

Seria o ideal de Estado de Direito uma ideologia a serviço do conservadorismo?

Is the Rule of Law ideal an ideology in the service of conservatism?

Paulo Baptista Caruso MacDonald – UFRGS
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS
<https://orcid.org/0000-0003-4753-7959>

Wladimir Barreto Lisboa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS/CNPq
<https://orcid.org/0000-0002-5656-7650>

Resumo: Há um discurso teórico que denuncia a igualdade formal presente no ideal de Estado de Direito como um manto ideológico a serviço do conservadorismo. Por debaixo desse manto, as profundas desigualdades sociais e relações de opressão seriam legitimadas como se fossem simplesmente fruto da aplicação imparcial das regras jurídicas a que todos estariam igualmente submetidos. Embora essa crítica sirva quando direcionada ao modelo de Estado de Direito defendido por Hayek, que apresenta falsamente as regras oriundas dos costumes e dos precedentes como isentas de posições políticas, ela não atinge da mesma maneira o modelo de Estado de Direito centrado na supremacia da legislação. Apesar de todas as limitações que podem ser reconhecidas no ideal de igualdade formal, a sua recusa parece antes permitir novas e mais graves formas de opressão do que as suprimir.

Palavras-chave: Estado de Direito; conservadorismo; imparcialidade judicial; legalidade; Friedrich Hayek; Carl Schmitt

Abstract: There is a theoretical discourse that denounces the notion of formal equality present in the Rule of Law ideal as an ideological cloak in the service of conservatism. Under this cloak, the deep social inequalities and oppressive relations would be legitimated as if they were simply the result of the impartial application of legal rules to which everyone would be equally subjected. While this criticism proves appropriate when directed at the Rule of Law model advocated by Hayek, who falsely presents rules derived from custom and precedent as free from political positions, it does not reach in the same way the Rule of Law model centered on the supremacy of legislation. Despite all the limitations that can be recognized in the ideal of formal equality, its refusal seems rather to allow new and more serious forms of oppression than to suppress them.

Keywords: *rule of law; conservatism; judicial impartiality; legality; Friedrich Hayek; Carl Schmitt*



O ideal de Estado de Direito muitas vezes apresenta-se no debate público na condição de politicamente anódino. Em tempos de funcionamento normal das democracias contemporâneas, as principais forças políticas em disputa exaltam - ou ao menos não põem em questão - valores como a segurança jurídica e princípios de organização do poder estatal tais como a separação de poderes.

A noção de que a aplicação do direito aos casos individuais pelo poder judiciário deve resguardar-se da disputa política, no entanto, poderia servir como o manto ideológico por meio do qual as formas de opressão e de desigualdade na sociedade são reproduzidas e perpetuadas. Por trás do discurso legitimador de que o direito constituiria a igual medida de tratamento de todos os cidadãos, encontrar-se-iam uma estrutura de processo judicial e uma prática de aplicação do direito com um viés de desfavorecimento sistemático dos mais pobres e das minorias. O discurso hipócrita acerca do Estado de Direito precisaria ser, então, desmascarado como um mecanismo conservador de injustiças.

As denúncias de parcialidade na aplicação das regras jurídicas, que deveriam ser iguais para todos, tendem a gerar bons frutos para o escrutínio público do exercício da função judicial. Tanto a análise caso a caso de sentenças com fundamento arbitrário, quanto o seu agrupamento estatístico revelam, por exemplo, um forte viés contra pobres e pretos na aplicação da legislação brasileira sobre os crimes relacionados às drogas. Pessoas brancas e ricas tendem a ter a sua conduta classificada como uso de drogas, cujo tratamento penal é incomparavelmente mais brando, do que as pretas e pobres em circunstâncias semelhantes, as quais são prontamente enquadradas como traficantes e condenadas a fazerem parte de parcela significativa da população que superlota nossos presídios, vivendo em condições desumanas. Toda a estrutura racista e iníqua de uma sociedade ver-se-ia assim reproduzida sob o véu da igualdade de todos perante a lei e da imparcialidade do poder judiciário.

Diante de exemplos semelhantes que se multiplicam nas esferas cível e criminal, não seria um sinal de ingenuidade de qualquer pessoa preocupada com a desigualdade e a opressão limitar-se a críticas pontuais sobre a atuação do poder judiciário neste ou naquele caso? Isso não equivaleria a deixar intocada a sua máscara de aplicador imparcial do direito, a qual não seria capaz de encobrir seu viés conservador da estrutura social apenas nos casos mais gritantes? Em outras palavras, insistir na imparcialidade judicial e no ideal de Estado de Direito, ainda que denunciando as situações de desvio, não seria prestar serviço de maneira simplória a uma ideologia que favorece uma forma de conservadorismo, ao fornecer-lhe um modo de se impor socialmente sem necessitar sair-se vitorioso em uma disputa política realizada à luz do dia¹? Nesse sentido, o aclamado ideal de Estado de Direito não passaria de uma ideologia própria para que, sub-repticiamente, as estruturas iníquas de uma sociedade sejam conservadas independentemente do resultado dos processos de escolha democrática. A aposta na imparcialidade judicial, a qual jamais se mostraria realizável na prática, conferiria a legitimidade social a decisões com base em critérios que não seriam aqueles conscientemente escolhidos pela sociedade.

Neste artigo, procederemos a dois movimentos argumentativos distintos na tentativa de apontar os equívocos e, do ponto de vista fático, as consequências politicamente danosas de tais teses. Primeiramente, pretendemos mostrar, na seção 1, que a linha de raciocínio reproduzida acima falha ao deixar de distinguir dois modelos de Estado de Direito, sendo que apenas um deles, o defendido por Friedrich Hayek, pode ser acusado de servir ideologicamente ao conservadorismo, reproduzindo uma estrutura de opressão social por meio do direito como se este último fosse apolítico. Na seção 2, examinaremos em que sentido específico a prática jurídica revela que a imparcialidade judicial pode corresponder algumas vezes a um mito, mas que a assunção desse seu caráter mítico não invalida a função a ser cumprida pelo ideal de

¹ Nesse tipo de questionamento pode reconhecer-se, por exemplo, a tônica dos *critical legal studies*, ao menos do modo como o movimento é descrito por Roberto Mangabeira Unger (UNGER, 2015).



Estado de Direito, já que este constitui condição necessária para orientar o tratamento dos conflitos entre pessoas livres e iguais.

As duas últimas seções serão dedicadas a elucidar que a derrubada desse mito e a consequente rejeição por completo do ideal de Estado de Direito não redundam necessariamente na pretendida libertação da opressão, mas podem, ao contrário, retirar qualquer amarra que possa conter o opressor. Para tanto, procuraremos realizar, na seção 3, uma análise histórica e conceitual dos movimentos reacionários que se seguiram à Revolução Francesa e ao germe dos ideais de Estado de Direito que ela procurava assentar. Tal reação, como veremos, se concentrou, em uma de suas mais poderosas vertentes, na denúncia de que leis abstratas e desenraizadas da história particular de um povo introduziriam pela Europa o caos e a destruição da política. Na quarta e última seção, pretendemos deixar clara a relação entre essa reação à igualdade formal e o pensamento jurídico nazista de Carl Schmitt.

1 Dois modelos de Estado de Direito: o caráter conservador da supremacia do *common law* e o caráter potencialmente anticonservador da supremacia da lei

Há um modelo de Estado de Direito no qual podemos identificar claramente o artifício ideológico de fazer passar por igualdade perante o direito a conservação de estruturas iníquas da sociedade, sendo-lhe cabível a crítica exposta na introdução. Trata-se do modelo de Estado de Direito com base na supremacia das fontes do *common law* sobre a lei, o qual encontra na obra de Hayek a sua defesa mais articulada.

O principal alvo de Hayek são as teorias da justiça social que pretendem impor uma determinada ordem na sociedade em detrimento da livre escolha individual. Uma tal pretensão estaria fadada ao fracasso, uma vez que uma agência central (como o governo) seria incapaz de concentrar de forma eficiente o conhecimento que se encontra disperso, sobretudo naquilo que tange ao bem de cada um (HAYEK, 2013, p. 13-15, 18, 115). Mais do que isso, a tentativa de pôr em prática um projeto de justiça social inevitavelmente sufocaria a liberdade de escolha dos indivíduos, que ficariam sujeitos aos desígnios do planejador central. O livre mercado, bem como tudo aquilo que o autor reconhece como “ordem espontânea”, corresponderiam às formas de organizar a sociedade da maneira mais eficiente possível, na medida em que seriam capazes de gerar situações de equilíbrio social a partir da soma de transações mutuamente vantajosas na busca de cada indivíduo pela satisfação de suas preferências, ao mesmo tempo protegendo ao máximo a liberdade individual (HAYEK, 2013, p. 27-28, 31, 134, 279).

O correlato jurídico da filosofia política de Hayek consiste na defesa de um direito que evolui paulatinamente caso a caso, como resposta a conflitos específicos, em contraposição a uma forma jurídica capaz de subverter o equilíbrio social de modo deliberado. O autor identifica o primeiro tipo de direito com o *common law*; o segundo, com a legislação (HAYEK, 2013, p. 81-84).

Para Hayek, as fontes do *common law* - o costume e o precedente - representariam a ordem espontânea da sociedade, propiciando uma evolução do conteúdo das normas jurídicas sem espaço para grandes rupturas, tendendo sempre a reforçar as regras e instituições responsáveis pela manutenção do livre mercado como principal fonte do equilíbrio social². Ademais, constituiriam mecanismos jurídicos infensos à promoção de políticas públicas ou à intervenção do Estado no domínio econômico, visto que se limitariam à execução de normas de justiça corretiva (destacadamente à proteção da propriedade e ao cumprimento dos contratos), carecendo dos meios, na sua atuação em casos particulares, de impor à sociedade padrões distributivos (HAYEK, 2013, p. 104-105, 96, 115). A lei, ao contrário, foi por ele associada ao uso do poder coercitivo

² Hayek confere à legislação apenas uma função residual de corrigir injustiças extremas e resolver impasses sociais (HAYEK, 2013, p. 84-85), sem estabelecer orientações nítidas para que essas situações sejam identificadas.

do Estado para impor aos cidadãos os mais variados planos de bem comum e de justiça social, os quais desconsiderariam as preferências individuais (HAYEK, 2013, 69, 134).

Além de desrespeitar a liberdade individual, a sabedoria acumulada nas práticas sociais espontâneas e o livre mercado como mecanismo impessoal de geração de equilíbrio social, a lei permitiria que certas classes de pessoas, profissionais, atividades etc. recebessem tratamento privilegiado, arruinando, segundo a sua visão, a imparcialidade presente nas regras costumeiras e naquelas extraídas de precedentes judiciais. A lei, como criação do processo político, estaria contaminada pelos interesses ali em jogo. As fontes do *common law*, por sua vez, seriam impermeáveis com relação a esses interesses, sendo as mais apropriadas para a manutenção da igualdade de todos perante o direito (HAYEK, 2013, p. 104-105, 114).

A linha argumentativa de Hayek, entretanto, é falaciosa. Ela infere da constatação verdadeira de que as fontes do *common law* não permitem a criação, modificação e a extinção de suas regras para a imposição da vontade de um legislador a conclusão falsa de que suas normas, em razão disso, não poderiam ser arbitrárias no sentido moralmente relevante, a saber: o de submeter interesses legítimos de classes de cidadãos a um tratamento que não pode ser aceito entre indivíduos livres e iguais. Rechaçar a legislação como fonte de criação voluntária de regras jurídicas - nesse sentido, proveniente do arbítrio humano - não é garantia contra uma ordem social que trate os indivíduos arbitrariamente. O que pretendemos mostrar é exatamente o contrário: as fontes do *common law* possuem um grande viés em favor da conservação do *status quo* e da promoção dos interesses de parte dos cidadãos em detrimento dos demais, enquanto que a legislação em um regime democrático permite que o conteúdo das normas jurídicas esteja sempre submetido ao escrutínio e controle públicos.

Em primeiro lugar, a existência de padrões normativos uniformes produzidos pelos costumes parece antes de mais nada uma ficção elaborada pelos tribunais no contexto de uma sociedade pluralista. Se há divergência quanto a religião, posição política, modo de vida etc., qual visão deve constituir o direito consuetudinário? Quais seriam os critérios para arbitrar os interesses em conflito? E com que legitimidade? Não é difícil pensar nas consequências disso, por exemplo, para a reprodução de uma estrutura patriarcal por meio do direito de família, ou para o modo como se decide acerca da responsabilidade patronal por acidentes de trabalho³.

Em segundo lugar, a limitação das fontes do *common law* a questões de justiça corretiva as tornam aptas meramente a conservar o equilíbrio econômico existente. Decisões judiciais com base nos costumes ou precedentes são capazes de impor a restituição da propriedade espoliada, a compensação pelo dano causado e o cumprimento dos contratos. No entanto, apenas a lei tem em si a possibilidade de promover a distribuição da propriedade segundo algum parâmetro de justiça, bem como as condições sociais que tornam os contratos legítimos, uma vez que a preservação da autonomia das partes depende de fatores materiais. Por conta disso, as transações entre os indivíduos, que esgotam o escopo de avaliação possível segundo o costume e o precedente, não podem ser caracterizadas como justas tomadas isoladamente, conforme salientou Rawls:

“Reconhecemos esse fato quando dizemos, por exemplo, que a distribuição resultante de transações de mercado voluntárias (mesmo se todas as condições ideais de eficiência competitiva se verificam) não é, em geral, justa, a não ser que a distribuição antecedente de renda e riqueza, assim como a estrutura do sistema de mercados, seja justa. A riqueza existente precisa ter sido adquirida de maneira adequada, e todos precisam ter tido oportunidades justas de auferir renda, de desenvolver habilidades demandadas e assim por diante. Nesse sentido, as condições necessárias à justiça do contexto em que as transações ocorrem podem ser solapadas, ainda que ninguém aja injustamente ou esteja consciente de como o resultado conjunto de várias trocas separadas afeta as oportunidades

3 O exemplo foi retirado da decisão do caso inglês *Priestley v Fowler*, de 1837, cuja *ratio decidendi* estabeleceu a regra de que não haveria responsabilidade do empregador em dano causado por um colega no ambiente de trabalho. Essa regra só veio a ser modificada pelo *Law Reform (Personal Injuries) Act*, aprovado pelo parlamento britânico em 1948, em governo trabalhista.

de outras pessoas. Não há regras viáveis que seja factível exigir que os agentes econômicos sigam em suas transações cotidianas visando a evitar essas consequências indesejáveis” (RAWLS, 2005, p. 266)

Por fim, não é apenas o efeito coator da vulnerabilidade econômica que pode colocar em questão um sistema jurídico baseado exclusivamente na noção de justiça corretiva. A propriedade e o contrato, cuja proteção em princípio favorece imparcialmente todo e qualquer sujeito de direito, podem servir de instrumento tão ou mais eficaz para a promoção de fins iníquos do que uma legislação voltada a esse objetivo. Nesse sentido, Samuel Freeman relata o exemplo emblemático do sistema de segregação racial nos Estados Unidos:

“As leis do Jim Crow não eram a principal causa da segregação no Sul. Em muitos lugares, poucas leis, se alguma, explicitamente impediam pessoas negras de ocupar posições sociais atraentes, de comprar imóveis em bairros de brancos, de matricular-se em escolas e faculdades particulares, ou de usar hospitais, restaurantes, hotéis, e outros negócios privados frequentados por brancos. Mesmo assim, essas situações raramente ocorriam devido ao acordo tácito (muitas vezes explícito) entre os brancos. Por conta de convenções restritivas impostas por particulares, práticas negociais discriminatórias e da condição econômica miserável dos negros, havia pouca necessidade de leis para impor a segregação e a discriminação. Isso poderia ser deixado a cargo da ‘mão invisível.’” (FREEMAN, 2018, p. 80)

Se o ideal de Estado de Direito serve de alguma maneira como manto ideológico para encobrir o conservadorismo, conferindo uma roupagem de imparcialidade à reprodução de relações de dominação, isso se limitaria ao modelo defendido por Hayek. A legislação, ao invés, jamais esconde sua origem política, ainda que as verdadeiras forças e interesses por trás da aprovação de uma lei possam ser opacos à maior parte do povo em muitas situações. Há sempre, contudo, a possibilidade de modificá-la e corrigi-la, bem como de empregá-la como instrumento de correção de injustiças presentes na ordem social. Essas possibilidades encontram-se de pleno inviabilizadas em um contexto de supremacia das regras do *common law* sobre as do direito legislado.

A crítica ao caráter formal da noção de igualdade presente no ideal de Estado de Direito, portanto, só parece cabível na medida em que um tal formalismo constitui um empecilho à busca por justiça social. Esta, inclusive, é a intenção declarada de Hayek, pela qual se revela o viés conservador de sua filosofia política⁴ (HAYEK, 2011, p. 150). Ao contrário do que sustenta o autor, a igualdade formal preservada na estrutura da lei, a qual prevê iguais consequências normativas para casos que se enquadram na mesma espécie de fatos, não antagoniza com a implementação de concepções de justiça substancial. Como veremos nas próximas seções, a imparcialidade na aplicação aos casos concretos dos critérios de tratamento contidos nas regras jurídicas de modo geral e abstrato constituem, ao contrário, condições para que a justiça seja possível no interior de uma comunidade política entre pessoas livres e iguais.

2 Em que sentido a imparcialidade judicial permaneceria um mito mesmo no modelo de supremacia da lei e até que ponto isso comprometeria o ideal de Estado de Direito

Como vimos na seção anterior, o modelo de Estado de Direito centrado na supremacia da lei, ao contrário do modelo com base na supremacia do *common law*, permite modificações na estrutura da sociedade por meio de processos conscientes de escolha. Nessa versão, parece descabida a acusação de o ideal de Estado de Direito servir como uma ideologia que reveste de uma aparência de neutralidade política aquilo que

⁴ Na segunda edição de sua obra *The constitution of liberty*, Hayek adiciona um posfácio intitulado “Por que não sou um conservador”, classificando-se como um liberal (HAYEK, 2011, p. 519-533). A reconstrução que fizemos de seu pensamento jurídico não pretende entrar nessa disputa terminológica, mas sim mostrar como as críticas a um suposto conservadorismo embutido no ideal de Estado de Direito, expostas na introdução, se aplicariam ao modelo por ele defendido. Afinal, o principal argumento de que lança mão para não ser classificado como um conservador consiste precisamente na defesa de mudança radical da ordem social quando, por ação do governo, aquilo que identificou como “ordem espontânea” se encontra perturbada (HAYEK, 2011, p. 521).

serve como estratégia para impor à sociedade um certo conservadorismo sem passar pelo escrutínio dos processos de escolha democrática.

No entanto, a lei não é isenta de brechas pelas quais advêm novos desafios ao ideal de imparcialidade judicial. Tanto a vagueza de suas palavras como o reconhecimento de casos excepcionais parecem minar qualquer pretensão de objetividade de seu sentido e abrir as portas para a discricionariedade judicial, à qual corresponderia um modo de impor convicções políticas sem ter que submetê-las ao controle da sociedade pelos procedimentos democráticos.

O problema da vagueza pode ser ilustrado pelo exemplo da discriminação entre traficante e usuário na aplicação da lei brasileira sobre drogas exposto na introdução. Como amostra de como as leis podem ser flexibilizadas pelo reconhecimento de casos excepcionais, podemos invocar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que, ao contrário do que se infere da leitura da legislação pertinente, o crime de sonegação fiscal não se consumaria pelo ato de “suprimir ou reduzir tributo” mediante as condutas de “omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”, “fraudar a fiscalização tributária”, “falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável” ou “elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato” (Art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90)⁵. Pela natureza dos tipos penais, poder-se-ia alegar que a restrição do escopo de sua aplicação promovida pelo tribunal tende a beneficiar os mais favorecidos economicamente. Nos dois casos apresentados, a interpretação da lei mostrar-se-ia como um fator relevante a contribuir para a seletividade do sistema penal.

Embora o legislador sempre tenha a capacidade de corrigir com respeito a casos futuros o tratamento conferido pelo judiciário a certo tipo de conflito ao introduzir uma lei que explicita quais consequências jurídicas lhe devem ser aplicadas, um tal esforço pode ser vão na ausência de uma prática jurídica de maior deferência ao texto legal. Afinal, sem ela não há como evitar a manipulação do sentido de suas palavras e a identificação arbitrária de casos excepcionais. Isso não nos levaria de volta à denúncia da imparcialidade judicial como um mito e, por conseguinte, do ideal de Estado de Direito como uma ideologia?

Desta vez, a ideologia não encobriria uma estratégia política necessariamente conservadora, mas o seu desmascaramento denunciaria a ingenuidade de quem defende que a disputa política não deve ultrapassar os limites do processo legislativo e chegar aos tribunais. Ela se encontraria de alguma maneira presente também no processo judicial, ainda que sob a aparência de razões objetivas fundamentando decisões individuais. A quem serviria o mito, senão aos que impõem sub-repticiamente suas convicções políticas, sejam elas quais forem, aos crédulos?

Não raro autores identificados como opositores do conservadorismo buscam romper a assimetria existente entre quem se serve do mito e quem nele acredita denunciando-o e conclamando os progressistas para libertarem-se dos escrúpulos que a crença no mito lhes impôs⁶. Desse modo, os juízes comprometidos com as causas dos oprimidos deveriam reconhecer a imparcialidade como ideologia e exercer o seu poder em favor do seu lado na disputa política, do mesmo modo como os juízes conservadores sempre o fizeram, consciente ou inconscientemente.

Mas a existência do ideal de imparcialidade judicial, ainda que possa ser considerado um mito, proviria apenas da credulidade ou poderíamos reconstruir racionalmente a sua genealogia, mostrando que ele cumpre uma finalidade legítima?

⁵ A Súmula Vinculante nº 24 do STF dispõe que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

⁶ Aqui tomamos novamente como exemplo a obra de Mangabeira Unger, em especial UNGER, 1986, p. 1-4.

A noção de que a mesma autoridade julga o caso particular e é capaz de definir os critérios pelos quais aquele caso deve ser julgado se mostra inaceitável em uma sociedade de pessoas livres e iguais. O fato de aquele que decide sobre o destino das partes em conflito em um processo judicial não estar vinculado a nenhum parâmetro preexistente que deve determinar o julgamento torna justificada a equivalência entre discricionariedade judicial e arbítrio no sentido moralmente relevante. Ora, a submissão de um indivíduo à vontade arbitrária de outro constitui de modo evidente a própria negação do reconhecimento de cada cidadão como igualmente autônomo, o qual permite o uso da coerção apenas quando fundado na aplicação de regras jurídicas que valem da mesma maneira para todos. Mas como garantir a objetividade de tais critérios, uma vez evidenciada a inevitável existência de casos de enquadramento duvidoso e de casos nos quais a aplicação da regra deve ser excepcionada? Em outras palavras, como separar por completo os momentos de criação e de aplicação das regras jurídicas ao mesmo tempo em que se reconhece aquilo que Hart denominou *textura aberta do direito* (HART, 2012, p. 124-136)? A única resposta satisfatória a essas questões parece ter de ir ao encontro da linha de resposta esboçada por Stanley Cavell:

“Pode haver períodos históricos nos quais os juízes habitualmente ou ‘meramente aplicam’, ou ‘criam’ o direito; mas, como uma descrição neutra do processo de decidir conjuntamente casos e critérios, isso apresenta uma falsa alternativa, ou um falso quadro. Para chegar a sua decisão, o juiz é obrigado, em cumprimento à sua função, a fornecer e estar aberto a argumentos de caráter institucionalmente reconhecível; e o objetivo desse argumento é permitir, se possível, uma extensão natural do corpo do direito, a qual não é nem mera aplicação do direito existente, nem simplesmente a criação de um novo direito. O mito orientador precisa ser que não é o juiz, mas o próprio caso, que estende o direito. A justiça dependerá da verdade disso – e de isso ser visto como verdade – ser mais frequente do que o contrário.” (CAVELL, 1999, p. 12-13)

A resposta de Cavell não nega que algumas decisões judiciais possam claramente contrariar o preceito de que casos iguais devem ser tratados igualmente: ainda que os critérios para classificar os casos não possam ser derivados da literalidade da lei, a fundamentação fornecida para tratar a situação concreta daquele modo pode ser contestada a partir das expectativas implícitas na própria prática jurídica. Menos ainda tenta esconder que haja situações em que seja difícil separar criação e aplicação do direito, reconhecendo que, em casos-limite, a aplicação imparcial de critérios claramente preestabelecidos corresponde a um mito. Afirma, no entanto, uma função socialmente benéfica para esse mito. Se a igualdade perante a lei foi ou não respeitada em determinado caso, é algo de cuja discussão depende a própria realização do ideal de Estado de Direito: o “mito” não deve de modo algum servir para calar esse tipo de questionamento. O problema consiste em denunciar o caráter mitológico da objetividade do direito enquanto requisito da imparcialidade judicial em favor do abandono do ideal.

Não há, entre pessoas livres e iguais cujos interesses encontram-se potencialmente em conflito, possibilidade de fazer-se justiça sem a intermediação de regras jurídicas. Caso os conflitos fossem resolvidos com base no arbítrio do julgador, uma assimetria entre autoridades judiciais legiferantes e cidadãos submetidos ao arbítrio dessas autoridades se estabeleceria, minando qualquer razão para obedecer-lhes que não fosse o medo da força. O compromisso com o ideal de Estado de Direito não exige que se creia que o direito possa ser sempre e exclusivamente o império da razão. Na verdade, a exigência é muito mais fraca: consiste apenas em reconhecer que, sem a mediação do direito imparcialmente aplicado, não há espaço para as razões, apenas para a dominação pela força e para o conflito aberto entre facções.

A deslegitimação do ideal de Estado de Direito, reduzido à condição de ideologia, quando levada às últimas consequências, não resulta em justiça social (como pode resultar a denúncia em casos concretos de descumprimento do tratamento igual pelo direito ou de interpretações da lei com viés conservador), mas no aniquilamento das condições institucionais de possibilidade para a sua existência. Quando o processo judicial se torna disputa política aberta, minam-se as razões para que as partes em litígio reconheçam a legitimidade da autoridade judicial, e com isso a força volta a ser o único meio de resolução de conflitos. Derruba-se assim um mito sem que se compreenda a função civilizatória que ele exerce. A pergunta



incômoda que sempre resta não respondida pelos iconoclastas é qual seria a alternativa a ser colocada no lugar da igualdade jurídica como fundamento da ordem social, mesmo reconhecendo-a na prática como imperfeita até mesmo enquanto igualdade meramente formal.

Uma das alternativas, como veremos a seguir, ao suposto mito da igualdade jurídica, consistiu, a partir das denúncias de uma perda de substância e desenraizamento do direito, em uma tentativa de reconstituir uma ordem jurídica genuína que apenas pode contemplar aqueles que comungam de uma comunidade de destino.

3 A crítica à abstração das leis e a ascensão do pensamento contrarrevolucionário na França

A denúncia das imperfeições e das limitações da igualdade jurídica que recomenda o seu abandono enquanto ideal tende a negligenciar que ela consistiu historicamente no veículo de universalização dos direitos humanos. Procuraremos mostrar a seguir, reconstituindo sucintamente sua história, a quais caminhos pode conduzir seu abandono.

Quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirmou, em seu artigo primeiro, que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundadas senão na utilidade comum” e determinou, em seu artigo sexto, que “A Lei é a expressão da vontade geral. [...] Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os Cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”, presenciou-se, a bem analisar esse evento, um giro copernicano no domínio da política.

Tal giro consistiu em centralizar a discussão dos direitos em torno das esferas do Estado e dos indivíduos, extirpando sua fundação de uma certa pertinência de status: potências feudais, ordens, igrejas, burgos, privilégios de nobreza, etc. Direitos particulares podem mesmo ser atribuídos a determinados grupos, mas sempre em virtude da lei pública. São essas determinações, que se reivindicavam normativamente protegidas à mudança, que a abstração da lei quis ver suprimidas. Essa é a ideia universal de sujeito de direito que carrega consigo a noção de direito subjetivo. Não é a pertinência de um indivíduo a certa comunidade que se pretende proteger, mas sim a noção de direitos de indivíduos independentemente de sua pertinência.

O discurso de Robespierre, em 23 de dezembro de 1789, junto à Assembleia, é a consequência desse novo estado de coisas. Assim, se a lei não leva em consideração senão indivíduos que nascem e permanecem livres e iguais, e se a lei, para proteger ou punir, é igual para todos, então aos judeus não deve ser negado o direito de cidadania. Todas as dignidades, lugares e empregos públicos devem a eles ser igualmente garantidos. Eis o discurso:

“Foram-vos ditas coisas infinitamente exageradas sobre os judeus, muitas vezes contrárias à história. Como podemos lhes opor as perseguições de que foram vítimas entre diferentes povos? Pelo contrário, são crimes nacionais que devemos expiar, devolvendo-lhes os direitos imprescritíveis do homem, dos quais nenhuma potência humana poderia privá-los. Vícios e preconceitos ainda lhes são imputados; o espírito de seita e de interesse os exagera. Mas a quem podemos imputá-los, se não a nossas próprias injustiças? Depois de tê-los excluído de todas as honras, mesmo dos direitos de estima pública, deixamos a eles apenas os objetos de especulação lucrativa. Devolvamo-los à felicidade, à pátria, à virtude, restituindo-lhes a dignidade de homens e cidadãos; lembremo-nos de que nunca pode ser político, diga-se o que se disser, condenar à degradação e à opressão uma multidão de homens que vivem em nosso meio. Como o interesse social pode ser fundado na violação dos princípios eternos da justiça e da razão, que são os fundamentos de toda a sociedade humana?” (OBLIGI, 2016, cap. 2)

Em uma Assembleia dividida e reticente diante da força política de uma tal proposta, esses direitos apenas foram garantidos em setembro de 1791.



Podemos dizer que o “espírito” da revolução consistia em duas palavras: emancipar e esclarecer. Emancipar pelos direitos, fundar uma sociedade de homens livres e afirmar sua igual dignidade era seu projeto político. Pensar por si mesmo, recusar a superstição e favorecer o espírito de tolerância era tarefa do esclarecimento pela razão. Apenas a coragem de saber pode livrar-nos da servidão e ignorância. Desnecessário reconstituir aqui o modo como se consolidou esse processo em autores que, malgrado suas especificidades, norteavam seu pensamento e sua ação submetidos ao tribunal da razão. Tampouco intencionamos reconstituir os avatares das lutas que concretamente se estabeleciam no seio da sociedade francesa pela hegemonia desses ideais. O peso da reação que sucedeu à revolução é prova suficiente da mudança política, social e cultural que se pretendia.

É o que vemos, por exemplo, em Joseph de Maistre, em sua *Considération sur la France*, que, no capítulo X, ataca as teses de escritores conservadores, que alertavam para os perigos de uma contrarrevolução, como sofismas fundados no medo ou no desejo de enganar. Afirma ele:

“O casamento não é senão uma prostituição legal; não há mais autoridade paterna, não há mais medo do crime, não há mais asilo para a indigência. [...] O povo se desmoraliza da maneira mais assustadora; e a abolição do culto, combinada com a total ausência de educação pública, prepara a França para uma geração cuja própria ideia faz estremecer. [...] Não vêes que vossas instituições republicanas não têm raízes, e que elas estão somente *depositadas* em vosso solo, ao contrário das precedentes que ali estão *plantadas*. Foi preciso o machado para derrubá-las; as outras cederão com um sopro e não deixarão vestígios.” (DE MAISTRE, 1838, p. 137)

Talvez, com uma certa ousadia, pudéssemos identificar em um momento histórico específico o núcleo da tempestade que opôs, na França, revolucionários e contrarrevolucionários. Um evento catalisador de todas as forças que, desde a efetivação da revolução, travavam uma luta de vida e morte pela concretização de um projeto de civilização. Estamos falando aqui do *affaire Dreyfus*. Nele se gesta, como veremos, um combate, que não é exclusivamente francês, sobre o destino dos ideais revolucionários, e, em certa medida, republicanos, que intentavam, com sucessos e fracassos, moldar um ideal de Estado de Direito.

Trata-se de um evento que, de 1894 a 1906, polarizou a opinião pública, as instituições de Estado e mobilizou grupos sociais e posições religiosas. Nele, pode-se ver com clareza a oposição entre justiça e cidadania, de um lado, e razão de Estado e Nação, de outro⁷. Acusado de traição em favor da Alemanha por haver a ela entregue documentos militares secretos, o Capitão Alfred Dreyfus, judeu de origem alsaciana, condenado por unanimidade pelos magistrados do conselho de guerra em dezembro de 1894, foi expulso do exército e enviado perpetuamente à Ilha do Diabo, nas costas da Guiana francesa.

As sucessivas investigações de historiadores envolvidos na defesa do Capitão Dreyfus, desde as várias instruções da Corte de Cassação até a decisão de revisão de 12 de julho de 1906, levaram a um conhecimento preciso dos fatos tais como ocorreram a partir do final do verão de 1894. A inocência de Dreyfus restou provada e a razão de Estado comprovada.

Mas o que interessa nesse artigo é observar de que modo a acusação da alta traição contra Dreyfus consistia apenas em palanque para o novo nacionalismo francês. No fundo, o combate contra Dreyfus era uma luta em favor da monarquia, pela nação íntegra. O inimigo era uma república corrompida e enfraquecida pela defesa de ideais como os dos direitos do homem que carregavam consigo, como vimos, a ampliação da noção de cidadania via a noção de emancipação. A questão judaica, portanto, era uma das questões que estava no centro das discussões durante o *affaire*. A inocência ou culpa do acusado era o que menos importava para os *anti-dreyfusards*, pois tratava-se de uma questão de Estado, não de justiça.

⁷ Para indicações de leituras sobre o tema, reenviamos à imensa bibliografia fornecida por DUCLERC e SIMON-NAHUM, 2009, p. 413-432.



Como escreve Maurice Barrès em 1902: “Não preciso que me digam por que Dreyfus traiu. Em psicologia, basta-me saber que ele é capaz de trair e basta-me saber que ele traiu, o intervalo está preenchido. Que Dreyfus é capaz de trair, eu concluo de sua raça.” (BARRÈS, 1902, p. 40-41)⁸ Que o judeu seja incapaz de encarnar, aos olhos de todos aqueles que viam em Dreyfus uma ameaça à verdadeira nação francesa, homogênea e cristã, os verdadeiros valores do sangue e do solo francês, fica mais claro nessa outra passagem do mesmo Barrès: “Os judeus não têm uma pátria no sentido que nós a entendemos. Para nós, a pátria é o solo e os ancestrais, é a terra de nossos mortos. Para eles, é o lugar onde encontram seu maior interesse. Seus “intelectuais” chegam assim à sua famosa definição: “A pátria é uma ideia”. Mas qual ideia? A que lhes é mais útil; por exemplo, a ideia de que todos os homens são irmãos, que a nacionalidade é um preconceito a ser destruído, que a honra militar fede a sangue, que é necessário desarmar (e não deixar outra força que o dinheiro), etc. [...] É de uma elevada moralidade obedecer à lei. O caso de Sócrates ilustra esta concepção indiscutida. Mas eu só posso aceitar a lei com a qual o meu espírito se identifica. Quanto mais honra tenho em mim, mais me revolto se a lei não for a lei da minha raça.” (BARRÈS, 1902, p. 63-64)⁹

Haveria, portanto, um povo para quem existe uma lei fundada nas raízes, no solo da pátria. Ele “pensa” a partir de certos valores concretos e vitais que lhe são homogêneos: haveria um pensar genuinamente francês. Do outro lado, existiriam aqueles que reivindicam uma identidade abstrata, fictícia, vazia, fundada na simples forma da lei impessoal. Por ser um povo desenraizado, eles não reivindicam senão a ideia de uma pátria e de uma civilização humana, sem substância, sem rosto. Tratar-se-ia de um povo do caos, da legalidade e do formalismo abstrato que impede e luta contra a realização de um destino da raça. A norma abstrata apenas vem proteger, do exterior, os indivíduos contra a legitimidade de uma coletividade autêntica. Como diz Barrès na passagem acima citada, “Que Dreyfus é capaz de trair, eu concluo de sua raça.”

Como veremos a seguir, é na Alemanha do início do século passado que surgem as mais virulentas críticas contra a abstração e o formalismo das regras jurídicas, que não se deixam reconduzir ao solo e à ordem concreta de um povo.

4. A luta contra o Estado de Direito burguês e o normativismo abstrato

“As opiniões que, neste momento, lhes exponho, têm por base, em verdade, a condição fundamental seguinte: a vida, enquanto encerra em si mesma um sentido e enquanto se compreende por si mesma, só conhece o combate eterno que os deuses travam entre si ou — evitando a metáfora — só conhece a incompatibilidade das atitudes últimas possíveis, a impossibilidade de dirimir seus conflitos e, conseqüentemente, a necessidade de se decidir em prol de um ou de outro.” (WEBER, 2011, p. 39)

O fato do pluralismo e a impossibilidade de derivar racionalmente o critério objetivo de uma ordem social que se quereria justa, conduz, para uma doutrina que se pretende científica, à supressão em sua análise de qualquer consideração que seja externa ao seu objeto de estudo. Como afirma Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito.” (KELSEN, 2000, p. 1)

⁸Adiante, na p. 211 do mesmo livro, Barrès afirma: Recordemo-nos do traidor apenas para amar aqueles que o castigaram. [...] Eles estreitaram e justificaram a fraternidade francesa. Terrível consequência para alguns: a questão da raça está aberta

⁹Um pouco antes, Barrès afirmava: “M. Emile Zola? Eu olho para suas raízes: este homem não é um francês [...] Nós não obtemos nossas ideias e raciocínios da nacionalidade que adotamos, e quando eu me naturalizar chinês, obedecendo escrupulosamente às prescrições da legalidade chinesa, não deixarei de elaborar ideias francesas e de associá-las em francês. Porque seu pai e a série de seus ancestrais são venezianos, Émile Zola naturalmente pensa como um veneziano desenraizado.” BARRÈS, M. (1902, p. 40-41)



Para um jurista engajado oficialmente no movimento nazista desde 1933, como Carl Schmitt¹⁰, o normativismo – identificado no positivismo jurídico, do qual Kelsen era, a seus olhos, a figura eminente – não consistia senão em um legalismo desencarnado que pretende fazer crer que a disciplina e a ordem podem se reduzir apenas à regra e à lei. Diz ele:

“É uma questão de grande alcance saber que tipo de pensamento jurídico prevalece a uma época e a um povo determinados. Diferentes povos e diferentes raças estão vinculados a diferentes tipos de pensamento, e a predominância de um determinado tipo de pensamento pode estar ligada a um domínio espiritual e, portanto, político. Há povos que, sem terra, sem Estado, sem Igreja, existem apenas na lei; para eles, apenas o pensamento normativista parece ser o pensamento legal racional, qualquer outra forma de pensar lhes parecendo incompreensível, fantástica ou ridícula.” (SCHMITT, 2001, p. 165)¹¹

Vemos, portanto, claramente, a vinculação estabelecida por Schmitt do normativismo (positivismo) com o modo de existir dos judeus. E eles seriam inimigos porque eles destroem o modo de ser genuíno do povo alemão. Eles seriam universalistas e normativistas, pois incapazes de encontrar a normatividade em uma ordem concreta (eles não têm solo, terra). Eles seriam, por essa mesma razão, cosmopolitas, porque avessos à ideia de um povo homogêneo de cuja história comum emana a normatividade que deve guiar todos os domínios da vida: uma vida *völkisch*¹².

Ao normativismo abstrato e desenraizado deve-se sobrepôr um direito superior, de uma ordem concreta, que, ao contrário da suposta impessoalidade positivista, é político. Para Schmitt, seria preciso renovar esse direito e identificá-lo ao verdadeiro povo, à comunidade autêntica, à autoridade e não à maioria, à personalidade do governante. Como afirmou Carl Schmitt em 1933, o “pensamento” do nacional-socialismo é “concreto, substancial”. (SCHMITT, 1933a, p. 47) Portanto, “um estrangeiro pode até mesmo se comportar criticamente e com astúcia, ler e escrever livros, mas ele pensa e entende de maneira diferente porque estaria disposto de modo diferente. Ele permanece em cada instante crucial de seu pensamento na condição existencial de sua própria raça”. (SCHMITT, 1933a, p. 51)

Claro, é possível imaginar regras abstratas, pré-determinadas, provendo um funcionamento previsível de relações de trocas entre os indivíduos, regras de trânsito ou horários de trens. (SCHMITT, 1933b, p. 174, 187), mas tais normas jamais serão capazes de encarnar uma ordem concreta de um povo concreto e homogêneo. “Enquanto perdura uma instituição, a sua ordem concreta, a disciplina e honra internas resistem a qualquer tentativa de normatização e regulamentação integral; elas colocam todo e qualquer legislador e toda e qualquer pessoa que aplicar a lei diante do dilema de assumir e utilizar os conceitos jurídicos concretos, dados juntamente com a instituição, ou de destruir sua própria instituição.” (SCHMITT, C. 1933b, p. 175)¹³

10 Sobre o engajamento nacional-socialista e o antissemitismo ao longo da obra de Schmitt, ver GROSS, 2000, p. 1-22.

11. Sobre a expressão “existir apenas na lei”, talvez tenhamos uma compreensão mais exata de sua dimensão (em sua versão de ‘ordem concreta’) através de uma leitura de Espinosa (ESPINOSA, 2014, cap. V, p. 106-107): “Moisés, por exemplo, não ensina os judeus como um doutor ou como um profeta a não matar e a não roubar: ordena-lhes como um legislador e como um príncipe. Nem prova pela razão a verdade desses ensinamentos; ele acrescenta aos comandos a ameaça de um castigo que pode e deve variar, como a experiência abundantemente mostra, conforme a índole própria de cada nação. É assim que, ordenando que não se cometa o adultério, tem apenas em vista a ordem pública e o interesse do Estado; se tivesse querido dar um ensinamento moral que contemplasse a tranquilidade da alma e a verdadeira beatitude dos indivíduos, ele não teria apenas condenado a ação exterior, mas também o consentimento mesmo da alma, como fez Cristo, que fornece apenas ensinamentos universais (ver Mateus, cap. V, 28).” Povo da lei significa, então, povo heterônomo, cuja simples conformidade ao comando é suficiente para a realização do dever.

12 Sobre a expressão *völkisch*, ver JOUANJAN, O. 2017, p. 74, 193-94, 242, 247, 267, 286. Na página 74, Jouanjan caracteriza sucintamente o “espírito *völkisch*. Ele é “o espírito de um povo (*Volk*), mas reconciliado e reconduzido a suas determinações raciais e culturais puras, sendo a cultura apenas a expressão do sangue da raça”.

13 Tradução ligeiramente modificada.



Mas como se poderia, seguindo essas diretrizes, efetivar um direito concreto, substancial? Para ilustrar esse ponto, citemos duas decisões judiciais das cortes alemãs à época:

1) “Um solteiro sem filhos legou toda sua propriedade à sua governanta em seu testamento. Neste patrimônio, há retratos de antepassados, sem qualquer valor de mercado. Mas a irmã do falecido quer recuperá-los para que eles não saiam da família. A lei não estabelece nenhuma reserva de herança em benefício dos colaterais. O caso deveria ser claro em um sistema jurídico comum: a irmã não tem o direito de reivindicá-los. Tal solução, entretanto, seria obviamente contrária à ordem concreta que é a família alemã, a normalidade da família, a situação normal da família alemã. Na típica família alemã, os retratos dos antepassados não deixam a família. Deve-se considerar, portanto, que a lei estabelecida tem aqui uma lacuna que deve ser preenchida com o recurso a esta lei superior imanente à vida comunitária. *A vontade não é o ato voluntário de um sujeito livre dentro dos limites da lei, mas a disposição feita por um Vollgenosse (compatriota) no interesse da comunidade: o estado “chama à responsabilidade”, post mortem, o indivíduo “que não submete seu destino ao de sua comunidade”.*¹⁴

Vemos aqui a instanciação clara do sentido de “ordem concreta”. A simples forma da lei não permite apanhar a real normatividade do caso. Ela é demasiada abstrata. A solução de subsunção não se aplica aqui, uma vez que a ordem concreta do direito de família e sucessões não se deixa apanhar desenraizado da normatividade que reside na comunidade. O pensamento separador (a saber, o pensamento positivista que separa o ser e o dever) apenas fixa em uma regra abstrata (o bem de família) aquilo que deve pertencer a uma ordem familiar vivida. Esse é o sentido da expressão acima: “A vontade não é o ato voluntário de um sujeito livre dentro dos limites da lei”. O direito legislado, portanto, é opaco à ordem *völkisch* (salvo para as leis de trânsito). O direito subjetivo do testador é uma ilusão do Estado de Direito burguês, que não é senão um Estado da lei. Ele seria, portanto, um direito degenerado!

2) No caso perante o Reichsgericht¹⁵ em 9 de dezembro de 1936, um judeu foi encontrado pela polícia em seu apartamento com uma “mulher ariana” consentidamente nua. O ato sexual não tinha sido praticado. O parágrafo 2 da lei de 14 de novembro de 1935 - a Lei de Nuremberg sobre a “Proteção do Sangue e da Honra Alemã” - proíbe “relações fora do casamento” entre pessoas de “raça” judia e os nacionais “alemães ou aparentados pela raça”. O parágrafo 11 do decreto de aplicação desta lei especifica que a noção de “relações fora do casamento” deve ser entendida exclusivamente como “relações sexuais”.

A decisão da corte foi, em síntese, a seguinte: “Seria contrário ao espírito da lei, bem como ao bom senso popular, deixar impune a vergonha feita à raça quando cometida por atos desta natureza e incitar, desta forma, a prática de atos contra a natureza em formas que não são análogas às relações sexuais *stricto sensu*.” Ou seja, a interpretação extensiva do direito penal se justifica na medida em que o que se quer aqui proteger é a ordem moral concreta do povo, da comunidade alemã. Sobre o direito penal alemão da ordem concreta, Schmitt afirmava que, ao princípio normativo abstrato “*nullum crimen nulla poena sine lege*” deveria suceder o princípio “*nullum crimen sine poena*” (SCHMITT, 1934, p. 693). Esse direito penal, portanto, é prospectivo na medida em o crime pode ocorrer antes mesmo do cometimento do ato: “Pois uma vontade maligna não designa apenas um delinquente em potência, mas já um inimigo real. E é sobre isso que a lei penal liberal é cega.” (JOUANJAN, 2017, p. 199).

Alguns meses antes, Schmitt havia já discorrido acerca de uma outra arma destinada a vencer as barreiras do normativismo em direção a uma interpretação autenticamente *völkisch*: as cláusulas gerais. Tais cláusulas, “como ‘boa-fé’, ‘bons costumes’ etc. não são referidos à sociedade contratualista burguesa, caracterizada pelo individualismo, mas aos interesses da totalidade do povo [*Volksganze*], todo o direito se transforma efetivamente, sem que se faça necessário alterar uma única lei ‘positiva’” (SCHMITT, 1933b, p. 209-210). Para a aplicação dessas cláusulas gerais, portanto, os princípios do nacional-socialismo são determinantes. Eles podem mesmo ser reconduzidos a uma afirmação de Schmitt que, em seu discurso de encerramento

14 Citado a partir de JOUANJAN, 2006, p. 10. Essa decisão é retirada do livro do jurista nazista Karl Larenz (LARENZ, C. 1938, p. 32 e seg.), *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1938, p. 32 e seg. Grifo nosso

15 Citado a partir de JOUANJAN, 2006, p. 10, p. 11-12. Reproduzido na mesma obra de Larenz.

do Congresso de Professores Universitários da Federação Nacional-Socialista de defensores do direito (*Rechtswahrer*), ocorrido entre 3 e 4 de outubro de 1936, sobre o tema: “O Judaísmo na ciência do direito”, afirmou: “Lutando contra o judeu, luto pela obra do Senhor.” (SCHMITT, 2003, p. 180)¹⁶

Conclusão

Quisemos apresentar neste artigo os caminhos que podem tomar o abandono das promessas do Estado de Direito. O que se segue à denúncia de sua pretensa hipocrisia (de seu ideal de imparcialidade e legalidade)? Seus críticos estão corretos em afirmar que a ordem jurídica pode reproduzir iniquidades e falhar grotescamente em assegurar a imparcialidade das decisões judiciais. O que se ganha quando se assume que a submissão da política ao direito é apenas uma ideologia que mascara a luta pela hegemonia? Resposta: ou se instrumentaliza o direito, não reconhecendo nenhum valor na igualdade formal que ele propicia, e passa-se a mirar nas regras apenas o caminho para a realização de um projeto político, ou se assume a facticidade da luta de facções.

Quisemos mostrar que há um germe civilizatório na ideia de império da lei, de sua forma e abstração. Em um direito concreto, que encontraria sua normatividade em uma ordem vivida, em que ser e dever se confundem, haverá sempre “os de dentro e os de fora”, a homogeneidade e sua degenerescência. A forma, a abstração da lei, todavia, ao separar-se de suas determinações concretas, i.e., ao autonomizar-se de uma suposta normatividade que lhe seria heterônoma, barra o caminho a que reivindicações de “autenticidade” se vejam reintroduzidas na própria lei. Isso seria o caso, por exemplo, se, ao invés da forma jurídica de “testador”, “comerciante” ou na proibição de “relações sexuais fora do casamento”, passássemos a denunciar a hipocrisia de sua vacuidade e a exigir sua reinterpretação a partir da reivindicação de encarnação dos interesses genuínos dos oprimidos ou conforme a concretude de um povo homogêneo. Teríamos, então, que observar, para além da forma, quem é o testador, de que comerciante se trata, quem manteve relações sexuais fora do casamento. A razão nos aponta e a história nos mostra em que tudo isso pode resultar. Enfim, o ideal de Estado de Direito é uma promessa de civilidade. Sem ele, vemos apenas a força.

Referências bibliográficas

BARRÈS, Maurice. 1902. *Scènes et doctrines du nationalisme*. Paris. Felix Juven éd.

CAVELL, Stanley. 1999. *The claim of reason*. New edition. New York: Oxford University Press.

DE MAISTRE, Joseph. 1838. *Considérations sur la France suivi de l'Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des Lettres à un gentilhomme russe sur l'Inquisition espagnole*. Bruxelles : Société Nationale Pour la Propagations de Bons Livres.

DUCLERC, Vincent. e SIMON-NAHUM, Perrine. 2009. *Les événements fondateurs. L'affaire Dreyfus*. Paris: Armand Collin.

ESPINOSA, Baruch. 2014. *Traité théologico-politique*. Paris : Garnier.

FREEMAN, Samuel. 2018. *Liberalism and distributive justice*. New York: Oxford University Press.

GROSS, Raphael. 2000. *Carl Schmitt et les juifs*. Paris: PUF.

¹⁶ Schmitt termina seu discurso com essa citação de Hitler em seu livro *Mein Kampf*. Como lembra o tradutor, Schmitt, em sua entrevista a Maurizio Fioravanti, “Un giurista davanti a se stesso”, *Quaderni costituzionali*, III, no. 1, 1983, p. 13, lembra que “Durante este período também organizei um colóquio sobre o Judaísmo e a ciência jurídica que ainda hoje é interessante e tem sua própria validade.”



- HART, Herbert L. A. 2012. The concept of law. Third edition. Oxford: Oxford University Press.
- HAYEK, Friedrich. 2011. The constitution of liberty. The definitive edition. Chicago: The University of Chicago Press.
- HAYEK, Friedrich. 2013. Law, legislation and liberty. London: Routledge.
- JOUANJAN, Olivier. 2017. Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi. Paris: PUF.
- _____. 2006. Justifier l'injustifiable. Paris: Astéris, n. 4, 2006.
- KELSEN, Hans. 2000. Teoria Pura do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- LARENZ, C. Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin, Junker & Dünnhaupt, 1938.
- OBLIGI, Cécile. 2016. Robespierre, La probité revoltante. Paris: Belin ed. Acessado em 30/06/2022.
- RAWLS, John. 2005. Political liberalism. Expanded edition. New York: Columbia University Press.
- SCHMITT, Carl. 1933a. State, Movement, People. Corvallis: Plutarch Press
- _____. 1933b. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In MACEDO, R. P. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad.
- _____. 1934. Der Weg des deutschen Juristen, Deutsche Juristen-Zeitung, 1934.
- _____. 1936 La Science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif. Paris : Cités, n.14.
- SCHMITT, Carl. 2001. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. São Paulo: Max Limonad.
- UNGER, Roberto. 1986. The critical legal studies movement. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- UNGER, Roberto. 2015. The critical legal studies movement. London: Verso.
- WEBER, Max. 2001. A Ciência como Vocação São Paulo: Cultrix.