

O POSITIVISMO JURÍDICO E O REGIME NACIONAL-SOCIALISTA ALEMÃO

LEGAL POSITIVISM AND NATIONAL-SOCIALIST GERMAN REGIME

Anna Christina Gris¹
Luciene Dal Ri²

RESUMO

O presente trabalho discute sobre a colaboração do positivismo jurídico no que se refere o surgimento de regimes autoritários no fim do século XIX até metade do século XX, especialmente no que tange ao desenvolvimento do regime Nacional-Socialista Alemão. Para isso se faz um breve apanhado da forma de organização do Estado Nacional-Social, bem como a sua forma de organização jurídica que foi estabelecida neste período, traz-se posteriormente o positivismo jurídico e as escolas antissistemáticas surgidas no período. Por fim abordam-se os argumentos das acusações feitas contra o positivismo no que se refere a sua culpa no surgimento e consolidação do regime Nacional-Socialista e suas atrocidades.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Jurisprudência dos Interesses. Nacional-Socialismo.

ABSTRACT

This paper discusses the collaboration of legal positivism as regards the emergence of authoritarian regimes in the late nineteenth century to the mid-twentieth century, especially in regard to the development of the National Socialist German regime. For it gives a brief overview of the organizational form of the National Social State and its form of legal organization that was established in this period, it was subsequently brings legal positivism and antissistemáticas schools that arose in the period. Finally address to the arguments of the

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí em 2013. Especialista em Direito Público pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Email - anna_brum_gris@hotmail.com>

² Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Pesquisadora da Fondazione Cassamarca, Itália. Doutorado em Direito civil-romanístico pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (2009). Mestrado em Direito Romano pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (2004) possuindo e em Estudos Medievais pela Pontificia Università Antonianum, Roma (2006). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Email - lucienedalri@yahoo.com.br

charges against positivism regarding his guilt in the emergence and consolidation of the National Socialist regime and its atrocities.

Keywords: Legal Positivism. Jurisprudence of Interests. National Socialism.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo do questionamento quanto à tendência antidemocrática do positivismo normativo, acusado de ser a teoria jurídica que permitiu a consolidação do Regime Nacional-Socialista alemão, especialmente no que tange às atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial.

Para isso, levam-se em conta os acontecimentos históricos e políticos que resultaram na formação do regime nacional socialista, seus fundamentos políticos e, principalmente, sua forma de organização jurídica, bem como os argumentos que fundamentaram a acusação de sua culpa quanto às atrocidades dos regimes.

O tema é de importância basilar à teoria do direito e à prática jurídica, pois o positivismo jurídico é corrente dominante no mundo jurídico.

Além do que, com base nas acusações lançadas contra a corrente doutrinária positivista, nos últimos anos foram propostas modificações na forma de se pensar o direito, sobretudo no que tange a forma avaliativa de conceber o direito.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em 3 Itens: no item 1, se aborda o contexto histórico que possibilitou a ascensão de regimes antidemocráticos, em especial o Nacional-Socialismo alemão, para então se abordar as bases ideológicas em que se fundava e como juntas possibilitaram o Holocausto ; quando no Item 2, Trata-se do positivismo jurídico e da situação do direito na Alemanha durante toda a República de Weimar até o fim do poder do Regime Nacional Socialista alemão, levando em conta o aparecimento de correntes antissistemáticas e como influenciaram o direito nazista; por fim, no Item 3, conclui-se trazendo os argumentos das acusações lançadas contra o positivismo jurídico no que se refere ao Nazismo, verificando-se a plausibilidade desses argumentos.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados.

Assim, foi levantada a seguinte pergunta de pesquisa: A teoria do positivismo jurídico é antidemocrática e teria sido o instrumento jurídico que viabilizou o autoritarismo do regime nacional socialista e suas atrocidades?

Levantando-se como hipótese, a afirmativa de que o positivismo jurídico, com sua rígida teoria da separação do direito com a moral poderia ter influenciado o surgimento de regimes antidemocráticos³.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema.

2. DO CONTEXTO HISTÓRICO

O Direito, após a segunda guerra mundial, experimentou uma série de modificações e adaptações em relação ao seu conteúdo e forma de aplicação, isso também como resultado da indignação diante das atrocidades cometidas contra pessoas por regimes antidemocráticos surgidos no fim do século XIX.

Para isso, busca-se estudar os motivos históricos e jurídicos que levaram a consolidação do regime nacional-socialista e a forma que tratava o direito nacional naquele período.

Primeiramente, há que se levar em conta, que o século XIX foi o século das promessas não cumpridas, onde não se logrou êxito em firmarem-se as democracias, nem se efetivou à maior parte da população os direitos liberais então prometidos pela Revolução Francesa, de forma que o Estado-Nacional, com seu sistema de classes, entrou em crise. (ARENDT, 2012, p.360)

Dentro desse contexto, os inúmeros regimes que precederam a 2ª guerra mundial, como o regime do nacional-socialismo, do fascismo e do marxismo, eram regimes que, sobretudo, questionavam a lógica do sistema e os ideais liberais e tentavam dar outra resposta ao Estado-Nacional em crise, inclusive no que tange o sistema jurídico estabelecido na época.

Assim, já no início do século XX boa parte da Europa encontrava-se sob a jurisdição de regimes antidemocráticos. (ARENDT, 2012, p.437)

Foi neste ambiente que ascendeu ao poder na Alemanha o regime Nazista, que somou seus ideais racistas e nacionalistas com o apoio incondicional da imensa maioria da

³ Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva. PASOLD, 2008, p. 83-86 e LEITE, 2001, p. 22-26.

população e dos juristas, dando legitimidade ao regime e possibilitando que a violência tomasse as proporções que tomou. (LOSANO, p.185)

Este regime chegou ao poder levantando duas bandeiras, o racismo, onde excluía de parte da população o direito de pertencer à raça humana, ligado ao nacionalismo⁴ com a ideia de unificação de uma raça superior. (ARENDT, 2012, p.26)

O nacionalismo adotado pelo regime Nazista trazia como um fundamento a unificação de um povo pelo idioma comum, sob o argumento de que se tratava de uma etnia superior às demais, sob a qual havia uma escolha divina, sendo seu destino dominar a humanidade. (ARENDT, 2012, p.326 e 327)

Desse modo, fica evidente que a decadência do prestígio do Estado Nação, acompanhada da decadência do sistema partidário após a 1ª Guerra Mundial, aliado a instabilidades econômicas, possibilitaram o afloramento de políticas autoritárias em vários cantos da Europa, sendo benéfico em especial ao regime nazista. (LOSANO, 2010, p.187)

O outro grande elemento caracterizador do regime nacional-socialista é o racismo, levado a proporções nunca antes vistas, especialmente no que se refere ao ódio judeu⁵.

Neste período, no mundo todo haviam surgido partidos com ideais antissemitas, tinham como principal argumento o fato de que os judeus constituíam um grupo alheio à sociedade, o que até era verdade, e que tinham grandes ambições políticas, o que não era verdade, os judeus sempre se mantiveram distantes da política de forma que lhes foi possível associar-se com o Estado constituído nas mais diferentes formas políticas. (ARENDT, 2012, p.62 e 65)

Traziam teorias de sua ambição de dominar o mundo, sua responsabilidade por guerras e mais todo tipo de argumento absurdo. Assim, a classe média e inferiores, principais atingidas pela crise econômica vivida no período, passam ser fortemente antissemitas. (ARENDT, 2012, p.68, 69 e 86)

⁴ Importante compreender que se torna muito conveniente a criação de um partido nacionalista em uma sociedade de classes, pois enquanto que os outros partidos levantavam bandeiras defendendo camadas específicas da população, os partidos nacionalistas se declaram superiores às classes, tendo como fim o bem maior da nação como um todo, deixando os demais partidos vazios, de forma que se tornaram extremamente populares entre as massas insatisfeitas. (ARENDT, 2013, p.355)

⁵ Os judeus, desde a idade média nunca conseguiram se assimilar à sociedade em geral, permanecendo sempre como um corpo separado da sociedade, ora como privilegiados ora como superprivilegiados, mas nunca como igual, formando assim, especialmente após a Revolução Francesa, um elemento intereuropeu em um mundo estruturado em estados-nacionais. Neste período, com a consolidação da política imperialista, inicia-se o declínio judeu com a perda de seu papel de financiador do Estado e por consequência da sua influência. ARENDT, 2012, p.18 e 41.

Porém, foi na Alemanha que ganhou maiores proporções, no momento em que se associou o antissemitismo ao nacionalismo, dentro de um regime totalitário, que tornaram capazes a execução do Holocausto.

Somente as raças superprivilegiadas⁶ faziam parte do povo, sendo que quem não fazia parte do povo, as minorias como judeus, ciganos, homossexuais, portadores de deficiência e etc, ou quem ao regime se opunha por questões ideológicas, deveriam ser descartados. (LOSANO, 2010, p.199)

O último elemento da lista dos quais se possibilitou a ascensão ao poder do regime nacional-socialista e a consolidação das suas atrocidades foi a adoção de uma política autoritária totalitarista.

O totalitarismo é o domínio total de todos os setores da sociedade, com objetivo de organização das massas, esse regime, não tolera outros partidos nem oposição, integra o exército ao governo e o governo ao partido. (LOSANO, 2010, p.200)

Consegue essa unidade através de maciças propagandas que disseminam o terror, usa mentiras utilitárias e ilógicas para difundir o medo e transformar a opinião pública em unanimidade. (ARENDT, 2012, p.474)

Utiliza o sentimento de inferioridade e insatisfação das massas para achar-lhes culpados, com fatos fictícios, dando a estes problemas mirabolantes soluções infalíveis e milagrosas. (ARENDT, 2012, p.28)

Criam-se assim condições artificiais de guerra civil, quando então proporcionam um sentimento de que podem fornecer segurança às pessoas, no entanto, ao chegar ao poder mantem esse ambiente de terror através de investigações, da polícia secreta e de organismo que dos mais variados modos aterrorizam a vida das pessoas. (ARENDT, 2012, p.530)

Quando chegam a seu ponto extremo, como forma de consolidar que se obteve o domínio total, criam-se campos de extermínio, somente para provar seu poder.

Assim, somando condições políticas de crise de uma forma de organização da sociedade europeia naquele momento histórico, o antigo racismo direcionado a comunidade judaica, com um regime totalitário fundado no terror e na ideia de uma nação que tinha por dever dominar as demais nações inferiores, consolidou-se um dos mais absurdos acontecimentos da história da humanidade, o Holocausto.

⁶ A partir da ideia darwinista de evolução das espécies, aproveitado o antigo ódio contra os judeus, surgem algumas teorias, estas sem nenhum caráter científico, que buscavam explicar a superioridade e inferioridade de algumas raças. Essas teorias foram largamente utilizadas por Hitler frente à população para embasar suas atrocidades quanto aos demais povos. LOSANO, 2010, p.194

Que resultou na morte de 4 milhões e meio a 6 milhões de pessoas, chegando ao assassinato de 6 a 12 mil pessoas por dias, isso fora de campos de batalhas, fazendo necessário a formação de uma nova categoria que caracterizasse tais crimes, cria-se assim o conceito de genocídio. (ARENDT, 2013. p. 142 e 220)

Nas palavras de Zagrebelsky (2011, p.106): “*Auschwitz no es un hecho histórico como tantos outros, sino um evento de la autoconciencia humana, una sobra que pesa em la consideración que el hombre pueda tener de sí mismo.*”.

Observa-se assim, que o Holocausto foi resultado de uma associação entre racismo, nacionalismo e autoritarismo totalitário, que unidos formavam a essência do regime nacional-socialista.

Como se sabe, o Holocausto teve lastro legal, sendo a maioria de suas atrocidades regulamentadas pelas leis de Nuremberg, foi então que se perguntou como os juristas alemães permitiram que tais atrocidades acontecessem. Para isso, far-se-á uma breve explanação da forma de concepção do direito instituída na Alemanha durante este período.

3. DO DIREITO NO REGIME NACIONAL SOCIALISTA E DO POSITIVISMO JURÍDICO

Quando se fala no Direito durante o regime nacional-socialista, é comum deparar-se com acusações em relação ao positivismo jurídico, que ganharam voz especialmente com Gustav Radbruch, sobretudo no que se refere a seus dogmas de obediência absoluta à lei e sua desvinculação de valores em relação à aplicação da norma.

Dessa maneira, torna-se importante o estudo do ambiente jurídico que a Alemanha viveu durante os anos que precederam a ascensão do regime.

No século XIX o mundo jurídico estava dominado pelo positivismo normativo e sua lógica sistemática.

Esta corrente doutrinária defendia um direito embasado unicamente na lei, com um ordenamento completo e coerente, sem interferências morais e ideológicas na sua aplicação, teve como seu principal teorizador Hans Kelsen (1881-1973), especialmente em sua obra Teoria Pura do Direito.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 274) o positivismo jurídico pode ser definido como:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores Transcendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve-se fundar em juízo de fato, que visam o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade.

Dessa forma, pode-se perceber que o positivismo jurídico tem como pressuposto a aproximação absoluta entre direito e norma, na afirmação de um direito exclusivamente estatal, justificado em sua forma, onde se qualificam as normas em decorrência de sua validade e não de seu conteúdo. Idealizando, por consequência, o direito como ordenamento jurídico sistemático completo e coerente, onde existem conceitos e instrumentos suficientes para a resolução de todos os conflitos possíveis, não havendo desse modo lacunas nem contradições. (BARROSO, 2015, p. 274)

Assim, direito é lei e ao julgador fica relegado o simples papel de aplicação da norma ao caso concreto, o que deve fazer através da subsunção entre fato e norma, onde apenas verifica se a conduta do agente é compatível com a descrita pela norma, aplicando ou não as consequências trazidas pela mesma. Sendo absolutamente impedido utilizar ou fazer qualquer relação aos valores morais durante aplicação da norma. (LOSANO, 2010, p.9)

Roberto Bobbio (2006, p.131, 132 e 133) descreve o positivismo jurídico através de sete elementos ou características fundamentais, que juntas resumem todos os postulados positivistas, que são: o direito abordado de forma avaliativa, ou seja, como um fato e não como um valor, da onde se extrai a teoria da validade do direito ou a teoria do formalismo jurídico; a definição do direito em função do elemento da coação, que fundamenta a teoria da coatividade do Direito, onde as normas se fazem valer por meio da força; o direito tendo como fonte preeminente a lei; a teoria da norma jurídica que aborda a norma como um comando, levando a teoria imperativista do direito; o direito concebido dentro de um ordenamento jurídico, elaborado como um conjunto de normas coerentes e completas entre si; o direito lido pelo método da ciência jurídica, que determina que o direito seja interpretado de

forma mecânica; e, por fim, a teoria da obediência, que se refere mais ao positivismo ético que ao positivismo jurídico.

Entretanto, como já dito, com a crise do Estado-Nação, de diversas partes do globo surgiram movimentos que questionavam a lógica do sistema implantado, como o socialismo e o autoritarismo. Do mesmo modo, na esfera jurídica também passaram a surgir movimentos que questionavam a lógica positivista, que acabaram por serem denominadas de correntes doutrinárias irracionaisistas ou antirracionaisistas. (LOSANO, 2010, p.141 e 142)

Em especial da Alemanha surgiram duas escolas doutrinárias antissistemáticas denominadas de movimento do direito livre e de jurisprudência dos interesses. (WOLKMER, 2006, p.203 e 204)

Essas duas correntes surgiram na mesma época, no fim do século XIX, iniciando como uma única corrente de pensamento que em 1905 se dividiu em dois setores, ambas se exauriram nos anos imediatamente anteriores a 2ª grande guerra. (LOSANO, 2010, p.149)

Sobre essas correntes Losano (2010, p.149.) comenta “[...] De fato, ambos eram caracterizados pela crítica contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvia uma atividade criadora do direito.”, podemos considerar que ambas as escolas tinham objetos e objetivos muito parecidos e que a jurisprudência dos interesses seria então a ala mais moderada do movimento do direito livre.

O movimento do direito livre, também conhecido como *jusliberalismo*, teve seu ápice nos anos de 1905 a 1914, sua consolidação e declínio se deu entre a 1ª guerra mundial e a ascensão do nacional socialismo em 1933, tendo força na Áustria e Alemanha. (LOSANO, 2010, p.151)

Sempre ligado à esquerda, era um movimento nascido para combater um sistema, buscando dar-lhe flexibilidade, defendendo, sobretudo, um papel de criação do Direito por parte dos juízes, entendendo que o juiz ao proferir sua sentença tem poder de decidir *prater* e *contra legem*, ainda que com algumas ressalvas em relação a este último. (HESPANA, 2005, p.407, 408 e 409)

Enquanto que para a jurisprudência dos interesses o juiz teria sim uma função criativa de adaptação da realidade, no entanto, não considerava possível o julgamento *contra legem*, que foi o grande motivo da cisão entre as duas escolas.

Basicamente, a jurisprudência dos interesses defendia que todo o caso era um conflito de interesses e que não seria possível ao legislador prever todos os conflitos, de modo que sempre existirá lacuna, cabendo ao juiz preenche-las, remetendo a soluções dadas em

casos análogos de onde seria possível extrair-lhes valores orientadores a todos os casos possíveis (LOSANO, 2010, p.164).

Portanto, não se remete a analogia pura e simples, mas à certos valores inerentes ao sistema, é desse modo uma nova forma de ver o sistema.

Com o advento da República de Weimar em 1919, a falta de ordem política, a desvalorização monetária, danos de guerra, desemprego e etc., tornaram a interpretação segundo os critérios da escola da exegese insuficientes para resolver os novos conflitos surgidos, de forma que se passa a utilizar na Alemanha os preceitos do movimento do Direito Livre, permanecendo assim até o início do regime Nacional-Socialista. (LOSANO, 2010, p.157)

Quando então, as ideias *jusliberalistas* foram readaptadas pelo movimento nacional-socialista e acabaram desse modo favorecendo o desvio da administração da justiça a serviço do totalitarismo. (HESPANA, 2005, p.408)

Pode-se observar que o nacional socialismo não construiu relevantes teorizações no campo do direito, pois o via como um obstáculo o qual era obrigado a suportar. (LOSANO, 2010, p.194)

O movimento nacional-socialista declarava-se antipositivista por duas razões essenciais: a primeira era porque considerava as leis como um empecilho à tomada do poder e posteriormente para o seu exercício e também porque o principal teórico do positivismo jurídico era Hans Kelsen, um judeu, de forma que não ressoava bem ao movimento apoiá-lo.

Apesar das muitas acusações feitas a respeito, a maior evidencia de que o nacional-socialismo nunca foi positivista é que nunca se preocupou em fazer uma reforma legislativa efetiva, nem mesmo a Constituição de Weimar foi revogada, ainda que efetivamente houvesse entrado em desuso. (ARENDT, 2013, p.613 e 614)

Assim, criou-se uma nova forma de ler o direito, adaptado das teorias *Jusliberalistas*, principalmente da Jurisprudência dos Interesses, onde se desvincula o juiz da lei e o subjugua a ideologia do partido no poder, de forma que todas as leis contrárias ao regime não precisam ser revogadas ou modificadas, pois o juiz sempre lhe dará interpretação segundo os ideais nazistas, podendo inclusive ser *contra legem*. (LOSANO, 2010, p.188)

Como comenta Losano:

Os juízes se viam, assim, na situação de atuar com dois tipos de normas. As emanadas pelo regime nacionalista deviam ser rigorosamente aplicadas, quase retornando ao tão criticado positivismo jurídico. Mas era só uma aparência, uma vez que também delas devia desviar assim que a razão

política o exigisse. As normas anteriores ao nazismo, ao invés, deviam ser aplicadas de modo frequentemente contrário à sua própria letra, corrigindo-as com o recurso ao “pensamento por ordenamentos concretos”, ao “bem comum”, à “boa fé”, ao são “sentimentos populares” e à “vontade do Fuher”. O direito perdia então qualquer certeza.

A situação jurídica ficou a seguinte, em relação às leis anteriores ao regime, que não haviam sido revogadas, os juízes negavam-lhes aplicação e aplicavam os ideais do movimento livremente, quanto às leis posteriores, tendiam a aplicá-las seguindo a lógica mais positivista possível, só se afastando quando ao regime fosse conveniente.

Primeiro destruíram a sistematicidade do Direito revogando-lhe as leis gerais e implantando a interpretação segundo os princípios orientadores, posteriormente, chegaram a substituir a justiça estatal, quando, por fim, em 1944, revogaram formalmente o princípio da legalidade, consolidando-se o denominado duplo-estado. (LOSANO, 2010, p.205)

Hannah Arendt (ARENDT, 2013, p.613 e 614) comenta:

[...] o totalitarismo nos coloca diante de uma forma totalmente nova de governo. É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele mesmo estabeleceu [...] ou que não se deu ao trabalho de abolir (Constituição de Weimar). Mas não opera sem a opinião de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente aquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis. A afirmação monstruosa, no entanto, aparentemente irresponsável do governo totalitário é que, longe de ser “ilegal”, recorre à fonte de autoridade da qual as leis positivas recebem sua legitimidade final; que longe de ser longe de ser arbitrário, é mais obediente a essas forças sobre-humanas que qualquer governo jamais foi; e que, longe de exercer o seu poder no interesse de um só homem, esta perfeitamente disposto a sacrificar os interesses vitais e imediatos de todos à execução do que supõe ser a lei da História ou a lei da Natureza. O seu desafio às leis positivas pretende ser uma fonte superior de legitimidade que, por inspirar-se nas próprias fontes, pode dispensar a legalidades menores. A legalidade totalitarista pretende haver encontrado um meio de estabelecer a lei da justiça na terra – algo que a legalidade da lei positiva certamente nunca pôde conseguir.

Para isso bastava-lhes uma classe de juízes condescendentes, que interpretassem de forma nova as leis anteriores ao regime, o que não foi difícil, tendo em vista que a maior parte dos juízes era de época anterior à República de Weimar e jamais haviam concordado com seus ideais, de modo que antes mesmo da ascensão do nazismo já não aplicavam de forma rigorosa as leis republicanas. Estes juízes viram no Nacional- Socialismo uma forma mais concentrada e firme de governo, de modo que o apoiaram. (LOSANO, 2010, p.188)

Ao regime, bastou-lhes retirar de cena os poucos juízes contrários a sua ideologia.

Esses juristas contribuíram ao regime principalmente confeccionando um elenco de princípios a serem seguidos, que em suma eram o racismo e o totalitarismo, sendo seus principais nomes Karl Larenz e Carl Schimdt. (LOSANO, 2010, p.208)

O direito, assim, possuía caráter puramente instrumental, que deveria garantir o exercício do regime no poder sob qualquer aspecto, não sendo conveniente a eles formar uma lógica sistemática legal, pois a lógica irracional do direito implantado casava bem com a irracionalidade do Regime.

Assim Hannah Arendt (2013, p.615) explica:

A política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro, não estabelece seu próprio *consensus iuris*, não cria, através de uma revolução uma nova forma de legalidade. O seu desafio a todas as leis positivas, inclusive às que ele mesmo formula, implica na crença que pode dispensar a qualquer *consensus iuris* e ainda assim não resvalar para o estado tirânico da ilegalidade, da arbitrariedade e do medo. Pode dispensar o *consenso iuris* porque promete libertar o cumprimento da lei de todo ato ou desejo humano; e promete a justiça na terra porque afirma tornar a humanidade a encarnação da lei.

Portanto conclui-se que nos anos que precederam a ascensão do regime nacional socialista e em especial durante o regime, a teoria jurídica alemã não se desenvolveu com base em preceitos positivistas, aplicando-se, neste período, um regime jurídico diferenciado.

4. DA CULPA DO POSITIVISMO JURÍDICO QUANTO AO REGIME NAZISTA E SUAS ATROCIDADES.

Pelo o que já foi exposto, vê-se que a acusação feita ao positivismo jurídico, vinda especialmente de Gustav Radbruch, de que seria o responsável pelas atrocidades cometidas durante o regime Nacional-Socialista, não se sustenta, tendo em vista que o positivismo jurídico não foi a corrente doutrinária jurídica aplicada durante os anos de domínio nazista e não era aplicado com rigor nem mesmo nos anos que antecederam a ascensão do regime.

Mas então se pergunta qual o motivo dessa acusação e porque foi dada tanta importância a ela?

Obviamente que após a queda do nazismo e a abertura ao mundo de todas as atrocidades cometidas durante o regime, foi inevitável que se fizessem questionamentos de como foi possível que todos tivessem apoiado o nazismo e, principalmente, como os juristas,

que pela lógica deveriam ter sido os maiores opositores a revogação do Estado de Direito, foram levados a legitimar o regime cancelar suas crueldades.

Uma das primeiras respostas, veio em 1946, quando Gustav Radbruch colocou a culpa no positivismo jurídico, como Losano (2010, p.235) explica:

Segundo a tese de Radbruch, os juristas alemães aceitaram de bom grado as leis iníquas dos nacionais-socialistas porque o positivismo jurídico os habituara a não colocar em discussão o direito positivo. Este último era direito por ser estatuído pela autoridade que tinha força para aplicá-lo. Assim como nos soldados havia sido inculcado o princípio de que ordens não se discutem, mas se aplicam (*Gesetz ist Gesetz*). Concluía Radbruch: “o positivismo jurídico, com seu princípio de que ‘lei é lei’, tornou os juristas alemães inertes contra leis de conteúdo arbitrário.”.

Esta teoria pareceu legitimar-se quando, nos julgamentos de Nuremberg, vários comandantes Nazistas levantaram a tese de defesa que haviam cometido “atos de Estado”, decorrentes de sua obediência às leis e a ordens superiores, não podendo ser responsabilizados, argumento que não foi aceito, mas que deu força à ideia de cumprimento de dever legal. (ARENDR, 2013, p. 109)

Como observou-se, essa tese não tem fundamento, tendo em vista que os juristas alemães não agiam pela lógica puramente positivista desde o advento da República de Weimar, quando se negaram a aplicar um direito progressista. (LOSANO, 2010, p.237)

Bem como, durante a totalidade do regime nacional socialista quando não foram chamados a agir como positivistas, pelo contrário, foram orientados a interpretar e em alguns casos até mesmo afastar a aplicação de leis contrárias ao regime, todas as leis deveriam ser aplicadas segundo os valores do regime, como já dito. (LOSANO, 2012, p.237)

Vê-se assim, claro desprezo a toda a base positivista, que seria aplicação da lei sem nenhuma acepção a valores de ordens morais e sem nenhum questionamento quanto ao seu conteúdo, no positivismo puro jamais um juiz não daria aplicação a uma lei válida, quanto mais lhe daria sentido contrário.

Essa tese, ainda que errônea, foi convenientemente acolhida pelos juristas alemães, especialmente os comprometidos com o regime, que viram nela uma explicação para os atos cometidos durante o regime, o que por consequência apagou por quase vinte anos a oportunidade de uma análise profunda do assunto. (LOSANO, 2010, p.235)

Ficando, dessa forma, comprometida qualquer argumentação quanto a responsabilidade direta do positivismo no surgimento do regime nacional socialista e seus atos cruéis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho buscou-se estudar o questionamento quanto à tendência antidemocrática do positivismo normativo, acusado de ser a teoria jurídica que permitiu a consociação do regime Nacional-Socialista alemão, especialmente no que tange às atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial.

Assim, aborda-se o contexto histórico político da ascensão do regime, especialmente ao que se refere a corrente doutrinárias jurídicas surgidas nos anos que antecederam sua tomada ao poder, contextualizando a aplicação do direito desde a República de Weimar até a derrota do regime nazista em 1945.

Para depois se analisar as acusações feitas ao positivismo jurídico e seus fundamentos verificando-se o que se sustenta e o que deve ser rechaçado.

Nesta perspectiva, nasce este trabalho dividido em 3 itens: no item 1, se aborda o contexto histórico que possibilitou a ascensão de regimes antidemocráticos, em especial o Nacional-Socialismo alemão, quando então brevemente se comenta as bases ideológicas sob as quais se fundava o regime e como juntas possibilitaram o Holocausto; no Item 2, trata-se do positivismo jurídico, que então era aplicado em todo o mundo, bem como da situação do direito na Alemanha durante toda a República de Weimar até o fim do poder do Regime Nacional Socialista alemão e como o aparecimento de correntes antissistemáticas acabaram influenciaram o direito nazista; por fim, no Item 3, conclui-se trazendo as acusações feitas contra o positivismo jurídico no que se refere ao Nazismo e verificando-se a plausibilidade ou não desses argumentos.

Dentro desse contexto se demonstrou que nos anos que antecederam a tomada do poder o regime Nacional-Socialista, houve o aparecimento de correntes doutrinárias significativas que questionavam a lógica sistemática positivista bem como a forma de organização do estado estabelecida, em especial a jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre.

Na Alemanha, desde o advento da república de Weimar, os juízes já não aplicavam o direito sob a lógica positivista, não dando efetividade às normas progressistas

republicanas embasados nos fundamentos das correntes doutrinárias denominadas de jurisprudência dos interesses e de movimento do direito livre.

Portanto, quando chegou ao poder, o regime Nacional-Socialista alemão, apenas adaptou a lógica da jurisprudência dos interesses, criando o paradigma de que todas as normas deviam ser aplicadas à luz dos ideais do partido e não mais do interesse. Mantendo-se, desse modo, o direito nos anos de regime Nazista bem longe da lógica positivista.

Verificando-se, desta forma, o grande erro da acusação proferida contra o positivismo e sua responsabilidade quanto o nacional socialismo, mostrando-se infundadas e rasas quaisquer acusações neste sentido.

Retoma-se assim a hipótese de pesquisa levantada, de que o positivismo jurídico, com sua rígida teoria da separação do direito com a moral teria dado viabilidade para regimes antidemocráticos especialmente ao regime Nacional-Socialista, o que não se verificou.

Pois, ainda que o Holocausto tenha sido regulamentado pelas leis de Nuremberg, restou comprovado que os juristas não seguiam a lógica positivista na aplicação das leis, tanto é que o regime não revogou grande parte das leis anteriores ao regime, às quais, no momento da aplicação, simplesmente eram afastadas ou dada interpretação contrária segundo os ideais do regime, inclusive porque o regime nunca se preocupou em elaborar uma legislação completa onde guardassem seus ideais e pudessem ser seguido pelo rigor positivista.

No mais, demonstrou-se que mesmo nos anos que antecederam o regime os juristas alemães já não aplicavam o direito no rigor positivista, sob clara influência da escola da jurisprudência dos interesses. Portanto, não há como se atribuir a culpa das atrocidades do regime nazista ao positivismo, simplesmente porque não o aplicaram durante os anos que permaneceram no poder.

Dessa forma, pelo todo demonstrado, fica comprovado que não há qualquer responsabilidade direta do positivismo jurídico em relação ao surgimento e consolidação do regime nacional socialista, nem aos seus atos e leis desumanas.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. XV Ed. São Paulo: Editora Companhia das letras, 2013.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. I Edição. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições sobre Filosofia do Direito**. I Edição, São Paulo: Icone Editora, 2006.

HESPANA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Edição, Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. VI Edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LOSANO, Mário G. **Sistema e Estrutura do Direito, volume 2: o Século XX**. I Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

ZAGREBELZKY, Gustav. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. X Edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídica: da Antiguidade Clássica à Modernidade**. I Edição, Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2006.

Recebido em 29.08.2016

Aprovado em 25.11.2016