

Crítica e contracrítica dos movimentos de crítica à dogmática jurídica: ensaio sobre as transições da escola do direito livre e do movimento do direito alternativo em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho

Criticism and counter-criticism of the critical movements to legal theory: essay on the transition of the free law school and the alternative law movement (tribute to Amilton Bueno de Carvalho)

Salo de Carvalho

RESUMO

O artigo problematiza a transição histórica que ocorreu, a partir de meados dos anos 90 no Brasil, do Movimento do Direito Alternativo ao garantismo jurídico-penal, desde o marco da criminologia crítica. A hipótese é a de que a adesão ao garantismo representou uma resposta à crítica promovida contra o movimento. São utilizadas as experiências históricas de Magnaud, Kantorowicz e Neumann como recursos interpretativos para compreender as transições e os sentidos da crítica: crítica negativa aos fundamentos e aos pressupostos do positivismo dogmático; crítica positiva de construção de uma *práxis* jurídica emancipatória.

Palavras-chave: Teoria crítica do direito. Direito alternativo. Garantismo. Direitos humanos. Criminologia crítica.

ABSTRACT

This essay discusses the historical transition that occurred from the mid 90s in Brazil from the Alternative Law movement to legal and criminal Guaranteeism, the landmark of the critical criminology. The hypothesis is that the acceptance to Guaranteeism represented a response to criticisms against the stream. Historical experiences of Magnaud, Kantorowicz and Neumann are used as interpretative resources to understand the critical foundation and the transition: negative criticism of the foundations and assumptions of dogmatic positivism; positive review of building an emancipatory legal praxis.

Keywords: Critical legal theories. Alternative legal theories. Guaranteeism. Human rights. Critical criminology.

1. O estudo que apresento em homenagem a meu pai pretende discutir uma hipótese acerca da transição histórica, que ocorreu a partir de meados dos anos 90, do Movimento do Direito Alternativo ao garantismo jurídico, mais especialmente ao garantismo jurídico-penal. A adesão ao garantismo, mais do que uma especificação da prática do Direito Alternativo no campo penal, parece ter representado uma espécie de resposta à crítica promovida contra o movimento desde a sua emergência no final dos anos 80. Utilizo as experiências históricas de Magnaud, Kantorowicz e Neumann como recursos interpretativos para compreender as duas transições que envolvem estas correntes da crítica jurídica: primeira, em sentido negativo, da crítica aos fundamentos e aos pressupostos do positivismo dogmático; segunda, em sentido positivo, da construção de uma *práxis* jurídica emancipatória.

O trabalho se insere nas pesquisas pós-doutoramento que tenho realizado, desde 2014, sob a orientação de Ricardo Timm de Souza, junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS, projeto intitulado “A Contribuição Filosófica da Teoria Crítica na Compreensão das Relações entre Estado, Pena e Estrutura Social: o legado de Neumann, Rusche e Kirchheimer.” A retomada das inovadoras e ao mesmo tempo incompreendidas experiências históricas da jurisprudência republicana de Paul Magnaud (1849-1926), da teoria jurídica de Kantorowicz (1877-1940) e do diálogo entre marxismo e direito proposto por Franz Neumann (1900-1954) fornecem elementos para pensar, desde a pluralidade de vertentes que se intitulam críticas no direito, a possibilidade de localizar uma ancoragem teórica da crítica jurídica nas primeiras manifestações da Escola de Frankfurt.

O objetivo, portanto, é o de expor os primeiros resultados da pesquisa de pós-doutoramento, apresentando os vínculos entre a primeira tese de Neumann, “Uma Introdução Filosófica ao Direito: Tratado sobre a Relação entre Estado e Pena” (1923) e o manifesto de Kantorowicz, “A Luta pela Ciência do Direito” (1906), para, posteriormente, dialogar com a temática proposta na homenagem: o Movimento do Direito Alternativo e o garantismo jurídico, tendências do pensamento jurídico de vanguarda que o pai protagonizou com excelência a partir da formação do grupo que posteriormente foi identificado e nominado como *juízes alternativos*.

A escolha de Magnaud e de Kantorowicz não foi aleatória. Pelo contrário, é repleta de significados que enlaçam, para além dos vínculos familiares, a minha história acadêmica com a vida intelectual e militante do pai.

A primeira vez que li algo sobre o Direito Livre foi em uma referência que o pai fez em um dos seus artigos mais conhecidos e marcantes: “A Lei, o Juiz, o Justo”(1987).¹ Considero este texto como um dos estudos seminais do Movimento do Direito Alternativo, ao menos no que diz respeito à sua corrente prático-teórica representada pelos juízes gaúchos. Não recordo como tive acesso ao trabalho de Magnaud, mas se não foi por indicação direta, certamente passou por algum questionamento ou orientação do pai, pois sempre tivemos esta preocupação de crescimento teórico recíproco, o que invariavelmente implicou em diálogo, exploração e partilhamento de informações.

Os temas (jurisprudência Magnaud e Movimento do Direito Livre) despertaram interesse e acabaram sendo objeto da minha monografia de conclusão no curso de Direito, sob a qualificada orientação do querido professor Antônio Carlos Nedel.

Na monografia procurei indicar essas duas perspectivas como emergências ou registros históricos da *práxis* jurídica de vanguarda, que forneciam uma certa identidade ao Movimento do Direito Alternativo. Uso o termo *práxis* de forma proposital. Embora Magnaud e Kantorowicz não explicitem em seus trabalhos práticos e teóricos uma orientação marxista que pudesse justificar uma *práxis* nos termos propostos por Marx e Engels nas teses a Feuerbach, existem indícios mais do que suficientes que sugerem um certo grau de adesão dos autores às distintas perspectivas socialistas da época ou, no mínimo, no caso de Kantorowicz, uma identidade muito forte com ideais humanitários que caracterizaram a social-democracia alemã das primeiras décadas do século XX.

Magnaud, juiz-presidente do Tribunal de Chateau-Thierry a partir de 1887, é eleito em 1906 deputado pelo Partido Radical, criado em 1901 na França. Não há muitas informações sobre a posição de Magnaud nesse partido plural que agregava radicais, republicanos e socialistas (a denominação do mais antigo partido francês é “Parti républicain, radical et radical-socialiste”, conhecido popularmente como Partido Radical ou

Partido Radical-Socialista). No entanto, sua identidade partidária e o conteúdo das suas decisões indicam, no mínimo, uma forte inclinação humanitária decorrente da notória preocupação com a realização da justiça social (garantia dos direitos mínimos para a existência humana) no marco de sociedades economicamente desiguais e ética e politicamente egoístas.² Ademais, os historiadores apontam uma forte influência do pensamento feminista, notadamente em decorrência da militância da esposa de Magnaud.³

Kantorowicz, durante a vida universitária, ingressa no Partido Social-Democrata alemão (SPD), e, embora tenha se afastado em 1904 por considerar a perspectiva partidária demasiado dogmática, “mantém um amor platônico pelo socialismo” (Carter, 2005: 661) até sua morte no exílio em decorrência da perseguição nazista, conforme escreveu ao seu inseparável amigo Gustav Radbruch.

A opção política de Magnaud e de Kantorowicz pelos vencidos da história (Benjamin), ou seja, o direcionamento das suas ações prático-teóricas em defesa das minorias oprimidas pelos poderes político e econômico, marca, inegavelmente, um diferencial das suas experiências em relação às demais tendências de oposição ao positivismo dogmático que emergem a partir de meados do século XIX, sobretudo em relação ao historicismo de Savigny.

Neste sentido é que creio ser possível ver nessas posturas anti-dogmáticas sementes de uma perspectiva crítica no campo do direito que serão retomadas e cultivadas pela *práxis* de movimentos como o do Direito Alternativo brasileiro. Na jurisprudência do juiz Magnaud e na construção acadêmica do Movimento do Direito Livre, será demonstrada a insuficiência do método positivista-dogmático de produção do direito a partir de um olhar socialmente comprometido que busca, desde os limites do campo jurídico, possibilidades emancipatórias. Em Kantorowicz (mas também em Ehrlich e Fuchs, embora sejam evidentes as diferenças de perspectiva no interior do próprio Movimento do Direito Livre⁴) se percebe a construção de uma crítica sistematizada aos postulados de completude e de coerência dos ordenamentos jurídicos; à ausência de neutralidade no ato de julgar; à percepção do papel criativo do juiz na interpretação da lei; e ao reconhecimento de fontes não-estatais de juri-

dicidade (pluralismo jurídico). Nestes mesmos espaços de insuficiência dos ordenamentos jurídicos, e a partir de uma forte adesão aos princípios republicanos, será sedimentada a *práxis* de Magnaud.

Não por outra razão, Franz Neumann, um dos expoentes da Escola de Frankfurt nas ciências política e jurídica, irá dialogar, em sua primeira fase, diretamente com Kantorowicz (e Karl Renner) sobre as virtudes da sociologia na abertura e na complementação do método dogmático, a partir de uma explícita opção pelo materialismo histórico.

2. É demasiado simbólico retomar, como tema de investigação, as contribuições de Magnaud e de Kantorowicz ao Movimento do Direito Alternativo e inserir o debate nessa homenagem ao pai. A tarefa de reler a pesquisa acadêmica, que desenvolvi na monografia de graduação e que posteriormente foi publicada em forma de artigos durante o primeiro ano do mestrado na UFSC, tem um significado muito especial. São investigações que entrelaçam e enraízam a minha trajetória acadêmica com a produção prático-teórica do Amilton.

Apesar de resistências bastante contundentes de inúmeros teóricos do Direito – inclusive entre alguns teóricos do próprio Movimento do Direito Alternativo, em sentido estrito, e da Crítica do Direito, em sentido amplo – que percebiam em Magnaud e em Kantorowicz tendências irracionalistas e perspectivas decisionistas, procurei, já na graduação, destacar um inegável ponto de convergência com o Direito Alternativo: ambos os movimentos foram alvo de resistências construídas fundamentalmente a partir de aparências, mas que adquiriram, ao longo do debate acadêmico, *status* de verdade, que interditaram qualquer possibilidade de exploração teórica mais aprofundada. Pior: em inúmeros casos, os movimentos de ruptura foram vítimas de ataques nitidamente desleais, realizados por pensadores conservadores, que não suportaram a crítica aos fundamentos e aos pressupostos da dogmática (unidade, completude, coerência, neutralidade axiológica e estatalidade). Nesse sentido procurei apontar, em um daqueles artigos, os “Mitos sobre a Escola do Direito Livre” (Carvalho, 1993)⁵, mais especificamente o processo de marginalização operado pelo *mainstream* jurídico em reação às tendências críticas. É que para além do debate acadêmico sério sobre o conteúdo

da crítica, existem leituras evidentemente equivocadas e/ou propositalmente maliciosas, situação que cria uma espécie de realidade invertida. O problema é que essa realidade invertida, baseada em interpretações distorcidas, é a que acaba criando os consensos e as verdades sobre os movimentos críticos, do Direito Livre ao Direito Alternativo.

2.1. Dentre as críticas que, desde o meu ponto de vista, ultrapassam a ingenuidade e tangenciam a má-fé, destaco algumas que considero relevantes ao debate proposto. A primeira elaborada por um festejado penalista catalão, nitidamente conservador no plano dogmático e político-criminal, em uma obra que se tornou referência para inúmeros pensadores das ciências criminais, muitos autorreferidos como críticos, inclusive. Silva Sanchez procura descrever as *causas* do expansionismo punitivo (“Sobre Algumas Causas da Expansão do Direito Penal”) (2001: 25-80) a partir da análise de distintos fatores que seriam típicos das sociedades pós-industriais: a proliferação de novos bens jurídicos; a emergência de novos riscos; a institucionalização e a consolidação social da insegurança; a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos e identificados com as vítimas; o descrédito das agências de segurança pública; e, finalmente, a atuação dos “gestores ‘atípicos’ da moral” e a “atitude da esquerda política: a política criminal social-democrata na Europa.” (Silva Sanchez, 2001: 69-73). Dentre as atitudes da esquerda política, o autor nomina e destaca o Movimento do Direito Alternativo.

“Não é fácil aventurar explicações profundas sobre a evolução da esquerda parlamentar em matéria de política criminal. Contudo, e deixando de lado argumentos populistas de puro carácter eleitoral, poderia afirmar-se uma certa esquizofrenia (ou, de forma mais suave, uma ambivalência) na sua relação com o Direito penal, que provavelmente antecede o movimento do uso alternativo do Direito, mas é teorizada em seus marcos. Nessa corrente de política jurídica, que teve seu momento culminante nos primeiros anos da década de setenta, se sustentava simultaneamente dois discursos que, regidos seguramente por um ‘leit-motiv’ de estrita ‘luta de classes’, revelavam uma dupla escala no momento de valorar a intervenção do Direito penal. Por um lado, se negava a legitimidade ‘tout court’ ao Direito penal, partindo da corresponsabilidade social na gênese do delito e da sua radical inutilidade para alcançar as suas finalidades declaradas em uma sociedade dividida. No entanto, por outro lado, e simultaneamente, se propugnava o recurso ao Direito penal como mecanismo de transformação da sociedade

e de intervenção contra quem obstaculizava o seu progresso em direção de formas mais avançadas e igualitárias de convivência democrática. Esse modelo abonava uma utilização seletiva – e, além disso, antigarantista – dos instrumentos punitivos em termos opostos aos seguidos pelo Direito penal convencional. Se o Direito penal convencional era acusado de incidir exclusivamente sobre os ‘powerless’, deixando de lado os poderosos, seria necessário, portanto, modificar sua orientação de modo que não incidisse sobre os marginalizados (para os quais os recursos deveriam ser os da política social) e, em sentido oposto, reforçar a incidência sobre os ‘powerful’. Neste último âmbito se justificaria, desde todos os pontos de vista, a intervenção – a mais ampla possível – do Direito penal.” (Silva Sanchez, 2001, p. 71-72)

Importante notar, de forma preliminar, que o autor simplesmente suspende, em sua análise causal, todo o peso macroeconômico do processo político-criminal, notadamente os processos de ruptura com os fundamentos e de desativação das políticas do Estado de Bem-Estar Social a partir do início dos anos 80, quando ocorre a emergência do Estado Penal, e dos 90, quando o expansionismo se consolida. Os fatores causais explicativos do fenômeno trazidos por Silva Sanchez não dialogam diretamente com o sistema econômico, parecendo ser um problema interno do sistema jurídico criminal. Nesse sentido, é fundamental lembrar que não apenas sociólogos críticos das políticas neoliberais, como Baumann e Wacquant, apontam os vínculos entre crise do Estado Social e consolidação do Estado Penal (Bauman, 1999; Bauman, 1998; Wacquant, 2001; Wacquant, 2008; Wacquant, 2003), mas pensadores conservadores, como Dahrendorf (1998), reconhecem uma estreita relação. A deliberada ausência ou, no mínimo, a redução da importância das políticas neoliberais como fator decisivo para a edificação do Estado Penal, na leitura proposta por Silva Sanchez, é autoexplicativa, sendo desnecessários maiores comentários.

No entanto, entendo fundamental enfrentar o argumento desde a sua lógica interna, pois mesmo esquecendo as profundas alterações produzidas na racionalidade do capitalismo contemporâneo, a hipótese de Silva Sanchez não se sustenta. Aliás, o argumento parece infantil, quase leviano, quando imputa a um movimento isolado de atores do sistema jurídico (plano judicial) a capacidade de alterar os rumos da política

criminal (plano legislativo). Inclusive porque, como é notório, o peso político dos coletivos identificados com a crítica do direito, em todos os países nos quais ocorreram manifestações dessa natureza, foi e é reduzido, não alcançando, em qualquer experiência, hegemonia institucional, salvo raras exceções no plano associativo ou sindical.

Ademais, o argumento não resiste a um simples exercício de lógica, pois se houvesse uma efetiva relação de causalidade entre a *práxis* alternativa e os câmbios político-criminais, os efeitos atribuídos deveriam ser averiguados nas duas perspectivas discursivas que caracterizariam, segundo Silva Sanchez, essa certa “esquizofrenia”, ou seja, deveriam ser demonstrados não apenas o aumento nos níveis de punitividade dos crimes dos poderosos, mas, sobretudo, a redução da seletividade das classes desfavorecidas. No entanto, uma simples observação empírica (criminológica) do nível de seletividade dos sistemas de justiça criminal nos países ocidentais das últimas décadas oferece elementos mais do que suficientes para refutação da tese em sua dupla dimensão: não houve redução da incidência do carcerário nas classes menos favorecidas e as classes poderosas seguem imunes ao sistema punitivo.

2.2. Desde o meu ponto de vista, o argumento de Silva Sanchez somente não supera a escandalosa e irresponsável hipótese levantada por Marcelo Aebi em relação à criminologia crítica e o seu impacto na América Latina, em uma crítica muito particular e que considero extremamente injusta a Alessandro Baratta.

Ao nosso ver, a *revolução* buscada por aqueles jovens mimados do Estado de Bem-Estar Social [referência aos criminólogos críticos europeus] era uma revolução *bon enfant*. As ideias são radicais, mas surgem em um contexto de estabilidade política, crescimento econômico e liberdade intelectual que nos faz duvidar que aqueles que as elaboraram tenham pensado seriamente a possibilidade de colocá-las em prática. São construções teóricas interessantes – apesar de que em muitos casos contém uma boa dose de retórica, de discurso para a plateia –, com muito pouca sustentação científica.

No entanto, ao cruzar o Atlântico rumo à América Latina – este subcontinente marcado não pelo realismo mágico mas pelo realismo trágico –, as ideias da Criminologia crítica e de outras correntes do pensamento marxista surgidas nos países centrais nos anos 1960 e 1970, deram sustentação teórica a diversos movimentos juvenis que, diante de uma realidade social muito diversa da que se via nos países centrais, tentaram levar a teoria

à prática. As consequências foram nefastas e conduziram à instauração de uma série de ditaduras militares sanguinárias que tiraram a vida de milhares de jovens e forçaram outros tantos ao exílio.” (AEBI, 2004, p. 52)

Os parâmetros nos quais Aebi ancora sua crítica se localizam fora dos marcos da credibilidade acadêmica. Algumas de suas hipóteses soam simplesmente satíricas, se não fossem, elas mesmas (hipóteses), realisticamente trágicas e, sobretudo, inconsequentes. Classificar os criminólogos críticos – e sustento que a atuação dos intelectuais orgânicos do Movimento do Direito Alternativo no campo penal integra o conjunto das *políticas criminais alternativas* que deriva e se desdobra da Criminologia Crítica (Carvalho, 2013: 279-303) –, como jovens mimados, idealistas, radicais e revolucionários ou procurar enclausurá-los em uma torre de marfim é um argumento típico do pensamento (jurídico e criminológico) conservador que não suporta qualquer tipo de reflexão problematizadora dos seus fundamentos e pressupostos epistemológicos, sobretudo quando essa crítica demonstra a utilidade e a subserviência desses saberes aos poderes constituídos (políticos, econômicos e, conseqüentemente, político-criminais). Não é preciso recorrer à obra de Foucault para confrontar a aparência desse tipo de discurso com a sua real funcionalidade. Por outro lado, é um tipo de argumento utilizado, com frequência, por aqueles atores sociais que se denominam “práticos”, e que procuram desqualificar o trabalho de reflexão acadêmica, considerado “teórico”, qualificativo que indicaria uma profunda distância da realidade. Assim, a tese, se fosse válida e irrefutável, desqualificaria o próprio autor da crítica, independentemente da sua ancoragem político-ideológica.

Extremamente grave, contudo, é a tentativa de vincular o pensamento criminológico crítico aos movimentos jovens e entender essas manifestações como um dos fatores preponderantes que desencadearam as Ditaduras militares na América Latina.

No campo criminológico, esta inversão ideológica da realidade, isto é, a atribuição da responsabilidade da violência aos sujeitos que sofreram a violência mesma, é classificada como culpabilização da vítima. Não vejo forma melhor de classificar o argumento apresentado pelo autor. Além disso, soa tão infantil quanto conspiratório supor que uma teoria

criminológica nitidamente acadêmica tivesse a potência ou capacidade de deflagrar ou influenciar movimentos sociais contraculturais, como se fossem títeres condicionados à vontade de um mestre.

Elena Larrauri, em uma profunda e qualificada resposta, alerta para o fato de que tais argumentos parecem afirmar que as Ditaduras foram instauradas para confrontar os movimentos juvenis revolucionários. Lembra, inclusive, que esse é um argumento próprio dos defensores das Ditaduras para justificar os golpes de Estado e a dissolução dos regimes Democráticos. Por fim, sintetiza de forma precisa esta espécie de inversão ideológica do discurso: “parece que a responsabilidade das Ditaduras militares, os exilados, os mortos, não é daqueles que deram o Golpe, mas da criminologia crítica que estava por trás dos movimentos juvenis. Enfim, parece que nenhum criminólogo crítico sofreu consequência alguma. O argumento me parece tão escandaloso que me faltam palavras.” (LARRAURI, 2006, p. 118)⁶

3.1. Mas tão escandaloso quanto atribuir ao Movimento do Direito Alternativo a responsabilidade pela expansão do Direito Penal (Silva Sanchez) e à Criminologia Crítica os golpes de Estado na América Latina é imputar ao Movimento do Direito Livre a culpa pelas reformas político-criminais do nacional-socialismo.

Franz Kantorowicz Carter, ao analisar a vasta correspondência de seu pai com o melhor amigo, Gustav Radbruch, aponta uma permanente preocupação de ambos, desde a redação do manuscrito de 1906 (“A Luta pela Ciência do Direito”), com os possíveis mal-entendidos que a expressão “Direito Livre” poderia gerar. Segundo Carter, Radbruch, um acadêmico muito mais diplomata que o seu pai, antecipou alguns problemas que poderiam ser derivados do termo, que foi mantido em razão de representar, para Kantorowicz, uma espécie de “grito de guerra.” (CARTER, 2005, p. 666) Todavia, restou evidente que nenhum dos pensadores poderia prever a extensão do mal-entendidos. Anota Goodhart, em 1958, que infelizmente o termo “doutrina do Direito Livre” produziu inúmeras distorções e equívocos, sobretudo por aqueles que não haviam lido o manifesto: “o texto foi mal-interpretado no sentido de que o juiz seria sempre livre para decidir os casos conforme os seus critérios pes-

soais e que a visão tradicional de que existiam regras obrigatórias que vinculavam os juízes nas decisões de problemas concretos era apenas uma ficção.” (GOODHART *apud* CARTER, 2005, p. 666).

A acusação de que o juiz estaria totalmente livre das amarras legais e, em consequência, que a doutrina do Direito Livre possibilitaria que os casos fossem julgados conforme os critérios pessoais de justiça do magistrado provavelmente foram a representação alegórica mais comum. O “mito da decisão *contra legem*”, inclusive identificado pelo autor, perseguiu Kantorowicz durante toda a sua vida, conforme descreve seu filho. (CARTER, 2005, p. 667) A propósito, esse estigma acompanha Kantorowicz e o Movimento do Direito Livre até os dias atuais, sendo extremamente comuns referências superficiais desta natureza na cultura manualesca – muito frequentes, aliás, entre aqueles que não leram o manifesto, conforme antecipado por Goodhart. Não por outra razão, na tentativa de esclarecer tais equívocos, o manifesto foi revisado em sua edição italiana (*La Lotta per la Scienza del Diritto*, 1908), sendo excluídos os parágrafos controversos e inserida uma nova e longa sessão na qual Kantorowicz destaca que os limites da decisão judicial seriam *praeter* e não *contra legem*. Na resenha italiana, Benedetto Croce destaca a carta enviada por Kantorowicz ao seu editor, na qual solicita que se persista na afirmação de que nenhum intelectual do movimento do Direito Livre propôs decisões deste tipo e que “a criatividade do juiz é *praeter, non contra legem!*” (KANTOROWICZ *apud* CROCE, 1908, p. 2000), enfatiza.

No entanto, segundo Carter, a acusação que mais teria ofendido Kantorowicz seria aquela atribuída por alguns acadêmicos de que o movimento do Direito Livre “teria indiretamente pavimentado o caminho para a doutrina e a prática jurídicas do nazismo.” (CARTER, 2005, p. 667).

3.2. A reflexão remete às reflexões de Max Weber sobre o direito e merece ser realizada a partir da sua concepção de *materialização do direito*. Em “Economia e Sociedade” (1920), mais especificamente nos capítulos destinados à sociologia do direito, o autor demonstra como o modelo jurídico racional-material se contrapõe ao racional-formal. (WEBER, 2004, p. 100-116; 142-153)⁷ Os critérios de decidibilidade, desde a perspectiva material, seriam determinados na exterioridade do direito formal: “as decisões de problemas jurídicos sofrem a influência de normas

com dignidade qualitativamente diferente daquela das generalizações de interpretações abstratas do sentido: imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência – utilitárias ou de outra natureza – ou máximas políticas, que rompem tanto o formalismo das características externas quanto o da abstração lógica.” (WEBER, 2004, p. 13) A materialização do direito, portanto, se encontraria na razão oposta e negaria os modelos jurídicos idealizados na Modernidade, notadamente porque a estrutura formal pressuporia uma sistemática fundada em cláusulas gerais.⁸

Nos termos propostos por Neumann, “o direito racionalmente substantivo é formalmente racional se as consequências jurídicas são ou dependentes de certas características ou de normas gerais abstratas claramente definidas. O direito racionalmente substantivo é materialmente racional quando generalizações não lógicas, normas pertencentes a outras ordens, como a ética, religiosa ou política, formam a base das decisões. O caso mais frequente de uma tal racionalidade do direito substantivo é provido pelas cláusulas gerais tais como provisões visando a que as decisões dos juízes tenham de se feitas com base na ‘boa-fé’ (...).” (NEUMANN, 2013, p. 78).

José Rodrigo Rodriguez descreve com precisão as condições de possibilidade da materialização do direito na fase política e econômica inaugurada em Weimar: “a passagem do capitalismo competitivo para a fase monopolista também é a transformação do direito liberal: as normas jurídicas passam a regular os fatos sociais por meio de textos indeterminados que incorporam expressões vagas como ‘boa-fé’ e permitem aos juízes decidirem com base em juízos de valor. Max Weber chama este fenômeno de ‘materialização do direito’ e vê nele um grande perigo para a racionalidade do direito, pois esse espaço de indeterminação pode ser preenchido, entre outras coisas, por um poder arbitrário.” (RODRIGUEZ, 2013, p. 22). Ao analisar a obra de Neumann, Rodriguez demonstra como o nazismo se estruturou através da proliferação de cláusulas gerais no ordenamento jurídico que, em consequência, desformalizaram o direito e facilitaram decisões arbitrárias (*ad hoc*).

No campo de intervenção penal, o exemplo mais significativo de materialização será o do art. 2º do Código Penal alemão, amplamente debatido pelas mais diversas tendências da dogmática e da criminologia

contemporâneas (dos pensadores liberais aos criminólogos radicais), exatamente em razão da ruptura com os princípios fundamentais de garantias (princípio da legalidade em sentido estrito ou da taxatividade e princípio da irretroatividade da lei penal). Com a reforma de 28 de junho de 1935, o Código alemão prevê que “será punido quem cometa um fato que a lei declare punível ou que mereça uma pena conforme os princípios fundamentais da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo. Se nenhum texto de lei se aplicar imediatamente ao caso, o ato será punido conforme a lei penal cuja ideia fundamental melhor se adapte.” O texto legal, criticado à exaustão em decorrência do uso de cláusulas abertas (são sentimento do povo) e do recurso à analogia (punição conforme a incriminação que melhor se aproxime), é precedido por dispositivos de natureza semelhante, como o das reformas penais de março de 1933 (que ampliava o tipo penal de “infidelidade” e introduzia a agravante da “nocividade ao bem do povo”), e de abril de 1934 (que amplia a noção de “delitos de alta traição” e cria os “Tribunais do Povo”). Em setembro de 1939 é incorporada ao Código Penal a figura delitiva do “inimigo do povo.”

Neumann afirma que “a característica de todas essas e muitas outras leis retroativas é o aniquilamento dos oponentes políticos ou a legalização de medidas ilegais tomadas durante o período de transição.” (2013, p. 478). O ponto de culminação da retroatividade teria sido a reforma do art. 2º do Código Penal em 1935, mas duas outras experiências de legislações casuísticas dariam a dimensão do problema: “as *lex* de Van der Lubbe de março de 1934, que estendiam a pena de morte para certos crimes cometidos entre 31 de janeiro a 28 de março de 1933” (2013, p. 478) e o caso Roehm, quando Hitler, avocando para si competência judicial, determina a condenação dos insurgentes à pena de morte.⁹

As alterações na legislação penal germânica introduzidas pelo nacional-socialismo expõem, sem pudores, as experiências totalitárias do século passado. E é exatamente pela sua capacidade de limitar e controlar os poderes punitivos que o princípio básico de garantia (princípio da legalidade) será o primeiro alvo da ofensiva totalitária. Sustenta Ferrajoli que na atualidade se assiste a uma profunda crise do princípio da legalidade, favorecida pela fragilidade teórica de sua formulação ilustrada e alimentada por diversos impulsos irracionalistas e autoritários. Recorda,

porém, que as violações ao princípio da legalidade através da admissibilidade da analogia *in malam partem*, p. ex., são fenômenos normativos que revivem as experiências totalitárias, que encontram na legislação nazista o seu ponto ótimo de elaboração. (FERRAJOLI, 1995, p. 384).

4. Não é desnecessário afirmar, porém, que nos regimes democráticos há espaço para um uso virtuoso da *materialização do Direito*. As aberturas do sistema, porém, devem ser limitadas por alguns parâmetros bastante específicos, como delineados por Ferrajoli na construção do modelo garantista, a partir do critério da tutela do mais fraco. (FERRAJOLI, 1995, p. 335-338; CARVALHO, 2008, p. 93-95) E, neste aspecto, é fundamental retomar as lições de Fuchs, publicadas em 1925, segundo as quais “o método que o movimento do Direito Livre propugna se harmoniza ao regime democrático instaurado na Alemanha, enquanto a Jurisprudência dos Conceitos se enquadrava no anterior modelo do absolutismo estatalista.” (GARCÍA AMADO, 1997, p. 812).

No âmbito penal, p. ex., o reconhecimento pela dogmática contemporânea das cláusulas supralegais de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade é compatível com os princípios fundamentais de um direito penal de garantias, inclusive com o princípio da legalidade, e o uso judicial de discriminantes e de eximentes não previsto em lei harmoniza-se com a aplicação do direito nos Estados Democráticos. O limite da legalidade, no direito penal, opera, eminentemente, como barreira de criminalização, ou seja, veda a criação de ilícitos materiais, mas não obstaculiza a materialização para a *ampliação das esferas de liberdade*.¹⁰ Aliás, é Radbruch, ao analisar a situação de crise econômica nos primeiros anos da República de Weimar, que irá demonstrar esse uso virtuoso da materialização ao lembrar que os “exemplos importantes de administração criativa de justiça por parte do Tribunal Supremo do Reich são a concepção do estado de necessidade supralegal e a aplicação da *clausula rebus sic stantibus* na época de inflação.” (RADBRUCH, 1997, p. 126).

Necessário referir, logicamente, que o mesmo autor descreve formas de perversão do direito, através de categorias jurídicas materializadas, sobretudo pelos representantes da Escola de Kiel (Schaffestein e Dahm), “o que injustamente é tomado como argumento para atacar ao movimento [do Direito Livre].” (RADBRUCH, 1997, p. 126). No entanto, é fundamental

perceber, neste caso, que se trata de um processo de materialização em um Estado que, segundo Neumann, não pode ser caracterizado como Estado de Direito¹¹, ou melhor, conforme classificou no “Behemoth” (1942), um *não-Estado de não-Direito*.¹² Uma situação de ruptura de tal ordem com os parâmetros civilizatórios é tão evidentemente excepcional que não pode servir como parâmetro de análise. Aliás, entendo que o caráter excepcional das práticas totalitárias não apenas situa as formas jurídicas materiais em um campo de análise altamente movediço, como limita a avaliação do próprio Direito formal, impedindo que sejam parâmetros de comparação com os momentos de estabilidade democrática.

No que tange aos métodos de interpretação e as possibilidades de flexibilização da legalidade no direito penal, Amilton, desde a perspectiva do garantismo penal, parece haver sintetizado de forma bastante esclarecedora, indicando uma dúlice diretiva: (a) na direção punitiva/perseguidora a interpretação deve ter força centrípeta, isto é, a imantação é para o núcleo do texto, restritivamente (o menor sofrimento possível ao acusado) – “neste momento, a lei – garantia espetacular ao cidadão, tanto que o penal segue o princípio da legalidade – protege o cidadão-réu. Assim, tudo vai em direção ao ‘núcleo duro’ do tipo (...). Eis o momento precioso da lei: em momento algum ela pode ser ultrapassada em prejuízo do débil. Aqui, aplicar a lei, como diria David Sánchez Rúbio, é ‘una actuación revolucionária’” (CARVALHO, 2005, p. 20); e (b) na direção libertária, para favorecer o débil no direito penal (réu), a força hermenêutica deve ter potencialidade centrífuga, dirigida para fora, com olhar extensivo aos direitos e às garantias individuais – “aqui os princípios gerais do direito são o instrumento hábil para combater injustiças, perseguições inócuas, excesso legislativo.” (CARVALHO, 2005, p. 24)

Parece evidente, portanto, o equívoco da hipótese de que as proposições teóricas do Movimento do Direito Livre e do Movimento do Direito Alternativo, em decorrência da crítica ao dogmatismo legalista e do recurso à materialização do direito, ampliariam arbitrariamente os poderes do julgador, situação que legitimaria uma prática judicial decisionista carente de controle. Em outros termos, que os movimentos induziriam práticas autoritárias no âmbito da interpretação do direito, fenômeno que teria, no caso do Direito Livre, pavimentado caminho

para as práticas nazistas, nos termos da contracrítica realizada por Carter (2005) e Curran (2001 e 2002). O diagnóstico apresentado por Goodhart de que as críticas mais agudas ao Direito Livre foram lançadas por intelectuais que não leram “A Luta pela Ciência do Direito” é precisa, notadamente porque Kantorowicz, no final do manifesto, aborda exatamente as formas de controle da atividade judicial para reduzir ao máximo as possibilidades de arbítrio – o termo “redução do arbítrio” é adequado porque o autor tem consciência e expõe a impossibilidade de controle absoluto da interpretação, em oposição aos mitos da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões elevados a máximas fundacionais dos sistemas jurídicos pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos. (KANTOROWICZ, 1949, p. 364).

Não por outra razão é preciso Carter ao afirmar que o objetivo principal do Manifesto era o de desmascarar a “megalomania da perspectiva dogmática ortodoxa” em sua “arrogância de crer possuir respostas para todas as questões”, assim como havia pretendido o ortodoxismo religioso. (CARTER, 2005, p. 681).

Uma passagem de um dos livros do pai sobre Direito Alternativo demonstra que as semelhanças estão longe de ser meras coincidências:

O movimento, por incrível que ainda pareça, por desconhecimento, preconceito ou (em casos isolados) má-fé, tem sido atacado precisamente pelo que ele não é.

Alguns dizem que o Direito Alternativo se caracteriza pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. A lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não). Aliás, sobre o tema desenvolvi trabalho com André Baggio. A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva (da radicalidade democrática). O que a alternatividade não reconhece é a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, nem tampouco que se dê à norma cunho de dogma (verdade absoluta, inquestionável), o que é diverso da negativa à lei (...).

O que a alternatividade busca é novo paradigma, com superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade e serão desenvolvidas com mais vagar no capítulo seguinte. Ou seja, o compromisso do juiz deve ser a busca incessante da justiça, ‘jamais atingida e sempre mutável’ – como

ensina André-Jean Arnaud, tendo como limites, de um lado, o caso concreto, e, de outro, os princípios universais do direito.

Seria ingenuidade, extrema e insustentável, uma construção teórica que outorgasse poderes quase teocráticos ao julgador.” (CARVALHO, 1998, p. 38).

Na tensão sobre o tema da negativa da lei e do arbítrio judicial, duas transições são fundamentais e constituem importantes legados para a Teoria Crítica do Direito: a apropriação e a recapacitação da doutrina do Direito Livre por Neumann; o encontro do Direito Alternativo com o garantismo. Ambos os processos parecem representar respostas (contracríticas) contundentes à crítica deflagrada pelo pensamento tradicional (dogmatismo formalista).

Na década de 20, Neumann, na “Introdução Filosófica ao Direito”, irá se aproximar de Kantorowicz, a partir de um forte diálogo com Renner – diálogo mediado e fundamentado na crítica da economia política de Marx. Neumann irá denunciar o isolamento da ciência jurídica ortodoxa e afirmar a necessidade do diálogo com a sociologia. A sociologia jurídica, apesar de ser mantida em um espaço de auxiliaridade do direito, irá provocar, segundo Neumann, o efeito de ampliação do objeto de investigação dogmático: “a tarefa da Sociologia Jurídica é lidar com o estabelecimento do suporte fático – a premissa menor. Sociologia Jurídica significa, nesse sentido, um alargamento conceitual em relação à jurisprudência técnica. Ela é uma ciência auxiliar à dogmática, que sempre será – e assim deve ser – o centro da aplicação jurídica.” (NEUMANN, 2015, p. 17) A necessidade de manutenção de um saber dogmático (formal), mas ao mesmo tempo aberto ao conhecimento sociológico (material), explica o motivo de Neumann procurar amparo em Kantorowicz, excluindo qualquer referência às obras de Fuchs e, principalmente, Ehrlich, que, conforme visto, configuram uma corrente autônoma no Movimento do Direito Livre. Neumann, amparado em Kantorowicz, não abdica da perspectiva formal (normativa)¹³, diferentemente da proposta de Ehrlich e Fuchs, que entendem necessário sobrepor a sociologia à dogmática jurídica. Mas o diferencial de Neumann é, efetivamente, operar a crítica ao dogmatismo e a necessidade de abertura à sociologia a partir de Marx.

5. Há um trabalho excepcional de Eduardo Novoa Monreal – assessor jurídico de Salvador Allende, redator do texto de nacionalização do cobre

chileno (NOVOA MONREAL, 1972), professor de direito penal exonerado e posteriormente exilado em decorrência do golpe de setembro de 1973 – cujo título sintetiza a percepção do papel desempenhado pelo direito para o marxismo tradicional: “O Direito como Obstáculo à Transformação Social” (1975) (Novoa Monreal, 1985). Lembro que o livro de Novoa Monreal foi um dos inúmeros textos que o pai me indicou para leitura na época da Faculdade e que sua perspectiva se assemelhava muito àquela exposta no clássico “Direito, Poder e Opressão”, de Roberto Aguiar (1980).

A possibilidade de o direito exercer um papel emancipador nas sociedades capitalistas sempre foi vista com muito ceticismo pelo pensamento marxista, razão pela qual invariavelmente indagações nesse sentido (diálogo direito e marxismo) recebem respostas *negativas*. O direito possuiria funções bastante evidentes que denunciariam seu caráter classista: organizar as relações de dominação; coordenar a repressão (física) dos dissidentes.¹⁴ Na aparência – aparência desnudada pelo marxismo – a legalidade característica do direito burguês deveria colocar limites aos poderes, notadamente à intervenção dos aparelhos repressivos do Estado. A função opressiva, porém, se manifestaria, em sua crueza, não apenas através da legalidade formal, mas nas lacunas ou na suspensão dessa mesma legalidade, formas jurídicas que permitem a sobreposição do domínio (razão de Estado) à legalidade.

Nicos Poulantzas, em “O Estado, o Poder, o Socialismo” (1978), um dos clássicos do marxismo estruturalista, explicita essa impossibilidade de o direito exercer uma função diversa daquela de legitimação da ordem burguesa através do uso da violência. Segundo o autor, a lei integra a ordem repressiva e o direito é configurado como um instrumento de violência estatal que reflete e legitima a violência pública organizada. A lei e o sistema jurídico materializam a ideologia dominante e, por meio da sua discursividade, ocultariam a realidade política e econômica desigual. Os operadores do direito, funcionários da burocracia do Estado liberal, assumem o papel de guardiões da lei. Lei, esse “segredo de Estado”, que funda um saber subordinado à sua razão (razão de Estado) (POULANTZAS, 1985, p. 85-105).

Amilton, ancorado em Roberto Aguiar¹⁵, Lyra Filho, Marilena Chauí e Althusser, outro estruturalista de referência, sintetiza: “nas sociedades

capitalistas, onde o poder está nas mãos de uma minoria (os detentores do capital e seus representantes), a lei tem basicamente duas funções: manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (a maioria trabalhadora). Por outro lado, o Estado, donde emerge a lei, é, segundo a tradição marxista, ‘uma máquina de repressão que permite às classes dominantes assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão de mais-valia’ (Althusser). Têm a mesma visão de Estado Roberto Lyra Filho e Marilena Chauí. Assim, o direito, visto aqui como lei, nada mais é do que a ideologia vencedora que sanciona, conforme a lição de Roberto Aguiar. Na ótica de Althusser, é ao mesmo tempo aparelho repressivo do Estado (funciona via violência) e aparelho ideológico do Estado (funciona via ideologia).” (CARVALHO, 1987, p. 133).

A nova perspectiva, pensada desde a década de 20 por Neumann, mas com destaque apenas a partir da década de 60 pelos movimentos identificados com a Teoria Crítica do Direito, é a de uma leitura marxista do direito em sentido *positivo*, ou seja, sem abandonar a crítica da sua funcionalidade nas sociedades capitalistas (perspectiva *negativa*), realizar um giro interpretativo no sentido de um uso emancipatório (alternativo) do direito.

Exatamente por isso, o Direito Alternativo poderia ser caracterizado como “um movimento que se caracteriza pela busca de um instrumental prático-teórico destinado a operadores jurídicos que ambicionam colocar seu saber/atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. É uma atuação comprometida com a vida com dignidade para todos, buscando a emancipação com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra uma dominação injusta.” (CARVALHO, 1993, p. 29)

Conforme Wilson Ramos Filho, a finalidade do movimento seria o de realizar “(...) uma interpretação alternativa do direito burguês, na defesa das classes populares.” (RAMOS FILHO, 1991, p. 156) Assim, conclui Clemerson Cléve, “o direito não é só repressão; é, igualmente, o signo da libertação dos oprimidos.” (CLÉVE, 1991, p. 117).

Em momentos como os atuais, de crise política e de enfraquecimento das possibilidades emancipatórias, revisitar os fundamentos da crítica,

sobretudo em sua contundência às bases do direito burguês, possibilita, desde o meu ponto de vista, recompor a organicidade de movimentos democráticos que resistem à gradual e constante violação dos direitos humanos. Possibilita, igualmente, pensar caminhos alternativos de reconstrução da própria crítica após um período de especialização e de fragmentação em campos específicos (veja-se, por exemplo, o giro ao garantismo nas ciências criminais) ou de cooptação pelas agências de governo através da experiência dos partidos de esquerda no poder, como ocorreu no Brasil nas últimas décadas.

Nesse cenário, penso que a retomada de algumas experiências históricas e dos fundamentos da Teoria Crítica pode ser muito mais do que esclarecedora. Assim, a perspectiva de uma Teoria do Direito fundada no marxismo e, acima de tudo, crítica das formas jurídicas e políticas totalitárias, como a oferecida por Neumann e pelos demais frankfurtianos, é extremamente útil como recurso de interpretação e de diagnóstico do tempo presente.

6.1. Conforme demonstra Rodriguez, Neumann, ao menos o da primeira fase (ao longo da década de 20 até a tomada de poder pelo nacional-socialismo em 1933), é sobretudo um militante. E a sua militância como advogado dos sindicatos dos operários na República de Weimar será fundamental e decisiva em sua elaboração teórica, porque inserida na luta pelos nascentes direitos sociais em um contexto no qual “o conservadorismo da magistratura alemã se recusava a dar efetividade à Constituição.” (RODRIGUEZ, 2006, p. 29).

O cenário do sistema jurídico durante a República de Weimar revela importante tensão entre um pensamento judicial aristocrático extremamente conservador e uma estrutura normativa de vanguarda que não apenas incorpora e formaliza inúmeros direitos da classe trabalhadora como limita o uso abusivo de tradicionais direitos liberais, como o direito de propriedade através da regra que determina o cumprimento de sua função social. A tarefa de Neumann, como jurista orgânico, passa a ser a de“(...) reconstruir a racionalidade do direito para propor interpretações exemplares das normas jurídicas que favoreçam o direito dos trabalhadores.” (RODRIGUEZ, 2006, p. 29). Nesse aspecto, Neumann reconhece o problema que foi a manutenção da velha burocracia, em uma espécie

de pacto entre os três partidos de coalizão (Partido Social-Democrata, Partido do Centro e Partido Democrata), situação que consolida uma posição refratária da magistratura alemã. (NEUMANN, 2013, p. 479).

O diagnóstico de Neumann é extremamente útil para que possamos compreender os usos das cláusulas abertas pelo judiciário, isto é, como se processa no plano da interpretação judicial a materialização do direito.

Em sua tese de 1923 (“Introdução Filosófica ao Direito”), Neumann adere à crítica ao dogmatismo proposta pela Escola do Direito Livre, dialogando, fundamentalmente, com Kantorowicz, conforme exposto. (NEUMAN, 1923, p. 14-17) A adesão à crítica significa, fundamentalmente, desde o meu ponto de vista, que Neumann reconhece as virtudes da *pauta negativa* do movimento do Direito Livre, notadamente no que tange à incompletude dos ordenamentos e à função criativa da jurisdição. No entanto, em “O Império do Direito” (1936), Neumann irá realizar uma profunda revisão crítica, apontando os problemas decorrentes do excesso de materialização produzido na esfera judicial. Em princípio, esses dois movimentos não me parecem contraditórios, notadamente porque aderir ao diagnóstico não significa, necessariamente, concordar com os efeitos, inclusive colaterais e/ou não previstos, da teoria. A questão, porém, é que algumas críticas que Neumann irá realizar ao Direito Livre, neste segundo momento, soam excessivas e em alguns aspectos injustas, embora compreensíveis em razão da perspectiva judicial decisionista que se instalou na Alemanha na década de 20, cujo objetivo, conforme destacado pelo próprio autor, era o de realizar uma contrarreforma que resistisse aos avanços conquistados pela Constituição de Weimar.

A atividade judicial de reinterpretção das normas constitucionais objetivando obstaculizar a transformação social, nos termos da análise proposta também por Kirchheimer (1983), e que, segundo Neumann, teria implicado na destruição da racionalidade e da calculabilidade do Direito, não pode ser imputada, porém, ao movimento de Kantorowicz (NEUMANN, 2013, p. 453), como se a burocracia aristocrática, através dos seus magistrados conservadores, tivesse adotado explicitamente os postulados do Direito Livre. De igual forma, não parece correto sustentar que o Direito Livre postulasse “(...) a supressão da lei racional formal por meio das cláusulas gerais.” (NEUMANN, 2013, p. 385) Nesse ponto parece

haver uma confusão entre diagnóstico e prognóstico e um inequívoco e injustificado excesso que resulta na responsabilização de pensadores que igualmente foram vítimas da inversão da legalidade e da suspensão do Estado de direito operadas pelos juristas e intelectuais do nazismo.

A confusão entre diagnóstico e prognóstico diz respeito ao equívoco de se extrair uma pauta positiva (ação) da pauta negativa (crítica). Parece razoável afirmar que a constatação realizada por Kantorowicz em relação à incompletude e à incoerência dos ordenamentos jurídicos decorrentes da identificação da existência de lacunas, de antinomias e de cláusulas gerais – incompletude e incoerência negadas pelos adeptos da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos – não significa a defesa de um ordenamento incompleto e incoerente. De igual forma, identificar os processos criativos pelos quais o juiz constrói e motiva sua decisões e nominar os mecanismos que permitem que o julgador dê aparência de legalidade a uma decisão *praeter* ou *contra legem* não implica em defender a violação da própria legalidade. Não existe, portanto, uma relação de causalidade entre o diagnóstico (incompletude do ordenamento e função jurisdicional criativa) e efeito perverso (violação da lei). Embora, em ambos os aspectos (regras de elaboração normativa e regras de interpretação judicial), o tema da materialização do direito esteja presente.

Outrossim, é fundamental destacar a significativa diferença entre o contexto e o objeto de direcionamento das críticas de Kantorowicz (Código Civil alemão de 1900)¹⁶ e os de Neumann (leis nazistas), motivo pelo qual parece temerário responsabilizar o Direito Livre por um desdobramento trágico concentrado muito mais na esfera política do que na jurídica. Os indicativos apontados parecem não permitir vincular ambos os fenômenos, embora não seja possível excluir a possibilidade de um uso utilitário e perverso das teses de Kantorowicz pela casta judicial conservadora de Weimar, que será naturalmente incorporada na burocracia nazista com a tomada de poder do nacional-socialismo em 1933.

Ademais, uma questão é central, sobretudo na atualidade: a materialização do direito é uma realidade decorrente da própria formação da linguagem jurídica através da linguagem natural. Neste sentido, a Teoria Crítica do Direito foi extremamente competente em demonstrar que

inexistem dispositivos normativos completos, isentos de ambiguidade, e que a previsibilidade e o cálculo das decisões revelam uma postura idealista perante o sistema jurídico. A conclusão permite, inclusive, borrar a clareza acerca das fronteiras estabelecidas pelos tipos ideais de racionalidade jurídica (racionalidade forma e racionalidade material) formulados por Weber. Neumann enfatiza, inclusive, que “não se pode duvidar de que a função do juiz não consiste num mero ato de reconhecimento (...). Portanto, sempre que um livro sobre processo judicial começar pela demonstração de que este processo não consiste em um mero ato de reconhecimento, ele estará somente provando o óbvio.” (NEUMANN, 2013, p. 383-387) Não se trata, portanto (a materialização do Direito), de uma perspectiva teórica que se adere ou se refuta. A adesão ou refutabilidade pode ser relativa aos critérios que conduzirão à interpretação e ao grau (maior ou menor) e às formas de controle das cláusulas gerais. Do contrário, estaríamos revivendo os idealismos da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos.

Mas no que diz respeito às mudanças nas perspectivas lógicas, e sempre ideológicas, da magistratura tedesca, Neumann fornece um interessante recurso interpretativo: os juízes que abusavam das cláusulas abertas como forma de obstaculizar a efetividade das reformas introduzidas pela Constituição de Weimar serão os mesmos que demonstrarão fidelidade servil aos dispositivos editados pelo regime nazista – “o juiz, tendo cumprido sua função contrarrevolucionária durante a democracia de Weimar, tornou-se agora [no nacional-socialismo] mais uma vez servo absoluto da lei, ou seja, da vontade do líder: ‘o direito e a vontade do líder são a mesma coisa’. A independência do juiz recebeu agora um novo significado.” (NEUMANN, 2013, p. 479).

6.2. Se o ordenamento jurídico possui espaços de indeterminação, conforme Neumann reconhece em seu diálogo extremamente tenso com Kantorowicz; e se as lacunas e as contradições do sistema jurídico são ampliadas com a emergência das Constituições democráticas – e a Constituição de Weimar é, neste sentido, paradigmática; o campo do direito refletiria a conflitividade social e se transformaria em um terreno fértil para disputas de sentido que resultassem em decisões favoráveis aos trabalhadores.

É histórico, porém, conforme demonstrado, o fato de que esta expectativa mostrou-se frustrada em decorrência do uso que a jurisprudência fez das cláusulas abertas para despotencializar os direitos sociais, notadamente aqueles que limitavam a propriedade privada (função social da propriedade), conforme se percebe das análises de Kirchheimer.¹⁷ Note-se que a resistência dos Tribunais de Weimar a dar efetividade à Constituição, sobretudo no que tange aos avanços no campo dos direitos sociais, se assemelha, em muito, ao “caso chileno” exposto por Novoa Monreal.

No entanto, apesar da constatação do papel conservador desempenhado pela Magistratura germânica, é exatamente essa resistência da burocracia aristocrática às novas regras do jogo estabelecidas pela Constituição que permite a Neumann perceber uma potencialidade revolucionária do direito. Em Neumann é possível encontrar, portanto, uma das primeiras construções, sob nítida inspiração marxista, acerca das possibilidades emancipatórias do direito liberal, o que permitiria a “[...] construção de uma teoria que mostre a centralidade do Estado de direito para a construção do socialismo [objetivando] fundar uma práxis revolucionária interna às instituições.” (Rodriguez: 2006: 31) Seja na construção (Parlamento) ou na interpretação (Judiciário) das normas jurídicas, a luta de classes se estabelece no campo do Direito. (NEUMANN, 2013, p. 443).

A inédita ascensão dos trabalhadores ao parlamento e a disputa pela efetividade das normas de garantia dos direitos sociais provocaram aquilo que Heller diagnosticou como o *ódio burguês à lei*: “a classe que lutara contra a aristocracia para construir o Estado de direito agora se voltava contra a sua própria obra, ou seja, contra si mesmo, e buscava destruir as instituições que havia criado (...). Heller atribui esta mudança de atitude da classe burguesa em relação ao Estado de direito à presença do proletariado no sistema político.” (Rodriguez, 2006, p. 43).

A presença do proletariado no legislativo em Weimar cria, pois, um campo de batalha na fonte originária da legalidade (constitucional). Não por outra razão parece ser correta a afirmação de que a Constituição de Weimar expressa uma tensão com potencial altamente revolucionário e, como destacado, a magistratura conservadora desempenhará o papel

contrarrevolucionário de inefetivação dos direitos sociais, notadamente através do abuso permitido pelas cláusulas gerais.

Neste cenário, Rodriguez sintetiza a contribuição de Neumann para a Teoria Crítica (do Direito): (a) o direito liberal ultrapassa os limites de sua instrumentalidade para satisfação exclusiva dos interesses da burguesia; (b) a luta pelo Direito pode ser um meio para a construção do socialismo. (RODRIGUEZ, 2013, p. 99). Em outras palavras, em Neumann há “a identificação do império do direito como forma de sociabilidade e sua função emancipatória que indica para a construção do socialismo.” (RODRIGUEZ, 2006, p. 73).

Não cabe, neste espaço, discutir como as práticas judiciais no nacional-socialismo conseguiram, tanto através do apego servil à legalidade nazista (forma) quanto do recurso às cláusulas gerais (materialização do Direito), anular todos os mecanismos jurídicos de controle do poder, inclusive destruindo a própria estrutura do Direito liberal. Mas é fundamental destacar que no processo de transformação da Alemanha em *Behemoth* estão dispostos todos os elementos que revelam os perigos inerentes à instrumentalização do Direito pela política com a incorporação *formal e material* dos elementos básicos de um Estado Totalitário – Direito reduzido à vontade do líder; elaboração normativa casuística; retroatividade da lei; vinculação e dependência da Magistratura às ideias do nacional-socialismo (“sincronização da maquinaria jurídica com a liderança política”) (NEUMANN, 2013, p. 480).

Na precisa síntese de Neumann, “a teoria jurídica do fascismo é ‘decisionista’. Toda a maquinaria do direito se coloca exclusivamente a serviço do líder, com a finalidade de transformar, o mais rapidamente possível, sua vontade em formas jurídicas.” (NEUMANN, 2013, p. 480-482).

7. A partir das diretrizes de Rodriguez, é possível afirmar que no atual estágio das Democracias ocidentais emergem duas questões importantes a enfrentar em relação ao tema da materialização do Direito: (a) como estabelecer critérios democráticos de controle *social* das decisões; e (b) como ampliar e garantir espaços de juridicidade para além do jurídico. (RODRIGUEZ, 2013, p. 102).

Os riscos da materialização foram objeto de análise em distintos momentos na Teoria Crítica do Direito. A partir da minha experiência na

militância desde dentro do Movimento do Direito Alternativo – através da leitura de praticamente todo o material produzido; da frequência aos incontáveis eventos, painéis e congressos nacionais e internacionais; da disputa de espaços acadêmicos no âmbito da graduação e da pós-graduação; da redação de textos e manifestos; e da troca de experiências e do compartilhamento de angústias e conquistas com o pai, os membros do grupo dos juízes gaúchos e, durante o mestrado na UFSC, com as demais referências do movimento (Edmundo Arruda Jr. e Antônio Carlos Wolkmer) – penso que é possível afirmar que, no momento de sua emergência e consolidação (final dos anos 80 até meados dos anos 90), havia uma aposta sincera, mas relativamente ingênua, na figura dos operadores do direito, mais especificamente do juiz. Creio que havia uma confiança ou um otimismo, em alguns aspectos excessivos, em relação à capacidade crítica e ao comprometimento dos atores jurídicos com a emancipação social. No entanto, essa cultura jurídica que sustentaria um atuar em defesa dos direitos contra os poderes foi, de alguma forma, interdita. Um dos interditos, inegavelmente, foi a destruição do sistema de ensino do direito no Brasil a partir da segunda metade da década de 90, fenômeno que, na atualidade, já atinge a pós-graduação. Inúmeros trabalhos foram escritos sobre o modo como as faculdades de direito, a partir da mercantilização do ensino, foram transformadas em cursos técnicos e profissionalizantes sem capacidade alguma de formar atores minimamente críticos e socialmente comprometidos.

No entanto, se houve uma certa ingenuidade com a função desempenhada pelos atores do direito, a fase igualmente crítica que sucedeu o Movimento do Direito Alternativo parece ter concentrado sua preocupação exatamente neste tema. Mais especificamente no campo do direito penal em sentido amplo (direito penal, direito processual penal, criminologia e política criminal), a incorporação gradual, mas substancial, do garantismo jurídico representou um marco decisivo na defesa dos direitos e na resistência contra as mais distintas formas de abuso dos poderes. Em outros termos, o garantismo jurídico construiu suas trincheiras exatamente contra o decisionismo e o ativismo judicial.

A literatura sobre o garantismo penal no Brasil nas últimas décadas é imensa e de grande qualidade, exceto alguns naturais excessos, incom-

preensões e usos marcadamente oportunistas e utilitários. Mas foi através do garantismo que os intelectuais orgânicos do Direito Alternativo qualificaram sua teoria e, em consequência, sua prática. O desenvolvimento prático-teórico e a adequação da obra de Ferrajoli à realidade jurídica e social brasileira criaram um campo de investigação fértil e demarcaram formas distintas de enfrentamento dos poderes punitivos. Não por outra razão, assim como haviam sofrido os alternativos, não foram poucas as reações contra os garantistas, sobretudo de juristas reacionários fetichizados pelos poderes, submetendo os direitos e as garantias fundamentais à razão de Estado, instrumentalizada por cláusulas abertas como ordem e segurança públicas.

O trabalho de Ferrajoli, introduzido no Brasil por duas teses de doutoramento – “Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista”, de Sérgio Cademartori (UFSC, 1999), e “Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil”, de minha autoria (UFPR, 2000) – e uma dissertação de mestrado – “Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais”, de Geraldo Prado (UGF, 1998) –, foi densificado pela qualificada interpretação da obra de Franco Cordero (1986 e 1996) apresentada (e igualmente introduzida no país) pelo *captain* Jacinto Coutinho (1991 e 2001).

A preocupação com o controle do arbítrio, o decisionismo e o ativismo judicial ganhou tamanha dimensão que uma das teses centrais desta nova etapa da crítica jurídica brasileira foi a da demonstração da ilegitimidade dos poderes instrutórios do juiz. A redução da atividade e a redefinição da posição processual do julgador como espectador de um procedimento em contraditório no qual os atores são a defesa e a acusação foram temas que se alinharam à exigência de fundamentação suficiente dos atos e ao respeito radical à forma do devido processo. “Forma é garantia” se tornou uma espécie de mantra, repetido à exaustão, como mecanismo de controle contra os transbordamentos punitivos típicos de estruturas jurídicas inquisitórias.

Nesse novo cenário, o pai novamente assumiu um papel de destaque, sobretudo porque coincidiu com a sua atuação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No cargo de Desembargador, junto com os magistrados Aramis Nassif, Luiz Gonzaga Moura e Genacéia Alberton e com o

procurador Lenio Streck [na composição mais combativa da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça], Amilton foi relator de decisões paradigmáticas, publicadas em duas coletâneas (CARVALHO, 2006; CARVALHO *et alii*, 2008.), posteriormente objeto de reflexão teórica mais profunda. (CARVALHO & CARVALHO, 2005; CARVALHO & CARVALHO, 2004; CARVALHO, 2014; CARVALHO, 2013)

A maturidade crítica fornecida pelo garantismo parece indicar que se é impossível condicionar os sentidos da interpretação – em quaisquer regimes, democráticos ou totalitários –, o que resta aos atores jurídicos comprometidos com os direitos das pessoas é o esforço para criar mecanismos (normativos e dogmáticos) de controle dos abusos de poder em todas as suas formas de manifestação. A perspectiva não esvazia ou impede, porém, a busca de novos e renovados centros de produção de juridicidade, com a finalidade de construir mecanismos realmente alternativos de resolução dos conflitos sociais que superem a lógica do sistema penal.

Assim, penso que são muito similares as duas transições trabalhadas nesta homenagem que ocorreram nos movimentos de crítica ao formalismo dogmático: a releitura do Direito Livre por Neumann e a qualificação do Direito Alternativo pelo garantismo. Importante sublinhar, porém, que se a reinterpretção do Direito Livre proposta por Neumann é marcada radicalmente pela fundamentação marxista, essa orientação (marxista) já estava presente na germinação do Direito Alternativo. A propósito, talvez um dos aspectos negativos da reorientação ocorrida na crítica jurídica nacional com a adesão ao garantismo foi exatamente o da ocultação ou do enfraquecimento desta fonte, situação que permitiu, em vários aspectos, uma apropriação teórica dessa crítica (garantista) por tendências liberais e até mesmo neoliberais, naquilo que denominei anteriormente de garantismo utilitário ou garantismo de ocasião.

De qualquer forma, é muito interessante perceber e apontar as semelhanças entre as hipóteses fundacionais das teorias de Ferrajoli e Neumann (autor que não aparece em nenhuma referência de “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, registre-se): a justificação racional e secular do Estado e do Direito; a função de garantia do Direito contra os poderes e a capacidade emancipatória do campo jurídico. Se algumas divergências são notórias, como aquela relativa à virtude da crítica socio-

lógica da dogmática, ao mesmo tempo não invalidam a aproximação dos autores em um aspecto decisivo para as democracias: a instrumentalização da interpretação do direito pelos princípios de afirmação (direitos) e de tutela (garantia) dos direitos humanos. Mais especificamente pela orientação do sistema normativo e dogmático, em suas dimensões *formais* e *materiais*, à *tutela do mais fraco*. Para Neumann, "(...) o direito racional não possui somente a função de tornar os processos de trocas calculáveis [principal objetivo do direito liberal-burguês, complemento], mas também tem uma função niveladora. Ele protege o fraco." (2013: 459) Sujeitos mais débeis que, para Ferrajoli, no âmbito das práticas punitivas, são representados por todos aqueles que se submetem à justiça penal: a vítima, o réu e o condenado. É exatamente por isso que "o fim do direito penal não é redutível à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. É, ao contrário, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ou ofendido ameaçado pelo delito, assim como do fraco ofendido ameaçado pela vingança; contra o mais forte que no momento do delito é o delinquente e na retribuição é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários à vítima (...). Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica como lei do mais fraco, orientada à tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte." (FERRAJOLI, 1995: 335.)

Registro, ainda, que a crítica não se esgota no garantismo, matriz teórica que constitui apenas uma ferramenta de atuação. Ferramenta que apresenta suas limitações e problemas, conforme abordado em outro momento. (CARVALHO, 2009: 149-177)

8. Em 1993, ano em que me graduei, parte da pesquisa foi publicada sob o título "Mitos Sobre a Escola do Direito Livre." A intenção do presente trabalho era a de uma revisita àquele estudo, sobretudo porque ao longo dos anos fui recolhendo muito material e o texto original efetivamente merece reparos. Mas apesar de alguns excessos juvenis, creio que aquele trabalho é virtuoso em sua tentativa de resgatar o Direito Livre, sobretudo Kantorowicz, e denunciar os equívocos de interpretação que até hoje são cometidos e que relegam este saber crítico ao voluntarismo.

Vinte anos depois, percebo com nitidez que a tentativa de resgatar, na graduação, Magnaud e Kantorowicz, exatamente no momento de maior

efervescência do Movimento do Direito Alternativo, foi uma forma que encontrei de realizar a defesa da crítica. Mais especificamente de defender o pai e, por que não, de defender a mim mesmo, pois sempre assumi publicamente meus vínculos com a contracultura jurídica.

Retomar, nesse momento, a discussão sobre Kantorowicz e o Direito Livre é marcar a necessidade de resgatar o sentimento emancipatório do Movimento do Direito Alternativo e o espírito livre e não menos revolucionário do meu pai, Amilton Bueno de Carvalho.

Notas

- ¹ “Cabe especial referência à obra de Hermann Kantorowicz, autor da célebre monografia *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A Luta pela Ciência do Direito), escrita em 1906 sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, inauguradora da escola do direito livre que entende que deve prevalecer o direito justo na falta de previsão legal ou contra a própria lei. Como ideais, apresenta Kantorowicz a popularidade da jurisprudência viva, sua especialização, sua imparcialidade, sua independência e sua própria justiça que reclama liberdade, personalidade e competência” (Carvalho, 1987: 144).
- ² Díez Enríquez, no prólogo da obra de Leyret, que coleta as principais sentenças do “bom juiz”, questiona a comum classificação de Magnaud como socialista. Embora indique sua evidente preocupação com as condições materiais de vida da população e com a defesa dos sujeitos mais vulneráveis – “observa igualmente Magnaud, a existência de direitos fundamentais da infância, do sexo feminino, da inferioridade econômica, em uma palavra, na debilidade frente à fortaleza, porque nesta se presume o abuso em relação àquela, enquanto não se comprove o contrário” (Díez Enríquez, 1986: 07) –, Díez Enríquez sustenta a impossibilidade de identificação com o socialismo em razão do respeito de Magnaud pelo direito à propriedade privada. No entanto, o autor esclarece que o respeito ao princípio da propriedade privada é perceptível “ao menos” nas suas sentenças (Díez Enríquez, 1986: 09), situação que deixa em aberto o debate, notadamente se observarmos os limites inerentes à atuação judicial.
- ³ Sobre o tema, Leyret, 1986; Rossel, 1986. No que tange à atuação judicial, Carvalho, 1994; e Carvalho, 2006.
- ⁴ As distintas perspectivas no interior do Movimento do Direito Livre são relativas à sua pauta positiva, ou seja, no que diz respeito à forma como a crítica ao formalismo será efetivada, se desde dentro ou desde fora da dogmática jurídica. Neste sentido, seria possível apontar duas correntes: primeira, a representada por Ehrlich e Fuchs, que defende a autonomia da sociologia do direito em relação à dogmática e reivindica à sociologia a *status* de ciência do direito; segunda, a figurada por Kantorowicz, que compreende o saber sociológico como fundamental para uma correta e atualizada interpretação e aplicação do direito, sem que a sociologia substitua a dogmática. Segura Ortega refere uma espécie de caráter misto, parcialmente normativo e parcialmente fático, na construção do modelo dogmático proposto por Kantorowicz (Segura, 1993a: 439). Em realidade, na concepção de Kantorowicz a sociologia irá desempenhar um papel auxiliar ao da dogmática, realizando rupturas e aberturas da ciência do direito ao campo da análise empírica dos fenômenos juridicizados.
Note-se, contudo, que em ambas as correntes há uma mudança do objeto dogmático: o direito estatal. Em Kantorowicz, o objeto será *ampliado* a partir da concepção de *direito livre*; em Ehrlich e Fuchs, será *substituído* pela ideia de *direito vivo*. A alteração do objeto impõe, necessariamente, uma mudança (modelo misto) ou substituição (modelo sociológico) no método dogmático da ciência do direito.

- Sobre o tema, Carter, 2005; Carvalho, 1993; Ehrlich, 1986; Kantorowicz, 1949; Núñez Leiva, 2012; Radbruch, 1997; Segura Ortega, 1993a; Segura Ortega, 1993b.
- ⁵ Sobre Magnaud, Carvalho, 1994; e Carvalho, 2006.
- ⁶ Ademais, creio que não é possível aceitar a hipótese, sustentada por Aebi em sua tréplica, de que estava, em realidade, apenas descrevendo um fato histórico. O argumento não me parece convincente, mas reproduzo na íntegra a resposta do autor para que o leitor chegue às suas próprias conclusões: “há apenas um ponto no qual me permito elevar o tom da minha resposta. É quando Larrauri utiliza o típico argumento marxista que sugere que tentar explicar a realidade é uma forma de justificá-la (disso deriva que não se deve explicar a realidade, mas modificá-la). Larrauri sugere que quando afirmo que os movimentos guerrilheiros latino-americanos aceleraram os golpes de Estado e as sangrentas ditaduras militares que torturaram e mataram dezenas de milhares de cidadãos, estou justificando indiretamente esses golpes. A acusação me parece indigna e, portanto, nem sequer merece ser respondida. Quem deseja constatar a maneira pela qual critiquei essas ditaduras militares pode ler minha obra de ficção.” (Aebi, 2007: 390-391). Sinceramente, não interpretei, em nenhum momento, a replica de Larrauri como acusação de justificacionismo. Ademais, no texto que deflagra o debate, Aebi não fala que os movimentos guerrilheiros aceleraram os golpes de Estado, mas que os movimentos jovens, influenciados pela criminologia crítica, eram uma das causas das Ditaduras. Salvo melhor juízo, além de uma substancial diferença entre os argumentos apresentados pelo autor nos distintos textos, não parece que qualquer um dos dois tenha a idoneidade necessária para aferir credibilidade ao argumento.
- ⁷ Sobre a racionalização (formal e material) do direito em Max Weber, sobretudo o diálogo do autor com Marx e Kelsen, conferir Arguello, 1995: 137-207.
- ⁸ “Uma sublimação jurídica, específica e qualificada, do direito, no sentido atual, somente é possível quando este tem caráter formal. Nos limites do formalismo absoluto da característica evidente, ela está limitada à casuística. Somente a abstração interpretadora do sentido faz com que surja a tarefa especificamente sistemática: a de coordenar e racionalizar, com os meios da lógica, as regras jurídicas, cuja vigência é reconhecida num sistema, internamente consistente, de disposições jurídicas abstratas.” (Weber, 2004: 13)
- ⁹ Ao descrever a forma jurídica do fascismo, Neumann constata que “sempre que a vontade do líder político esbarrar na resistência de uma lei já instituída, ele poderá alterar a substância da lei a qualquer momento e em qualquer direção que desejar. Mas o último remanescente da independência do juiz desaparece caso o líder não apenas assuma os poderes legislativo e executivo, mas também as funções judiciais; se ele mesmo ordenar a pena de morte, tal como ocorreu na famosa revolta de Roehm.” (Neumann, 2013: 482)
- ¹⁰ Sobre as possibilidades de ampliação das esferas de liberdade e constrição do poder punitivo, a partir da materialização do direito – em sentido expositivo (e exemplificativo) –, conferir Carvalho, 2008: 84-88.
- ¹¹ Nas conclusões de “O Império do Direito” (1936), antes do seu conhecido diagnóstico realizado no “Behemoth”, Neumann indaga: “O Estado nacional-socialista é um *Estado de direito*?” (Neumann, 2013: 477). A partir da análise do que considera os elementos básicos que constituem um Estado de Direito – dentre as principais características arroladas o princípio da não-retroatividade da lei, o princípio da imparcialidade de jurisdição, o princípio da impessoalidade da administração e o princípio da generalidade da lei –, conclui que “toda a maquinaria do direito se coloca exclusivamente a serviço do líder, com a finalidade de transformar, o mais rapidamente possível, sua vontade em formas jurídicas. Portanto, não podemos atribuir ao Estado nacional-socialista os princípios básicos de um *Estado de direito*.” (Neumann, 2013: 482)
- ¹² Neumann, ao refletir se o nacional-socialismo possuía uma teoria política – “pois todo sistema político pode ser caracterizado pela sua teoria política” (Neumann, 2009: 459) – e se o Estado nazista era efetivamente um Estado (de Direito), irá confrontar a tese de Pollock do “capitalismo de Estado.” Segundo Neumann, a ideia de capitalismo de Estado seria uma *contradictio in adjecto* porque não haveria outra resposta senão a negativa para a indagação da constituição do Estado nazista: o nacional-socialismo edificou, em realidade, um não-Estado – “mas se o nacional socialismo não possui uma teoria política, este sistema político seria um Estado? Se um Estado

é caracterizado pelo império do direito [rule of law], nossa resposta para esta questão será negativa, a partir do momento em que negamos que exista um direito na Alemanha” (Neumann, 2009: 467). Sobre o tema, conferir Ramos, 2012: 299-327.

- 13 “A Sociologia Jurídica é uma ciência auxiliar. Ela encontra o seu lugar na doutrina da aplicação do Direito. Aplicação do Direito significa a subsunção de um fato a um enunciado legal. A Ciência do Direito examina em seguida o enunciado jurídico em si, o enunciado como norma. Com ajuda da lógica pura, examina a seguir as funções lógicas desta norma, livre de todos os conteúdos psicológicos e fáticos. O ensino da função lógica do enunciado jurídico como enunciado jurídico (na sua forma lógica) corresponde à jurisprudência dogmática.” (Neumann, 1923: 16)

- 14 Nova Monreal, ao analisar concretamente o “caso chileno”, é bastante reticente em relação às possibilidades emancipatórias do direito. Segundo o autor, “é necessário entender que o direito burguês e toda sua organização institucional foram estabelecidos com a intenção de afirmar indefinidamente o poder ao regime político, social e econômico que defende o liberal-individualismo (base do sistema capitalista) e através dele eleva como axiomas jurídicos fundamentais conceitos como ‘segurança jurídica’, ‘direitos adquiridos’, ‘autonomia da vontade’ e outros, que não são mais do que instrumentos de perpetuação e para que subsista a situação de privilégio das atuais classes dominantes. Esse direito burguês está preparado para ser utilizado como verdadeira chave de segurança que impede o avanço de projetos revolucionários dentro da sociedade. Deve-se abandonar a ideia de que as regras desse direito são para realizar justiça; servem apenas para que os defensores do regime capitalista possam proteger-se melhor e opor-se às mudanças que lhes resultem excessivamente incômodas.” (Novoa Monreal, 1978: 50).

Afirma que mesmo havendo regras jurídicas que permitam mudanças nas estruturas econômicas e sociais, a estrutura da aplicação do direito burguês, especialmente os Tribunais, possui um grande poder de reação: “quando percebem que as tensões sociais se agudizam, [os Tribunais] deformarão o claro sentido desses preceitos e os aplicarão de forma retorcida com a finalidade de declarar o Direito – que os interessa – em um ponto muito mais atrasado e distante da verdadeira significação da lei vigente. Um simples jogo de malabarismo jurídico permitirá a esses organismos sustentar que se diz negro quando a lei escreve branco, e com isso impedirão de fato que possa ser utilizada pelas forças populares.” (Novoa Monreal, 1978: 50).

O debate proposto pelo autor será qualificado em “*O Direito como Obstáculo à Transformação Social*”, notadamente quando desenvolve temas relativos à proteção dos direitos sociais contra o burocratismo, ao primado do interesse geral sobre o privado, à interpretação progressista e seus limites e às distintas atitudes (conservadora, reformista e revolucionária) perante o direito e o Estado (Novoa Monreal, 1985: 178-231).

Neste sentido, Polanco Ramírez demonstra como o programa de Salvador Allende foi interdito pelo Parlamento chileno e pelos Tribunais, sempre hostis às mudanças e refratário mesmo quando os debates eram propostos desde dentro da legalidade a partir de sofisticadas interpretações e usos do positivismo jurídico (Polanco Ramírez, 2013: 01-)31.

As dificuldades em relação às doutrinas positivistas e o seu papel de sustentação da ordem econômica e social já haviam sido denunciadas pelo autor, antes mesmo da transição democrática ao Governo Allende (Novoa Monreal, 1968: 03-28). Importante registrar, porém, que no campo da intervenção punitiva, Novoa Monreal reconhece e defende as conquistas do direito penal liberal, apresentando importantes críticas à deformação do sistema de garantias derivada das propostas do positivismo criminológico e do modelo penal de autor desenvolvido pela Escola de Kiel: “a responsabilidade penal deve ser originada de um fato concreto imputável a um sujeito determinado; deve ser, por conseguinte, uma responsabilidade pelo fato, pois é apenas a realização de um fato injusto que autoriza um juízo penal. A aplicação de medidas penais não pelo que o sujeito fez, mas pelo que ele é, foi postulada pela Escola Positiva (...). O estado atual de desenvolvimento do Direito Penal admite a aplicação de medidas penais que resultem em séria restrição de liberdade ou direito do agente apenas em decorrência da comissão culpável de um fato injusto tipificado; assim, fica excluída a possibilidade de um Direito Penal puramente preventivo (...). Os princípios que foram estabelecidos, desenvolvidos e aperfeiçoados ao longo do nosso século, foram gravemente contrariados por regimes totalitários estabelecidos na Europa antes da Segunda Guerra Mundial. A modificação introduzida em 1935 no Código Penal alemão

pelo regime nazista autorizava punir ações não tipificadas legalmente e que mereciam castigo 'segundo o são sentimento popular'. Vários penalistas adscritos a esse regime, principalmente os que formaram a Escola de Kiel, elaboraram teses destinadas a permitir aplicação de sanções penais em oposição aos princípios explicados [princípio de legalidade e de respeito à liberdade], como foram, p. ex., a do 'voluntarismo penal' (destinada a abandonar o fato em si como base de responsabilidade penal) e a do 'direito penal do autor', que conduzia a avaliar não os fatos objetivos mas as características do delinquente como base da incriminação. No entanto, a derrota militar desse regime e os excessos inumanos em que incorreu fortaleceram em toda parte a convicção de que tais princípios devem ser zelosamente observados" (Novoa Monreal, 1977: 109-111).

- 15 "O grupo situado nos níveis mais altos das relações verticais detêm o poder dominando e controlando os outros grupos e se apropriando do que é mais valioso e útil, daquilo que a sociedade produz. Desse modo, ele passa a deter nas mãos o privilégio de legislar, de ditar normas para si e para os outros grupos que terão de aceitar essas normas, ou porque elas guardam alguma compatibilidade com seus interesses, ou porque tais grupos, ignorando sua própria condição, acreditam serem essas normas as melhores para a sociedade, ou ainda porque neles foi inculcada e internalizada a crença de que são incapazes de governar, ou por último simplesmente pela força" (Aguiar, 1980: 23).
- 16 "O Código civil alemão é, por assim dizer, uma codificação das ideias jurídicas consagradas no final do período da burguesia e não, como o Código francês, o resultado da luta e da revolução. Enquanto os cursos de Direito penal começam sempre com a exposição das teorias dos fundamentos e das finalidades da pena, as lições de cátedra sobre o Direito civil quase nunca se iniciavam, na Alemanha, na vigência do novo Código, por considerar como algo evidente, com a invocação dos grandes princípios liberais que são a liberdade da propriedade privada, a liberdade de contratar, a liberdade de testar, o casamento monogâmico e o Direito sucessório. O Código civil alemão (BGB = *Bürgerliches Gesetzbuch*) surgiu depois de 1878, ano tão importante para os destinos da Alemanha, o ano do Congresso de Berlim, quando, na sua política exterior, desligou-se da Rússia e vinculou-se progressivamente à Áustria; na política interna, foi o ano da substituição do livre comércio pela política de proteção aduaneira; da separação de Bismarck do partido dos fundadores do Reich, os liberais nacionalistas; da superação da luta político-religiosa (*Kulturkampf*); da inclinação ao conservadorismo e da perseguição contra a social-democracia, expressa negativamente na lei contra os socialistas desenvolvida positivamente como uma nova legislação social orientada no sentido do socialismo de cátedra e das reformas sociais. O novo Código civil alemão, porém, não alcançou de imediato essa reação contra o individualismo extremo e esta orientação para o Direito social, apesar das duras críticas dirigidas desde duas frentes: Otto von Gierke, que se situava na perspectiva supra-individualista do Direito germânico; e Anton Menger, que se colocava na posição de defensor dos interesses das classes pobres." (Radbruch, 1997: 77-78.)
- 17 Kirchheimer explora o papel contra-revolucionário do Poder Judiciário a partir da análise dos casos de limitação da propriedade privada com base no princípio formalizado na Constituição de Weimar da sua função social. A definição jurisprudencial da natureza do ato como "desapropriação" ou "limitação de direito público" determinaria a necessidade de indenização e, logicamente, o reforço ou a descapacitação da ideia liberal-individualista de propriedade privada (Kirchheimer, 1983: 69-108). Kirchheimer, percebendo as diretrizes judiciais, classifica como "(...) terrível e gravoso significado da jurisprudência do Tribunal Constitucional do Reich dos últimos dez anos. Essa jurisprudência – primeiro de forma hesitante, depois de maneira cada vez mais segura e unitária – até que, hoje, não sejam mais concebidas como 'desapropriação' apenas as intervenções individuais feitas com base legal, mas sim que seja tomado como tal qualquer ato do Estado que, de alguma forma, intervém sobre a esfera dos direitos privados de uma pessoa" (Kirchheimer *apud* Rizzi, 2011: 171). Segundo Ester Rizzi, a leitura de Kirchheimer sobre o caso capta de forma sintética a posição em relação à atividade jurisdicional sobre a regulação da propriedade em Weimar. A tendência de tutela judicial das elites, contudo, não se limita aos conflitos econômicos, mas igualmente político e político-criminais. A propósito, a percepção da postura reacionária do Judiciário alemão em Weimar e a sua conduta proativa no sentido de sabotar os avanços sociais transcende

o campo do direito, sendo percebida por outros analistas da cultura. Neste sentido, Peter Gay descreve com detalhes o que, até certo ponto, foi um dos ‘erros’ do partido social-democrata: “mas o mais assombroso exemplo desse recurso sofista à independência e objetividade – um meio fértil para o cinismo entre os beneficiários da direito, tanto quanto entre as vítimas da esquerda, era a conduta dos juízes, promotores e jurados na República. Os juízes sobreviventes do Império foram chamados a servir após a Revolução; eram irremovíveis e, como sua atitude veio a demonstrar, insensíveis: praticamente todos eles vieram de camadas privilegiadas, com estreitas relações com os aristocratas, oficiais, políticos conservadores, tinham pouca piedade para com os Comunistas acusados, mas indulgência para com os ex-oficiais (...). Sempre que os juízes achavam possível distorcer a lei em benefício da reação, eles o faziam: Hitler, sendo austríaco, deveria ter sido deportado após o seu *putsch*, mas foi-lhe permitido permanecer na Alemanha porque ele se considerava alemão. Por outro lado, contra os Espartacistas, comunistas ou cândidos jornalistas, as cortes procediam com o maior rigor.” (Gay, 1978: 34)

Referências

Aebi, Marcelo. Crítica de la Criminología Crítica: una lectura escéptica de Baratta in Pérez-Alvarez (ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, 2004.

Aebi, Marcelo. Crítica y Contracrítica de la Criminología Crítica: una respuesta a Elena Larrauri in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a época, n. 19, 2007.

Aguiar, Roberto. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.

Arguello, Katie Silene Cáceres. *Weber e o Direito: racionalidade e ética*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, 1995.

Bauman, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

Bauman, Zygmunt. *O Mal-estar da Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

Cademartori, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Carter, Franz Kantorowicz. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: two friends and a book – reflections on Gnaeus Flavius’ *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) in *German Law Journal*, v. 07, n. 07, 2005.

Carvalho, Amilton Bueno & Carvalho, Salo. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Carvalho, Amilton Bueno & Carvalho, Salo. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Carvalho, Amilton Bueno; Rafael Pinheiro Machado; Rosa, Henrique Marder; Souto, Ronya Soares de Brito. *Garantismo Penal Aplicado à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Carvalho, Amilton Bueno. A Lei, o Juiz, o Justo in *Revista da Ajuris*, v. 34, 1987.

Carvalho, Amilton Bueno. Atuação dos Juízes Alternativos Gaúchos no Processo de Pós-Transição Democrática in *Direito Alternativo*, Rio de Janeiro: IAB, 1993.

Carvalho, Amilton Bueno. *Direito Alternativo: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

Carvalho, Amilton Bueno. *Direito Penal a Marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Carvalho, Amilton Bueno. *Eles, os Juízes Criminais Vistos por Nós, os Juízes Criminais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Carvalho, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Carvalho, Amilton Bueno. Lei, para Que(m)? in Carvalho, Amilton Bueno & Carvalho, Salo. *Reformas Penais em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Carvalho, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Carvalho, Salo. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, 2013.

Carvalho, Salo. Criminología, Garantismo y Teoría Crítica de los Derechos Humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos in *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, v. 01, n. 01, 2009.

Carvalho, Salo. Em Nome do Pai in Carvalho, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Carvalho, Salo. Mitos sobre a Escola do Direito Livre in *Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 68, 1993.

Carvalho, Salo. O Fenômeno Magnaud in *Revista de Direito Alternativo*, v. 03, São Paulo: Acadêmica, 1994.

Carvalho, Salo. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Carvalho, Salo. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Clève, Clemerson Merlin. Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo in Arruda Jr., Edmundo Lima (org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

Cordero, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

Cordero, Franco. *Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffré, 1996.

Coutinho, Jacinto. Atualizando o Discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil in *Estudos Criminais*, v. 04, Porto Alegre, 2001a.

Coutinho, Jacinto. Discrição Judicial na Dosimetria da Pena: Fundamentação Suficiente in *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 21, Curitiba, 1991.

Coutinho, Jacinto. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro in *Revista de Estudos Criminais*, v. 1, 2001b.

Coutinho, Jacinto. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal in Coutinho, Jacinto et al. *Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar*. Curitiba: IBEJ, 1996.

Coutinho, Jacinto. O Papel do Pensamento Economicista no Direito Criminal de Hoje in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 32, São Paulo, 2000.

Croce, Benedetto. Hermann U Kantorowicz. La Lotta por la Scienza del Diritto in *La Critica: Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, v. 06, 1908, p. 200.

Curran, Vivian Grosswald. Fear of Formalism: indications from the fascist period in France and Germany of judicial methodology's impact on substantive law in *Cornell International Law Journal*, v. 03, n. 01, 2002.

Curran, Vivian Grosswald. Rethinking Hermann Kantorowicz: free law, american legal realism and the legacy of anti-formalism in Riles, Annelise (ed.). *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

Dahrendorf, Ralf. *Quadrare il Cerchio*. 8. ed. Roma: Laterza, 1998.

Díez Enríquez, Diego. Prologo in Leyret, Henry. *Las Sentencias del Buen Juez Magnaud*. Bogotá: Temis, 1986.

Ehrlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora da UnB, 1986.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

García Amado, Juan Antonio. Ernest Fuchs y la Doctrina del Derecho Libre in *Anuário de Filosofia del Derecho*, v. XIV, Madrid, 1997.

Gay, Peter. *A Cultura de Weimar*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

Kantorowicz, Hermann. La Lucha por la Ciencia del Derecho in *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.

Kirchheimer, Otto. The Limits of Expropriation in *Economy and Society*, v. 12, n. 01, 1983.

Larrauri, Elena. Una Defensa de la Herencia de la Criminología Crítica in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, v. 17, 2006.

Leyret, Henry. *Las Sentencias del Buen Juez Magnaud*. Bogotá: Temis, 1986.

Neumann, Franz. *Behemoth: the structure and practice of national socialism*. Chicago: Ivan R. Dee, 2009.

Neumann, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 478.

Neumann, Franz. *Uma Introdução Filosófica ao Direito: Tratado sobre a Relação entre Estado e Pena*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito de Frankfurt, Frankfurt, 1923.

Novoa Monreal, Eduardo. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*. 7. ed. Madrid: Siglo XXI, 1985.

Novoa Monreal, Eduardo. *La Batalla por el Cobre: comentarios y documentos*. Santiago del Chile: Ediciones Quimantú, 1972.

Novoa Monreal, Eduardo. La Renovación del Derecho in *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n. 114, ano 36, 1968.

Novoa Monreal, Eduardo. *Vía Legal Hacia el Socialismo? El caso de Chile 1970-1973*. Caracas: Editorias Jurídica Venezolana, 1978.

Núñez Leiva, José Ignacio. El Derecho es Libre y Vivo: el movimiento del Derecho Libre como antecedente directo de las teorías del derecho elaboradas en a época del iusconstitucionalismo in *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2012.

Polanco Ramírez, Alejandro Luis. El Difícil Camino de la Legalidad: vigencia y validez de los resquicios legales y su aplicación en el programa económico de Salvador Allende in *Revista Historia y Justicia*, n. 1, Santiago de Chile, 2013.

Poulantzas, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

Prado, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Radbruch, Gustav. Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Cidade do México: FCE, 1997.

Ramos Filho, Wilson. Direito Alternativo e Cidadania Operária in Arruda Jr, Edmundo Lima (org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

Ramos, Diogo. Franz Neumann e o Nazismo como a Destruição do Estado in *ethic@*, v. 11, n. 3, Florianópolis, 2012.

Rizzi, Ester Gammardella. *Democracia e Transformações Sociais no Estado Parlamentar: Kirchheimer e a República de Weimar*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

Rodriguez, José Rodrigo. Franz Neumann: o Direito Liberal para Além de Si Mesmo in Nobre, Marcos (org.). *Curso Livre de Teoria Crítica*. 3. ed. São Paulo: Papyrus Editora, 2013.

Rodriguez, José Rodrigo. *O Direito Liberal Além de Si Mesmo*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

Rodriguez, José Rodrigo. Um Grande Livro Desconhecido: sobre Franz Neumann, Direito e Emancipação in Neumann, Franz. *O Império do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

Rossel, Andre. *Le Bon Juge*. Paris: L'Arbre Verdoyant Éditeur, 1986.

Segura Ortega, Manuel. El Movimiento del Derecho Libre in *Anuario de Filosofia del Derecho*, vol. X, Madri, 1993a.

Segura Ortega, Manuel. Kantorowicz y la Renovación Jurídica in *Dereito*, vol. II, n. 02, Santiago de Compostela, 1993b.

Silva Sanchez, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

Wacquant, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

Wacquant, Loïc. O Lugar da Prisão na Nova Administração da Pobreza in *Dossiê Segurança Pública*, Novos Estudos CEBRAP, v. 80, São Paulo, 2008.

Wacquant, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Weber, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 02. São Paulo: EdUnB, 2004.

Recebido em: 21-9-2015

Aprovado em: 12-2-2016

Salo de Carvalho

Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Pós-Doutor em Direito Penal (Universidade

de Bolonha) e em Criminologia (Universidade Pompeu Fabra, Barcelona).
Pesquisador de pós-doutorado, linha de pesquisa Ética e Filosofia Política,
Programa de Pós-Graduação em Filosofia, PUC-RS.

Universidade Federal do Rio de Janeiro. Faculdade Nacional de Direito.
Rua Moncorvo Filho, 8. Centro
20211340 - Rio de Janeiro, RJ – Brasil
E-mail: salo.carvalho@uol.com.br