

# POSITIVISMO E O REGIME NACIONAL-SOCIALISTA: INFLUÊNCIAS NA ASCENSÃO E NO PÓS-QUEDA DO NAZISMO

*POSITIVISM AND THE NATIONAL-SOCIALIST REGIME: INFLUENCES ON THE RISE AND POST-FALL OF NAZISM*

Andréa Neiva Coelho de Medeiros<sup>1</sup>  
Esley Porto<sup>2</sup>  
Felipe Torres Vasconcelos<sup>3</sup>

## Resumo

Neste estudo, tem-se por objetivo investigar a influência do positivismo jurídico para a ascensão do regime nazista, bem como a influência dessa teoria sobre as decisões políticas e jurisdicionais no período pós-guerra. Para tanto, os caminhos metodológicos trilhados para a consecução do trabalho baseiam-se em pesquisa de viés qualitativo, manifestada, sobretudo, a partir de uma investigação teórico-bibliográfica, com a leitura-base advinda do livro *A Lei dos Juízes*, de François Rigaux e pesquisas feitas para além obra. A princípio, explora-se conceitualmente o positivismo jurídico e, em sequência, dedica-se ao estudo da contribuição dessa corrente para a ascensão do III Reich, para depois se analisarem as soluções jurídicas encontradas como fundamentos de uma resposta jurisprudencial às grandes violações de direitos humanos perpetradas pelo nacional-socialismo. Conclui-se que houve influência, mas não determinismo, do positivismo na ascensão do nazismo, com uma forte tendência à adoção de soluções positivistas nas decisões políticas e jurisprudenciais em resposta aos atos odiosos praticados sob a cobertura da ordem jurídica do III Reich.

## Palavras-chave

Positivismo; Nazismo; Nacional socialismo; Crimes de guerra.

## Abstract

*In this study, one aims to investigate the influence of legal positivism for the rise of the Nazi regime, as well as the influence of this theory on political and jurisdictional decisions in the post-war period. To this end, the methodological paths followed for carrying out the work are based on qualitative research, manifested, above all, from a theoretical-bibliographic investigation, with the basic reading coming from the book *A Lei dos Juízes*, by François Rigaux and research done beyond work. At first, legal positivism is explored conceptually, and, in sequence, the research is dedicated to the study of the contribution of this current to the rise of the III Reich, and then, to analyze the legal solutions found as the foundations of a jurisprudential response to major violations of human rights perpetrated by National Socialism. It is concluded that there was influence, but not determinism, of positivism in the Nazi rise, with a strong tendency to adopt positivist solutions in political and jurisprudential decisions in response to the odious acts practiced under the cover of the III Reich legal order.*

## Keywords

*Positivism; Nazism; National socialism; War crimes.*

## 1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca do fenômeno do nazismo, constantemente, é objeto de estudo para pesquisadores – em especial, das áreas das ciências jurídicas, história, sociologia, antropologia, ciência política e demais campos com pesquisas correlatas – que buscam entender características específicas do respectivo elemento autoritarista e, além disso, da notável legitimação na época de seu apogeu.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Constituição e Garantias de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura da 13ª Região (ESMAT13). Graduada em Direito pela UFPB.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

<sup>3</sup> Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado em Direito pela UFPB.

A Alemanha, mesmo tendo um escopo de sociedade civilizada, em meados do século XX, vivenciou uma política autoritária de segregação e higienização social com a existência de campos de concentração que serviam para autorizar o cometimento de crimes bárbaros que atentaram contra a dignidade de toda a humanidade. Nessa mesma época, percebe-se o predomínio do positivismo jurídico, com o direito, inclusive, passando a ser uma das fontes de legitimação para as arbitrariedades do III Reich.

Ademais, com a derrocada do regime nazista, inicia-se um problema jurídico e internacional, a saber, o de como fundamentar a responsabilização individual por atos cometidos em nome e por ordem do Estado.

Dessa forma, neste texto, discute-se a relação entre positivismo jurídico e nazismo. Para tanto, tem-se como ponto de partida para as discussões e reflexões que serão travadas o seguinte problema de pesquisa: qual a influência do positivismo jurídico na ascensão do nazismo e quais os problemas advindos da ilegitimidade da ordem jurídica nazista? Tem-se, portanto, como objetivo geral analisar a influência do positivismo jurídico no processo de desenvolvimento do nazismo, assim como as consequências geradas da falta de legitimidade da ordem jurídica nazista.

Os caminhos metodológicos trilhados para a consecução do trabalho giram em torno da pesquisa de viés qualitativo, manifestada, sobretudo, por meio de pesquisa teórico-bibliográfica, com a leitura-base advinda do livro *A Lei dos Juizes*, de François Rigaux. Além disso, fez-se uso de outros escritos relacionados com a temática proposta, discutidos pelo próprio Rigaux (2000) ou de pesquisas feitas para além da referida obra.

Sendo assim, com o intuito de se alcançar o objetivo proposto, a estrutura do presente trabalho dá-se da seguinte forma: em primeiro lugar, busca-se conceituar o positivismo jurídico, trazendo algumas considerações a respeito de algumas das correntes positivistas existentes. Logo após, entra-se em uma discussão pautada no direito nazista, a partir de uma análise para enquadrá-lo como jus positivista ou jus naturalista. E, por fim, procura-se falar sobre possíveis relações entre o positivismo e o nazismo, com reflexões acerca da legalidade e legitimidade da ordem posta e os reflexos jurídicos pós-queda do III Reich.

## **2. BREVE CONCEPÇÃO ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO**

Com base filosófica ligada à doutrina positivista de Auguste Comte, o positivismo jurídico segue os mesmos pressupostos formulados pelo filósofo francês, em que afirma que o método a ser aplicado nos estudos científicos deve ser o indutivo, isto é, da experimentação (LACERDA, 2009).

De maneira geral, o positivismo é fruto da rejeição à existência do direito natural. De acordo com Bobbio (1999, p. 26), “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído dessa categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito”.

A partir de diferentes construções teóricas, o positivismo jurídico surgiu como parte de um movimento histórico de superação do jusnaturalismo, corrente que usa como método de estudo e aplicação das normas a dedução. Considerados, desse modo, como correntes dicotômicas, o positivismo estaria associado à vontade humana enquanto o direito natural, aos direitos de caráter universal, atemporal e autônomo.

Historicamente, a positividade do direito é reconhecida a partir do século XII quando se impõe a formalização da lei e, conseqüentemente, a produção jurídica passa a ser codificada, dando origem ao império da lei ainda nesse período. Assim, a preeminência do direito torna-se contundente, e a lei é identificada e endossada por sua origem, e não pelo conteúdo em si (BARZOTTO, 2007).

Nesse percurso, o direito natural tornava-se apenas um instrumento filosófico do direito positivo, conforme apontado por Bobbio (1999), com a prescrição de ações que não estão

condicionadas pelo valor do sujeito, mas que existem mesmo que sejam boas ou más para determinados indivíduos. Em contrapartida, o direito positivo busca estabelecer ações que precisam ser cumpridas de modo específico por estarem discriminadas nas leis.

Outrossim, a distinção entre os dois se dá, principalmente, pela particularidade do direito positivo em antítese ao direito natural, bem como pela mutabilidade que não é característica deste último.

Ainda na designação discutida por Bobbio (1999), observa-se o positivismo a partir de três acepções, quais sejam: a metodológica, a teórica e a ideológica. Tavares (2008, p. 60) explicita tais noções da seguinte maneira:

- i) a primeira acepção corresponde a um método de aproximação do fenômeno jurídico que é avalorativo, descritivo e neutro;
- ii) a segunda acepção corresponde a um conjunto específico de teses que tentam descrever quais são os requisitos de existência e os elementos básicos de um ordenamento jurídico qualquer;
- iii) e a terceira acepção é um programa político que confere um valor positivo ao ordenamento jurídico enquanto tal e por isso prega o dever de obediência à lei.

No geral, a acepção teórica é a mais predominante no que se refere aos estudos juspositivistas, afinal, conforme afirma Dimoulis (2006), o positivismo jurídico será visto como uma gama de teorias que circundam pontos importantes e necessários que compõem o ordenamento jurídico, tais quais: o processo entendido por definição – a partir das fontes, funções e finalidade; a interseção entre fenômenos normativos; a própria interpretação das normas; e as avaliações e proposições que puguem a reforma do direito vigente.

Assim, compreende-se que as correntes jurídicas norteavam o pensamento predominante em cada época e fundamentavam os fenômenos jurídicos a que se dispunham.

Conforme mencionado, há diferentes concepções relacionadas ao juspositivismo, tendo em vista que, além de muito criticado, o direito positivo foi debatido e apresentou, como todo estudo científico, controvérsias internas. Desse cenário, duas correntes foram alvo de maiores discussões a partir dos anos 90: o positivismo inclusivo e o exclusivo.

Quanto ao positivismo inclusivo, um dos pioneiros dessa vertente foi Coleman (2003), que já na década de 70 defendia que o sistema jurídico dependia de uma convenção social, isto é, a moral tinha um lugar de importância dentro da legalidade. Já o positivismo exclusivo, discutido por estudiosos como Raz (2012), tem como principal pressuposto a ideia de que a moral não interfere na interpretação tampouco na validade de uma norma jurídica.

Com base em Medeiros (2009), cabe destacar que, além de Coleman (2003), na contemporaneidade, há os seguintes estudiosos do eixo teórico inclusivista: Hart (1958), Waluchow (1999), dentre outros. No positivismo exclusivo, destacam-se também Marmor (2009) e Dworkin (2006).

Para compreender tais debates, faz-se necessário compreender as principais distinções apontadas pelas bases teóricas em maior discussão. De acordo com Medeiros (2009, p. 79), pode-se estabelecer a seguinte diferença entre as duas formas de positivismo: ambas adentram a perspectiva do positivismo da convencionalidade da legalidade, entretanto, os inclusivos defendem a ideia de que o positivismo não apregoa outras limitações a essa condição; os exclusivos, a seu turno, defendem a bandeira de que a legalidade se estabelece a partir de perspectivas ligadas às fontes sociais, e não ao conteúdo.

Nesse ínterim, enquanto Raz considerava a autoridade como única fonte do direito, Dworkin se opunha a essa ideia, já que defendia que o direito não deve ser dissociado da moralidade, tendo em vista que consiste em uma prática atravessada por uma legitimidade moral.

Posteriormente, entende-se que os princípios morais são de grande importância para a compreensão jurídica, tornando assim o positivismo como uma corrente interpretativa ao invés de descritiva, especialmente de acordo com Waluchow (MEDEIROS, 2009).

Observando-se a partir do viés interpretativo, compreendem-se os conflitos gerenciados nos sistemas jurídicos modernos em que se aniquila, de certa forma, o teor normativo e submetem-o às decisões dos aplicadores em cada contexto. Desse modo, tem-se a atuação por meio de critérios autoritativos que podem ou não ser reconhecidos como aplicáveis (MEDEIROS, 2009). O cenário contemporâneo demonstra, assim, a necessidade de adequar e pensar em estudos teóricos de viés pós-positivista para a superação das lacunas deixadas pelo positivismo jurídico.

Na vertente pós-positivista, destaca-se o conceito de que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”, ideia esta defendida por Alexy (2009). Tal concepção diz respeito à crise do positivismo e aponta para os pressupostos filosóficos que visam aproximar o Direito com a moral.

É importante destacar, também, o que Marmelstein (2008) aponta, fazendo alusão à ideia de que a sociedade passa a ter a percepção de que, se a atividade jurídica não possuir a função de proporcionar questões de cunho humanitário, o direito pode ser usado como instrumento que legitime a barbárie. O referido autor ainda acrescenta a ideia de que, apesar de traduzir, teoricamente, a vontade da maioria, o legislador pode ter uma posição autoritária tão forte quanto à dos tiranos (MARMELSTEIN, 2008).

Desse modo, é possível perceber a latente premissa de que é de suma importância se apropriar de fundamentos científicos conquistados pelo direito positivo e garantir que a justiça seja feita enquanto se supera o positivismo desprovido de criticidade.

### **3. O POSITIVISMO JURÍDICO E A SUPOSTA CULPA PELA ASCENSÃO DO NAZISMO**

Em artigo, denominado “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”, Barroso e Barcellos (2013) associam o pós-positivismo e a ascensão dos princípios como normas jurídicas a um suposto fracasso político do positivismo jurídico. Para Barroso e Barcellos (2013), a decadência do positivismo seria emblematicamente ligada à derrota do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália, regimes que teriam ascendido ao poder dentro da legalidade vigente e que teriam promovido a barbárie em nome da lei.

Como sustentação teórica a essa posição, Barroso e Barcellos (2013) apontam para a obra de Norberto Bobbio de título “O positivismo jurídico”, de 1999, da qual consta a afirmação de que “o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus e, em particular, do nazismo alemão” (BOBBIO, 1999, p. 225).

Nessa linha de raciocínio, Barroso e Barcellos (2013) acusaram o positivismo jurídico como um dos culpados pela ascensão nazista. Contudo, a culpa do positivismo está longe de ser um ponto pacífico, tanto que, na referida obra, Bobbio (1999) ressalva que são injustificadas as críticas da extremidade jusnaturalista ao positivismo jurídico, tendo em vista que a versão moderada juspositivista não levaria, necessariamente, ao totalitarismo político. Para Bobbio (1999), ao defender a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores do direito, o positivismo jurídico sustentaria a existência de um Estado liberal, e não totalitário. Especificamente, sobre o direito nazista, Bobbio (1999, p. 236) ressalta a seguinte ideia:

A ideologia jurídica do nazismo era, por outro lado, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz deve decidir com base no interesse político do Estado (em particular, em oposição ao princípio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, a ideologia nazista sustenta que deveriam ser considerados como delitos todos os atos

contrários ao “sentimento popular” – *gesundes Volksempfinden* – mesmo se não previstas como crimes pela lei).

Radbruch (2006) destaca-se como um dos autores que primeiro apontou o positivismo jurídico como uma corrente jurídica que deu suporte ao regime nazista. Em texto publicado em 1946, esse autor alemão sustentou que o positivismo jurídico, a partir da máxima de que “lei é lei”, teria tornado os profissionais do direito na Alemanha incapazes de reagir a atos normativos arbitrários e criminosos. De acordo com Radbruch (2006), o positivismo seria incapaz de estabelecer a validade das leis com base em seu conteúdo. Assim, na visão positivista, para ser válida, bastaria que a lei mostrasse poder suficiente para ser aplicada (RADBRUCH, 2006).

As atrocidades cometidas pelo regime nazista por meio de leis e a falha do sistema legal da Alemanha de servir como barreira contra o terror nazista levaram ao entendimento, no pós-segunda guerra mundial, de que o positivismo jurídico foi um dos culpados pela ascensão do nazismo, que contou, inclusive, com a participação de juízes e outros profissionais do direito no regime totalitário (TAMANHA, 2004). Vários juristas aderiram ao regime nazista, a ponto de a Associação Prussiana de Juízes e Membros do Ministério Público convocar seus membros a se unirem nas fileiras de luta a favor de Hitler, manifestando, assim, apoio aos ideais nazistas (MÜLLER, 2006).

Na Alemanha da década de 1930, os membros da magistratura e do Ministério Público pertenciam a um meio muito conservador, e não enxergavam a eliminação do partido comunista com maus olhos. Além do comunismo, o ponto de convergência mais comum entre os conservadores e o regime nazista foi a política racial. Depois da expulsão, nos primeiros anos do regime nazista, dos professores e magistrados judeus, bem como dos que eram próximos à socialdemocracia, o antissemitismo e o racismo tornaram-se tema constante nos anfiteatros universitários e nas salas de audiência (RIGAUX, 2000).

Todavia, dentre os juristas que apoiaram o nazismo não se encontrava Hans Kelsen, um dos principais autores do positivismo jurídico. Pelo contrário, Kelsen foi perseguido pelo regime nazista, tendo perdido sua cadeira de professor na Universidade de Colônia pelo fato de ser descendente de judeu (MÜLLER, 2006). Posteriormente, assumiu uma cadeira na Universidade de Praga, quando novamente foi perseguido por defensores do nazismo na Áustria (THE GUARDIAN, 1936). A perseguição não ficou restrita apenas à pessoa de Hans Kelsen, sendo a “teoria pura do direito” vilipendiada pela doutrina nacional-socialista como “pseudoliberal” (RIGAUX, 2000).

O debate jurídico entre os professores Lon L. Fuller e H. L. Hart, travado na década de 1950 e publicado na Revista “Harvard Law Review”, é bastante emblemático sobre a validade do direito do regime nazista. O confronto das ideias apresentadas por esses autores girou em torno da possibilidade de invalidação do direito de exceção nazista a partir de uma violação extrema à moralidade.

Fuller (1958) sustenta que o positivismo jurídico ajudou o nazismo, tendo em vista que o positivismo teria banido do sistema jurídico qualquer consideração de moralidade no direito. Nesse sentido, os juristas alemães estariam preparados para aceitar como lei qualquer ato com o nome de “lei”, desde que impresso às expensas do governo. Assim, Fuller (1958) sustentou que as atitudes dos juristas alemães teriam ajudado o nazismo, haja vista que bastaria que a jurisprudência tivesse considerado a moralidade das leis, para não aplicar as mais odiosas leis nazistas. Contudo, questiona-se se teria mesmo o direito nazista afastado considerações de moralidade na aplicação das leis, assim como se seria o positivismo jurídico culpado pela ascensão do nazismo.

Divergindo de Radbruch e Fuller, Pauer-Studer (2012), ao realizar pesquisa envolvendo diversos juristas nazistas, a exemplo de Reinhard Höhn, Otto Koellreutter, Karl Larenz e Ernst Forsthoff, concluiu que o direito nazista entendia a lei e a moralidade como uma unidade, afastando-se, assim, da clássica distinção positivista entre direito e moral. Portanto, de forma

surpreendente, os autores simpáticos ao nazismo se aproximariam mais de autores jusnaturalistas e pós-positivistas do que de autores positivistas quando se aborda a distinção entre moral e direito.

Entretanto, o direito nazista teria pervertido profundamente o conceito de justiça e de moralidade, a exemplo do entendimento de Höhn (1938 *apud* PAUER-STUDER, 2012), para quem a lei e a justiça seriam o que as pessoas arianas considerariam ser correto, e a injustiça seria o que os arianos desaprovavam. Na visão de Pauer-Studer (2012), ao invés de adotarem o positivismo jurídico, os juristas do nazismo adotaram a unificação da lei e da moralidade, esta de forma profundamente distorcida, o que indicaria que a solução de integrar a moral ao direito de Fuller não seria suficiente, por si só, para conter as perversões do sistema nazista.

Essa unificação de direito e moral pode ser vista na obra do penalista Hanz Welzel, para o qual o direito penal teria uma “força moral positiva” que protegeria “valores duradouros” que, antes de 1945, seriam a lealdade ao Volk, ao Reich, a sua liderança, a obediência à autoridade do Estado e a disposição de defendê-lo com as armas. Todavia, percebeu-se que esses valores não seriam tão duradouros assim, de forma que Welzel (1946 *apud* MÜLLER, 2006) passou, depois da derrota nazista, a sustentar que esses valores, na verdade, seriam o respeito à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade dos demais.

De acordo com Müller (2006), o direito penal nazista era essencialmente moralista, servindo para proteger uma suposta “justiça material”, cujo conteúdo era místico, e somente poderia ser entendido através de uma “visão geral da sua natureza essencial”. Assim, o direito penal nazista não se preocupava com a proteção da segurança jurídica ou com a proteção de direitos individuais, os quais foram deixados de lado. Nesse sentido, as leis penais nazistas utilizavam linguagem vaga e pouco clara, com cláusulas gerais, admissão de analogia, reconhecimento da opinião popular como fonte do direito, além do suposto reconhecimento direto e imediato do que seria justo (MÜLLER, 2006). Percebe-se, então, que o direito penal nazista se afastava do positivismo jurídico ao adotar noções de “justiça” e “moralidade” em sua aplicação.

Mais do que isso, não havia uma obediência irrestrita ao teor das leis pelos teóricos do nazismo, de forma que utilizavam métodos de interpretação jurídica diferentes, a depender do ato legislativo a ser aplicado no caso concreto. Para o direito produzido sob o governo nazista, utilizava-se o método de interpretação subjetivo, por meio do qual se pretendia buscar a vontade do legislador ou da lei ao aplicar o direito. Todavia, para o direito anterior à ascensão do nazismo, a exemplo do Código Civil Alemão (BGB), utilizava-se o método de interpretação objetivo, por meio do qual se buscava interpretar uma lei antiga à luz do direito mais atual, no caso, o nazista (RIGAUX, 2000). A ditadura nazista pretendia, inclusive, reformar o BGB e substituí-lo por um “Código do Povo”, que seria fundado na ideologia nazista, apelando para a consciência popular, para a “alma da raça”, bem como para os interesses da comunidade que deviam prevalecer sobre os indivíduos (ZANINI, 2022).

De acordo com Rigaux (2000), um controle sumário de constitucionalidade e de legalidade das fontes do direito nazista poderia ter levado os tribunais a deixarem de aplicar o direito nazista, o que estaria mais em consonância com o positivismo jurídico. Assim, haveria motivos para pensar que a jurisprudência do período nazista pecou mais por falta do que por excesso de positivismo jurídico (RIGAUX, 2000).

Diante disso, pode-se indagar se o positivismo jurídico seria inocente das acusações de ter contribuído para a ascensão do nazismo.

Embora não seja diretamente culpado, o positivismo jurídico também não foi de todo irrelevante para a ascensão do nazismo. Segundo o que Dubber (1993) considera, o positivismo jurídico facilitou a aplicação de decisões manifestamente injustas por parte de juízes no período nazista, criando uma espécie de álibi para a tomada de decisões odiosas.

#### **4. REFLEXÕES SOBRE A ORDEM JURÍDICA PÓS-NAZISMO**

A Alemanha nazista apresenta-se como grande violadora de direitos humanos, fato perceptível pela destruição e descartabilidade da pessoa humana – culminando no extermínio de mais de 11 (onze) milhões de pessoas (PIOVESAN, 2012). Diante de tamanha gravidade, tais violações não poderiam ficar esquecidas da história e nem dos tribunais.

Com a queda do regime nazista, todo o ordenamento jurídico vigente no período teve sua legitimidade, validade e até legalidade questionadas. E, nesse caso, é essencial a análise da natureza da ordem jurídica que perdurou durante o regime nazista, pois a conclusão alcançada trará reflexos que merecem uma especial atenção, por exemplo, sobre: a punição posterior dos crimes cometidos sob a salvaguarda daquilo que o III Reich encarava como direito vigente; a competência para julgamento dos crimes de guerra; a competência para o julgamento de crimes contra a humanidade; o efeito da coisa julgada em desrespeito às leis e à moral; e, ainda, as repercussões cíveis dos confiscos realizados pelo Estado alemão.

Resgatando-se o debate já mencionado entre Lon L. Fuller e H. L. Hart, publicado em 1958 na Revista “*Harvard Law Review*”, os artigos ali apresentados abordaram, inclusive, a invalidação do direito de exceção nazista a partir de uma violação extrema à moralidade.

De acordo com Hart (1958), um dos mais célebres teóricos do positivismo jurídico, os atos imorais e odiosos cometidos sob a vigência do direito nazista deveriam ser considerados válidos, admitindo-se, no entanto, a existência de duas opções diante da ocorrência de atos violentos cometidos sob o manto das leis nazistas. A primeira opção seria não punir os agentes que agiram sob a vigência do sistema jurídico nazista. A segunda opção deveria ser criar uma lei de eficácia retroativa para punir atos imorais e odiosos praticados com base nas leis nazistas.

Na visão de Hart (1958), a opção de invalidar atos legislativos com base no direito natural não seria aceitável, pois, no fundo, esconderia a verdadeira realidade dos problemas do mundo, encorajando uma visão otimista em que seria possível agregar todos os valores que se preza em um único sistema, sem que um valor tivesse que ser sacrificado necessariamente por outro valor.

Discordando de Hart, Fuller (1958) sustentou que as leis nazistas, por violarem a moralidade intrínseca ao sistema jurídico, não deveriam ser consideradas leis. Para Fuller (1958), a deterioração provocada pelo sistema legal nazista impediria que os atos legislativos odiosos praticados no período fossem considerados direito, pois seriam tão maléficos que não poderiam ser leis. Dessa forma, o referido autor não aceitava a validade de legislações odiosas, a exemplo das leis nazistas, que, por violarem gravemente a moralidade, não poderiam ser consideradas atos normativos válidos.

Qualquer solução diante desse dilema produzirá outros problemas e questionamentos. A valer, a Alemanha entre os anos de 1933 e 1945 constituiu-se em um Estado criminoso, em que a intolerância e a superioridade nacional eram não só admitidas, mas referendadas pela ordem jurídica posta. Entretanto, a violência perpetrada não poderia passar despercebida nos anos seguintes.

Com o declínio nazista, a discussão sobre a natureza do regime jurídico do Estado nacional-socialista chegou aos tribunais alemães em razão do enfrentamento de questões particulares sobre a validade dos atos jurídicos praticados durante a sua vigência<sup>4</sup> (RIGAUX, 2000). Havia a possibilidade de considerar o sistema jurídico nacional-socialista como um estado de fato, e nas palavras de Mann (1973 *apud* RIGAUX, 2000, p. 135): “um regime de gângsteres inapto a criar direito, somente em condição de cometer atos maus e injustos”.

Contudo, no acórdão de 19 de fevereiro de 1957, o Tribunal Constitucional Federal alemão adotou uma solução intermediária: em nome da segurança jurídica, proibiu reduzir a nada todo o direito posto de 1933 a 1945, devendo-se apenas excluir as disposições e decisões intoleráveis (RIGAUX 2000). Segundo o que Rigaux (2000, p. 133) explica, aconteceu “uma avaliação em perfeita harmonia com o mais estrito positivismo, podendo uma ordem jurídica emitir sobre certos

---

<sup>4</sup> Por exemplo, questionou-se os confiscos realizados pelos bancos, indenizações para aqueles prejudicados com as decisões arbitrárias, reintegração de propriedades perdidas, punições aos agentes nazistas que agiam sob o suposto manto da legalidade.

acontecimentos de seu recente passado um julgamento que lhes modifica a validade no momento em que foram realizados”.

Por meio do referido acórdão, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que a fidelidade dos agentes à pessoa do Führer e o domínio do Estado pelo Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores, ou *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (NSDAP) estavam em contradição com o regime de neutralidade da função pública na República Federal (RIGAUX, 2000). Desta forma, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a descontinuidade da função pública, uma vez que a obediência ao Führer e o domínio do NSDAP sobre a máquina estatal tomaram o lugar do serviço destinado ao Estado e à sociedade. Entretanto, admitiu não ser possível separar os atos viciados daqueles que obedeceram ao interesse dos cidadãos alemães (RIGAUX, 2000). Caso contrário, haveria um caos jurídico com sérios danos de ordem prática.

Outrossim, uma passagem do acórdão em debate menciona a ausência de compatibilidade entre a doutrina nacional-socialista e o respeito à dignidade comum a todos – previsão do artigo 1º da Lei Fundamental de 1949 – e apresenta a ordem de valores ali expressa como o sistema viável a fornecer critérios de filtragem da legitimidade da ordem jurídica do III Reich aptos a ser incorporados ao Estado liberal e democrático (RIGAUX, 2000).

Essa solução se encontra amparada em pensamentos positivistas. Segundo o que Hart (1983) considera, a solução menos ofensiva seria a criação de uma lei posterior para enfrentar os atos praticados conforme a legalidade formal do sistema nacional-socialista alemão, pois reconhecer a moralidade como meio apto à dissolução do direito é arriscado, abre as portas para que a lei e a sua imperatividade sejam dissolvidas pelas concepções do que a lei deveria ser (HART, 1983).

Rigaux (2000, p. 141) entendeu que a solução adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão privilegiou a corrente positivista em suas decisões, em seus escritos:

De maneira bastante paradoxal, as jurisdições federais, após 1945, contaminaram-se mais do que o *Reichsgericht* pelo “positivismo da lei. [...] Somente os atos mais odiosos – quando vêm perante uma jurisdição da República Federal – escapam do positivismo da lei. A jurisprudência dominante parece ter-se aliado à solução de Gustav Radbruch, teórico ao positivismo na época de Weimar e que [...] esforça-se após 1945 por conciliar sua doutrina com o dever de repudiar pelo menos uma parte da herança nazista.

Nesse caminho, alguns acórdãos penais confirmaram a natureza criminosa do sistema jurídico nacional-socialista, por exemplo, um agente da SS – que já havia sido processado durante a ordem jurídica anterior – foi processado novamente pelo assassinato de quatro judeus, uma vez que nem sua liberação por ordem do Führer e nem o dever de obediência hierárquica configurava estado de necessidade (RIGAUX, 2000).

Já na seara cível, o governo da República Federal da Alemanha comprometeu-se a reparar a espoliação dos bens sofrida pelos judeus. Rigaux (2000) relata que algumas vítimas dos confiscos processaram os responsáveis pelo recolhimento dos valores e seu repasse ao Ministério da Fazenda alemão. Considerando-se as leis de confisco gravemente contrárias à ordem pública, deveria ser reconhecida a injustiça e sua natureza de não-direito.

Seguindo esse raciocínio, a jurisprudência deveria declarar a nulidade de tais atos. Com os atos nulos, a companhia de seguros que repassou o valor do prêmio diretamente ao Estado e o banco que entregou os valores aplicados deveriam ser responsabilizados e condenados ao ressarcimento. Contudo, para evitar que terceiros fossem responsabilizados, entendeu-se que a nulidade jurídica não eliminava o ato de fato, pois “a recusa de reconhecer as medidas espoliadoras *de jure* é distinguida de seu reconhecimento *de facto*” (RIGAUX, 2000, p. 142-143).

O julgamento sobre a legalidade da ordem jurídica nacional-socialista ultrapassou os muros alemães. Além da jurisdição alemã, os aliados – países vitoriosos na 2ª Grande Guerra – assinaram a Declaração de Londres em 8 de agosto de 1945, criando o Tribunal Militar Internacional de

Nuremberg, competente para julgar 3 (três) espécies de crimes cometidos pelos alemães, conforme o seu artigo 6: crimes contra a paz; crimes de guerra; e crimes contra a humanidade (YALE LAW SCHOOL, c2008).

O Tribunal de Nuremberg foi uma resposta às graves violações dos direitos humanos ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial, mas, aliada a essa função retrospectiva, há uma importância prospectiva de coibir ofensas futuras, uma vez que o Estatuto deu a possibilidade de sua evocação em casos futuros (GONÇALVES, 2004).

Kelsen (2011), antes mesmo do fim da guerra, já defendia a existência de uma responsabilização individual por crimes de guerra, fundado na violação do Pacto *Kellog-Briand*, o que significa a punição de indivíduos por atos cometidos por eles, a seu comando ou com sua autorização. Em suas palavras: “A exigência de punir criminosos de guerra é, ou deveria ser, acima de tudo, a exigência de punir autores da Segunda Guerra Mundial, os indivíduos responsáveis por um dos maiores crimes da história da humanidade”.

Apesar de o Tribunal de Nuremberg responsabilizar individualmente os agentes que cometeram algum dos crimes previstos no Acordo de Londres de 1945, Kelsen (2008) criticou, especialmente, em relação ao crime de ameaça à paz, pelo fato de só terem se submetido à sua jurisdição os integrantes dos países vencidos. Ademais, na composição dos juízes e promotores, estavam representantes da União Soviética que, assim como a Alemanha, invadiu a Polônia – ocorrendo, inclusive, rateio do território polonês entre eles –; contudo, os agentes soviéticos não foram alcançados pelo reconhecimento de violação do pacto de não agressão (do Pacto *Kellog-Briand*, além dos acordos bilaterais) por integrarem o lado vencedor da guerra (KELSEN, 2008).

Zolo (2006) alerta que, apesar da aparência de processo judicial, o Tribunal de Nuremberg foi inspirado por desejo de vingança, e a ausência de membros do Estado derrotado [e até mesmo dos Estados neutros] desconfigurava seu caráter de Tribunal Internacional. Nesse sentido, o Tribunal de Nuremberg foi bastante criticado, por não ser um órgão da comunidade internacional, posto que integrado apenas pelos representantes das 4 principais potências vencedoras da guerra (Estados Unidos, Inglaterra, França e União Soviética), bem como por violar o princípio da legalidade dos delitos e das penas, julgando fatos anteriores à criação da própria corte internacional (FEITOSA; COLEN, 2021).

Observa-se que o mencionado Tribunal foi criado no contexto pós-guerra, razão pela qual Zolo (2006, p. 50) o caracterizou como “Tribunal *ad hoc*”. Ademais, os crimes que foram previstos no documento originário de composição já haviam sido cometidos à época do ato de sua constituição. Percebe-se, então, que o Acordo de Londres de 1945 é uma lei que teve eficácia retroativa para punir os excessos e as violações perpetradas pelos agentes dos países derrotados.

Relembra-se que Hart (1958), defendendo seu pensamento positivista, afirmou que a criação de uma lei com eficácia retroativa para punir atos imorais e odiosos praticados com base nas leis nazistas seria uma solução menos arriscada que simplesmente se fundamentar na transgressão da moral ou até mesmo deixar de punir tão graves violações de direitos humanos.

Além do Tribunal Internacional [*ad hoc*] de Nuremberg, Israel promulgou a Lei (de Punição) dos Nazistas e dos Colaboradores Nazistas (1950), com a finalidade de punir os agentes nazistas que escaparam da punição justa, podendo ser condenados até à pena de morte (ARENDDT, 2013).

Arendt (2013) afirma que a mencionada lei não pode ser afastada ao argumento da *res judicata* (coisa julgada), uma vez que, ainda que o cidadão já houvesse sido julgado perante outro tribunal estrangeiro (seja internacional ou de outro Estado) pelo mesmo crime, ele permaneceria submetido à sua jurisdição.

Tizzo (2016) assim resume a situação: uma corte nacional israelense, com jurisdição nacional, seria competente para julgar homem de outra nacionalidade sem que tivesse cometido

crime em Israel, desde que contra o povo judeu, e ainda que o Estado de Israel não existisse formalmente à época.<sup>5</sup>

Arendt (2013) conta a história do julgamento [pelo Tribunal de Israel] de Eichmann, um agente alemão da SS responsável por coordenar e organizar o envio dos judeus aos campos de concentração. Foragido por quase 15 (quinze) anos, ele foi encontrado pela polícia israelense em solo argentino em maio de 1960. Denunciado, processado e condenado por 15 (quinze) acusações (TIZZO, 2016).

O fato que chama a atenção para o caso Eichmann é que – apesar de ser membro da SS – ele nunca sujou a mão de sangue ou ordenou a morte de nenhum judeu. Contudo, ele, enquanto burocrata, foi o responsável pela logística do transporte dos judeus até os campos de concentração (TIZZO, 2016). Ou seja, atuava no gabinete, cometendo “massacres administrativos”, sua assinatura e seu carimbo matavam de forma direta milhares de seres humanos (ARENDRT, 2004, p. 311).

Arendt (2013), ao constatar a indiferença dele em relação aos fatos e sua obediência cega ao Führer, cunhou a expressão “banalidade do mal” para descrever os crimes cometidos de forma mecânica e sem questionar, como se houvesse um vazio de pensamento.

O Tribunal de Jerusalém reconheceu a responsabilização individual de Eichmann, e não do Estado, como Kelsen (2008) defendia antes mesmo do fim da guerra. Considerado culpado por todas as 15 (quinze) acusações, Eichmann foi condenado à morte.

Assim, percebe-se que, mais uma vez, uma lei criada posteriormente, sem necessariamente decretar a nulidade da ordem jurídica nacional-socialista, foi apta a ser aplicada retroativamente para punir atos odiosos cometido por nazistas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico – entendido como superação do jusnaturalismo e afastamento entre o direito e a moral – é fruto da rejeição à ideia de existência do direito natural. Conforme demonstrado neste estudo, alguns autores no Brasil acusaram o positivismo de ser a fonte e base jurídico-filosófica que favoreceu o crescimento do Partido Nacional-Socialista na Alemanha enquanto o pós-positivismo estaria diretamente atrelado à queda dos regimes nazista e fascista e surgiria como a tábua de salvação contra desmandos ditatoriais.

Esse fenômeno não ocorreu só no Brasil, e teve o alemão Gustav Radbruch como precursor, afirmando que a visão positivista de que “lei é lei” inibiu a formação pelos juízes de uma visão crítica sobre ordens jurídicas arbitrárias.

As atrocidades cometidas pelo regime nazista – com o referendo da legislação posta e a falha do sistema legal da Alemanha de impedir o domínio do Partido Nacional-Socialista sobre a máquina estatal – levaram ao entendimento, no pós-segunda guerra mundial, de que o positivismo jurídico foi um dos culpados pela ascensão do nazismo.

Contudo, os grandes juristas simpáticos ao regime nazista defendiam o entranhamento entre direito e moral para que houvesse uma preservação de valores vindouros (por exemplo, Reinhard Höhn, Otto Koellreutter, Karl Larenz, Ernst Forsthoff e Hans Welzel) enquanto o grande expoente do positivismo jurídico, Hans Kelsen, foi expulso da Alemanha, e sua teoria pura do direito, banida das prateleiras.

Sem dúvida, a desconsideração da moral na aplicação do direito dificulta a imposição de barreiras ao avanço dos desmandos nazistas. Entretanto, o que se verifica no sistema jurídico do III Reich não é a ausência da moral, mas sua subversão. Havia a utilização frequente de linguagem vaga e pouco clara, cláusulas gerais, admitia-se analogia, e era admitido reconhecer a opinião

---

<sup>5</sup> A título de curiosidade, o Estado de Israel só foi formalmente criado após o fim da 2ª Guerra Mundial.

popular como fonte do direito, além do suposto reconhecimento direto e imediato do que seria justo.

Ou seja, o positivismo jurídico foi invocado para evitar o afastamento das normas que contrariavam o direito natural, mas eram do interesse do Partido. Por outro lado, quando era oportuno ao Partido, fazia-se necessário o resgate e a aplicação de valores que eram da vontade do Führer.

Os debates sobre as influências positivistas não se encerraram com o período nazista, mas perduraram também com a queda do regime e a necessidade de punição e reparação dos atos odiosos cometidos com fundamento em uma ordem supostamente legal.

Com o fim do III Reich, todo o ordenamento jurídico vigente até então teve sua legitimidade, validade e até a legalidade questionadas. Muitos teóricos se preocuparam em debater as soluções, o que culminou em uma nova discussão sobre o envolvimento entre moral e direito.

Para os positivistas, não se poderia anular todo o ordenamento jurídico com base na ofensa da moral, sob risco de insegurança jurídica e também por problemas de efeitos práticos. A solução que traria menor dano, segundo o que Hart (1958) considerava, é a criação de uma lei com efeitos retroativos (ainda que isso ofenda diversos princípios gerais do direito) para a punição dos crimes nazistas. Já Fuller (1958), este entendia que a ofensa à moral era suficiente para considerar a ilegitimidade daquele sistema normativo.

Dos diversos casos enfrentados pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, depreende-se que houve um apego muito forte ao positivismo, admitindo-se a continuidade do ordenamento nazista e ressaltando-se apenas os dispositivos em que os atos odiosos eram gritantes.

Outrossim, boa parte das punições dos crimes cometidos por agentes do III Reich foi fundada em novas leis, criadas a *posteriori*, mas com efeitos retroativos. Assim ocorreu com os princípios do artigo 1º da Lei Fundamental de 1949, que guiaram decisões futuras; com o julgamento dos crimes pelo Tribunal de Nuremberg; e com a existência do Tribunal de Jerusalém. Ou seja, como na opinião de Hart (1958), entendeu-se ser menos ofensiva a criação de novas leis para casos passados – ainda que isso significasse uma ofensa aos princípios gerais do direito.

Decerto, a nulidade de todo o ordenamento instalaria um verdadeiro caos e traria muito mais dificuldades que benefícios, ao mesmo tempo que a manutenção de algumas normas absurdas ofendia o menor dos sentidos de justiça. Assim, a análise concreta e o afastamento de algumas leis específicas em busca da reparação dos danos e da estabilidade do ordenamento foram a melhor solução.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ARENDT, H. **Responsabilidade e Julgamento**. Edição Jerome Kohn: revisão técnica de Bethânia Assy e André Duarte. Tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, p. 141-176, 2013.

BARZOTTO, L. F. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

COLEMAN, J. **The practice of principle: in defense of pragmatism approach to legal theory**. New York: Oxford, 2003.

DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DUBBER, M. D. *Judicial Positivism and Hitler's Injustice*. **Columbia Law Review**, New York, v. 93, n. 7, p. 1807-1832, 1993.

FEITOSA, R. A.; COLEN, G. C. *O Desenvolvimento do Direito Penal Internacional*. **Duc In Altum**, Recife, vol. 13, n. 29, p. 169-207, 2021.

FULLER, L. L. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.

GONÇALVES, J. B. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946**: a gênese de uma nova ordem no direito internacional. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HART, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

HART, H. L. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983.

KELSEN, H. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* In: Mettraux, Guénaël (org.). **Perspectives on The Nuremberg Trial**. New York: Oxford University Press, 2008.

KELSEN, H. **A paz pelo direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LACERDA, G. B. Augusto Comte e o “positivismo” redescobertos. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 319-343, out. 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782009000300021&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782009000300021&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 6 abr. 2024.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, B. A. **Positivismo jurídico inclusivo**: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro (PUC-RIO), Rio de Janeiro, 2009.

MÜLLER, I. **Los Juristas del Horror: La “Justicia” de Hitler - el pasado que alemania no puede dejar atrás**. Tradução de Carlos Armando Figueredo. Caracas: Actum, 2006.

PAUER-STUDER, H. *Law and Morality under Evil Conditions: The SS Judge Konrad Morgen*. **Jurisprudence**, Viena, v. 3, n. 2, p. 367-390, 2012.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed.; rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RADBRUCH, G. *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Marcia Cecília Almeida; revisão de tradução de Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

RIGAUX, F. **A lei dos juízes**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TAMANAH, B. Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TAVARES, R. Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese. *In*: DIMOLUIS, D.; DUARTE, E. O. (org.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

THE GUARDIAN. *Jews Atacked: nazi demonstrations at Prague University*. **The Guardian**, 23 out. 1936.

TIZZO, F. **Hannah Arendt e o Julgamento de Eichmann**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WALUCHOW, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

YALE LAW SCHOOL. *Nuremberg Trial Proceedings Vol 1. Charter of the International Military Tribunal*. **The Avalon Project**: Documents in Law, History and Diplomacy, Lillian Goldman Law Library, Yale Law School, New Haven, CT, c2008. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>. Acesso em: 8 abr. 2020.

ZANINI, L. E. A. *Fundamentos Históricos do Direito Privado Alemão*. **Duc In Altum**, Recife, vol. 14, n. 32, p. 7-47, 2022.

ZOLO, D. **La Justicia de los Vencedores: de Nuremberg a Bagdad**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.