualmente ditos democráticos no conjunto “nazifascista”. De fato, utilizamos um conceito alargado de fascismo para observar as importantes ligações da teoria jurídica nazista dos anos 1930 com várias das mais influentes teorias jurídicas contemporâneas. Obviamente, tal opção conceitual envolve uma específica concepção de história, o que nos leva à segunda questão preliminar, que se relaciona à existência ou não de características nazifascistas no mundo político atual.

Como se sabe, muitos estudiosos veem no nazifascismo um fenômeno histórico excepcional e, de certa

maneira, irrepetível, já que seria dependente das específicas condições políticas, econômicas, culturais e sociais da Europa dos anos 20 a 40 do século XX. Para esses autores, o nazifascismo representaria uma verdadeira ruptura com o desenvolvimento da política e do direito ocidental, que caminhariam em um sentido crescente de racionalidade e constante alargamento do universalismo dos direitos humanos. Tal concepção, contudo, é insustentável, só podendo ser defendida a partir de um ponto de vista que enxerga a história como uma linha infinita no qual o desenvolvimento, por mais que possa ser episodicamente negado em certas circunstâncias, constitui a “verdade” e a “finalidade” de todo o processo. São duas as principais tradições que pensam assim: a hegeliana, com a ideia de dialética, e a liberal, traduzida na teoria do progresso.

Para o pensamento dialético em geral (incluindo aí muitos marxistas), o problema ontológico do mal na história se resolve como um problema teleológico, o que em Hegel chega a ser claramente teológico. Assim, males como nazifascismo são necessários ao curso histórico, já que elas agiriam dialeticamente como elementos de suprassunção (*Aufhebung*) das contradições intrínsecas do processo como um todo, que deve incluir tanto momentos positivos como negativos para garantir o desenvolvimento integral do Espírito (*Geist*), ou seja, da Liberdade. Em chave teológica, poder-se-ia afirmar que o mal existe apenas como uma possibilidade – dolorosa, por certo – para se aperfeiçoar e afirmar o bem. Na dialética, o nazifascismo apresenta-se, do ponto de vista de uma história universal, não apenas como algo *justificado*, mas *necessário*, dado que sem ele seria logicamente impossível a sua negação, traduzida nos atuais Estados “democráticos” e “livres”. Estes, dialeticamente, são a negação da negação, quer

dizer a negação daquele movimento – o nazifascismo – que pretendia negar a direção racional e livre do processo histórico do Ocidente.

Por outro lado, na perspectiva da teoria do progresso, movimentos como o nazifascismo só podem ser entendidos como exceções passageiras à tendência geral da história e, como tal, são incompreensíveis e por isso geram *surpresa* e indignação. É com essa atitude mental que as pessoas se perguntam não apenas como pôde ser possível o nazifascismo em sociedades material e culturalmente avançadas como aquelas da Europa ocidental, mas também como pode ser possível hoje o seu ressurgimento. Benjamin (1991) já demonstrou em sua oitava tese *Sobre o conceito de história* que concepções assim são inegavelmente comprometidas com a ideologia política dominante, que se autojustifica na medida em que vê na história um espaço em branco a ser preenchido por melhoramentos cada vez mais espetaculares. Diante de algo inominável como o nazifascismo, o crente do progresso só pode espantar-se. Benjamin, contudo, nos ensina que esse *espanto* com o nazifascismo não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, servindo apenas para revelar que a concepção de história que sustenta a teoria do progresso é impossível. Nesse sentido, Benjamin entende que o nazifascismo não é uma exceção na história do Ocidente, mas a roupagem atual de uma regra geral de exploração e de violência que fundamenta nossa concepção de política e direito. A verdadeira exceção, completa o autor, só pode ocorrer na medida em que abandonamos a teoria do progresso, própria das classes dominantes, e passamos a enxergar a realidade político-jurídica a partir do ponto de vista da tradição dos oprimidos.

Na linha de Benjamin, hoje autores como Agamben (1995) e Esposito (2013) têm demonstrado com insistência os perigos de uma concepção de história que desconhece o fato não tão óbvio – e por isso mesmo polêmico e disputado – de que o nazifascismo não é nem algo necessário em termos dialéticos e nem uma surpresa inexplicável, mas o resultado da maneira como compreendemos a política, a economia, o direito e a religião, que aparecem como esferas separadas de poder, especializadas e radicalmente não democráticas. A vida humana só entra no domínio político-jurídico a partir de um ato originário de um poder que separa, ameaça e, no limite, mata, configurando o paradoxo do estado de exceção chamado direito, uma exclusão inclusiva que protege alguns na mesma medida que pune e ameaça muitos outros. Em termos históricos, não podemos esquecer que todo o maravilhoso edifício

da filosofia política ocidental foi criado por donos de escravos (Lummis, 1996). Ademais, é importante notar que a ideia de direito que caracteriza o Ocidente surge primordialmente do *ius romanorum*, ou seja, de um conjunto de regras altamente técnicas, aristocráticas e hierarquizadas que assumem a forma de uma racionalidade separada do senso comum e tende cada vez mais a tomar todo o espaço social, disciplinando-o, ressignificando-o e juridificando-o, de modo que todo problema social torna-se, antes de tudo, um problema normativo, um problema sobre *quem manda* e *quem obedece* (Schiavone, 2005).

É a partir dessa percepção, que pretende ver na experiência do direito ocidental não uma irrealizada promessa de libertação política ou de equalização social, mas um movimento de contínua especialização, separação, hierarquização e, por fim, de dominação, que lemos algumas das mais importantes contribuições da teoria e da filosofia jurídica contemporânea em estreita conexão com o nazifascismo, que não lhes é algo estranho, mas sim um elemento tão *constitutivo* como os direitos e garantias fundamentais surgidos com a Revolução Francesa ou a representação política pensada pelos pais fundadores dos EUA. Longe de entendermos, com autores como Jürgen Habermas, que o projeto moderno encontra-se inacabado e precisa ser retomado e aprofundado por meio de um apelo à racionalidade comunicativa traduzível em termos de direitos humanos universais, compreendemos a necessidade de acionar os freios de emergência da locomotiva da história e, construindo sociedades, políticas e direitos diferentes, escapar da herança nazifascista que é incontornável para a teoria jurídica contemporânea, ainda que não se queira compreender ou aceitar tal verdade.

Nesse sentido, o presente texto integra um Projeto de Pesquisa mais amplo em que as continuidades entre o nazifascismo e a teoria jurídica contemporânea são investigadas tendo em vista cinco núcleos de ideias fundamentais: estado de exceção, legalidade, comunidade, poder judiciário e biopolítica. Neste trabalho daremos centralidade ao tema do poder judiciário, demonstrando de que maneira as teorias jurídicas contemporâneas – a exemplo das de Ronald Dworkin e Robert Alexy – que justificam e tentam racionalizar a argumentação jurídica do juiz, entendido como representante de uma comunidade de valores ou de tradições nacionais, podem ser reconduzidas à prática judiciária nazifascista. Subsidiariamente, aparecerão discussões sobre os outros quatro temas que, todavia, não podem ser discutidos a fundo neste momento.

O direito interpretado no III Reich

Para Bonnard (1950), o Estado nacional-socialista jamais pode ser entendido como um Estado de direito na acepção clássica do termo, sendo mais correto defini-lo como um *Führerstaat* que, ademais, se serve de um direito de Estado. No Estado de direito, em teoria a lei domina todas as situações, contrapondo-se inclusive à vontade pessoal dos governantes, o que não ocorre no *Führerstaat*. Neste o querer pessoal do líder político supera a legislação, encarnando-a em si e modificando-a a seu bel-prazer, sem qualquer respeito pelos princípios da legalidade, da anterioridade (em matéria penal) e da não-surpresa (em matéria tributária). Na mesma linha, Arendt (1951) entende que o totalitarismo nazista não passa de uma forma moderna de despotismo, ou seja, um governo sem leis no qual se exerce o poder de maneira unipessoal.

As interpretações de ambos os autores, contudo, nos parecem equivocadas. Em termos jurídico-estruturais, o Estado nazista é praticamente igual àquele da República de Weimar. É claro que não podemos esquecer o fato de que em 28 de fevereiro de 1933 Hitler suspendeu os artigos da Constituição de Weimar relativos aos direitos individuais mediante o Decreto do Presidente do Reich para a proteção do povo e do Estado (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*). Todavia, houve uma notável continuidade legislativa em matéria infraconstitucional no período do nacional-socialismo alemão, com a edição de poucas leis de caráter marcadamente totalitário, tais como as leis de Nuremberg aprovadas em 15 de setembro de 1935, entre as quais se incluem a lei da cidadania do Reich (*Reichsbürgergesetz*) e a lei de proteção do sangue e da honra alemães (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*), tristemente célebres por sua excepcionalidade. Fora de tais exceções, a maioria das leis da época de Weimar foi mantida, ou seja, preservou-se grande parte da estrutura formal de um clássico Estado de Direito (cf. Steinweis e Rachlin, 2015; Stolleis, 1994).

Na realidade, o ordenamento jurídico germânico foi transformado não pela via legislativa, mas pela interpretação sem limites (*unbegrenzte Auslegung*) dos juizes alemães, que invocando valores que seriam próprios ao povo, construíram na prática aquilo que seria conhecido como “direito nazista” (Rüthers, 1968). Nesse contexto, são conhecidas as cartas aos juizes (*Richterbriefe*) do Ministro da Justiça, Otto Thierack, que em 1942 precisou repreender a conduta da magistratura, abertamente ilegal e que, em seu zelo,

começava a competir com o Executivo e não simplesmente coadjuvava-lo. Especialmente em matéria penal, Thierack “aconselhou” os juizes a se limitarem às penas previstas em lei, deixando de impor penalidades superiores às legais, o que tinha se tornado uma prática constante (Angermund, 1990, p. 231; Staff, 1978, p. 65 et seq). Paradoxalmente, constam de muitas das cartas de Thierack estímulos para que os juizes desrespeitassem as leis, em especial aquelas advindas do regime weimariano.

A partir de 1933, o inimigo central a ser combatido na Alemanha, em termos jurídicos, será identificado com o positivismo jurídico. Tido como uma construção artificial e demasiado formalista, o positivismo jurídico seria o grande responsável pelo ofuscamento dos valores e tradições legitimamente germânicos que, como expressões do espírito do povo (*Volksgeist*), não podem ser resumidos a meras regras procedimentais. Para concretizar tais valores, é preciso liberar o direito da fria letra da lei, o que só pode ser realizado na medida em que se confia aos juizes um largo poder de interpretação do que é o direito, anulando na prática a distinção liberal entre legislador e julgador. Assim, muito antes de autores como Dworkin e Alexy, os juizes nazistas já entendiam que o direito é o resultado de um intenso processo de interpretação que deve levar em consideração as tradições e os valores do povo.

Tal posição concretiza-se na obra de Carl Schmitt, que já em sua *Politische Theologie* de 1922 – antes, portanto, de sua “viragem” nazista em 1933 – critica o extremado tecnicismo e o formalismo do juspositivismo – esse “[...] simples modo funcional de uma burocracia estatal” (“[...] *bloßen Funktionsmodus einer staatlichen Bürokratie*”) (Schmitt, 1922, p. 8) –, responsável pelo afastamento do direito dos legítimos anseios do povo, pelo desinteresse dos funcionários públicos em relação à ação política e pelo desvirtuamento da essência do fenômeno jurídico, confundindo com a letra morta de milhares de artigos. Schmitt sustenta que, ao invés de se fundamentar sobre os pilares de um Direito Natural ou da Razão, o positivismo jurídico insiste em se vincular a normas válidas apenas do ponto de vista fático, mantendo-se juridicamente cego diante das “decisões reais”. Dessa forma, ele chama o juspositivismo de “degenerado”, uma vez que se limita a pensar em regras impessoais, enquanto o que se precisava para resolver o “sério problema jurídico-constitucional alemão” dos anos 20 e 30 eram instituições e configurações suprapessoais, capazes de surpreender o “[...] ser que repousa em todo grande movimento político” (Schmitt,

1922, p. 8).⁴ Ainda segundo Schmitt, a orientação jurídica fundamental deveria ser buscada nos valores sociais do povo, inaugurando assim uma “ordem concreta” na qual as frivolidades juspositivistas seriam substituídas pelo “princípio da direção unitária”.

Dessa maneira, a capacidade interpretativa do juiz positivista é limitada por Schmitt em seus textos pré-nazistas, dado que, segundo ele entende, não há nenhum vínculo entre a categoria ontológica do povo homogêneo e o mero funcionalismo mecanicista do Poder Judiciário em Weimar, ao contrário do que acontece com o Poder Executivo, que exerceria uma verdadeira “presentificação” do povo. Essa representação não se confunde com aquela liberal, de caráter contratual e privado, característica do Parlamento (Schmitt, 2002).⁵ Schmitt rejeita a representação parlamentar em nome da do Presidente, a única autoridade verdadeiramente representativa. O Presidente do Reich, escolhido por meio da aclamação, é o legítimo detentor do poder de decidir.

Tal tese é radicalizada por Schmitt nos textos nazistas dos anos 30, quando passa então a apresentar não mais o Presidente do Reich, mas sim o *Führer*⁶ como o verdadeiro guardião e protetor do direito (Bendersky, 2000, p. 114). Assim, a previsível redução do Poder Judiciário ao Executivo se completa na obra de Schmitt, sendo o *Führer* visto como juiz supremo (*oberster Gerichtsherr*) da nação alemã, detentor da “verdadeira judicatura”. Por isso o *Führer* não se sujeita ao Poder Judiciário, sendo capaz de aplicar o direito sem mediações diante da emergência permanente que se tornou a regra na Alemanha a partir de 1933. Nas palavras de Schmitt:

O *Führer* protege o direito do pior abuso, quando ele no instante de perigo cria o direito sem mediações, por força da sua liderança [*Führertum*] e enquanto Juiz Supremo. “Nessa hora fui responsável pelo destino da nação alemã e com isso juiz supremo do povo alemão”. O verdadeiro líder [*Führer*] sempre é também juiz. Da liderança [*Führertum*] emana a judicatura [*Richtertum*]. Quem quiser separar ambas ou mesmo opô-las ou transforma o juiz no contra-líder [*Gegenführer*] ou em instrumento do contra líder e procura paralisar [*aus den Angen heben*] o Estado com ajuda do Judiciário. Eis um método, muitas vezes experimentado, da destrui-

ção não apenas do Estado, mas também do Direito (Schmitt, 2011, p. 163-164).

Este trecho integra o detestável panfleto *Der Führer schützt das Recht* (*O Führer protege o direito*), publicado por Schmitt no *Deutsche Juristen-Zeitung* para justificar os expurgos efetivados por Hitler e seus asselas no seio do próprio partido nazista durante o episódio que ficou conhecido na Alemanha como “a noite das facas longas”, quando entre 30 de junho e 2 de julho de 1934 foram executados pela SS – inicialmente, a *Schutzstaffel* era a guarda pessoal de Hitler – cerca de 200 pessoas, a maioria membros do partido nazista que apoiavam a SA (*Sturmabteilung*) de Ernst Röhm, uma espécie de milícia paramilitar extremamente violenta que competia com Hitler pelo poder sobre o exército alemão (Bendersky, 2000, p. 112-114). Em seu panfleto Schmitt chega a dizer que o *Führer*, lançando mão de seu poder judicante, se autorizou a realizar uma justa vingança diante da “peculiar deslealdade dos sublíderes do movimento”, superando, em nome do “bom direito alemão”, a “técnica puramente jurídica de conformidade ou não-conformidade legal” que os inimigos do povo germânico tenderiam a identificar com o único procedimento correspondente ao Estado de Direito.

Dessa maneira, o resultado final da “hermenêutica” schmittiana no início dos anos 30 consiste em negar todo poder de decisão aos juízes, ainda vistos como funcionários do positivismo weimariano. Eles seriam seres apolíticos que apenas deveriam cumprir a vontade do povo, presentificada e garantida primeiro pelo Presidente do Reich e, ao final, pelo *Führer*, o supremo juiz da Alemanha. Tal equivale, por óbvio, a negar qualquer possibilidade hermenêutica, bem como a dispensar o juiz do fardo ético relativo à decisão. Para ser jurídica, basta que a decisão judicial se limite a revelar a vontade “democrática” do povo uno e homogêneo, não exigindo maior fundamentação, senão aquela já indicada de antemão pelo soberano.

Contudo, ao tentar limitar o Poder Judiciário no III Reich, Schmitt usa uma estratégia que acaba falhando, dado que ela se baseia na distinção entre Poder Executivo e Poder Judiciário. Ora, como vimos brevemente a respeito das *Richterbriefe*, tal diferenciação é negada

⁴ As ideias e as expressões literais de Schmitt citadas estão nas famosas “considerações preliminares” à segunda edição da *Politische Theologie*, datadas de novembro de 1933 e que terminam com as irônicas e terríveis palavras que, diante da incapacidade para decidir e compreender a exceção, a teoria positivista do direito adotaria como motto: “*Das Staatsrecht hört hier auf*” (“Aqui termina o Estado de Direito”) (Schmitt, 1922, p. 8).

⁵ Schmitt diferencia as duas formas de representação – a iminente “presentação” exercida pelo soberano e a rasteira “representação” parlamentar – em seu estudo de 1923, *Römischer Katholizismus und Politische Form*.

⁶ O título de *Führer* era então totalmente inconstitucional na Alemanha. Na verdade, com a morte de Hindenburg, Presidente do Reich, em 2 de agosto de 1934, Hitler, que até então era Chanceler, declarou que ambos os cargos deveriam ser combinados, dando origem a uma autoridade suprema que controlava tanto as forças armadas quanto o Estado (Bendersky, 2000, p. 114).

diuturnamente na medida em que os juízes nazistas se veem não como simples funcionário do Poder Judiciário, mas enquanto extensões da vontade viva do povo encarnada no *Führer*, a qual, obviamente, não reconhece limites legais. Assim, a Lei de Serviços Cíveis de 07 de abril de 1933 afastava os juízes judeus ou aqueles que não demonstravam aptidão para julgar sempre em favor do Estado nazista. Ademais, era obrigatória a associação dos juízes à *Liga Nacional-Socialista dos Juristas Alemães*. Hans Frank, Comissário de Justiça e Líder Jurídico do III *Reich*, se dirigiu aos juízes em 1936 nos seguintes termos:

A ideologia nacional-socialista é o fundamento de todas as leis básicas [...], em face do nacional-socialismo não há lei independente. Ante qualquer decisão que tomardes, perguntai a vós mesmos ‘Como decidiria o *Führer* em meu lugar?’ Em toda decisão, perguntai ‘Será esta decisão compatível com a consciência nacional-socialista?’ (Ebenstein, 1943, p. 84).

Na Alemanha nazista a relação dos juízes com a lei passou a ser completamente desequilibrada, dado que eles viam nelas limites intoleráveis à tarefa de “fazer justiça”, o que só poderia ser realizado de maneira perfeita levando em consideração os valores e as tradições superiores do povo alemão. Dessa forma, os juízes nazistas desenvolveram práticas interpretativas e argumentativas que, desprezando a lei – entendida como um anacronismo liberal –, apontavam para uma noção substancial de direito e de justiça, em atitude muito similar àquela que, sempre hostil ao positivismo jurídico, inspira as teorias principiológicas e argumentativas dos dias atuais. Segundo o jurista nazista Karl Larenz: “O juiz está obrigado a reconhecer e a aplicar como direito toda lei que entre em vigor a partir da vontade do *Führer*, mas tem de aplicá-la *segundo o espírito do Führer*, de acordo com a atual vontade jurídica, com a concreta ideia jurídica da comunidade” (Larenz, 1934, p. 36, tradução nossa). Isso significa, por óbvio, abandonar o tecnicismo das leis e apostar em uma espécie de simbiose mística com o povo, o qual, por sua vez, se encarnaria na visível, clara e inequívoca vontade do *Führer*. Acrescenta Müller:

Para o “ordenamento jurídico” do império nazista, a estrita vinculação da magistratura à letra da lei teria sido um freio, uma limitação ao poder estatal. Por isso o juiz se declarava expressamente ligado à “lealdade ao *Führer*”, não sendo fiel à lei. Acolher a letra da lei, ao contrário, considerava-se como algo “típico do pensamento jurídico e moral liberal-judaico” e nada menos que a Sala Penal do Tribunal do *Reich*, sob a presidên-

cia de Bunke, advertiu assim à magistratura alemã: “A tarefa que o Terceiro *Reich* põe à jurisprudência dos tribunais só pode ser satisfeita se, na interpretação das leis, ela não se ativer a seu teor literal, mas sim penetrar em sua essência e tratar de colaborar para que sejam realizados os fins do legislador” (Müller, 1987, p. 222, tradução nossa).

Dessa maneira, o juiz nazista comparece no cenário social como um representante do povo – um mandatário popular – que se compromete não com a lei, mas com uma noção substancial de justiça ligada à vontade do povo e que, portanto, não reconhece quaisquer limites. Tal é plenamente reconhecido pelo jurista nazista Erik Wolf já em 1934, que define com clareza a posição do juiz nacional-socialista:

Deve ficar claro que quando falamos hoje em dia da vinculação do juiz à lei, o fazemos em um sentido diverso do anterior. Por um lado, porque a ciência jurídica alemã reconheceu há tempos que os parágrafos puramente formais da lei não são nunca capazes, em razão da possibilidade judicial de livre valoração, de assegurar uma plena igualdade de tratamento na Justiça, o que não se deve à má disposição, mas à essência mesma da lei, que contém e deve conter elementos que necessitam de complemento valorativo, aptos a apreender a vida real. Por outro lado, com a identidade que atualmente se dá entre o legislador e o governo, fica garantida uma direção autoritária do juiz por meio dos princípios básicos do governo estatal, dessa maneira proporcionando-lhe apoio firme também no que se refere à sua livre valoração. Precisamente aí se radica a garantia de que toda vontade do *Führer* encontre sua expressão em forma de lei e satisfaça assim a necessidade de segurança jurídica do povo. Nessa medida, também o Estado nacional-socialista é um “Estado de Direito”, não no sentido formal e positivista de um Estado de artigos de lei com um legislador inapreensível, pluriforme e, em última instância, irresponsável, senão no sentido de Estado material de Direito, Estado de justiça material ligada ao povo. Nesse Estado aparece como ideal jurídico um juiz que é mandatário da comunidade popular. Sua liberdade não está delimitada nem pela arbitrariedade e nem por um princípio de segurança jurídica concebido de modo formal-abstrato, sendo essa liberdade guiada e limitada no necessário por meio da ideia jurídica popular encarnada no *Führer* e acrescida à lei (Wolf, 1934, p. 352, tradução nossa).

É fundamental compreender o papel da ideia de comunidade no pensamento jurídico nazista, dado que tal comparece como uma instância superior à racio-

nalidade técnica do direito. Nesse sentido, o juiz não apenas representa, mas protege e confere sentido à comunidade nacional, inclusive com a desconsideração do direito positivo, quando este se mostra contrário à “justiça”. Dessa maneira, o direito passa a ser compreendido como uma ordem concreta que traduz os anseios de uma comunidade de valores. De maneira simétrica, a mera existência de tal comunidade exige a superação dos velhos legalismos positivistas, de maneira a confiar ao juiz a suprema tarefa de interpretar o direito com vistas à realização de certos valores tidos como fundantes. Nas palavras de Karl Larenz, célebre jurista nazista:

A “vontade coletiva objetivada na lei” não é meramente o significado objetivo que dita lei possui em conjunção com outros preceitos legais; é mais o significado concreto que lhe é atribuído pela consciência jurídica da comunidade e pela jurisprudência enquanto seu órgão. Tal significado concreto provém da *reconstrução do preceito legal às decisões fundamentais e aos valores, à ideia jurídica concreta que vive na comunidade jurídica e que faz de seu direito uma totalidade unitária e plena de sentido* (Larenz, 1934, p. 32, tradução nossa).

Daí porque, para Larenz, a missão da Filosofia do Direito germânica seria

relacionar o direito com sua concreta comunidade, que é sua portadora e, ao mesmo tempo, sua mais alta norma. O direito não nasce [...] da vontade individual, e sim da vontade coletiva; é a vinculante ordem vital da vontade coletiva existente em seu ser, e seu fim é, antes de mais nada, a manutenção e o desenvolvimento dessa mesma comunidade, à qual deve seu ser. [...] Assim como o direito deve sua origem e sua validade à comunidade, do mesmo modo o direito serve, antes de tudo, à vida da comunidade. [...] A vinculação do direito à comunidade significa, afinal de contas, que o conteúdo de determinado direito positivo deve se adequar ao correspondente espírito do povo, à consciência moral, às normas morais do povo; significa que o legislador não deve criar o direito segundo seu

mero querer, segundo seu arbítrio (Larenz, 1934, p. 6-9, tradução nossa).

A “racionalidade” judicial nazista se julgava superior porque emanaria diretamente da autoridade da qual todas as leis positivas retirariam a sua validade final: a própria natureza, enraizada na ideia de comunidade nacional e de raça. Dessa maneira, o poder judiciário nazista desafiava as leis positivas – morosas, abstratas e imperfeitas – porque elas jamais conseguiram estabelecer o reino da justiça na terra, o que o totalitarismo realizaria ao se sobrepôr aos conceitos de certo e de errado particularizados em inúmeras e enganosas leis positivas, orientando-se assim rumo a uma missão histórica inescapável, na qual a justiça englobaria o direito e o indivíduo se dissolveria no amálgama indiferenciado do organismo estatal, deixando de ser visto como titular de direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Karl Larenz, expressa bem o desprezo pelos direitos subjetivos ao afirmar que esse conceito teria perdido seu significado tanto na Teoria Geral do Direito quanto, com maior razão, no Direito Privado. No lugar da antiquada ideia de direito subjetivo, Larenz propunha a noção de “situação jurídica do indivíduo” localizado no ordenamento sócio-jurídico-comunitário (*Rechtsstellung des Volksgenossen*). Afinal de contas, só seria possível pensar o direito relacionando-o ao “espírito objetivo”, que “é sempre espírito de um povo determinado, internamente formado mediante o sangue e o destino” (Larenz, 1934, p. 16, tradução nossa).

É importante notar, conforme Ulfrid Neumann, que a concepção de um direito baseado em fontes supralegais – o “espírito do povo”, “o bem comum”, a “moral”, o “interesse público” – permitiu a manutenção das mesmas ideias de interpretação jurídica após a derrocada do nazismo (Neumann, 1994, p. 147-148, tradução nossa), permanecendo os juizes – em alguns casos, os *mesmos* juizes que sustentaram o nazismo⁷ – em sua tarefa de interpretação e de concretização da vontade popular, sempre baseados em argumentos de ordem moralizante e em confronto com a letra de lei, exatamente como ocorre nos dias de hoje.

⁷ Nesse sentido, é curioso notar a história de personagens como Hermann Weinkauff, nazista desde 1933 e juiz na Suprema Corte (*Reichsgericht*), tendo sido distinguido em 1938 com uma condecoração, a *Silbernen Treudienst-Ehrenzeichen*, por sua lealdade ao regime. Com o fim da guerra, depois de uma curta internação em um campo estadunidense, passou a presidir o *Landgericht* de Bamberg, tendo sido nomeado em 1950 como Presidente do Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), onde em 1953 liderou um protesto contra a sentença do Tribunal Constitucional Alemão que negava a trinta e quatro antigos funcionários da Gestapo o direito à reintegração à polícia da República Federal Alemã (Herbe, 2008). Mas Weinkauff é apenas um exemplo entre inúmeros outros. De maneira geral, os funcionários – professores, juizes e outros – que tinham servido fielmente ao regime nazista retomaram seus postos após a guerra e continuaram a interpretar o direito na Alemanha: “Os numerosos catedráticos de Direito que, depois de 1933, haviam saudado, apoiado, legitimado e sustentado dogmaticamente a mudança para um totalitário *Führerstaat* retornaram, com poucas exceções (por exemplo, Carl Schmitt, Otto Koellreutter, Reinhard Höh, Georg Dahm e Karl August Eckhardt), a seus postos, às vezes após uma pequena espera. A grande maioria dos professores de Direito que, depois de 1949, ensinavam e investigavam nas universidades alemãs ocidentais havia feito o mesmo antes da derrota, nas mesmas ou em outras universidades da ‘Grande Alemanha’, desde a Universidade Imperial de Estrasburgo até as de Königsberg e Viena. A consequência foi que a história da ciência jurídica e da administração da Justiça sob o nazismo converteu-se, por muitos anos, nos cursos jurídicos da República Federal, em um tema evitado com todo esmero ou tratado só em seus aspectos parciais ‘não perigosos’” (Rüthers, 2001, p. 93, tradução nossa).

O direito “argumentativo” hoje

É óbvio que a tese desenvolvida neste artigo não pretende sustentar que autores como Dworkin e Alexy tenham fundado suas teorias conscientemente em postulados nazistas ou que os juízes de países como Brasil ou EUA sejam nazistas disfarçados. Trata-se, diferentemente, de perceber que o modo como hoje se compreende a tarefa de interpretar judicialmente o direito guarda importantes semelhanças com o ideário nacional-socialista, quando a interpretação jurídica se tornou central e incontrolada, conformando um verdadeiro governo dos juízes baseado na suposta condição moral superior desses personagens que, ademais, se apresentavam como tradutores privilegiados dos anseios do “povo” por justiça. Ao se fundamentar em princípios abertos, altamente discricionários e centralizados na noção de valores ou tradições nacionais, a interpretação jurídica ganha hoje contornos muito próximos às práticas nazistas acima comentadas, em especial quando pretende superar qualquer distinção entre direito e moral e fazer daquele um meio de concretização desta. Isso é problemático porque, como se sabe, é impossível saber de antemão qual é a moral de certa comunidade, a qual, ademais, é multifacetada e contraditória. Nesse cenário, a moral traduzida em uma decisão judicial costuma ser a do juiz que a prolatou ou, no máximo, da classe social que ele representa, ainda que venha revestida por toda uma fundamentação ideológica, ou seja, trata-se de uma fundamentação que pretende fazer passar por universal aquilo que é particular, que pretende que os interesses de determinada classe sejam vistos como interesses da “sociedade” como um todo. Tal situação se agrava ainda mais tendo em vista o modelo de direito que temos, que vê na tarefa judicial uma atividade especializada, separada, hierarquizada e imune diante de quaisquer possibilidades de efetivo controle popular e democrático.

A prática jurisdicional aliada a teorias que sustentam dogmaticamente o primado do valor moral conformam uma mecânica que, de modo sistemático, desconsidera a ordem jurídica positiva. Fundamentos totalizantes e universalizantes que trazem como pressuposto a proteção da “comunidade”, da “justiça” ou das “tradições” são frequentemente empregados em decisões judiciais que tentam justificar e legitimar o desvio da ordem legal posta. É nessa perspectiva que se pode conformar a noção de comunidade de valores, ou seja, um corpo social

representado pelo poder judiciário, o qual assume o papel de “revelar”, trazer à superfície, declarar a vontade da comunidade (geral) por meio de casos concretos (particular). Como é óbvio, não se trata somente de manejar valores, mas também de criá-los e de legitimá-los, ainda que violem a ordem jurídica objetiva.

Compreender a decisão tomada por um juiz na busca da satisfação de certo valor ideal implica compreender o seu largo poder de interpretação do que é o direito. O processo interpretativo ganha um *locus* próprio quando se assume a existência de uma racionalidade privilegiada dos juízes que, no entanto, se justifica constantemente mediante referências ao plano social dos valores “compartilhados” característicos de certas sociedades. No plano teórico, observa-se que a teoria do direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy – apenas para citar dois dos mais célebres exemplos – fundamentam a atuação dos juízes para além de um viés meramente interpretativo.

Dworkin ensina que o processo interpretativo realizado pelos juízes deve ser justificado mediante razões morais e políticas. Tal significa dizer que o processo decisório deve atender à dupla exigência de apelo moral e de adequação. Para tanto, Dworkin expõe sua estrutura da interpretação jurídica utilizando a figura de um juiz imaginário e ideal, o “juiz Hércules”, “an imaginary judge of superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity” (Dworkin, 1986, p. 239). São palavras do autor:

Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principle (Dworkin, 1986, p. 243).

A centralidade da atividade judicial na concepção do direito como integridade postula que os atos interpretativos dos juízes são “performative utterances” de uma comunidade personificada,⁸ traduzindo no plano normativo os princípios e os valores basilares dessa comunidade. É nesse sentido que Dworkin afirma: “Judicial opinions formally announced in law reports, moreover,

⁸ “The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception on justice and fairness. [...] According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice” (Dworkin, 1986, p. 225).

are themselves acts of the community personified that, particularly if recent, must be taken into the embrace of integrity” (Dworkin, 1986, p. 248).

Mais do que propor como modelo um juiz hipotético ou imaginário, a teoria do direito como integridade idealiza a atividade judicial ao afirmar que a decisão do juiz é uma decisão da própria comunidade. Trata-se de privilegiar determinada classe institucional, conferindo-lhe o poder de dizer o que é o direito, de manejar princípios e valores e, principalmente, de criar e legitimar determinados princípios e valores. Não é difícil perceber que tal teoria pretende encapsular a multiplicidade de uma comunidade nos estreitos limites da decisão judicial, desconsiderando as diferenças e conflitos de valores irresolúveis que conformam aquilo que apenas figurativamente chamamos de “a sociedade”. Por fim, a teoria de Dworkin justifica a figura hierárquica de um agente de Estado com atributos especiais para exercer o monopólio de dizer o que é, juridicamente falando, verdadeiro e valioso. Contudo, como sabemos, a decisão de um juiz é apenas o comando de uma pessoa, imbuída com seus próprios valores morais e que representa determinada parcela de uma comunidade, jamais ela em sua inteireza. A partir de um ponto de vista crítico-realista, a personificação da comunidade pretendida por Dworkin não é apenas impossível, mas um perigoso signo autoritário que, como vimos, surge com toda sua força no pensamento jurídico nazista.

Por seu turno, Alexy (1983) propõe em sua teoria da argumentação jurídica que o processo de elaboração das decisões judiciais seja racional e que, por conseguinte, a decisão do juiz também seja racional. Para tanto, desenvolve uma série de regras que estabelece o método a ser seguido pelo juiz ao exercer sua atividade interpretativa e decisória. Todavia, a “racionalidade” do próprio método argumentativo deve ser criticada. Em primeiro lugar, por mais que se tente justificar por meio de um esforço teórico a racionalidade de um processo decisório, o próprio conceito do que é racional ou não expressa uma decisão *a priori*. Trata-se de uma teoria tautológica, pois o termo “racionalidade” e o termo “decisão” representam o mesmo ideal, ainda que de maneiras diferentes. Na verdade, a argumentação jurídica de Alexy tem por função justificar “racionalidade” bem determinada e específica, qual seja, a uma racionalidade dos juízes.

Em segundo lugar, o conteúdo axiológico das decisões jurisdicionais demonstra que uma argumentação racional (*rationaler Argumentation*) também tem por

função declarar quais valores são ou não são válidos contingencialmente. Isso implica afirmar que a teoria do discurso racional prático (*rationalen praktischen Diskurses*) é uma teoria normativa do discurso,⁹ ou seja, uma teoria que “propõe e justifica critérios para a racionalidade dos discursos” (Alexy, 1983, p. 225, tradução nossa).¹⁰ Assim, a tautologia se evidencia uma vez mais ao se compreender que a teoria da argumentação não passa de um conjunto de “normas para a justificação de normas” (*Normen für die Begründung von Normen*), como afirma o próprio Alexy (1983, p. 225).

Alexy postula “a existência de conteúdos jurídicos mínimos capazes de guiar a atividade interpretativa” (Matos e Milão, 2013, p. 132) e, nesse sentido, pressupõe valores que só são revelados por meio de decisões que possam ser racionalmente justificáveis. Ao propor uma moralidade procedimental universalista como cerne do discurso jurídico, Alexy defende que os princípios constitucionais são a “expressão positivada” da moral. Desse modo, o ato de um juiz normatiza um conflito na medida em que sua decisão é moralmente correta ou, em outras palavras, racionalmente fundamentável. O pensamento de Alexy é problemático porque parte do pressuposto de que há uma inevitável correspondência racional entre moral e direito. Contudo, uma “moral” somente é revelada na medida em que é declarada por meio de uma decisão. Eis aqui, uma vez mais, a tautologia na teoria de Alexy, na qual há uma *presunção de racionalidade* intrínseca nas decisões judiciais que, por seu turno, é totalmente injustificada. A crítica de Juan Antonio García Amado é precisa neste ponto:

Assumamos, inclusive, que possa haver uma moral objetiva verdadeira e cognoscível em seus conteúdos para cada ocasião, e que o juiz se oriente por ela quanto ao que sua decisão tem de discricionário *do ponto de vista do direito positivo*. O que nos força, ainda assim, a entender que essa moral faz parte do próprio direito e que essas razões morais são também, e simultaneamente, razões jurídicas pelo fato de concorrerem dessa maneira nos fundamentos da decisão judicial? Somente uma prévia decisão nossa: a decisão de que a moral – seja a moral objetivamente verdadeira ou a moral racionalmente fundamentável – faz necessariamente parte do direito. Dessa maneira, essas normas morais não seriam ao mesmo tempo jurídicas ou razões jurídicas por afluir na decisão judicial, mas sim porque decidimos de antemão que a moral é parte do direito. Nossa decisão é prévia, de modo que a presença de razões morais no raciocínio do juiz não é

⁹ “Die Theorie des rationalen Diskurses ist eine normative Diskurstheorie” (Alexy, 1983, p. 225).

¹⁰ “Sie ist schließlich normativ, wenn in ihr Kriterien für die Rationalität von Diskursen aufgestellt und begründet werden” (Alexy, 1983, p. 225).

uma prova da união conceitual entre direito e moral, mas sim uma *consequência* de uma prévia suposição (Amado, 2012, p. 61).

Devemos ter em mente que o ponto principal da teoria da argumentação é compreender que uma decisão não precisa ser absolutamente racional, mas antes se pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica em vigor.¹¹ Alexy inclusive admite que decisões que violam a ordem jurídica podem ser justificadas racionalmente desde que o discurso de justificação obedeça a um conjunto de regras de argumentação. Em síntese, Alexy normatiza o discurso jurídico estabelecendo regras que ele mesmo desenvolveu como método para se chegar a uma argumentação que justifique moralmente certa decisão judicial. Trata-se de um monólogo laudatório da argumentação jurídica, avaliação que não parece estranha a Alexy, para quem “[...] a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal não deve ser subestimada” (Alexy, 1983, p. 358, tradução nossa).¹² Segundo nos parece, o fetiche da justificação racional das práticas de decisão do poder judiciário é, na verdade, um fetiche moral que envolve possibilidades de desenvolvimento claramente autoritárias.

É preciso saber desvendar as secretas continuidades entre o direito nazifascista e as atuais construções teóricas que justificam e criam argumentos contra a legalidade, tida como um entrave positivista diante da necessidade de se “fazer justiça”. Tal leva, ontem e hoje, à maximização do poder dos juízes, vistos como criadores de direito similares aos legisladores, ou até mesmo superiores, devido à sua suposta melhor “formação intelectual”. Como demonstrado anteriormente, algumas ideias centrais da teoria jurídica contemporânea surgiram pela primeira vez na Alemanha nazista e permanecem atuantes e incriticadas nos atuais Estados Democráticos de Direito. De fato, algumas importantes teorias que agora ressurgem são retomadas, em diversos níveis discursivos, por vários autores neoconstitucionalistas e pós-positivistas, servindo como fundamentação para decisões judiciais que clamam por ideais de “moral” e “justiça”. Assim, o totalitarismo axiológico jurisdicional – capaz de definir o que é justo ou injusto, moral

ou imoral – é mascarado graças ao auxílio teórico de pensadores que privilegiam acriticamente determinada classe institucional, desconsiderando a complexidade do fenômeno jurídico e suas contradições insuperáveis. O perigo autoritário dessas concepções teóricas se traduz na legitimação de esferas separadas de poder, especializadas e radicalmente não democráticas.

A preocupação de justificar a decisão jurídica por meio da racionalidade (Alexy) ou da integridade (Dworkin) não leva em conta que a prática da interpretação judicial somente se torna completa e plena com o exercício da violência inerente à estrutura institucional que lhe confere existência (Cover, 1985-1986). Não se trata apenas de aplicar o direito, adequando a norma abstrata ao caso concreto; trata-se especialmente de decidir qual ou quais valores devem ser protegidos em detrimento de outros valores. Toda prática institucional é privilegiada do ponto de vista político e jurídico e é neste sentido que a interpretação jurídica se distingue da interpretação na literatura ou na filosofia. A interpretação judicial consiste em uma prática imperativa e possui caráter de comando na medida em que se define tendo como horizonte um problema sobre *quem manda* e *quem obedece*.¹³ O juiz não apenas decide, mas define o sentido moral de uma comunidade e quais valores devem ser protegidos, ainda que em detrimento da ordem positiva vigente.

A ideia de distribuição e de compensação da justiça por intermédio do Poder Judiciário desenvolvida por Alexy assume que o direito é resultado de uma razão prática objetiva. Todavia, como observado, a atuação à margem da legalidade representa uma condição essencial para a atividade judicial nos atuais Estados Democráticos de Direito. A pretensão de correção, quando diz respeito a reiteradas decisões *contra legem*, só é possível por meio da institucionalização e da primazia da exceção.

Para ilustrar a prática jurisdicional relacionada a essa “jurisprudência totalitária dos valores” serão apresentadas algumas decisões do Poder Judiciário brasileiro no decorrer do ano de 2016 que justificaram a violação da ordem jurídica objetiva com o objetivo de preservar um princípio moral “superior” da comunidade, tal qual ele é entendido e constituído pelo próprio Poder Judici-

¹¹ “Dieser Anspruch bezieht sich anders als der des allgemeinen praktischen Diskurses nicht darauf, daß die fragliche normative Aussage schlechthin vernünftig ist, sondern nur darauf, daß sie im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründet werden kann” (Alexy, 1983, p. 351).

¹² “Nicht zu unterschätzen ist schließlich die Funktion der Theorie des rationalen juristischen Diskurses als Definition eines Ideals” (Alexy, 1983, p. 358).

¹³ “Legal interpretation is practical activity in quite another sense, however. The judicial word is a mandate for the deeds of others. Were that not the case, the practical objectives of the deliberative process could be achieved, if at all, only through more indirect and risky means. The context of a judicial utterance is institutional behavior in which others, occupying preexisting roles, can be expected to act, to implement, or otherwise to respond in a specified way to the judge’s interpretation. Thus, the institutional context ties the language act of practical understanding to the physical acts of others in a predictable, though not logically necessary, way. These interpretations, then, are not only ‘practical’, they are, themselves, practices” (Cover, 1985-1986, p. 1611).

ário. Seja para proteger a “ordem pública” e a “administração da justiça” ou para evitar “prejuízo ao ensino”, as decisões a seguir demonstram com clareza que suas razões permitem a manutenção de práticas interpretativas semelhantes às características do nazifascismo, conforme descrito anteriormente.

Em setembro de 2016, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) manteve o arquivamento da representação contra o juiz federal Sérgio Moro, interposta por dezenove advogados no contexto da Operação Lava Jato. O juiz já havia sido denunciado ao Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2016a) por violação à ordem jurídica e ao princípio da legalidade no curso da Operação, dado que teria por objetivo alcançar determinados fins de maneira estratégica, ainda que em detrimento do Estado de Direito (Brasil, 2016b). Restou demonstrado que certos aspectos das investigações eram conduzidas por Sérgio Moro fora dos limites da lei e que o juiz autorizava, inclusive, grampos em escritórios de advocacia dos advogados que atuavam no caso, além da produção de provas ilícitas para instruir o processo. A atuação ilegal do juiz se notabilizou em meio à opinião pública devido à irregular divulgação das interceptações telefônicas de alguns acusados na Operação Lava Jato. Segundo o Supremo Tribunal Federal:

Não há como conceber a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. [...] Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade (Brasil, 2016a, p. 14).

Todavia, o mais curioso nessa situação não é a decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 23.457, mas sim a decisão do TRF4 que arquivou a solicitação de abertura de Processo Administrativo Disciplinar em face do juiz Sérgio Moro. A representação sustentava que o juiz tinha por objetivo gerar fato político-partidário ao tornar de conhecimento público as comunicações telefônicas efetivadas no âmbito da Operação Lava Jato. O mais significativo da decisão é a fundamentação dada pelo Desembargador que a prolatou:

[...] a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais. [...] Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada operação “lava jato”, sob a

direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no Direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns [...] Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, [...], é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal (Brasil, 2016b, p. 4).

Segundo a decisão acima, o juiz que conduz a Operação Lava Jato não precisa seguir as regras dos processos comuns, já que a Operação conforma um conjunto de investigações que escapam ao regulamento ordinário dado pela ordem jurídica. Foram assim justificadas as sistemáticas violações ao Estado de Direito, não sendo passível de repreensão disciplinar o juiz Sérgio Moro – embora a divulgação das conversas telefônicas tenha se dado de forma irregular, como confessou o juiz denunciado. Princípios constitucionais objetivos como a presunção de inocência, a ampla defesa e o sigilo de comunicações são violados por meio da função jurisdicional e legitimados pelos órgãos superiores do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o estado de exceção é decretado pelos juízes, guardiões dos valores fundamentais da sociedade e tradutores da “moral social racional”, em sintonia com a teoria do direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin e com a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Vejamos outro caso. Em outubro de 2016 mais de mil escolas brasileiras foram ocupadas por estudantes secundaristas e universitários contrários às medidas de austeridade que estavam sendo elaboradas pelo Governo Federal (Corrêa, 2016). Os estudantes protestavam contra a reforma do Ensino Médio e a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 241 (Rossi, 2016), que estabelece um teto para os gastos públicos brasileiros durante vinte anos, prejudicando a educação, a saúde e outras políticas públicas que protegem direitos sociais. Sob o argumento de que as ocupações representavam prejuízos ao ensino e riscos à segurança dos estudantes, o Poder Judiciário do Distrito Federal e Territórios prolatou decisão em 30 de outubro de 2016 autorizando a desocupação compulsória das escolas por meio do que muitos analistas viram como técnicas de tortura. Na decisão, o juiz autorizou que a polícia militar: (a) suspendesse o fornecimento de água, energia e gás aos estudantes; (b) suspendesse o acesso de terceiros ao local, em especial de parentes e conhecidos dos estudantes; (c) suspendesse o fornecimento de alimentos aos

estudantes; (d) usasse instrumentos sonoros contínuos voltados para os estudantes, de modo a cansá-los e a desmobilizá-los (Marques, 2016). Segundo Marques, integrante do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e do Núcleo de Estudos de Violência da Universidade Estadual de São Paulo (NEV-USP), a decisão sob análise legitimou a tortura porque

Todo o tipo de restrição, seja do sono, de alimentos ou de água podem causar os mais diversos danos ao indivíduo. Discute-se muito a “tortura *light*”, utilizada por soldados americanos, que se baseia em formas de gerar sofrimento com utilização de sons, iluminação, restrição de alimentos e do sono. Especialistas alertam para os danos que tais práticas causam ao organismo, sobretudo quanto ao aspecto emocional e psicológico. [...] Quando a tortura é autorizada e oferecida como estratégia por juízes, que deveriam zelar pelas garantias de direitos fundamentais, precisamos nos perguntar em que Estado nos encontramos. Sobre tudo quando tais atos são direcionados contra adolescentes (Marques, 2016).

A expressiva definição dada por Cover à tortura a relaciona com a destruição do mundo normativo da vítima, amoldando-se perfeitamente ao caso em comento: “The deliberate infliction of pain in order to destroy the victim’s normative world and capacity to create shared realities we call torture” (Cover, 1985-1986, p. 1603). A decisão do juiz de desocupar as escolas certamente lançou mão de estratégias para destruir o mundo normativo dos estudantes, na mesma medida em que reafirmava o mundo normativo institucional ao infligir dor e sofrimento concretos. O juiz interpretou a ordem jurídica usando valores abstratos como “segurança” e “direito ao ensino”, por ele tornados verdadeiros mediante sua ação performativa, ao mesmo tempo em que determinava medidas concretas para restringir as possibilidades de ação dos estudantes, tornando-os indefesos

para que a decisão fosse cumprida pela polícia da maneira mais truculenta.¹⁴ Ainda segundo Cover (1985-1986, p. 1606 -1607), “Legal interpretation is either played out on the field of pain and death or it is something less (or more) than law”. Tal significa dizer que

Legal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it (Cover, 1985-1986, p. 1601).

Ademais, o juízo que proferiu a decisão violou a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 227, *caput*,¹⁵ além de violar normas internacionais de proteção à criança¹⁶ como o artigo 3º, 1º,¹⁷ o artigo 12, 1 e 2¹⁸ e o artigo 13, 1,¹⁹ todos da Convenção sobre os direitos da criança da ONU. Considerando tais violações, percebemos claramente que a interpretação legal não é apenas uma atividade prática como é classificada pelas teorias jurídicas contemporâneas. Além de ser uma atividade prática, ela é desenhada para gerar ameaças e violências reais de modo efetivo (Cover, 1985-1986, p. 1610). Essas características rompem com os modelos de racionalidade interpretativa que postulam ideais metadiscursivos e que escolhem conscientemente não discutir as consequências violentas da interpretação jurídica. Alexy supõe que o juiz é, ou pelo menos pode

¹⁴ “Such procedures are clearly characterized as torture practices largely used by repression forces in states of exception throughout the planet, which we imagined were definitely distant from our country. The authorization of such methods by the judicial authority, the same that should guarantee the observance of the law, against teenagers and younglings who are trying to defend public and quality education, shows the attacks against the Rule of Law in Brazil and the level of decay of our democracy” (Faria Filho, 2016).

¹⁵ “Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Brasil, 1988).

¹⁶ “Artigo 1º - Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes” (ONU, 1989).

¹⁷ “Artigo 3 - 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (ONU, 1989).

¹⁸ “Artigo 12 - 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional” (ONU, 1989).

¹⁹ “Artigo 13 - 1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança” (ONU, 1989).

ser, racional ao ponderar (Bernal, 2010, p. 101-135). Contudo, formalizar o discurso judicial da ponderação a partir de uma idealização significa mascarar o fato de que a interpretação jurídica está dentro de um sistema destinado a gerar violência.²⁰ De forma semelhante, a estrutura do Poder Judiciário no III Reich dispensava o juiz do fardo ético relativo às consequências da decisão, desde que considerasse os “valores” e as “tradições superiores do povo alemão” e assim participasse de uma noção substancial de direito e de justiça.

Vamos a um último exemplo. Em novembro de 2016, o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro proferiu decisão deferindo o cumprimento de mandado de busca e apreensão coletivo genérico no bairro Cidade de Deus, zona periférica da cidade do Rio de Janeiro na qual predomina a pobreza (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2016). O juízo prolator da decisão justificou a medida em razão da situação excepcional e para proteger a “ordem pública” e o “morador de bem”, nos seguintes termos: “Os criminosos não se estabelecem em um único local, mas vão ocupando casas, inclusive de moradores de bem, ficando difícil apontar uma residência em específico. Em tempos excepcionais medidas também excepcionais são exigidas, com o intuito de restabelecer a Ordem Pública aviltada” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 9). Concretamente, a decisão autorizou a polícia a procurar pessoas em conflito com a lei, notadamente as que estivessem envolvidas com o tráfico de entorpecentes. Todavia, para realizar tal operação, a polícia foi autorizada pelo Poder Judiciário a, de forma indiscriminada, entrar nas residências de todas as pessoas que moram na área de atuação dos investigados. A decisão prolatada pelo juízo que autorizou a ação contém a seguinte justificativa:

Questão que suscita vivo debate na doutrina refere-

-se à admissibilidade de expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, que abarquem todo um quarteirão, conjunto habitacional, ocupação ou favela, e a compatibilidade de tal procedimento com a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Segundo o princípio da proporcionalidade deve o julgador sopesar os bens jurídicos envolvidos, no momento de proferir sua decisão. Frise-se que os direitos individuais não são absolutos merecendo a sua relativização quando em conflito com interesses maiores. O interesse coletivo deve preponderar sobre o interesse individual quando este estiver servindo de “escudo” para a prática de crimes. Vale mencionar que o seu cabimento deve ser admitido especialmente contra grupos criminosos, hipóteses nas quais seria admissível a sobreposição “do bem comum a ser alcançado pelo Estado” a direitos e garantias fundamentais do cidadão, desde que haja determinação específica da localidade onde a diligência será cumprida (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 8-9, grifos nosso).

A decisão não delimitou o objeto passível de busca domiciliar e nem as pessoas sobre o qual recairia e, nesse sentido, violou o disposto no artigo 243 do Código de Processo Penal brasileiro vigente, diploma famoso por seu autoritarismo, o qual, contudo, não pareceu suficiente ao juízo prolator da decisão em comentário.²¹ Ademais, o juízo que proferiu a decisão violou a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, X,²² além de desconsiderar normas internacionais de proteção à pessoa humana, tais como o artigo 11, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)²³ e o artigo 17, I e 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU.²⁴ Ao ponderar a respeito da prevalência do interesse coletivo sobre o interesse do particular e admitir que a violação da ordem jurídica é possível quando se protege o “bem comum”, ainda que em detrimento de

²⁰ “Because legal interpretation is as a practice incomplete without violence – because it depends upon the social practice of violence for its efficacy – it must be related in a strong way to the cues that operate to bypass or suppress the psycho-social mechanisms that usually inhibit people’s actions causing pain and death. Interpretations which occasion violence are distinct from the violent acts they occasion. When judges interpret the law in an official context, we expect a close relationship to be revealed or established between their words and the acts that they mandate. That is, we expect the judges’ words to serve as virtual triggers for action. We would not, for example, expect contemplations or deliberations on the part of jailers and wardens to interfere with the action authorized by judicial words. But such a routinization of violent behavior requires a form of organization that operates simultaneously in the domains of action and interpretation. In order to understand the violence of a judge’s interpretive act, we must also understand the way in which it is transformed into a violent deed despite general resistance to such deeds; in order to comprehend the meaning of this violent deed, we must also understand in what way the judge’s interpretive act authorizes and legitimates it” (Cover, 1985-1986, p. 1613-1614).

²¹ “Artigo 243 - O mandado de busca deverá: [...] I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; [...] II - mencionar o motivo e os fins da diligência [...]” (Brasil, 1941).

²² “Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]” (Brasil, 1988).

²³ “Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação [...]” (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 1969).

²⁴ “Artigo 17 - 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas” (ONU, 1966).

direitos e garantias fundamentais, observa-se o espectro de teorias como as de Dworkin e Alexy fundamentando a decisão judicial. Cabe perguntar: o que é “bem comum”, “interesse coletivo” ou “ordem pública”? Trata-se de um privilégio do juiz decidir o significado desses valores por meio da interpretação jurídica “racional” que realiza no caso. Aos que objetarem no sentido de que a decisão em tela acabou sendo cassada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é bom lembrar que, tristemente, ela começa a fazer parte da “integridade” do direito brasileiro: em 23 de novembro de 2016 foram executados pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro quatro mandados de busca e apreensão coletivos na Cidade de Deus (*Estadão*, 2016).

Conclusão

Agora, recapitulando tudo que foi dito, é preciso repetir uma vez mais qual é o objetivo deste artigo. Não esperamos com ele comprovar que autores da teoria jurídica contemporânea como Dworkin e Alexy fundamentaram seus trabalhos em construções de teóricos nazifascistas. Da mesma maneira, não é nosso objetivo demonstrar que não existe diferença entre os Estados totalitários dos anos 1930/1940 e os atuais Estados Democráticos de Direito. Ambas as posições seriam historicamente falsas e teoricamente desonestas. O que pretendemos, ao contrário, é discutir a manutenção acrítica de um padrão de entender o direito que não se limita unicamente a cenários claramente autoritários ou totalitários, muito embora se desenvolva com mais intensidade em tais realidades. Nesse sentido, este artigo faz parte de um esforço de investigação muito mais amplo que integra o escopo do projeto de pesquisa do qual os autores fazem parte,²⁵ tendo por objetivo realizar uma crítica filosófica radical dos operadores conceituais básicos do pensamento jurídico (propriedade, legalidade, contrato, sujeito, exceção, normalidade etc.) com vistas à abertura de novas possibilidades de *pensar e experimentar* o direito (ou a normatividade social).

Para além de trabalhos mais teóricos (cf., por exemplo, Matos, 2015), o grupo desenvolve análises específicas relativas a temas atuais, tal como é o caso deste artigo, que tem por finalidade unicamente expor as afinidades, as semelhanças e os secretos vínculos entre um *estilo de pensar o direito*, que se tem acriticamente por libertário e garantista – cujos exemplos máximos são hoje as obras de Alexy e Dworkin – e outra tradi-

ção, incômoda e que preferiríamos ver esquecida, calçada em autores nazistas como Schmitt, Wolf e Larenz. Ao longo do texto identificamos em ambas as tradições a preponderância da figura de um juiz “criativo” e comprometido com os valores morais que integrariam a comunidade da qual ele seria a personificação racional. Com isso pretendemos colocar a descoberto um fato que, mesmo óbvio, muitas vezes é convenientemente desconsiderado: juízes são funcionários do poder político que governa um país. Ademais, integram uma classe social muito específica e comprometida com a manutenção do sistema político-jurídico-econômico vigente, a partir do qual auferem substanciais vantagens pecuniárias e uma estendida e valiosa respeitabilidade social. Quando o poder político se torna autoritário – ou melhor, quando aprofunda seu autoritarismo latente – e passa a resistir às normas de direito que podem vir a limitá-lo, a tendência do Poder Judiciário tomado como entidade coletiva – por mais que individualmente alguns juízes possam disso discordar em casos concretos – é abandonar a interpretação objetiva do direito e passar a realizar uma hermenêutica excessiva, aberta e “criativa” cuja função é garantir a manutenção do *status quo* político e do *atual estilo de pensar* o direito, como provam as três significativas decisões de juízes brasileiros comentadas neste texto, e que poderiam ser facilmente estendidas a outros países caso o espaço deste texto não fosse limitado.

Mais do que uma perversidade específica do Poder Judiciário, essa tendência indica algo muito mais profundo e originário: a limitação autoritária intrínseca a certo *estilo de pensar o direito*, calcado em uma ideia de direito tecnicizada, hierárquica, sacral, exceptiva e radicalmente hostil a qualquer forma verdadeiramente democrática de construção coletiva do social e que, aqui, identificamos como fascista em sentido lato. Ainda que militarismo, xenofobismo e nacionalismo não estejam presentes hoje com as mesmas significações dos anos 1930/1940, são panos de fundo necessários para a articulação no Brasil do discurso da lei e da ordem, sempre calcado em expressões como “pessoas de bem”, “ordem pública”, “interesse nacional”, “respeito à autoridade” etc.

Para escapar de tal limitação cognoscitiva própria do direito – de hoje e dos anos 1930/1940 – é preciso um longo caminho de crítica e de autocritica em que todos os universalismos, moralismos e progressismos sejam desativados. Todavia, enquanto tal não for feito,

²⁵ Uma descrição sumária do projeto de pesquisa em tela – chamado *Filosofia Radical do Direito e do Estado* – pode ser lida no sítio eletrônico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (http://www.pos.direito.ufmg.br/?page_id=1921#).

talvez seja interessante que nossas sociedades possam pensar nas vantagens que teorias do direito (e da interpretação jurídica) menos instáveis e hermeneuticamente abertas podem trazer para um cenário de urgência social em que, no mundo todo, forças conservadoras e autoritárias assumem o governo dos povos. Em tais situações – é o que a história da teoria jurídica alemã nos mostra –, confiar no Poder Judiciário como possibilidade de contenção do poder político e do poder econômico que o tutela não é apenas uma péssima opção, mas um erro estratégico grave. A comparação – e mais: a completa intercambialidade – dos trechos citados neste artigo da lavra ora de juristas nazistas e ora de contemporâneos pode representar, nesse sentido, um choque instrutivo e propriamente filosófico.

Referências

- AGAMBEN, G. 1995. *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino, Einaudi, 233 p.
- ALEXY, R. 1983. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 397 p.
- AMADO, J.A.G. 2012. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 104:53-127.
- ANGERMUND, R. 1990. *Deutsche Richterschaft (1919-1945): Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*. Frankfurt-am-Main, Fischer, 288 p.
- ARENDT, H. 1951. *Origins of totalitarianism*. New York, Harcourt, 576 p.
- BENDERSKY, J.W. 2000. *A history of nazy Germany*. 2ª ed., Chicago, Burnham, 244 p.
- BENJAMIN, W. 1991. Über den Begriff der Geschichte. In: von Hermann Schweppenhäuser; Rolf Tiedemann (Hrsg). *Gesammelte Werke*. Band I/2. Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, p. 690-708.
- BERNAL, A.B. 2010. Crítica da concepção de sistema jurídico e razão prática de Robert Alexy. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 52:101-135. <https://doi.org/10.5380/rfdupr.v52i0.30699>
- BONNARD, R. 1950. *El derecho y el estado en la doctrina nacional-socialista*. Barcelona, Bosch, 248 p.
- BRASIL. 1941. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 21/04/2017.
- BRASIL. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21/04/2017.
- BRASIL. 2016a. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 23.457. Relator: Ministro Teori Zavascki. Reclamante: Presidente da República. Reclamado: Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, Brasília, DF, 13 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em: 21/04/2017.
- BRASIL. 2016b. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Processo Administrativo Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Voto do Relator. Relator: Des. Rômulo Pizzolatti. Interessado: Corregedoria regional da justiça federal da 4ª região. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 21/04/2017.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Adotada na Conferência Especial Interamericana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 22/11/1969. Adotada pelo Brasil em 25/09/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 21/04/2017.
- CORRÊA, M.D.C. 2016. A escola contra o estado: a escola tornou-se o útero de um mundo que está por vir. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2016/10/13/a-escola-contra-o-estado/> Acesso em: 21/04/2017.
- COVER, R.M. 1985-1986. Violence and the word. *The Yale Law Journal*, 95:1601-1629. <https://doi.org/10.2307/796468>
- DWORKIN, R. 1986. *Law's empire*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University, 470 p.
- EBENSTEIN, W. 1943. *The nazi state*. New York/Toronto, Farrar & Rinehart, 355 p.
- ESPOSITO, R. 2013. *Due: la macchina della teologia politica e il posto del pensiero*. Torino, Einaudi, 233 p.
- ESTADÃO. Polícia prende 14 em megaoperação na Cidade de Deus. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias-brasil/2016/11/23/policia-prende-14-em-megaoperacao-na-cidade-de-deus.htm>. Acesso em: 21/04/2017.
- FARIA FILHO, L.M. de. 2016. Against torture of students in Brazil: an outcry for international solidarity. Disponível em: <https://blogdopensar.files.wordpress.com/2016/11/juiz-brasileiro-autoriza-tortura-ingles3aas.pdf>. Acesso em: 21/04/2017.
- HERBE, D. 2008. *Hermann Weinkauff (1894-1981): der erste Präsident des Bundesgerichtshofs*. Tübingen, Mohr Siebeck, 312 p.
- LARENZ, K. 1934. *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart v. 109). Tübingen, Mohr, 44 p.
- LUMMIS, C. D. 1996. *Radical democracy*. Ithaca, Cornell University, 200 p.
- MARQUES, G. 2016. Justiça do DF autoriza uso de técnicas de tortura contra estudantes em ocupações. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/11/justica-do-df-determina-uso-de-tecnicas-de-tortura-contra-estudantes-em-ocupacoes-8772.html>. Acesso em: 21/04/2017.
- MATOS, A.S. de M.C. 2015. *Filosofia radical y utopía: inapropiabilidad, anarquía, a-nomia*. Bogotá, Siglo del Hombre, 216 p. <https://doi.org/10.4000/books.sdh.550>
- MATOS, A.S. de M.C.; MILÃO, D.A.P. 2013. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Seqüência*, 67:111-137. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p111>
- MÜLLER, I. 1987. *Furchtbare Juristen: die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München, Kindler, 320 p.
- NEUMANN, U. 1994. Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945. In: D. SIMON (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*. Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, p. 145-187.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 1966. *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*. Adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 16/12/1966. Adotada pelo Brasil em 24/01/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21/04/2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 1989. *Convenção sobre os direitos da criança*. Adotada e aberta para assinatura, ratificação e adesão pela Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 20/11/1989. Ratificada pelo Brasil em 24/09/1990. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Acesso em: 21/04/2017.
- ROSSI, M. 2016. PEC 241: Com quase 1.000 escolas ocupadas no país, ato de estudantes chega a SP. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/24/politica/1477327658_698523.html. Acesso em: 21/04/2017.
- RÜTHERS, B. 1968. *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen, Mohr Siebeck, 551 p.

- RÜTHERS, B. 2001. *Geschönte Geschichten, Geschönte Biographien: Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen. Ein Essay.* Tübingen, Mohr Siebeck, 189 p.
- SCHIAVONE, A. 2005. *Ius: l'invenzione del diritto in occidente.* Torino, Einaudi, 602 p.
- SCHMITT, C. 1922. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität.* Berlin, Duncker & Humblot, 72 p.
- SCHMITT, C. 2002. *Römischer Katholizismus und Politische Form.* Stuttgart, Klett-Cotta, 69 p.
- SCHMITT, C. 2011. O Führer protege o direito. In: R.P. MACEDO JR, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* 2ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 162-167.
- STAFF, I. (Hrsg.). 1978. *Justiz im Dritten Reich: Eine Dokumentation.* Frankfurt-am-Main, Fischer, 236 p.
- STEINWEIS, A.E.; RACHLIN, R.D. (eds.). 2015. *The law in nazy Germany: ideology, opportunism, and the perversion of justice.* New York, Berghahn, 256 p.
- STOLLEIS, M. 1994. *Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus.* Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 342 p.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2016. Habeas corpus nº 0061167-57.2016.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez. Paciente: Moradores da Favela Cidade de Deus. Impetrantes: Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e Núcleo contra a Desigualdade Racial da Defensoria Pública. Impetrado: Juízo do Plantão Judiciário Noturno da 1ª Instância (21/11/2016). Disponível em: <http://cdn01.justificando.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2017/02/15113103/DOC-20170210-WA0024-1.pdf>. Acesso em: 21/04/2017.
- TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO. 2016 TRF4 mantém arquivamento de representação contra juiz Sérgio Moro, 22 de setembro de 2016. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12276. Acesso em: 21/04/2017.
- WOLF, E. 1934. Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, **28**:348-363.

Submetido: 10/06/2017
Aceito: 28/11/2017