

Centro Universitário de Brasília - CEUB

FAJS

Direito

Da Legalidade à Discricionariedade: O Judiciário Alemão e a Lei Antissemita no Nazismo.

Pedro Ivo Araújo

21704649

Brasília

2025

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Judiciário alemão no início do regime do Terceiro Reich, em especial no que diz respeito à sua posição sobre a legislação repressiva e persecutória, a exemplo das Leis de Nuremberg. Observa-se que os magistrados, embora conscientes do caráter discriminatório e opressor dessas normas, optaram por uma interpretação estritamente legalista, renunciando à possibilidade de adotar uma postura crítica ou de exercer discricionariedade. Abandonaram, assim, a responsabilidade ética que poderia ter limitado os avanços do regime nazista.

A pesquisa parte da premissa de que, mesmo em contextos de exceção, o Judiciário possui um papel crucial na defesa dos direitos fundamentais. Propõe-se, nesse sentido, refletir sobre as alternativas que os juízes alemães poderiam ter adotado para resistir ao projeto segregacionista e genocida do regime, bem como as possíveis consequências pessoais de tal resistência.

Para desenvolver essa análise, será investigada a distinção entre os conceitos de legalidade, legitimidade e discricionariedade, avaliando suas vantagens e desvantagens para o contexto histórico em questão.

A metodologia adotada será qualitativa, baseada em pesquisa exploratória de fontes documentais, artigos acadêmicos e obras especializadas. Entre os autores de referência destacam-se Hannah Arendt, com suas reflexões sobre a burocracia e a banalidade do mal, e Hans Petter Graver, que analisa a conduta dos magistrados durante regimes autoritários.

Busca também demonstrar que a falta de atuação dos juízes frente ao totalitarismo não deixa de representar uma realidade social mais ampla, no âmbito de um regime totalitário, do qual parece não haver refúgio ou alento inclusive nos dias atuais.

Por fim, a escolha do tema decorre do interesse do autor pela História e pela reflexão sobre o papel do Poder Judiciário na construção, ou na omissão, diante de grandes tragédias humanas. A pesquisa também buscará ponderar se, em determinadas circunstâncias, a prudência e a preservação da vida poderiam justificar a omissão, sem, contudo, apagar a responsabilidade histórica dos agentes que, voluntariamente ou por conveniência, legitimaram práticas iníquas.

2. A LEGALIDADE NUA E CRUA

Conforme esclarecido na introdução, de início precisamos ter uma uma noção dos principais conceitos que fundamentam o presente artigo e auxiliarão o leitor a perceber a complexidade do cenário de atuação dos magistrados alemães à época, a começar pela Legalidade.

O que é a legalidade?

É com essa pergunta que inicia-se o pensamento construtivo deste tópico. Para melhor compreender o conceito, o autor Paulo Bonavides em seu manual de Ciência Política, mais precisamente no capítulo 8, elucida que a legalidade é basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido.

Basicamente, é possível interpretar tal conceito como uma forma direta e objetiva de cumprimento ao estrito dever legal, da obediência às normas e regras estabelecidas pelos órgãos regentes da Lei.

Paulo Bonavides compreende que por consequência a legalidade é um livre e desembaraçado mecanismo das instituições e dos atos da autoridade, movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitando rigorosamente a hierarquia das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição. (BONAVIDES, 2008, p. 1)

Logo, é possível compreender que a legalidade conversa de maneira uníssona com os preceitos engessados e construídos do judiciário, que prevê o respeito à hierarquia das normas e seu estrito cumprimento de maneira literal.

É um conceito jurídico formal, que podemos associar aos preceitos constitucionais “básicos” que atestam, por exemplo, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não por virtude da lei (BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso II da CF/88).

Entretanto, o mesmo preceito pode ser utilizado de maneira nefasta, principalmente se o contrastamos com princípios como humanidade e respeito à dignidade do outro, visto que, compreender nos dias atuais que tal lei não deve cruzar linhas essenciais e constitucionais é algo quase que obrigatório e necessário, todavia, não é o que ocorre em regimes autoritários ou totalitários como o próprio regime nacional-socialista do terceiro Reich.

Assim, o conceito da Legalidade traz a sensação e segurança de que, segundo Bonavides, uma vez compreendida os governados sentem que a lei os protege ou de que nenhum mal portanto lhes poderá advir do comportamento dos governantes, será então sob esse aspecto, como queria Montesquieu, sinônimo de liberdade.

Do mesmo modo, importante frisar que na atualidade a legalidade anda ao lado da legitimidade, pois trata-se de uma valoração, diz Bonavides:

“A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.” (BONAVIDES, 2008, p. 2)

Se analisarmos o conceito de legalidade no contexto histórico da nomeação de Hitler como chanceler após o incêndio do *Reichstag* (1933), observa-se que o regime nazista cumpria formalmente os requisitos legais, mas falhava em atender às condições de legitimidade – que exigem justificação ética e democrática do poder. Essa distinção é crucial: embora a ascensão de Hitler tenha sido legal segundo os procedimentos vigentes (inclusive com a aprovação de leis que garantiam essa guinada legal e a dominação do poder), sua legitimidade era frágil, construída sobre uma narrativa de emergência (o suposto "perigo comunista") e respaldada por uma concepção distorcida de legalidade. Assim, compreende-se que a banalização da lei pela lei pode manchar a situação de segurança causada anteriormente pelo cumprimento das leis inteiramente e gerar danos irreversíveis à democracia e ao cumprimento e respeito a princípios invioláveis do ser humano.

A lei não pode ser prostituída e utilizada para privilégio de grupos específicos, uma vez que foi criada para resguardar o ser humano e respeitar os pilares irredutíveis da dignidade humana. Se utilizada de forma leviana, a legalidade impacta na ascensão de governos revestidos de pura legalidade, como a ascensão de Hitler ao poder na Alemanha e não de legitimidade e valores morais. Resultando em uma possível nova ordem social exageradamente confiante nos poderes da razão abstrata e libertadora, que causam a impressão de que apenas por estar presente em lei é ser o correto para o indivíduo.

Compreende-se no recorte histórico de 1933, segundo Bonavides, que durante o nacional-socialismo a crise da legalidade chega ao máximo grau de intensidade. Aqui temos concretizado o exemplo histórico supremo de uma corrente de opinião, de uma ideologia, de

um partido político, cujos chefes, sem quebra da legalidade, tomaram o poder à sombra do regime estabelecido e dele se serviram do modo que se nos afigura mais surreal em toda a história do gênero humano, e cuja legitimidade, vista ou apreciada pelos critérios do racionalismo imperante na doutrina jurídica dos movimentos liberais e positivistas do século XIX, pareceria irrepreensível.

Assim, deve-ser exercer o máximo cuidado ao lidarmos com regimes extremamente legalistas que não respeitarem princípios subjetivos que são inerentes ao ser humano, como vimos no Terceiro Reich, já que, naturalmente nem sempre o que está baseado na lei é o correto e certo para o cuidado da sociedade e do indivíduo humano.

Um exemplo mais claro pode ser percebido no julgamento de Adolf Eichmann, brilhantemente abordado por Hannah Arendt em sua obra *Eichmann em Jerusalém*. Eichmann, talvez uma das figuras mais emblemáticas da *Schutzstaffel*, ou SS, responsável pelo transporte dos judeus aos campos de concentração e principalmente a *Auschwitz*, notamos que se trata, como diz a própria Hannah Arendt, de um burocrata. Legalista, vestido com a “roupa certa” de quem estava cumprindo a lei e apenas ela e que era (supostamente) isento de qualquer responsabilidade pelas repercussões violentas de seus próprios atos, por não estar diretamente ligado à sua execução final. Um funcionário intermediário que recebia ordens específicas, cumpria o seu papel, e repassava o restante para os demais setores de uma burocracia assassina. Ou seja, era um funcionário cumpridor de regras, independente de quais fossem elas, e independente do quão absurdas e sanguinolentas elas fossem. Como já dito anteriormente, é a lei pela lei, nua e crua, simplesmente cumprir o que está determinado e sem questionar.

Por diversas vezes ao longo do julgamento, o próprio Eichmann diz ser necessário excluir a consciência pelo simples fato da necessidade do cumprimento da lei. Isso, afinal de contas, é uma clara demonstração da “banalidade do mal”, conceito idealizado por Hannah Arendt justamente nesse contexto. Um exemplo claro disso pode ser vislumbrado no âmbito do próprio julgamento a partir de um questionamento do juiz togado: “Logo, se tivesse havido maior coragem cívica as coisas teriam sido diferentes?”, e Eichmann responde: “Em se tratando de uma estrutura hierárquica, sim, com certeza”.

Vemos aqui um notável exemplo de um sistema totalitário, engessado, criado e mantido com base no controle e condicionamento ideológicos desde a mais tenra infância.

Trata-se, no fim das contas, de um prático e contínuo aliciamento do qual não tinha como escapar sem repercussões trágicas para os indivíduos envolvidos. O que importa é o pacto, o juramento, a resposta imediata à autoridade máxima, o cumprimento da lei ser necessário em um esquema hierárquico, impossibilitando questionamentos e priorizando a necessidade do cumprimento. Os próprios dizeres nos julgamentos nos fazem compreender que era tão certa a necessidade de todos os alemães (por mais politizados que fossem, e por mais consciência cívica que tivessem) a necessidade do cumprimento das ordens passadas. Qualquer atitude diferente disso seria em vão, uma gota no oceano. O que importava era cumprir com seu dever, seu trabalho e o que lhe foi passado para que não fosse taxado como traidor.

Dessa forma, a legalidade, quando desvinculada de valores éticos e humanitários, pode ser transformada em um instrumento de opressão, como observado no regime nazista. A mera conformidade com a lei não é suficiente para garantir a justiça, especialmente quando essa lei se afasta da dignidade humana, dos direitos fundamentais e dos princípios e valores que lhe deram origem em primeiro lugar. Portanto, a análise crítica da legalidade e sua relação com a legitimidade deve ser constante, a fim de evitar que regimes totalitários se valham de um arcabouço jurídico para perpetrar atrocidades, como ocorreu durante o Terceiro Reich. A história demonstra que a lei, quando aplicada sem consciência moral, pode se tornar o véu de injustiças inomináveis.

Descrita esta primeira noção teórica e ficando clara a “paixão” que os alemães tinham a época (e consideravelmente, até hoje) pelas normas e aplicação das leis e como Hitler utilizava-se deste preceito para assumir o poder, é necessário neste momento, então, compreender a Legitimidade.

3. A VALORAÇÃO DO USO DA LEGITIMIDADE

Para apresentação da legitimidade, é necessário compreender que se trata de conceito que respeita a subjetividade dos indivíduos e das estruturas de poder dentro da sociedade, já que como especificado anteriormente e utilizando o autor Paulo Bonavides, possui exigências mais delicadas, pois levanta a problemática e questiona acerca da justificação e dos valores do poder legal, neste conceito, manifesta-se o consentimento para que haja a obediência.

Esse conceito, pode também ser compreendido da seguinte forma, segundo Vedei:

“Chama-se princípio de legitimidade o fundamento do poder numa determinada sociedade, a regra em virtude da qual se julga que um poder deve ou não ser obedecido” (BONAVIDES, 2008, p. 7)

Entretanto, para compreensão desse conceito, de forma mais focada, deve-se ponderar também ideias sociológicas sobre o tema, pois determinam com mais precisão a questão da subjetividade.

Com base na teoria da legitimidade de Max Weber, conforme apresentada no manual de Paulo Bonavides, conclui-se que a legitimidade do poder pode se fundamentar na lealdade pessoal e direta dos seguidores (poder carismático), na crença na sacralidade das normas ou dos governantes (poder tradicional) ou, ainda, na criação de regras que regulamentam a autoridade (poder racional-legal). É nesta última forma de poder legítimo, característica dos Estados de Direito contemporâneos, que ocorre a interligação entre os conceitos de legitimidade e legalidade.

Assim, como já dito anteriormente, a legitimidade seria uma adição necessária que fundamenta a legalidade, garantindo a segurança jurídica e proteção à sociedade contra arbitrariedades e repressão.

Ao citarmos a autoridade carismática como base operacional da legitimidade, pode-se compreender segundo Paulo Bonavides, que ela se assenta sobre a "crença" em profetas, sobre o "reconhecimento" que pessoalmente alcançam os heróis e os demagogos, durante as guerras e as sedições, nas ruas e nas tribunas, convertendo a fé e o reconhecimento em deveres invioláveis que lhes são devidos pelos governados. O poder carismático se baseia, segundo o sociólogo, na direta lealdade pessoal dos seguidores.

Essa lealdade conserva na sua forma mais pura um caráter autoritário e imperativo, o que podemos observar de modo claro no âmbito da ascensão de Hitler e do Terceiro Reich que, conforme dito, chegam ao poder revestidos de legalidade (mesmo que deturpada) e após um tempo e com a aplicação da teoria da autoridade carismática, da criação da figura de herói do renascimento alemão após o desastre da Primeira Guerra Mundial. Por via de regra, segundo Bonavides, os governos que nascem das situações revolucionárias, dos golpes de Estado, das conspirações triunfantes, são governos ilegais mas eventualmente legítimos, se abraçados logo pelo sentimento nacional de aprovação ao exercício do seu poder.

Deve-se compreender que a criação desse personagem por mentes maquiavélicas e deturpadas que circundavam o *backstage* da figura de Hitler tinham exatamente como objetivo a hegemonia da aceitação de suas ideias e a construção da figura de um suposto Deus que levaria a Alemanha a ser “grande novamente”.

O professor Paulo Bonavides faz um brilhante recorte sobre o assunto:

“Foi justamente a falta de tal consciência alimentada na formação do povo alemão, cultivada entre os seus magistrados, disseminada na massa de servidores públicos, implantada no espírito da direção política do país, referida também aos partidos políticos de liderança democrática e republicana, aquilo que na hora fatal da conspiração nazista entregou a ordem jurídica da Alemanha à ditadura inescrupulosa, desarmando depois o sentimento de resistência da nação às práticas criminosas e violentas do nacional-socialismo. Schmitt mesmo foi vítima dessa emboscada histórica da legalidade hitlerista, tendo razões pessoais de sobra, por experiência doutrinária, para acrescentar como corretivo democrático e constitucional a postulação de limites jurídicos eficazes à legitimidade invocada pelos titulares do poder legal.”
(BONAVIDES, 2008, p. 10-11)

Depreende-se do trecho que o apego à legalidade de atos considerados extremamente vis resultou na entrega de bandeja não só do parlamento, mas também do poder executivo e, em especial do objeto de estudo deste artigo, o judiciário.

Mesmo pensadores como Carl Schmitt, que flertavam com a ideologia nazista no poder, exigiam por fim a postulação de limites à figura que ali controlava a tudo e a todos.

Explicado os conceitos de legalidade e legitimidade segundo as visões de Paulo Bonavides, Max Weber e Vedei é possível compreender que a legalidade por si só, nua e crua, apresenta diversos problemas por tratar-se de conceito formal, jurídico, engessado e que por muitas vezes dá a garantia da ascensão de governos ilegítimos, autoritários, fascistas e genocidas. Assim, para que a legalidade seja de fato utilizada da maneira correta e não dê a falsa sensação de segurança aos seus “súditos” da lei que supostamente estão protegidos pelo véu da juridicidade é necessário fazer a adesão da legitimidade que garante a segurança de tratar-se de lei/governo/estado digno de ali estar, por respeitar preceitos fundamentais da dignidade humana e, na atualidade, a vontade democrática do povo. Porém, a própria legitimidade pode ser construída gradualmente por meio de fenômenos sociopolíticos – como o autoritarismo carismático –, que conferem aceitação social a ideias distorcidas e antidemocráticas.

Hitler é um exemplo notório da teoria weberiana sobre o poder carismático, em que a legitimidade de um líder não vem das leis ou de uma tradição, mas da crença incondicional de seus seguidores em sua personalidade e visão. Ao se firmar em meio ao caos e humilhação da Alemanha pós-Primeira Guerra Mundial, ele se apresentou como a resposta para a crise econômica, social e moral do país, criando uma narrativa em que ele próprio personificava a redenção alemã.

Hitler utilizou seu carisma para construir um culto à sua imagem e personalidade, auxiliado e reforçado por uma poderosa máquina de propaganda operacionalizada por Joseph Goebbels e toda uma estrutura de funcionários/burocratas, que constantemente exaltavam sua figura como um 'salvador' e 'herói' do povo alemão. Este processo de criação do mito em torno de sua personalidade lhe permitiu consolidar e perpetuar seu poder, uma vez que seus seguidores, cegos pela lealdade e entusiasmo, aceitavam suas ações sem questionamento, acreditando que ele era a única figura capaz de restaurar a grandeza da Alemanha. Além disso, Hitler soube manipular habilmente o medo e as frustrações da população, apresentando-se como a única pessoa capaz de defender a nação contra as ameaças internas e externas, como os judeus, os comunistas e os tratados internacionais injustos.

A manutenção de seu poder foi, portanto, um exercício contínuo de renovação dessa legitimidade carismática, em que o culto à sua personalidade, aliado à propaganda e ao controle do Estado, tornando qualquer forma de oposição quase impensável. Esse poder carismático também legitimou suas políticas genocidas, já que, para seus seguidores, qualquer decisão de Hitler, por mais brutal que fosse, era vista como necessária para a sobrevivência e o sucesso da Alemanha.

Assim, o carisma de Hitler foi não apenas a base de sua ascensão ao poder, mas também o elemento central que lhe permitiu perpetuá-lo, destruindo qualquer resquício das tradições políticas e da moralidade em prol de seu domínio absoluto.

Essa posição do líder carismático foi aprofundada e utilizada para personificar e corporificar suas ideias e ideais, chegando ao ponto de ser impossível a sua retirada ou saída do poder. Afinal de contas, ele e somente ele, o grande *Fuhrer*, conseguiria compreender e representar a verdadeira alma e espírito alemães assim como galgar o seu glorioso e divino destino.

Diante de toda essa análise, compreende-se que a legitimidade é um conceito que transcende a simples observância das leis. Como mostrado no exemplo da ascensão de Hitler, a legalidade pode ser deturpada e utilizada para justificar regimes profundamente imorais e autoritários/totalitários, se não for acompanhada de uma legitimidade que respeite princípios éticos e os direitos humanos. A figura de Hitler, como líder carismático, mostra como a legitimidade pode ser manipulada e construída por meio da propaganda, incutindo, uma lealdade cega, o que permite que um poder, mesmo inicialmente ilegal ou questionável, se consolide e se perpetue. É por isso que, em qualquer regime político, a legalidade deve estar necessariamente atrelada a uma legitimidade baseada em valores mais amplos e no respeito à dignidade humana, para evitar que o poder seja utilizado de maneira opressiva e destrutiva. A história do Terceiro *Reich* serve como um alerta de que o poder, quando sustentado apenas pela legalidade formal e por uma legitimidade carismática construída sobre bases irracionais, pode resultar em tragédias irreparáveis para a humanidade.

Trabalhados os conceitos de legalidade e legitimidade e entrevistas suas potenciais deturpações e crises, passamos agora ao papel do poder judiciário e de que modo ele poderia evitar arbitrariedades por parte dos poderes eleitos, seja o executivo, seja o legislativo. Para tal, iniciamos com a discussão sobre a Discricionariiedade.

4. O USO DO CONCEITO DA DISCRICIONARIEDADE

Para tentarmos compreender o conceito de Discricionariiedade, podemos, de início, abordá-la sob quatro prismas diferentes: jurídico, econômico, sociológico e político. Tendo em vista o contexto e foco desse artigo, iremos trabalhar somente os elementos jurídico e político.

Segundo a autora Gabriella Lotta, a perspectiva jurídica:

“[...], considera a ideia de discricionariiedade baseada na dimensão legal e de autoridade delegada. Para os autores dessa corrente, o uso de regras leva necessariamente à existência de discricionariiedade, ao mesmo tempo em que a ideia desta pressupõe a existência de regras. O comportamento do juiz tem uma dimensão interpretativa, já que é ele quem deve construir seu entendimento das regras e fazer escolhas sobre sua relevância. A discricionariiedade é, portanto, o espaço para escolhas legais garantido formalmente.” (LOTTA e SANTIAGO, 2017, p. 23)

Este conceito evidencia a finalidade de sua utilização em contraste com o princípio da legalidade, anteriormente exposto. Busca-se destacar a prerrogativa do juiz, enquanto titular da função jurisdicional, de construir sua decisão não apenas com base na literalidade da lei, mas também considerando o contexto subjetivo do caso concreto, de modo a alcançar a solução mais adequada, com respaldo jurídico e margem interpretativa.

Em relação ao contexto político, Lotta aponta que: :

“[...] é o político, em que as decisões discricionárias são tomadas em nome de um bem comum, de valores públicos e *accountability*. A discricionariedade seria, portanto, um instrumento de alcance dos ideais da sociedade.” (LOTTA e SANTIAGO, 2017, p. 24)

O conceito político revela que, ao se priorizar não apenas a legalidade estrita, mas também a análise subjetiva e social das partes envolvidas, as decisões judiciais tendem a promover de forma mais eficaz o estado de bem-estar social, tanto para os litigantes quanto para a coletividade.

Assim, segundo Lotta, deve prevalecer o olhar de que o ato discricionário é aquele que prevê algum grau de arbitrariedade do juiz ainda dentro dos limites legais de sua atuação (LOTTA, 2015). Ou, como sintetiza Hupe, discricionariedade é liberdade dentro de constrangimentos (2013, p. 433). De forma semelhante, Davis (1971) entende que “um servidor público tem discricionariedade onde os limites efetivos de seu poder lhe deixam livres para fazer escolhas entre linhas possíveis de ação e inação (Ibid., p. 4, tradução nossa)”. (LOTTA e SANTIAGO, 2017, p. 24)

É importante e seguro que, dentro de um escopo jurídico pré-determinado, seja facultado ao juiz e julgador a possibilidade de analisar o contexto social e cultural do que está sendo discutido, podendo assim, arbitrar decisões de forma a consignar boas ideias ao indivíduo que sabe que o contexto mais amplo foi levado em consideração e não apenas porque algo está escrito.

Trazendo o recorte para o contexto histórico do artigo, se fosse possível à época e dada a possibilidade aos juízes de aplicação da discricionariedade nas decisões advindas da ascensão do Reich, seria possível encontrar um resultado que visava o bem comum e não daquele grupo opressor que detinha o poder.

Os estudos sobre a burocracia indicam que a discricionariedade é viabilizada pela própria presença de normas e regras e pela maneira como estas são estruturadas. Isso pode ocorrer devido à sua amplitude (normas muito amplas permitem múltiplas interpretações), à sua ambiguidade (normas que, por seu conteúdo, podem ser interpretadas de formas diferentes), ou ainda à sua sobreposição e conflito (normas que se sobrepõem ou entram em conflito exigem que o juiz decida qual seguir). O conceito da discricionariedade então preenche as lacunas que a legalidade nua e crua deixa para trás além de trazer mais segurança das premissas que foram analisadas para sentenciar um caso.

Entretanto, o uso de tal conceito não está isento de problemas. Por exemplo, o uso descontrolado da discricionariedade pode decorrer na imposição de medidas injustas, incoerentes, através de agentes da lei que não respeitam a análise necessária e implementam decisões que favorecem determinados grupos opressivos, tornando-se apenas papagaios de grupos autoritários e fascistas que subjagam pessoas já historicamente oprimidas.

A autora Lotta nos abrilhanta dizendo que a análise da discricionariedade esteve sempre relacionada à compreensão de como a atuação da burocracia influencia os resultados de uma política. O impacto do exercício da discricionariedade deve ser compreendido observando não apenas um único ator, mas também exercida por uma cadeia de atores. Existe uma grande distância entre os objetivos e o desenho concebido originalmente pelos formuladores e suas traduções enquanto políticas públicas (ARRETCHE, 2001).

Seria talvez necessário, então, a utilização de vários atores para essa análise para que não fosse possível cair em mais um estado de opressão de um agente político infiltrado no sistema judiciário perante pessoas e grupos que lutam contra isso.

Por fim, compreendido o conceito da discricionariedade e apresentado seus possíveis problemas na aplicação e também, anteriormente, apresentado o conceito da legalidade e demonstrado os problemas de sua aplicação nua e crua e da necessidade da adesão da legitimidade a ele, deve se agora diferenciá-los.

5. LEGALIDADE VERSUS DISCRICIONARIEDADE

Compreendida a forma pela qual a legalidade pode ser utilizada para deturpar os seus próprios propósitos, passamos agora a um recorte sobre a discricionariedade e se/como poderia ter sido utilizada no caso da ascensão do regime do Terceiro Reich.

Hoje, é possível analisar com clareza como a legalidade foi distorcida para legitimar violações sistemáticas entre 1933 e 1945 na Alemanha nazista. Esse contexto histórico contrasta radicalmente com os princípios do *rule of law* (Estado de Direito), sistema de leis e normais baseado em quatro elementos essenciais: (1) responsabilização, que submete governos e particulares ao Império da lei; (2) leis justas, caracterizadas por clareza, publicidade, estabilidade e proteção a direitos humanos, propriedade e contratos; (3) governo aberto, com processos legislativos, administrativos e judiciais transparentes e eficientes; e (4) justiça imparcial e acessível, exercida por agentes independentes, competentes e representativos das comunidades que servem. Tal arcabouço jurídico, se existente à época, poderia ter funcionado como barreira contra a instrumentalização do direito para fins opressivos. (What is the rule of Law?, acesso em: 11/03/2025)

Esse sistema é utilizado nos Estados Unidos e na Europa de forma a garantir a aplicação da lei de forma consciente, para além de sua forma nua e crua de forma muitas vezes cruel, como já citado neste artigo, que a legalidade por si só proporciona. Todavia, ela se baseia num pensamento muito simples que pode ser notado através do pensamento de H.P. Graver:

“O juiz está sob pressão quando o legislador ataca a lei. O juiz deve aplicar leis que intencional e incessantemente violam os direitos básicos dos indivíduos, privam-nos do devido processo legal e da proteção da lei, e os submetem a punições draconianas e desproporcionais? Ele deve contribuir para transformar a lei em um instrumento sistemático de perseguição por motivos raciais, políticos ou outros? [...] O livro é dirigido a juízes que veem a legislação opressiva como um desafio à sua consciência: eles devem seguir a lei e participar do enfraquecimento do Estado de Direito, ou devem seguir sua consciência e flexibilizar ou se afastar da lei? Acredito que esses sejam a maioria dos juízes que participam na opressão de regimes autoritários. Eles estão realizando uma tarefa que lhes é desagradável e repulsiva, mas que se sentem obrigados a cumprir. Meu objetivo é mostrar que existem outras respostas para a questão de contribuir para transformar a lei em um instrumento sistemático de perseguição, além da resposta mais frequentemente dada por juízes que enfrentam esse dilema. Procuro descrever a situação dos juízes em alguns exemplos históricos recentes, testar os limites da cooperação judicial com a opressão sob as leis criminais internacionais e nacionais, e argumentar até que ponto a cooperação e a

resistência judiciais são justificáveis do ponto de vista da teoria legal e moral.” (H.P. Graver, 2015, p. 1) [tradução livre]

Como bem dito pelo autor, um juiz togado tem a capacidade de dirimir a repressão legal mesmo em sistemas que descaracterizam a Legalidade de forma sistemática. O *Rule of law* é uma ferramenta icônica nos dias atuais que confere ao magistrado a discricionariedade para aplicar as leis de forma que seja improvável que um sistema jurídico consolidado (como o atual alemão) permita ações que causam uma falsa sensação de aplicação da Lei.

Atualmente, é amplamente reconhecido que a discricionariedade judicial - que permite ao juiz avaliar criticamente se uma lei pode fomentar um regime totalitário (como ocorreu com o Terceiro *Reich*) - serve como importante barreira contra a ascensão de governos autoritários. Essa perspectiva é compartilhada por grande parte da comunidade jurídica, que hoje dispõe de instrumentos concretos para se opor a tais distorções. No entanto, na Alemanha dos anos 1930, esses mecanismos de controle não estavam disponíveis, deixando os juizes da época sem alternativas institucionais para enfrentar a escalada totalitária - confrontando, muitas vezes de forma isolada, um poder disposto a usar violência, repressão e a arbitrariedade como meios de dominação.

Enquanto diversos países já desenvolviam mecanismos de controle de constitucionalidade - permitindo aos juizes limitar a aplicação de leis contrárias aos princípios democráticos -, a Alemanha de 1933 em diante apresentava realidade diametralmente oposta. Grande parte da magistratura alemã aplicava conscientemente as leis bárbaras do Terceiro Reich, seja por convicção ideológica (como o ideal de "tornar a Alemanha grande novamente"), seja por submissão acrítica ao princípio de legalidade. Uma minoria, embora consciente do papel dessas normas no fortalecimento do regime hitlerista, via-se sem instrumentos jurídicos para resistir - afinal, o próprio conceito de legalidade havia sido instrumentalizado pelo nazismo. Nesse contexto, mesmo os que possuíam consciência cívica para se opor enfrentavam um dilema insolúvel: que ferramentas utilizar quando o sistema jurídico institucionalizou a barbárie?

Uma das ferramentas que já existiam à época mas que, infelizmente, não se aplicava na Alemanha, era o controle de constitucionalidade, ou *judicial review*. Originalmente idealizado nos Estados Unidos a partir de 1803, a Suprema Corte Americana desenvolveu e estruturou a sua competência para exercer o controle de constitucionalidade com base no

Artigo III da Constituição Norte-Americana, afastando as leis federais que contrariam a Constituição. (Caso *Marbury v. Madison*, Wikipedia, acesso em: 12/03/2025)

O controle de constitucionalidade das leis, por via de exceção, surge pela primeira vez por meio da decisão do caso emblemático *Marbury vs. Madison*. O caso foi responsável pelo estabelecimento da doutrina do *judicial review*, que nada mais é que o controle do poder judiciário sobre as leis e atos normativos do poder legislativo e executivo.

Além de ter sido o precedente que estabeleceu a doutrina do *judicial review*, o caso *Marbury vs. Madison*, teve como pano de fundo a batalha entre os federalistas, representados pelo presidente John Adams e a oposição republicana representada pelo presidente eleito, Thomas Jefferson. (*Marbury vs Madison: estudo de caso do controle de constitucionalidade*, acesso em: 12/03/2025)

Compreendido o significado histórico desse caso, cabe uma reflexão sobre como o destino da Alemanha poderia ter sido diferente caso o Estado tivesse adotado o *judicial review* em vez de se apegar ao formalismo legalista que lhe era característico. Um sistema de controle difuso de constitucionalidade, associado à discricionariedade judicial responsável, teria permitido aos magistrados analisar as normas nazistas à luz dos princípios humanitários, verificando em casos concretos sua compatibilidade com a Constituição. Nesse cenário, os juízes poderiam ter proferido decisões conscientes, baseadas em valores fundamentais, atuando como verdadeiras barreiras institucionais contra a aplicação de normas que violavam frontalmente a dignidade humana. A discricionariedade, assim exercida, longe de ser mera arbitrariedade, converter-se-ia em instrumento de proteção contra o legalismo sanguinário do regime, demonstrando como mecanismos jurídicos adequados poderiam ter mitigado o avanço da barbárie sob o véu da legalidade.

Por mais que a constituição de *Weimar* fosse considerada à época uma das mais brilhantes do ramo, extremamente progressista e inovadora, ela não contava com maneiras e ferramentas para que o magistrados pudessem, de forma objetiva, exercer algum tipo de controle constitucional sobre normas e institutos que poderiam virar a lei contra a sociedade. Anos antes da repentina e *esperada* ascensão do Terceiro Reich, algo surgiu em um país vizinho, ao lado, berço de um monstro mas também berço de um dos principais mecanismos

de controle de constitucionalidade, nascia na Áustria o controle de constitucionalidade de Kelsen.

Surgida das minutas de Hans Kelsen quando do processo constituinte da Áustria (1918-1920), a jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) notabiliza-se pela instituição de um controle de constitucionalidade realizado em abstrato (de modo principal ou incidental), que por sua vez figura como competência central de um Tribunal de cúpula. Combatida na Alemanha de Weimar pela *communis opinio* do Direito Público e renegada em seu próprio país de origem com o advento do austrofascismo, a jurisdição constitucional ascende à condição de instrumento basilar do Estado Constitucional. (MENDES, 2023, acesso em: 19/03/2025)

Os anos 1980-90 vieram para mostrar que não se estava diante de uma especificidade europeia. As derrocadas de regimes ditatoriais na América Latina, África e Ásia apresentaram dinâmica semelhante quanto a esse ponto: o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos seria o meio institucional mais adequado para garantir a liberdade política então retomada. Em países como o Brasil, com larga tradição no sentido de deferir aos juízes a prerrogativa de examinar questões constitucionais, esse fortalecimento passou pela abstrativização do controle de constitucionalidade – mediante clara incorporação de procedimentos, técnicas e institutos típicos da *Verfassungsgerichtsbarkeit* de matriz kelseniana. (MENDES, 2023, acesso em: 19/03/2025)

Importante destacar que a proposta de Hans Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, tinha suas balizas exatamente no fato de que a atividade jurisdicional atua na defesa ou na proteção das minorias representativas. Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias. (MENDES, 2023, acesso em: 19/03/2025)

Se a Alemanha tivesse incorporado o modelo de controle de constitucionalidade proposto por Hans Kelsen – como já ocorria em sua Áustria natal –, os poucos juristas dispostos a resistir ao avanço nazista teriam instrumentos jurídicos para combater leis flagrantemente inconstitucionais e desumanas. Contudo, a Constituição de *Weimar* não conferia tal poder aos magistrados, deixando os raros opositores (e eram verdadeiramente

escassos, dada a tradição alemã de rigoroso formalismo legal) em situação insustentável: restava-lhes apenas a resistência heroica – e fatal – frente ao aparato repressivo do regime.

Esse cenário levanta uma questão crucial: como poderia um juiz, diante da edição de normas racialmente discriminatórias e ideologicamente repressivas, opor-se juridicamente ao avanço nazista? A comparação histórica é reveladora: enquanto os EUA já consolidavam o controle de constitucionalidade desde *Marbury v. Madison* (1803), e a própria Áustria – berço intelectual do nazismo – possuía mecanismos kelsenianos de fiscalização, a Alemanha carecia desses freios institucionais. Essa lacuna permitiu que Hitler ascendesse ao poder dentro de uma aparente legalidade, ainda que radicalmente ilegítima.

Uma vez compreendidas as ferramentas jurídicas disponíveis em outros países à época, torna-se evidente que os raros operadores do direito alemães que percebiam a necessidade de conter o avanço nazista enfrentavam um dilema insolúvel: resistir heroicamente - com riscos pessoais extremos - ou conformar-se silenciosamente com o regime. Essa situação-limite não pode ser analisada sem considerar o contexto histórico: esses poucos dissidentes (uma minoria quase simbólica) confrontavam não apenas o aparato estatal, mas também o apoio maciço da população ao projeto de ultra-nacionalista proposto por Hitler.

O papel do judiciário nesse cenário apresenta complexas questões: até que ponto os magistrados deveriam opor-se à vontade majoritária? Como conciliar a função de aplicadores da lei com leis que violavam princípios humanitários básicos? A tradição alemã de rigoroso formalismo legal, que exigia obediência às normas independentemente de seu conteúdo, tornava ainda mais difícil qualquer resistência institucional.

Embora este artigo não pretenda oferecer respostas definitivas a esses dilemas éticos, demonstra claramente uma tese: caso a Alemanha dispusesse dos mecanismos adequados de controle de constitucionalidade - como os existentes em outros países - a ascensão de Hitler poderia ter encontrado obstáculos jurídicos significativos, dificultando sua consolidação através de uma aparente legalidade.

Compreendido que o reflexo da realidade dos juristas da época era de quase uma impossibilidade real e concreta em barrar os avanços de impedimento ao nazismo é necessário fazer alguns recortes históricos mais específicos.

6. A LEGALIDADE SANGUINOLENTA

Para melhor compreender o início das perseguições decorrentes das Leis de Nuremberg, é necessário compreender de que forma surgiu esse instrumento jurídico utilizado para causar o mal, já diria William W. Brickman em seu artigo:

“Se Munique se orgulhava de seu status oficial como a capital do movimento nazista (*Hauptstadt der Bewegung*), era justo que os burgueses de Nuremberg se orgulhassem do título de sua cidade de Cidade do Congresso do Partido (*Die Stadt des eichspurteituges*). Foi no comício de setembro de 1935 que a ideologia racialista de Hitler e Streicher a respeito das raças superiores e inferiores alcançou legitimidade legislativa.” (BRICKMAN, 1985, p. 4) [tradução livre]

Compreende-se então que ali, em Nuremberg, plantou-se a semente legislativa no parlamento para a criação de uma das maiores abominações humanas, a Leis de Nuremberg.

Adolf Hitler promulgou as Leis em 15 de setembro de 1935. O parlamento alemão (o *Reichstag*), então composto inteiramente por representantes nazistas, aprovou as mencionadas legislações. O anti-semitismo era de fundamental importância para o nazismo e era engrenagem primordial para o funcionamento do que Hitler planejava no momento.

Os principais pontos necessários para compreensão do significado do peso da aprovação dessa lei permeiam a compreensão da “Lei da Proteção do Sangue e da Honra Alemã”, que legislava a respeito da proibição do matrimônio entre judeus e não-judeus, e também criminalizava as relações sexuais entre aquelas pessoas. Tais relações eram rotuladas como “poluidoras da raça” (*Rassenschande*) e por fim a “Lei da Cidadania do Reich” e que esclareceu sobre sua implementação que apenas pessoas de “sangue ou ascendência alemã” poderiam ser cidadãos da Alemanha. Tal lei definia quem era ou não era alemão e quem era ou não era judeu, de acordo com o nazismo. Os nazistas rejeitavam a visão tradicional dos judeus como sendo membros de uma comunidade religiosa ou cultural. Em vez disso, eles afirmavam que os judeus eram uma raça definida pelo nascimento e pelo sangue, por mais anticientífico e absurdo. (As Leis de Nuremberg, Enciclopédia do Holocausto, acesso em: 06/05/2024).

Hitler e sua *Herrenvolk* (Raça Superior) estavam prontos para o que ocorreria em Nuremberg no fim do verão de 1935. As políticas do *Führerprinzip* (princípio primordial para

ele) e *Gleichschaltung* (coordenação e controle centralizados) estavam operando com força total.

A partir desta ação premeditada diversos Judeus e seus familiares começavam a ser julgados e condenados por serem considerados “poluidoras da raça” (*Rassenschande*), muitos mesmo que distantes das linhas sanguíneas estipuladas pela lei tinham o mesmo fim, milhares dessas pessoas foram condenadas ou simplesmente desapareceram nos campos de concentração.

Compreendido o início e a base de entendimento do que se tornará a maior perseguição ao grupo específico já conhecida, é agora necessário refletir de que maneira os juízes que aplicavam a lei podiam desacelerar esse avanço e como poderiam utilizar da discricionariedade para *aliviar* de alguma forma algumas penas ou até mesmo entender de sentido contrário a realidade para salvar uma vida pertencente ou não ao grupo dos Judeus.

Para essa compreensão utilizamos diversas leituras e textos, majoritariamente na língua inglesa, sendo importante destacar o texto de H.P. Graver, *Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State, The rule of law, constitutionalism and the judiciary*”, - por conta deste artigo inclusive é possível levantar uma das perguntas-problemas do artigo que é: “*Os juízes de fato conseguiriam fazer algo?*”.

Para compreender isso, logo em seu início, o artigo nos traz a seguinte informação:

“Hitler odiava os juízes. Depois das críticas da imprensa nazista a um juiz por uma sentença branda de cinco anos de prisão por assassinar sua esposa, Hitler se dirigiu ao judiciário em um discurso no Reichstag em 26 de abril de 1942.

Entre outras coisas, Hitler disse: Espero que os profissionais jurídicos alemães entendam que a nação não existe para eles, mas eles existem para a nação, a partir de agora, intervirei nesses casos e destituirei os juízes que, evidentemente, não entendem a demanda do momento.”
(GRAVER, 2018, p. 846) [tradução livre e grifo nosso]

Por mais distante do início da aplicação das Leis de Nuremberg que esse discurso seja, é importante tirar deste trecho o que Hitler realmente pensava dos juízes, eles estavam ali para servir a nação e apenas servir sem o direito de qualquer interpretação jurídica, ou

qualquer tipo de uso de discricionariedade, todavia, é possível notar que de certa forma isso ainda era possível de ocorrer.

O artigo ainda apresenta uma outra linha de problema e pensamento a ser trabalhada, que é a das possibilidades de *punição* aos juízes que não seguiam a risca o que era legislado e dito:

“Um judiciário complacente resultou sem interferência substancial na operação dos tribunais e amplamente sem aplicar medidas disciplinares aos juízes. As autoridades alemãs até trataram os juízes nos países ocupados com deferência, embora às vezes aplicassem medidas mais duras. Ainda assim, alguns juízes foram demitidos na Holanda e presos na Bélgica por protestar contra as medidas alemãs em suas decisões. Mas, apesar dessas **repercussões, nem todos os juízes eram servos simpáticos ao regime.**” (GRAVER, 2018, p. 847) [tradução livre e grifo nosso]

Dito isso, frisamos que *possivelmente* a lei aplicada por simplesmente sua aplicação pode e provavelmente resultará em resultados almejados por aqueles que se encontram no poder e que podem destoar-se inclusive da realidade, necessidade e justiça do indivíduo ou grupo.

Todavia, cabe também compreender, que nem sempre esse resultado que detém o interesse do grupo dominante que está no poder, seja do Estado ou detém o poder econômico de uma região ou país, é oriundo do uso da legalidade nota-se que a discricionariedade é muito perigosa também para os legisladores e juízes que representam esses grupos já citados, pois dessa maneira, podem de maneira deliberada diminuir direitos e liberdades de povos como os indígenas ou até mesmo de religiões de matrizes africanas.

Por fim, tratar as possibilidades do sistema jurídico alemão no maior caso de segregação a grupos que resultaram em perseguições, mortes e atrocidades inimagináveis é uma maneira de fazer o recorte do passado para refletir no presente sobre as possibilidades de contenção de danos, para que isso jamais se repita.

Feito o recorte histórico, compreendidos conceitos primordiais que rodeavam o contexto jurídico da época e o que era possível, ou não, de ser feito, é hora de concluir.

7. CONCLUSÃO

O estudo trazido neste artigo da relação entre legalidade, legitimidade e discricionariedade no contexto do nazismo revela um paradoxo fundamental do Direito: a capacidade dos sistemas jurídicos de, ao mesmo tempo, limitar e instrumentalizar o poder. Como demonstrado, a ascensão de Hitler seguiu formalmente os mecanismos legais vigentes na República de *Weimar*, ainda que subvertendo seu espírito democrático. Essa apropriação perversa da legalidade, sem o contrapeso da legitimidade substantiva (nos termos de Bonavides e Weber), expôs a fragilidade de um Direito reduzido à mera técnica formal.

Os exemplos históricos analisados sugerem três lições cruciais: - a insuficiência da legalidade formal: o caso alemão comprova que a mera conformidade procedural não impede regimes autoritários, exigindo-se freios materiais (controle de constitucionalidade, proteção de direitos fundamentais); - o perigo da legitimidade carismática: Como alertado por Weber, a adesão popular a lideranças autoritárias mostra que a legitimidade pode ser corrompida por narrativas de exceção e crises políticas e - a responsabilidade institucional: A passividade do judiciário alemão evidenciou como a tradição legalista, quando desacompanhada de compromisso ético, pode tornar-se cúmplice de atrocidades.

Infelizmente, ao fazer o artigo em questão o autor notou que por mais que as ferramentas de controle rondassem a Alemanha à época, estes não eram e não poderiam ser utilizados visto que não faziam parte do sistema judiciário e do dia-a-dia alemães.

O amor pelas regras e pelas leis que o Alemão carregava (*ou carrega*) dentro de si propiciou que métodos legais, mesmo que deturpassem a moral, os princípios, a ética e o bom senso, deveriam ser seguidos por serem a lei.

O paralelo com instrumentos contemporâneos, como o *rule of law* e os sistemas kelsenianos de controle, confirma que apenas a combinação entre legalidade rigorosa e legitimidade democrática pode evitar a repetição de tais catástrofes jurídicas. Esta análise, portanto, não se esgota no passado: serve de alerta sobre os riscos de se divorciar o Direito de seus fundamentos éticos, especialmente em contextos de crise institucional.

Por fim, a pergunta que gerou angústia ao autor em escrever tal artigo de que se era possível de fato a realização de algum ato pelos juízes alemães e o judiciário à época chegou a uma resposta *quase* conclusiva, não. Visto que não haviam ferramentas, não haviam métodos

e não haveria apoio para o exato momento da ascensão do líder sanguinário, visto que, existia apoio da população e de grupos do poder da época ao Hitler, infelizmente, aqueles que se colocassem em frente a esse movimento sofreriam as consequências severas do regime.

Todavia, analisar esse estudo é ao mesmo tempo reflexivo quanto ao que o povo alemão se permitiu a época mas também nos faz lembrar de conceitos importantes e principalmente abrir os olhos quanto a condutas, pessoas e políticas que vêm sendo aplicadas HOJE em frente aos nossos olhos e que destacam características idênticas ou parecidas ao que o líder do Terceiro Reich junto com seus líderes de propaganda e demais áreas realizaram para a tomada e chega do poder, **lembrar a história é evitar que ela se repita.**

8. BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS

Arendt, H. - **Social Science Techniques and the Study of Concentration Camps**, Jewish Social Studies, Vol. 12, No. 1 (Jan., 1950), pp. 49-64.

Adam, Uwe D. - **An Overall Plan for Anti-Jewish Legislation in the Third Reich?**, NAZI PERSECUTION OF THE JEWS, 1933-1941, pp. 431-453.

Graver, H.P. - **Judges Against Justice On Judges When the Rule of Law is Under Attack**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

Meniconi, A. , Pezzetti, M. - **Race and inJustice Lawyers and judges in the years of the anti-Jewish laws**, High Council for the Judiciary – National Bar Council 2018

Graver, H.P. - **Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State**, The rule of law, constitutionalism and the judiciary, German Law Journal, Vol. 19 n° 4, 2018

William W. Brickman - **Nazi Negation at Nuremberg: The Racial Laws of 1935 and German Education**, *Western European Education*, 17:2, 3-15, 1985

GALINDO, Cleusy Araújo - **Nazismo Alemão e as Leis de Nuremberg: sentimento de poder ou ódio?**, *Revista Intraciência* - Edição 007 - Uniesp - Acessar via: https://uniesp.edu.br/sites/guaruja/exibe_edicao.php?id_edicao=131#

<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/nuremberg-laws> - Acesso em: 06/05/2024

<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/leis-nuremberg.htm> - Acesso em: 06/05/2024

BONAVIDES, Paulo - **Legalidade e legitimidade do poder político**, capítulo 8, *Manual de Ciência Política*, ed. 10, 2010.

Lotta, G., & Santiago, A. - **Autonomia e discricionariedade: matizando conceitos-chave para o estado de burocracia** - *BIB - Revista Brasileira De Informação Bibliográfica Em Ciências Sociais*, (83), 21–42. Recuperado de <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/426> (2017)

<https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law> - Acesso em: 11/03/2025

https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Marbury_v._Madison - Acesso em: 12/03/2025

<https://direito.idp.edu.br/idp-learning/direito-constitucional/marbury-vs-madison/> - Acesso em: 12/03/2025