

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HISTÓRIA DO DIREITO

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ricardo Marcelo Fonseca

Alexandre Walmott Borges

Rogério Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

As apresentações dos trabalhos do GT HISTÓRIA DO DIREITO foram marcadas pela novidade da participação por via eletrônica. Pela primeira vez as salas e os debates se realizaram por meio virtual. Apesar do ineditismo o evento foi realizado com pleno sucesso. Os trabalhos mostraram alta qualidade e as discussões serviram à troca de ideias, de materiais, de informações entre os pesquisadores e pesquisadoras. Abaixo há a síntese dos trabalhos deste GT do Conpedi.

O artigo de autoria de Frederico Marcos Krüger tem por título ‘A GÊNESE FAMILIAR COMO FONTE DO DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO’. Deteve-se o trabalho na pesquisa das origens das instituições jurídicas, das “famílias”. Dessa evolução se constatou o desenvolvimento acelerado populacional e as leis que emergiram dos fatos valorativos que desencadearam o sentido da criação de novas normas para acompanhar o relacionamento comportamental.

O texto ‘A CONDIÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DA MULHER E DAS VESTAIS NO DIREITO ROMANO’ é da autoria de Elaine Marcilio Santos e Alessandro Hirata. O artigo tratou da condição jurídica da mulher em Roma, a partir de fontes analisadas à luz da metodologia dialética. Expôs-se um panorama geral do peculiar tratamento jurídico destinado às mulheres e discorreu-se sobre as sacerdotisas cultoras da deusa romana Vesta, as vestais, as quais tinham uma especial condição jurídica de independência em relação aos homens, e que também podiam realizar atividades como o comércio marítimo, sendo inclusive proprietárias de embarcações de cunho comercial, conforme comprovam recentes descobertas arqueológicas na Sardenha.

O artigo ‘A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NAS CODIFICAÇÕES CIVIS BRASILEIRAS’, de autoria de Leonora Roizen Albek Oliven, procurou sistematizar e comparar a sucessão hereditária de cônjuges na vigência das duas codificações civis brasileira. A análise foi feita a partir da relevância da família matrimonializada para o direito e para a sociedade brasileira, propondo um percurso histórico-jurídico para a compreensão da sua importância e preocupação específica da codificação contemporânea.

O texto ‘RESGATANDO FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DA CIVILÍSTICA NACIONAL: O CONCEPTURO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CRÍTICA DE

PONTES DE MIRANDA À BEVILAQUA' buscou resgatar fragmentos da história da civilística nacional ao tentar compreender e explorar as críticas realizadas por PONTES DE MIRANDA à BEVILAQUA no que diz respeito à possibilidade (defendida por aquele) de que havia uma dupla disposição testamentária em favor do concepturo: (i) pura e direta, prevista no artigo 1.718, bem como pela instituição de (ii) fideicomisso, regulamentada pelos artigos 1.733 a 1.740, ambos do Código Civil de 1916. Os autores são Fabricio Manoel Oliveira e Rodrigo Coelho dos Santos.

O artigo 'AS REFLEXÕES DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ' teve por proposta realizar reflexões dos parâmetros modernos do direito positivo nos séculos XVIII a XX, analisando-se, sobremaneira, a tradição jurídica alemã. A autoria é de Cristian Kiefer Da Silva.

O texto 'O PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO' teve por objeto da pesquisa o estudo de efeitos da constitucionalização no direito civil sobre o regime contratual, em especial o influxo da função social como elemento essencial no tocante à sua finalidade. A pesquisa iniciou por um exame temporal da relação entre o constitucionalismo e o direito civil para que se pudesse elucidar o fenômeno da constitucionalização, assim como as evoluções no sistema do direito civil dela oriundas. Os autores são Francisco José Turra , Olavo Figueiredo Cardoso Junior e Rodrigo Feracine Alvares.

O artigo 'AS RAÍZES DO DIREITO À LIBERDADE (E DA PERSONALIDADE): PAINEL SOBRE A QUESTÃO HUMANA, E DIGNIDADE, NAS AMÉRICAS ESPANHOLA E LUSITANA NOS SÉCULOS XVII E XVIII' propôs-se a realizar um apanhado entre a controvérsia de Valladolid e o Diretório Indígena no Brasil (séc. XVIII) e das mudanças de percepção das noções de humanidade para os índios nos primórdios dos direitos humanos e dos direitos de personalidade. A autoria é de Crístian Rodrigues Tenório e Alexander Rodrigues de Castro.

O texto 'DIREITO PÚBLICO NA ORIGEM DO BRASIL: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, TRIBUTÁRIA, GOVERNAMENTAL E JUDICIÁRIA DAS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS' teve por objeto uma das fases mais antigas do ordenamento jurídico brasileiro, a da implantação das Capitanias Hereditárias, em 1530. Foi dada ênfase na estruturação das capitanias e nos assuntos que atualmente estavam incluídos no Direito Público. O autor é Wagner Silveira Feloniuk.

O artigo 'PODER E DIREITO EM TENSÃO: UMA ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE PIETRO COSTA' propôs-se à discussão sobre contribuições do historiador do direito Pietro Costa na análise das tensões entre poder e direito em diferentes tempos históricos. Partindo-se da premissa de que a história consiste em uma espécie de horizonte de continuidades e rupturas, por meio de revisão bibliográfica das principais obras do autor, almejou-se investigar quais tradições histórico-culturais deram lugar à fórmula do Estado democrático-constitucional contemporâneo, bem como perquirir se este modelo ainda guarda tensões dos componentes originários. As autoras são Laura Maeda Nunes e Ana Cristyna Macedo Leite S. Bosco.

O texto 'DOCTRINA E CULTURA JURÍDICA NO OITOCENTOS: ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO INTELLECTUAL DO RÁBULA JOSÉ MARCELLINO PEREIRA DE VASCONCELLOS' centrou-se na análise da produção jurídica de José Marcellino Pereira de Vasconcellos, cujas obras somam 24 livros, edições com 1200 exemplares e exemplares com até 11 edições. Problematizou-se a acolhida das grandes editoras nacionais e do público leitor de obras de rábula localizado em província sem estabelecimento universitário. Com as informações coligidas sobre a produção jurídica de Pereira de Vasconcellos, buscou-se identificar o perfil das obras publicadas e o público interessado. A autora é Adriana Pereira Campos.

O artigo 'TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL' propôs-se a discutir o reconhecimento das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa como a primeira norma a viger no Brasil como Constituição. O texto português vigeu a partir de 9 de março de 1821 no Brasil. A autoria é de Wagner Silveira Feloniuk.

O texto 'TAVARES BASTOS E A EMANCIPAÇÃO DOS CATIVOS' teve por objeto a obra de Tavares Bastos, e a dedicação deste autor às liberdades econômicas e civis, e sobre a causa abolicionista, a forma de reparação dos dos proprietários e dos próprios cativos. O autor é Gabriel D. B. C. Rocha.

O artigo 'A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO NO CAMPO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. ANÁLISE DA AÇÃO LEGISLADORA DE CONCRETIZAÇÃO NO PERÍODO DEMOCRÁTICO DE 1946 A 1964'' teve por objetivo a problematização sobre as normas infraconstitucionais reguladoras dos direitos sociais do trabalho no campo durante a vigência democrática da Constituição de 1946. A abordagem temporal foi ordenada com o objetivo de verificação e análise do postulado de que houve a ocorrência de dois períodos de ação do legislador infraconstitucional brasileiro,

durante a vigência da Constituição de 1946. Os autores são Alexandre Walmott Borges e Luiz César Machado de Macedo.

O texto ‘A GÊNESE DO “SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO”, SUAS VICISSITUDES E A DESCONEXÃO DA IDEOLOGIA SISTEMÁTICA EUROPEIA’ teve por objetivo a investigação da gênese do conceito de “sistema tributário brasileiro”, com uma abordagem comparativa da situação jurídico-política brasileira para com a das demais nações, primordialmente as europeias. O autor é Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior.

O artigo ‘EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E SUA APROXIMAÇÃO COM A NOVELA EM CADEIA DE RONALD DWORKIN’ tinha por objetivo foi explorar como se deu a transição dessas Constituições, conferindo especial atenção para a acumulação gradativa dos preceitos constitucionais, com base na obra de Ronald Dworkin. A autoria é de Luiz Fernando Lourenço Guimarães.

O texto ‘DE ESTADO AUTORITÁRIO E PATERNALISTA AO IDEAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA COMO ÓBICE À IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO DIALÉTICO VIGENTE NO CPC/15’, teve o objetivo de explicar problemas específicos do ambiente jurídico brasileiro. Utilizando-se do contextualismo linguístico e da revisão bibliográfica proposta pela história da litigiosidade buscou-se destacar transformações pelas quais a cultura jurídica passou desde o século XIX; analisar a participação do Estado nessas mudanças e mostrar quais são os obstáculos e expectativas para alcançar o ideal Estado Democrático de Direito, após o CPC/15. A autoria é de Adriana Pereira Campos, Anna Luíza Sartorio Bacellar e Miryã Bregonci da Cunha Braz.

O artigo ‘FONTES ESQUECIDAS: UMA REFLEXÃO HISTÓRICA SOBRE O PERIODISMO JURÍDICO BRASILEIRO PELA (RE)DESCOBERTA DA REVISTA DE CRÍTICA JUDICIÁRIA (1924-1940)’, procurou, com pesquisa à Revista de crítica jurídica, a discussão sobre o periodismo jurídico como fonte relevante na construção da cultura jurídica brasileira, no período de 1924-1940. A autoria é de Stéphanie Fleck da Rosa .

O texto ‘AS DESIGUALDADES SOCIAIS NA HISTÓRIA E NA CONTEMPORANEIDADE E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA’ teve o objetivo de investigar as desigualdades sociais que ocorreram contra a humanidade na história, com o intuito de demonstrar que estas sempre ocorreram e geraram efeitos prejudiciais à dignidade da pessoa humana. A autoria é de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e de Suelen Maiara dos Santos Alécio.

Desejamos aos/às interessadas boa leitura.

Coordenadores do GT:

Rogério Luiz Nery da Silva é doutor em direito com pós doutorados pela Universidade de Paris Nanterre e pela New York Fordham School of Law, Mestre em Direito e Economia, Professor do PPGD Unoesc - Mestrado e Doutorado em Direito. Professor visitante na Università degli Studi di Foggia (Itália) e na Cardinal Stephan Wyzninsky University Varsóvia (Polônia) pelo programa Erasmus.

Alexandre Walmott Borges. É graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994), Especialista em História e Filosofia da ciência, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2019). Atualmente é professor dos programas de pós graduação, mestrado em direito, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP; é professor da pós-graduação em biocombustíveis, mestrado e doutorado, programa conjunto da Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e na Ordem Econômica Constitucional, com interesses de pesquisa principalmente nos seguintes temas: história e teoria constitucional (sistemas jurídicos constitucionais em comparação, laicidade e associação religiosa do estado, história constitucional brasileira, história dos sistemas de controle de constitucionalidade, história da ordem econômica constitucional); direito constitucional econômico (política normativa da economia, sistemas normativos da energia, estado, serviços públicos e atividades econômicas estatais). É pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Orienta projetos de iniciação científica, dissertações e teses pela FAPEMIG e CNPQ. Realiza projetos com financiamento da FAPEMIG e da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Autônoma de Barcelona sob a supervisão do Professor Doutor José Carlos Remotti Carbonell, com pesquisa na área de constitucionalismo multinível. Realizou estágio de pesquisador visitante na Universidade de Barcelona, Faculdade de Filosofia, com a associação à pesquisa Capitalismo e Temporalidade sob a coordenação do Professor Gonçal Mayos.

Ricardo Marcelo Fonseca. Professor Titular de História do Direito do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1990), licenciado e bacharel em História pela Universidade

Federal do Paraná (1990), especialista em Direito Contemporâneo (PUC-PR/IBEJ - 1993), mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Fez pós-doutorado na Università degli Studi di Firenze, Itália, entre 2003 e 2004, sob a supervisão de Paolo Grossi. É ou foi professor visitante na Università degli Studi di Firenze, Università degli Studi di Macerata, Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade de Lisboa. Áreas de atuação privilegiada são História do Direito, Teoria do Estado e Filosofia do Direito. Membro correspondente no Brasil do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHID), de Buenos Aires. Vice-presidente do Instituto Latino-Americano de História do Direito (ILAHID). Vice-presidente acadêmico do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Sócio correspondente do IHGB (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro). Foi membro do Comitê de Assessoramento (CS - antropologia, arqueologia, ciência política, relações internacionais e direito) do CNPq entre 2015 e 2018. Foi diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR entre 2008 e 2016. Reitor eleito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) para mandato 2016-2020. É pesquisador (bolsista produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 1-B.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho História do Direito apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de História do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**AS REFLEXÕES DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS
SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ**

**THE REFLECTIONS OF MODERN PARAMETERS OF POSITIVE LAW IN THE
18TH TO 20TH CENTURIES: AN ANALYSIS OF THE GERMAN LEGAL
TRADITION**

Cristian Kiefer Da Silva ¹

Resumo

O presente trabalho se propõe a trazer as reflexões dos parâmetros modernos do direito positivo nos séculos XVIII a XX, analisando-se, sobretudo, a tradição jurídica alemã. É importante registrar que o ataque proferido contra o positivismo jurídico, traz ao campo de batalha várias conjecturas na tentativa de promover uma breve explanação histórica dos precedentes históricos-filosóficos que fundamentaram a origem desta doutrina. É nesse cenário que o direito ganha contornos de uma beligerância ideológica, onde são destacados os fatores que contribuíram para o colapso civilizatório de uma grande potência na Europa.

Palavras-chave: Reflexões modernas, Direito positivo, Tradição jurídica alemã

Abstract/Resumen/Résumé

The present work proposes to bring the reflections of the modern parameters of the positive law in the eighteenth to the twentieth centuries, analyzing, above all, the German legal tradition. It is important to note that the attack on legal positivism brings to the battlefield several conjectures in an attempt to promote a brief historical explanation of the historical-philosophical precedents that founded the origin of this doctrine. It is in this scenario that the law takes on the shape of an ideological belligerence, in which the factors that contributed to the civilizing collapse of a great power in Europe.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modern reflections, Positive law, German legal tradition

¹ Pós-Doutor em Direito. Doutor em Direito. Mestre em Direito. Especialização em Direito Processual Civil Aplicado e Direito Público Aplicado. Graduação em Direito e Administração.

1 INTRODUÇÃO

A história paradigmática do direito na Alemanha, em sua crescente metáfora literária, produziu um evento sociológico, filosófico e jurídico de inegável significação para o mundo, sobretudo por traduzir um “colapso civilizatório” do ponto de vista global, de uma sociedade-Estado enferma que experimentou o regime nazista com a promessa de desenvolvimento de uma nação em todos os sentidos. Na verdade, observa-se que é através de um hábil entrelaçamento de provas empíricas e argumentos teórico-jurídicos, que as características do *habitus*¹, da idiosincrasia, da personalidade, da estrutura social e do comportamento alemão se combinaram para produzir a ascensão de Adolf Hitler ao poder na Alemanha.

Por essa razão, compreende-se a clara preocupação nessa pesquisa em pensar o processo de determinação positiva do direito, ou seja, a posição autoritária do *Führer*, própria do Estado baseado na força, que vê os direitos como concessões às quais foi obrigado o poder estatal. O direito que se propugna aqui não é algo que seja suscetível de cristalizar num predefinido esquema formal e conceitualizado de conhecimentos, normas e decisões. Ele deve ir além dessas convenções, procurando uma razão jurídica (uma definição dos conteúdos da justiça) que seja plural, hermenêutica e argumentativa, sempre na procura dos valores e princípios que legitimam e garantam, e que historicamente se consolida e discursivamente se reconstrói.

Embora se tenha com nítida clareza os caracteres identificadores do passado alemão, registre-se que alguns pontos importantes na tradição histórico-política-jurídica explicam o estigma vivenciado pelo povo alemão, tais como: a devastação causada pela Guerra dos Trinta Anos; a tardia unificação da Alemanha², comparada com a de países como a Grã-Bretanha e a França, que foram unificados muito mais cedo e desfrutaram, em consequência, de um padrão muito menos descontínuo de história e desenvolvimento social; e o fato de que, no caso alemão, a unificação ocorreu através de uma série de guerras sob a liderança dos setores militaristas que governavam a Prússia, um processo no qual grandes parcelas das classes médias abandonaram os valores humanistas que tinham até então predominado em seus círculos sociais, e passaram a adotar os valores militaristas e autoritários dos prussianos hegemônicos, dentre vários outros.

¹ Por *habitus* - uma palavra que usou muito antes de sua popularização por Pierre Bourdieu - significa basicamente “segunda natureza” ou “saber social incorporado”. O conceito não é, de forma alguma, essencialista; de fato, é usado em grande parte para superar os problemas da antiga noção de “caráter nacional” como algo fixo e estático. (ELIAS, 1997, p. 8).

² A unificação da Alemanha, política e administrativamente, em um Estado-nação, realizou-se, oficialmente, no dia 18 de janeiro de 1871. (ELIAS, 1997, p. 8).

Nesse contexto, o despertar epistemológico da história do direito com traços marcantes na Alemanha, referenda um momento singular em que o pensamento filosófico e jurídico, ou suas ideias-força pareciam tomar a consciência de si, historicizando e confrontando a própria história para a projeção de um futuro inigualável em termos sociais e políticos.

Como bem observado, muitas das considerações que se estabeleceram no decorrer do século XVIII ao XX, tiveram origem na tentativa de tornar compreensível a maneira como ocorreu a ascensão do partido nacional-socialismo e, por consequência, também a guerra, os campos de concentração e o desmembramento da Alemanha. O violento surto descivilizador, impulsionado por Adolf Hitler, teve um papel preponderante na formação do Estado alemão. Nesse sentido, também, é relevante destacar que a hipersensibilidade em relação a qualquer coisa que recorde a doutrina nacional-socialista resulta do problema de um “caráter nacional” ser em grande parte envolto num manto de silêncio. Em tal medida, torna-se claro que o *habitus* nacional de um povo não é biologicamente fixado de uma vez por todas; antes, está intimamente vinculado ao processo particular de formação do Estado a que foi submetido.

Durante o fim do século XVIII e início do século XIX, o historicismo foi marca registrada no pensamento alemão, principalmente no campo da filosofia jurídica. O direito era visto não como mero produto racional, mas um produto histórico e espontâneo peculiar a cada indivíduo. Em consequência disso, a escola histórica do direito era, portanto, eminentemente antirracionalista, opondo-se à filosofia iluminista através de uma dessacralização do direito natural, substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. De forma substancial, a escola histórica ao criticar radicalmente o jusnaturalismo, abre caminho para o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha.

A partir de então, admite-se comumente que o movimento pela codificação, de inspiração abertamente iluminista, marca o período de transição para o século XIX, propugnando a positivação do direito natural através de um código posto pelo Estado, representante de um direito universal. Objetava-se, assim, uma rejeição do direito consuetudinário, por ter como base o irracionalismo da tradição, contrário aos princípios da civilização. Não é exagero discernir que de todos os eventos ocorridos no século XX, o genocídio nazista foi aquele que infligiu o maior choque à imagem que a população europeia tinha de si mesma, tão fortemente impregnada pela ideia de “civilização”. Tal período foi marcado por extrema “brutalização” e “injustiça”, gravitando-se a ideia segundo Norbert Elias em “torno de um código de honra em que duelar, exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque no cenário nacional” (ELIAS, 1997, p. 8).

Sem dúvida, a questão do nazismo na Alemanha transcendeu, reduzindo-se a uma

forma de pensamento sistematizada e ingênua em seus elementos mais essenciais. É importante observar, que a doutrina alemã não idealizou o Estado de Direito como forma especial de Estado ou como forma de governo, mas como “o Estado da razão” ou “o Estado do entendimento”, aquele no qual se governasse segundo a vontade racional geral, com o objetivo pautado de se alcançar o melhor para todos os indivíduos.

Com isso, é notório perceber, que a história do pensamento jurídico alemão não é simplesmente um objeto que se possa discernir de longe, mas é sim o centro no qual o ser efetivo da história e o ser efetivo da consciência histórica aparecem e se perfazem. A partir de tais constatações, chega-se a inarredável conclusão que os doutrinadores alemães passaram a conceber o Estado de Direito como o Estado de Direito Racional, vale dizer, o Estado idealizador dos princípios da razão, preservando a vida em comum das pessoas, ideias básicas que, inicialmente, na primeira metade do século XIX, projetaram os seguintes pontos de desenvolvimento da teoria do Estado de Direito³.

2 AS MUDANÇAS NOS PADRÕES EUROPEUS DE COMPORTAMENTO: A LUTA PELO PODER E A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO GERMÂNICO NA ESTRUTURA SOCIAL E JURÍDICA

De qualquer modo, ao se questionar sobre as peculiaridades de longo alcance que contribuíram para a formação do sistema jurídico e político da Alemanha nazista no período em tela, observar-se que a história foi uma matriz disciplinar determinante, pois de acordo com Mary Fulbrook “cada história é um produto da época em que foi narrada” (FULLBROOK, 2012, p. 275). O entendimento sobre o significado do problema alemão é variável, assim como o que é importante e o que parece ser peculiar na história da Alemanha. Conforme salienta Hans-Georg Gadamer, evidenciando a respeito do problema da consciência histórica, o que interessa ao conhecimento histórico, e em especial ao direito alemão compreendido entre os

³ Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Valência, Trotta, 2000, p. 20-21. Este autor entende que o conceito de Estado de Direito, na Alemanha, despontou prefigurado na teoria do Estado do direito racional, sob certa influência de KANT, quando este considerou o Estado como união de homens debaixo de leis, consideradas estas leis os princípios da razão. No mesmo sentido, é o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1999a, p. 272). Sobre o Estado de direito kantiano como o Estado da Razão, regendo-se pela vontade racional geral, na persecução do bem comum, Mário Lúcio Quintão Soares elabora a seguinte explicação: “O Estado da Razão, assente na premissa de que a razão fundamenta a legislação positiva, deve respeitar a liberdade ética do homem tomado individualmente e reconhecer uma vinculação jurídica para seus próprios atos, visando a coincidir sua finalidade com os fins múltiplos dos indivíduos. Este Estado passa, então, a atuar de forma que cada indivíduo possa alcançar livremente os seus objetivos, numa situação de liberdade externa garantida”. (SOARES, 2000, p. 79-80).

séculos XVIII a XX, não é saber como os homens, os povos, os Estados se desenvolveram em geral, mas ao contrário, “como este homem, este povo, este Estado veio a ser o que é; e como todas essas coisas puderam acontecer e encontrar-se aí” (GADAMER, 2006, p. 21).

Em linhas gerais, a história, a sociedade, a cultura e a vida política na Alemanha são muito mais complexas do que se pode imaginar, haja vista os inúmeros aspectos do passado alemão que foram negligenciados, reprimidos, transformados ou simplesmente ignorados. Com toda certeza, não é possível examinar adequadamente as mudanças nos padrões de comportamento que são observáveis no século XX em sociedades europeias em geral, e na Alemanha em particular, sem um exame preparatório de certas mudanças estruturais na sociedade como um todo.

Conforme identifica Norbert Elias, “o produto nacional bruto da maioria dos países europeus aumentou com uma amplitude e a uma taxa de crescimento quase sem precedentes” (ELIAS, 1997, p. 35). Por sua vez, a solução de velhos problemas permitiu que novos problemas viessem à tona, onde o assombroso impulso nessa direção começou lentamente em meados do século XVIII e acelerou, com flutuações, no século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial. Em tal contexto, a parcela da população mais pobre se viu salvaguardada contra a fome e a subnutrição, e todos os homens e mulheres se libertaram do pesado trabalho manual. Embora isso representasse um avanço na história da humanidade, por outro lado, a existência de guerras (dentro das fronteiras dos Estados) representava um real retrocesso.

Isso mostra de uma forma sumamente expressiva, que as mais altas posições militares e diplomáticas ainda continuavam predominantemente nas mãos da aristocracia alemã. Não obstante, várias foram as mudanças estruturais na sociedade que contribuíram para a compreensão das transformações simultâneas no código de comportamento. Foram os líderes da experiência nazista que, na realidade, puseram fim também a esse remanescente da velha supremacia e assim desferiram um golpe final, sem que fosse talvez essa a sua intenção, na secular luta entre a aristocracia e a classe média, cujas origens remontam à Idade Média. As causas dessa intranquilidade são bastante evidenciadas por Norbert Elias, onde é possível concluir que:

Esse é, pois, o grande movimento emancipatório do século XX, em que a ascensão de uma classe, que outrora consistia num grupo marginal, redundou no desaparecimento, para todos os efeitos, do *stablishment*⁴ anterior. Tanto para a continuidade quanto para a transformação do código de comportamento, esse resultado foi muito significativo. (ELIAS, 1997, p. 36).

⁴ Norbert Elias define *stablishment* como sendo “complexo institucional”. (ELIAS, 1997, p. 56).

De todo modo, uma mudança nas relações de poder de tantos e tão diversos grupos acarreta inevitavelmente um sentimento geral de incerteza em muitas pessoas. Diante disso, levando tudo em conta, este período na história da humanidade é marcado “como um século de crescente *incerteza de status*” (ELIAS, 1997, p. 37). O grande problema de identidade social também se tornou muito mais explícito do que numa sociedade onde o ritmo de mudança não é tão acelerado. Logo, não há dúvidas de que o século XX é um século instável, inseguro, e não apenas por causa das duas grandes Guerras Mundiais.

Com isso, é possível verificar que o arcabouço de normas e controles, o código ou cânone de comportamentos em diversas sociedades, não consiste num todo unificado. Para Norbert Elias “em toda e qualquer sociedade existe um gradiente específico entre a relativa formalidade e a relativa informalidade, o qual pode ser apurado com grande precisão e ser mais ou menos elevado” (ELIAS, 1997, p. 41). Vale lembrar, porém, que a estrutura desse gradiente muda no decorrer do desenvolvimento de um Estado-sociedade, e por assim dizer, seu desenvolvimento converge numa direção específica, sendo um aspecto do processo civilizador de uma sociedade.

Acredita-se, que na história da Alemanha, o pesado ônus do passado resultou em uma surpreendente ausência de resistências a um regime que pisava em todas as tradições positivas. De toda forma, o extremismo do regime nazista era uma consequência da estrutura do Estado, com as suas divisões e rivalidades internas, o seu confuso processo de tomada de decisões e a imprevisibilidade da liderança carismática com suas intenções obsessivas de dominar o mundo. As reflexões esboçadas deixam claras que o líder totalitário na Alemanha nazista, como um representante do povo, era o arquétipo de tudo o que de obscuro e horripilante jamais existiu na face da Terra.

3 OS ASPECTOS DA ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL NA ALEMANHA: UM EMBATE ENTRE A CLASSE DOMINANTE E A CLASSE DOMINADA

A ideia de qualificar estratos de acordo com a ocupação e de acordo com a classe social (inferiores x superiores) são essenciais para o entendimento da formação do Estado alemão. Tal proposta é audaciosa, pois torna-se necessário saber como os membros de uma sociedade que estão dotados de desiguais oportunidades de poder e *status* se classificam a si mesmos e uns aos outros. A estratificação mostra como as pessoas numa sociedade são agrupadas quando vistas unicamente através de uma fonte de observação. De acordo com Norbert Elias:

A imagem que as pessoas que vivem juntas numa sociedade específica têm de sua própria posição e da de outras na pirâmide social deve conjugar-se com critérios de estratificação desde a perspectiva do pesquisador, a fim de se formar um modelo abrangente que tenha a chance de ser fecundo em novos trabalhos; pois a experiência da estratificação pelos participantes é um dos elementos constitutivos da estrutura da estratificação. (ELIAS, 1997, p. 52).

Quando se examina o modo como as próprias pessoas dessa sociedade classificam os diferentes estratos sociais, torna-se evidente que os altos funcionários da administração civil e as altas patentes militares tinham definitivamente um *status* social superior em relação aos demais cidadãos em geral. A imagem que as classes participantes formam da hierarquia de *status* constitui usualmente um sintoma bastante confiável da real distribuição de poder entre elas.

O fato é que a Alemanha foi um país em que, de acordo com o seu desenvolvimento tardio como nação-Estado, a grande riqueza da burguesia se manifestou relativamente tarde. O retrato sutil do poder naquela época mostrava demasiadamente a figura do nobre servidor do Estado, ou seja, um administrador regional, por exemplo, como muito superior e o industrial como o súdito menos poderoso. Essa exclusividade por pertencer à “boa sociedade” ou a “má sociedade”, tornava-se bastante visível nesse contexto. De acordo com a distribuição do poder, os representantes do Estado detinham as posições mais elevadas (eram dominantes), ao contrário dos comerciantes e demais cidadãos comuns (eram dominados). Os primórdios de tal formação social podem ser claramente observados na Alemanha nesse período.

Como em quase todas as nações europeias, na Alemanha, o desenvolvimento seguiu um outro rumo, contribuindo muito para a sua fragmentação política e seu repetido papel como arena de guerra na Europa. A obrigação de arriscar-se a vida em duelo para provar a dignidade de pertencer à elite social - “possuir honra” - teve um papel crucial até as primeiras décadas do século XX. O código de honra e o duelo converteram-se num meio de disciplina e, ao mesmo tempo, num símbolo de pertença visível pelas cicatrizes do duelo. Diante de tais comportamentos sociais que imprimiram um marco historicista na Alemanha, Norbert Elias, explica que:

Pode-se dizer que essas classes superiores, diferentes em muitos estados e cidades da Alemanha, formaram uma única e grande sociedade de homens que eram *satisfaktionsfähig* - capazes de dar e exigir satisfação num duelo. Em seu círculo social, aqueles que gozavam do privilégio de exigir satisfação pelas armas de qualquer outro membro por quem se sentiam insultados, eram obrigados, por seu turno, a aceitar o desafio para combate singular de confrades que sentissem sua honra impugnada. (ELIAS, 1997, p. 58).

Por outro lado, a tradição do combate como meio de resolver disputas remonta ao

tempo em que os governantes centrais do Estado estavam empenhados em pacificar a área sob seu mando, e em restringir o direito ao uso da força física nessa área a si próprios e a seus representantes. Só para ilustrar, a monopolização da violência persistiu durante séculos na Alemanha e em algumas outras sociedades, como sinal de pertencimento ao *stablishment*⁵. A proclamação do uso da violência pela força tem sua origem no passado histórico, ou seja, o duelo era um remanescente dos tempos em que, mesmo dentro da própria sociedade a que se pertencia, o uso de violência em desavenças era a regra, quando a pessoa mais fraca (dominada), ou menos habilidosa, ficava totalmente a mercê daquelas que eram mais fortes (dominantes). A esse respeito, ensina Norbert Elias que:

O desordeiro que usa seus dotes superiores para a luta, com ou sem armas, a fim de submeter outros à sua vontade, já não goza normalmente de qualquer respeito especial. Antes, as coisas eram diferentes. Em todas as sociedades guerreiras (incluindo, por exemplo, a antiga Atenas), provar seu valor em combate físico contra outras pessoas, vencê-las e, se necessário, matá-las, era parte integrante do estabelecimento da posição de um homem. A tradição militar atual busca limitar o treinamento no uso da violência física, tanto quanto possível, à violência contra pessoas que não pertencem ao próprio Estado-sociedade de um. [...] O mecanismo de coerção e as leis do Estado são úteis para manter a ordem entre as massas indisciplinadas - esse era o sentimento - mas nós, os guerreiros e governantes, somos as pessoas que sustentam a ordem no Estado. Somos os senhores do Estado. Vivemos de acordo com as nossas próprias regras, que impomos a nós próprios. As leis do Estado não se aplicam a nós. (ELIAS, 1997, p. 58-59).

Pois bem, na Alemanha, entre os anos de 1871 e 1918, as posições cruciais do poder do Estado eram ocupadas e controladas por membros da *satisfaktionsfähige Gesellschaft*⁶, isto é, pessoas ligadas à sociedade privilegiada e transgressora da lei, formada principalmente por aqueles que tinham o direito a exigir explicações. A fim de tornar mais fácil a impunidade frente às infrações das leis do Estado pelos participantes, e provavelmente, também, para fazer com que esses usos tolerados da violência escapassem à atenção das massas, esses eventos eram realizados em lugares de difícil acesso aos não participantes. De qualquer modo, o critério uniforme de filiação representado pelo direito de pedir ou dar razões - o reconhecimento de um código de honra - não foi, por certo, o único sinal, mas foi o mais notável da formação na sociedade alemã de uma classe alta relativamente estruturada pela incorporação de cidadãos comuns e que foi gradualmente padronizada na esteira da unificação política.

O certo é que, no âmbito da ciência jurídica, essa estratificação da sociedade alemã se tornou importante para entender a “injustiça extrema” em Gustav Radbruch, pois “o ideal

⁵ Norbert Elias define *stablishment* como sendo “complexo institucional”. (ELIAS, 1997, p. 56).

⁶ Como explica Norbert Elias, a *satisfaktionsfähige Gesellschaft* é “uma expressão de que é impossível dar uma tradução direta, mas que significa uma sociedade gravitando em torno de um código de honra em que duelar, e exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque”. (ELIAS, 1997, p. 8).

jurídico é ideal para o direito, e mais ainda para o direito de uma determinada época, de um determinado povo e para relações sociológicas e históricas muito específicas” (RADBRUCH, 2010, p. 14). Esta é, ao menos, a primeira impressão do programa da escola histórica, como se rejeitasse com o direito natural toda valoração jurídica, como se defendesse a autolimitação positivista da ciência, a investigação puramente empírica da realidade histórica do direito. De fato, não existe nenhuma fundamentação para que um direito positivo indubitavelmente reconhecido como injusto conserve a sua vigência. Mais adiante ficará claro que a validade do direito positivo somente pode fundamentar-se na incognoscibilidade do direito justo.

4 A SOCIEDADE ALEMÃ AGRUPADA EM TORNO DE UM CENTRO DE INTEGRAÇÃO DE MAIS ALTO NÍVEL: DO KAISER AO FÜHRER

A linha relativamente contínua e distintiva da formação do Estado alemão considerava importante o papel desempenhado pelos militares na sociedade, não sendo preciso dizer que os indivíduos que lhe pertenciam sentiam-se vinculados ao código comum de honra e comportavam-se de acordo com ele em suas relações mútuas. Os membros desse círculo conheciam-se usualmente uns aos outros, pelo menos por nome e reputação. O mesmo era válido para toda a nobreza alemã, ainda que não existissem relações pessoais entre eles, pois os nobres de toda a Alemanha podiam, não obstante, situarem-se precisamente em relação a uns e outros.

É interessante ressaltar, que toda política externa dependia largamente das decisões, simpatias e antipatias pessoais do líder. Decisões sobre a guerra e a paz dependiam, em última instância, dele. Suas oportunidades para influenciar a política interna eram também gigantescas. O líder, assim chamado de *Kaiser* (imperador) ou *Führer* (condutor, chefe, guia), também tinha o direito de nomear ou ratificar a nomeação de altos funcionários civis, podendo, ainda, contar com o apoio dos dois maiores pilares do Estado: a administração pública e as forças armadas. Além disso, tinha o direito de pedir e dar razões, e ao mesmo tempo, como comandante-chefe das forças armadas, tinha a sua disposição a maior parte do monopólio estatal da força. Subjaz latente, que a majestática posição do líder denotava uma considerável afirmação de poder absoluto de mais alto *status* social.

Sem dúvida, as peculiaridades do código de comportamento e sentimento gradual da aristocracia se converteram num código nacional alemão dominante. Este incluía o direito do líder a todas as posições de mando, tanto no exército e na administração pública, como na vida dos súditos. Como tal, os membros da coletividade deveriam seguir as regras emanadas, os

padrões de comportamento e as estratégias de vida consagradas no código, que era visto por todos como um pacto tácito de privilégios aristocráticos. Até o início do século XX, as classes altas de outros países europeus também consideraram, provavelmente, as regras de um código aristocrático como vinculatórias, mesmo que transgredissem as leis do país. De forma notável, isso mostra como é possível entender e explicar a vida social de um povo, haja vista as fontes oficiais formais (como as leis escritas) serem criadas por determinadas pessoas sem representatividade por toda a sociedade. Assinale, a propósito, o que adverte Norbert Elias:

Para compreender o código que dá forma ao padrão de comportamento e sentimento observável entre pessoas que foram socializadas de acordo com ele, as regras sociais predominantemente não escritas são indispensáveis e, no mínimo, tão informativas quanto as leis oficiais que constituem uma das manifestações formais do monopólio estatal da violência. Atualmente é prática comum usar o conceito de “universo da vida cotidiana” a fim de observar e investigar formas de comportamento e experiência mais ou menos particulares⁷. [...] O duelo pelas classes altas, tal como a briga pelas classes baixas, pode ser um ato atribuído ao “universo da vida cotidiana” da fenomenologia, etnometodologia e outros ramos filosóficos da fragmentada sociologia dos nossos dias. Mas o uso vacilante e inarticulado desse conceito paralisa completamente qualquer entendimento de estruturas na vida de seres humanos, sobretudo das estruturas de poder. Faz com que uma dada situação seja analisada isoladamente, como se ela existisse num vácuo social, e com que o analista se perca em intermináveis interpretações arbitrárias. Fica-se então vogando à deriva sem bússola num mar episódico. Como pode um cientista social nutrir a esperança de dar vida a tais experiências cotidianas, como o duelo pelas classes altas e a briga pelas classes baixas, sem tentar, ao mesmo tempo, encontrar modelos teóricos das estruturas sociais que abrangem ambas? (ELIAS, 1997, p. 71-72).

Ora, é impressionante ver como o código social das classes altas ativou usualmente a solidariedade de seus membros em face do poder do Estado. Essa era a ideia complementar da tradicional imagem do Estado alimentada pela massa do povo alemão. O código dos aristocratas tinha prioridade sobre as leis do Estado, além disso, o líder, a sociedade e a nobreza, seguidos pelos pilares civil e militar, formavam a verdadeira Alemanha. Seus representantes enxergavam o Estado não como algo que todos formavam juntos, mas como algo que lhes era externo, como as autoridades, a elite governante, os estabelecidos, enfim, os que estavam no comando.

Obviamente, nesse plano, o que realmente se propõe indicar é, sobretudo, a extensão e o rigor de rituais sociais-normativos que ditavam o comportamento das pessoas em suas relações mútuas, até mesmo ao ponto de renunciar à própria vida.

Afinal de contas, é de fácil identificação na história da Alemanha a relação entre estrutura social, poder e direito. As sociedades em que o uso da força física é tolerado ou,

⁷ Norbert Elias, *Zum Begriff des Alltags* (“Sobre o conceito de cotidiano”), em Kurt Hammerich e Michael Klein (orgs.), *Materialien zur Soziologie des Alltags* (“Materiais sobre a sociologia do cotidiano”), Colônia, Westdeutscher Verlag, 1978, p. 22-9. (Edição especial n. 20 de *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*). (ELIAS, 1997, p. 395).

virtualmente exigido nas relações entre as pessoas, encorajam modos de sentir e de comportar-se que habilitam a pessoa fisicamente mais forte a sentir prazer em intimidar com pretensão valentia ou em maltratar uma outra pessoa, assim que se apercebe de sua fraqueza. Nas sociedades em geral, surgem alguns tipos de pessoas que se distinguem não só pelo vigor físico ou habilidade, mas também pelo prazer que sentem em esmagar outras pessoas com armas ou com palavras, a exemplo do *Kaiser* (imperador) na idade média ou do *Führer* (condutor, chefe, guia) em pleno século XX, pautado sempre na necessidade e oportunidade de se colocar acima das leis. As causas da existência de um poder desmedido e cruel enxergavam no direito um forte aliado, capaz de justificar o surto de desumanidade que assolava o velho continente.

Nesse contexto, o código social produz um tipo de comportamento que os indivíduos devem obedecer às regras específicas e predeterminadas, induzindo a apresentarem-se sempre ostensivamente como membros da classe ordenadora. É o preço que se paga por compartilhar dos privilégios de *status* e poder da “boa sociedade”. Na presença de iguais ou superiores sociais, devem sempre representar-se e legitimar-se como tais membros. Em particular, o que parece ser um contraste entre uma prescrição moral geral e uma prática seletiva era, portanto, uma expressão de fato delimitada pelo código de conduta rígido imposto na sociedade.

Naturalmente, uma das singularidades desse código impositivo é não estar compreendida nele toda uma gama de aspectos da vida humana, mas de leis positivas que deveriam ser observadas por todo corpo social. A severidade das relações humanas que encontra expressão no uso de violência física, nas pessoas serem feridas e, se necessário, mortas por outras pessoas, propaga-se como uma infecção generalizada nesse período. Observa-se, contudo, que quem se revelasse um fraco era tido na conta de um ser insignificante. Basicamente, as pessoas eram educadas para ridicularizar e bater duro sempre que se percebesse que tinham pela frente uma criatura mais fraca, tornando-a imediata e inequivocamente consciente da superioridade dos seus adversários e de sua própria inferioridade.

Na história da Alemanha, tanto para o *Kaiser* (imperador) na idade média, como para o *Führer* (condutor, chefe, guia) no século XX, não proceder assim era um sinal de fraqueza, e a fraqueza era desprezível. A ideia positivista de definição do direito pela forma se tornou o centro dos ataques teóricos, momento em que o direito alemão, carente de identidade, estava à procura de um referencial teórico que servisse de alicerce às truculências. Tal repertório de barbáries legitimado por um regime totalitário - em especial o Nazista - havia dado cabo a todas as liberdades fundamentais até então alcançadas.

5 A PROFUNDA CONSOLIDAÇÃO DO QUADRO GERAL DE REGRAS DA *SATISFAKTIONSFÄHIGE GESELLSCHAFT* NA PERSONALIDADE DE SEUS MEMBROS: SUBMISSÃO ÀS REGRAS DO CÓDIGO

Entre os anos de 1871 a 1918 na Alemanha, a *satisfaktionsfähige Gesellschaft*⁸ introduziu de uma forma estrita, o *stablishment*⁹ hierarquicamente organizado, impondo a sociedade alemã uma redefinição entretecida de regras, onde englobou a totalidade da vida social. Nesse período, as pessoas foram submetidas a um mecanismo altamente formalizado de coação social, com severas privações. As normatizações da *satisfaktionsfähige Gesellschaft* na personalidade de cada um de seus membros, como um código que se converteu para eles numa segunda natureza, identificou cada indivíduo como pertencente a esse *stablishment*.

Todos os *habitus* - atitudes, modos de expressar-se, ideias fundamentais sobre os seres humanos - se distinguiam como tais. Reflita-se aqui, que nessa sociedade estratificada, na qual os grupos sociais deviam a continuação de sua supremacia à vitória na guerra, as formas militares de comportamento e sentimento desempenharam um relevante papel de destaque. Dita sociedade exigia a submissão incondicional às regras do código, e as transgressões deveriam ser punidas, inexoravelmente e sem piedade. Todavia, quem mostrasse fraqueza merecia ser expulso e expurgado da sociedade. Da mesma forma, quem fosse vulnerável merecia ter sal esfregado em suas feridas. Isso se desenvolveu na Alemanha e não era uma filosofia logicamente excogitada, mas antes de tudo, uma tradição não projetada de comportamento e sentimento extraída pelo cego destino da história.

O modelo de regra moral estabelecido foi considerado válido por seus proponentes para todos os tipos de pessoas em tempos e lugares, embora refletisse, de fato, a limitada moralidade de seu conteúdo. Os cidadãos que tinham ganhado acesso aos escalões superiores da administração do Estado e ao Judiciário, adotaram, de uma forma geral, os modos de comportamento da tradição aristocrática. Por certo, ainda havia seções da burguesia alemã que continuaram depois de 1871 a justificar-se em termos do conceito de cultura e em cujo código de comportamento e sentimento, os ideais humanitários e os problemas de moralidade ainda ocupavam uma posição central no enredo.

Vale a pena dissertar, que a discussão em torno da natureza de uma “história da

⁸ Como explica Norbert Elias, a *satisfaktionsfähige Gesellschaft* é “uma expressão de que é impossível dar uma tradução direta, mas que significa uma sociedade gravitando em torno de um código de honra em que duelar, e exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque”. (ELIAS, 1997, p. 8).

⁹ Norbert Elias define *stablishment* como sendo “complexo institucional”. (ELIAS, 1997, p. 56).

cultura” como distinta da história política, prosseguiu intermitentemente na Alemanha dos séculos XVIII ao XX. A grande parcela da burguesia, que tinha sido de fato integrada na *satisfaktionsfähige Gesellschaft* em plena idade média, adotou como próprio o código de honra da classe alta. Ora, se a burguesia alemã da segunda metade do século XVIII for comparada com a burguesia alemã da segunda metade do século XIX, evidencia-se uma notável mudança. A enorme mudança de posição da cultura (*Kultur*) na escala de valores dos mais prestigiosos círculos burgueses é suficiente para comprovar e ilustrar isso. As transformações e elevações do poder econômico dos círculos da burguesia urbana e sua consciência global começaram a crescer, uma vez mais, nesse período em particular. Como explica Gustav Radbruch:

A exigência de liberdade civil e a sua realização provinham do interesse e da força da burguesia em ascensão. Entretanto, a liberdade, à qual se referia, não era apenas para si mesma, senão a liberdade para todos - e exatamente pelo fato de que essa liberdade era exigida como seu *direito*. Segundo sua essência, o direito reclama por justiça que, por sua vez, exige universalidade da lei, igualdade perante a lei. Uma exigência colocada na forma do justo significa, portanto, conceder ao outro aquilo que se reivindica para si mesmo. Uma vez que a burguesia exigiu liberdade *na forma do justo*, ela pôde tornar-se liberdade para todos e, enquanto liberdade de coalizão, pôde ser eficaz para o proletariado combatente, tornando-se assim o meio de combate contra essa mesma burguesia, de cujos interesses no princípio se originara. (RADBRUCH, 2010, p. 33).

Tal como nos códigos de outros grupos caracterizados por sua mobilidade ascendente, os ideais de igualdade e de humanidade também eram centrais no código da burguesia alemã ascendente. Não é surpreendente citar, por certo, que diante das inúmeras dificuldades suplantadas, a Alemanha ergueu-se com relativa rapidez para tornar-se ela própria uma grande potência. O Estado germânico, que era ainda considerado um gigante fraco no equilíbrio de forças da Europa em meados do século XX, tornou-se, em poucas décadas, a principal potência da Europa continental.

6 O PARADOXO ALEMÃO EM TORNO DA “CULTURA” E DA “CIVILIZAÇÃO”: UMA DIGRESSÃO SOBRE O NACIONALISMO

A rigor, a tendência crescente para conceituar processos como se fossem objetos imutáveis, representa um padrão mais generalizado de desenvolvimento conceitual que se desenrolou em direção inversa ao da sociedade em seu todo, cujo desenvolvimento e a dinâmica registraram uma notável aceleração durante os séculos XVIII a XX¹⁰. Se na Alemanha se falava

¹⁰ É com um propósito deliberado que aqui se argumenta sobre “processos”, num campo de investigação que é convencionalmente considerado “história”. A noção tradicional do passado das sociedades como “história” está num baixo nível de síntese: está usualmente restrita a ligações a curto prazo. Na realidade, os efeitos de eventos

de cultura (*Kultur*) e civilização (*Zivilisation*), tinha-se em mente um quadro de referência geral que levava em conta o desenvolvimento da humanidade ou de determinadas sociedades de um estágio menos crítico (favorecido) para um estágio mais avançado.

Os intelectuais desse período histórico alemão, como porta vozes das camadas sociais, olhavam com esperança e confiança para um melhor futuro da nação. Não menos característico foi o uso feito dos conceitos (*Kultur* e *Zivilisation*) e outros afins como lemas para o que era então uma nova perspectiva na história, tal como concebiam as classes médias em ascensão. Certamente, foi decisivo para a posição e autoimagem das elites na Alemanha, que a tradição histórica escrita mais claramente oposta à “história política”, ficasse conhecida como “história cultural” (*Kulturgeschichte*). Para enfatizar o sentido da autenticidade histórica, Hans-Georg Gadamer afirma que:

O conhecimento histórico não pode ser descrito segundo o modelo de um conhecimento objetivista, já que ele mesmo é um processo que possui todas as características de um acontecimento histórico. A compreensão deve ser entendida como um ato da existência, e é portanto um “projeto lançado”. O objetivismo é uma ilusão. Mesmo como historiadores, quer dizer, como representantes de uma ciência moderna e metódica, somos membros de uma cadeia ininterrupta graças à qual o passado nos interpela. (GADAMER, 2006, p. 57).

Conforme observado por Hans-Georg Gadamer, a consciência histórica sabe-se colocar numa relação reflexiva com ela mesma e com a tradição, ou seja, ela compreende a si mesma através de sua própria história. Em síntese, a consciência histórica é um modo de conhecimento de si. Não faltaram tentativas para definir a linha de demarcação entre “história cultural” e “história política”, mas o impulso principal para a distinção não veio de qualquer investigação desarrazoada sobre a natureza da própria história ou da sociedade, era de caráter ideológico. De maneira fortuita, a distinção expressou a contínua oposição não-política das elites da classe média alemã em relação às classes politicamente privilegiadas e socialmente superiores.

No caso, não é necessário acompanhar em detalhes todas as nuances da longa discussão entre os representantes da “história cultural” e da “história política” na Alemanha. O que interessa demonstrar aqui é que tanto a “*Kultur*” como a “*Zivilisation*” são igualmente indispensáveis para a boa compreensão do Estado de direito alemão. Destaca-se ainda, nesse contexto, a ideia de que a história poderia estar apta a ocupar o lugar que a filosofia detinha em séculos passados. A posição de Eberhard Gothein é no sentido de que:

sociais são com frequência sentidos pela primeira vez somente séculos depois. Portanto, são necessários modelos de processos a longo prazo para explicá-los. (ELIAS, 1997, p. 387).

Se, na atual etapa do desenvolvimento intelectual, a história pretende ocupar esse lugar (o lugar da filosofia), só pode fazê-lo como história da cultura. Deve ser objetivo dos historiadores nesse caso deixar que surja ante seus olhos a cultura do homem¹¹ (*die menschliche Gesittung*¹²). Um tipo de história que está exclusivamente interessado nos assuntos dos Estados, uma história exclusivamente política, não pode fazer jus a essa tarefa. Pois embora a religião, a ciência e as artes tenha lugar dentro da estrutura de uma ordem social e seu progresso possa ser impedido ou incentivado por esta última, quem gostaria de afirmar que elas recebem do Estado seu principal impulso? A história política continua cumprindo uma tarefa necessária; ela conserva seu valor. Mas a história universal, a história da cultura, deve exigir que a história política se lhe adapte e subordine. A história cultural só pode considerar o próprio Estado como parte da cultura - talvez a sua parte mais importante (quem pode medir a importância com precisão, quando todas as partes são igualmente indispensáveis?) - mas certamente apenas uma parte relacionada com todas as outras partes que, por sua vez, se relacionam com ela. Longe de determinar o valor de outras áreas de cultura de acordo com o seu valor para o Estado, a história da cultura tende, antes, para determinar o valor de cada Estado de acordo com sua contribuição para o desenvolvimento geral da humanidade em campos culturais como a religião, as ciências e as artes, a economia ou o direito. Só se deve esperar, obviamente, que esse conceito de história desperte considerável oposição por parte, sobretudo, dos historiadores políticos. (GOTHEIN, 1889, p. 2).

Pode-se dizer, então, que em dado contexto histórico, o nacionalismo alemão estava dividido não só ao longo das fronteiras de classes, mas também ao longo de linhas derivadas da tradicional ordem do Estado, a qual deu aos homens de ascendência nobres privilégios legais e consuetudinários em virtude da linhagem. Como se pode ver, a prioridade de valores humanistas como opostos a valores nacionais ainda era sublinhada, se bem que de um modo mais hesitante, e nesse sentido explica Norbert Elias, “o Estado é apenas uma parte da cultura humana, talvez o seu aspecto mais importante” (ELIAS, 1997, p. 126). De forma gradual, os setores nacionalistas tornaram-se mais fortes, já os setores humanistas mais fracos; estes últimos, por conseguinte, tornaram-se mais nacionalistas; quer dizer, eles atribuíram um lugar superior a uma imagem ideal de Estado e nação em sua autoimagem e em sua escala de valores, embora tentassem ainda reconciliá-la com ideais humanistas e morais mais sofisticados.

Em geral, houve uma modificação de prioridade das ideias e valores humanistas e morais aplicáveis às pessoas em geral para os ideais nacionalistas que colocaram uma imagem ideal do país e da nação alemã acima dos ideais humanos e morais na escala de valores de cada indivíduo durante os séculos XVIII a XX. Com a elevada posição das classes dominantes e da elite intelectual, à semelhança com outros grupos dirigentes, delas foi formada uma imagem de sua tradição e herança nacionais. Uma questão que merece destaque em termos de emergência

¹¹ Texto extraído do livro de Eberhard Gothein: *Die Aufgaben der Kulturgeschichte* (“As tarefas da história cultural”). (GOTHEIN, 1889, p. 2).

¹² O termo em alemão “*die menschliche Gesittung*” traduzido para o português significa “a civilização humana”. (KEMPCKE, 2011).

e ascensão do nacionalismo na Alemanha é a suplantada por Norbert Elias:

Assim como os grupos aristocráticos tinham baseado na ancestralidade da família seu orgulho e suas pretensões a um valor especial, também, como seus sucessores, os mais importantes setores das classes médias industriais - gradualmente em conjunto com os das classes trabalhadoras industriais, sempre que estas também alcançaram uma posição de mando - basearam cada vez mais seu orgulho e suas pretensões a um valor especial ora na ancestralidade de sua nação ora em realizações, características e valores nacionais aparentemente imutáveis. Uma imagem ideal de si mesmas como nação transferiu-se para o lugar supremo em sua escala de valores públicos: ganhou precedência sobre os mais antigos ideais humanistas e moralistas, triunfando sobre eles em caso de conflito, e, impregnada de fortes sentimentos positivos, converteu-se na peça central de seu sistema de crenças sociais. (ELIAS, 1997, p. 129-130).

De tal modo, em relação à autoimagem nacional, essa asserção significou algo diferente, indicando a subordinação de valores morais ou humanistas aos nacionais. Logicamente, em relação a tal análise, como bem observou Norbert Elias, não foi empreendida uma investigação sistemática dos processos de mudança subliminar, mas a prática tradicional da política de poder que dominou as relações entre grupos governados de diferentes territórios tinha sido sempre lutar implacavelmente pela realização do que se acreditava ser o interesse próprio de cada um, sem barreiras de qualquer tipo. A esse respeito, registre-se que o círculo vicioso gerado foi amenizado graças, por vezes, pelo simples discernimento de que as pessoas deviam conservar a própria casa em ordem, e de que se elas quisessem viver sem medo umas das outras como grupos, não menos do que como indivíduos em grupos, “só poderiam obter êxito em tal empreitada, impondo regras comuns de conduta e as correspondentes restrições a si mesmas” (ELIAS, 1997, p. 131).

Nessa situação, quando a política de poder passou a ser adotada em nome de uma nação, certos aspectos centrais da figuração que os Estados formavam entre si permaneceram inalterados. Contudo, embora o impulso primário para a formação do nacionalismo como um sistema de crença proviesse da esfera interestadual, quer em decorrência do medo comum pela integridade e sobrevivência da própria sociedade a que se pertence, quer pelo desejo comum de um incremento de seu poder, *status* e prestígio em relação a outras sociedades, um credo nacionalista podia também servir como instrumento de dominação de um grupo sobre o outro. É nesse sentido que o nacionalismo se revela uma das mais poderosas, e talvez a mais poderosa das crenças sociais dos séculos XIX e XX, não obstante se tornar um específico fenômeno social característico das grandes sociedades-Estados em desenvolvimento. A posição básica assinalada é que “aquilo que se chama ‘nacionalismo’ é, simplesmente, o ‘patriotismo’ de outros, e o que uma pessoa designa por ‘patriotismo’ é a sua própria forma de ‘nacionalismo’” (ELIAS, 1997, p. 144).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa perspectiva civilizacional, o sentimento de que o império alemão foi, por longo tempo, um Estado fraco e ocupou uma posição relativamente baixa na hierarquia dos Estados europeus, ainda prevalece no desenvolvimento da Alemanha. Tal desenvolvimento mostra, com particular clareza, como os processos de organização da sociedade dentro dos Estados foram indissolúvelmente interligados. Entretanto, a etapa de integração nacional nos territórios alemães e a correspondente ascensão da Alemanha à categoria das grandes potências europeias ocorreu tarde. Tudo era necessário na luta competitiva entre os Estados.

Não bastassem as relevantes posições acima, uma vez que os anseios de unificação tinham sido realizados através de guerras vitoriosas sob a liderança militar da aristocracia, conclui-se a partir disso, que tanto a guerra como a violência, também eram considerados bons e esplendidos instrumentos políticos¹³. A contrariedade na definição de guerra e, respectivamente, de paz nesse contexto, nasce da consideração do fim comum de todo ordenamento jurídico no seu conjunto. A paz pretendida pelo direito é aquela no interior de um grupo social, mas a sociedade humana é composta, ou mais precisamente foi composta até agora, por muitos grupos humanos. Esses grupos, entrando em conflito entre si muitas vezes, demonstram pretensões uns em relação aos outros. Um dos modos de impor uma pretensão, cuja satisfação não pode ser obtida com negociações ou meios de pressão psicológica - é a violência organizada - aquilo que se denomina no teor da palavra como sendo guerra.

A impressão que se tem é que a violência suscita o horror, e em alguns casos pode ocorrer de forma mais ampliada, duradoura, mortífera, nos remetendo a guerra. Parece certo afirmar que a guerra e a violência não só sempre existiram, mas ainda persistem em grande medida como consequências da história da humanidade. Observa-se de forma espantosa, que muitas das conquistas civis, consideradas no decorrer da história para o progresso da

¹³ Não só pessoas individuais, mas também grupo de pessoas, como classes e nações, aprendem a partir de suas experiências. Como um correlato da continuidade entre gerações existe algo, portanto, como uma memória coletiva em grupos sociais. Uma das experiências coletivas fundamentais de vastos setores da burguesia do império guilhermino foi a lembrança de que a tão sonhada unificação da Alemanha não foi conseguida pacificamente, através da razão e de uma revolução burguesa contra a supremacia dos príncipes e da aristocracia mas, pelo contrário, através de uma vitória militar sobre a França, obtida sob a liderança da aristocracia. A reviravolta ocorreu em consideráveis parcelas da burguesia alemã por causa dessa experiência coletiva pode ser expressa, talvez correndo o risco de um certo grau de supersimplificação, da seguinte maneira. Foi como se muitos de seus membros dissessem: “Todas as nossas belas ideias nenhum préstimo tiveram para nós. O que nos tirou das profundezas abissais e nos levou para as alturas e, portanto, para a meta pela qual nos esforçamos tanto por alcançar, foi a força militar, a violência militar. Obviamente, isso é o que conta nas questões humanas. As belas, as grandes palavras de Schiller, Goethe e os outros, com seu apelo à espécie humana e à humanidade - tudo isso ajudou muito pouco. No final das contas, o que ajudou mesmo foi apenas a força armada, a vontade de potência e a firmeza de decisão”. (ELIAS, 1997, p. 403).

humanidade, foram geradas com violência. A título de exemplo, importante citar aqui alguns desses fatos marcantes: os conflitos na Roma antiga, os conflitos tribais na África, a Revolução Francesa, a Revolução Inglesa, a Revolução Russa, a Guerra da Independência dos Estados Unidos da América, a Guerra Civil Chinesa, a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, dentre várias outras.

Em todo caso, o problema não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, mas sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. Assim, se uma lei, ordinária ou não, contrariar direitos supraleais, deve ter afastada a sua incidência, considerando-se a como antissistemática, pois, se aplicada, o que nela é contingente seria, positivadamente, erguido à condição de necessário.

Na prática, a injustiça debilita o Estado e patrocina uma inconsistência das instituições jurídicas. Outro ponto crucial a ser analisado é que desde a época dos faraós até as ditaduras do presente, o controle sobre o monopólio estatal da força tem sido usado por pequenos grupos estabelecidos como decisiva fonte de poder para garantir seus próprios interesses. É constantemente verificado isso, na medida em que cada Estado representa um perigo constante para o domínio de outros Estados. Os seus representantes e membros devem estar sempre prevenidos e contar constantemente com a possibilidade de serem atacados por um Estado mais forte, de ficarem dependentes dele ou até colocados sob seu domínio.

De modo semelhante, “todo o Estado de grandes dimensões está em constante preparação para a violência com outros Estados, e quando tal violência é deflagrada, aqueles que a cometem são extremamente apreciados” (ELIAS, 1997, p. 164). Assim, todos os grandes Estados, ainda que menores em extensão, mantêm especialistas em violência, em condições de constante prontidão, para que possam entrar em ação no caso de uma ameaça de invasão violenta por um outro Estado, ou, de uma forma ou de outra, se o próprio Estado deles ameaça um qualquer¹⁴. Uma consequência disso é que, a esse respeito, uma curiosa divisão atravessa, de ponta a ponta, a nossa civilização (entendida agora como sendo uma humanidade como um todo).

Diante de tais pressupostos, no lugar dos sentimentos de inferioridade nacional identificados, cujas raízes eram muito profundas, surgiram desde então, sinais fortemente enfatizados de grandeza e poderio nacionais germânicos. Contudo, o caminho para o *status* de uma grande potência estava aberto para a Alemanha, onde a determinação de lutar pela

¹⁴ De acordo com Norbert Elias “[...] esses especialistas em violência também podem vir a apoiar um estrato social ou um partido político específico, em suas lutas com outros, em conflitos intra-estatais”. (ELIAS, 1997, p. 402).

supremacia decorreu em grande medida muito rapidamente devido a isso. Gradativamente, o pêndulo foi do extremo de humilhação para o extremo da exultação, e, assim, um número crescente de membros dos estratos dirigentes da Alemanha sentiu que seu país tinha de estar preparado para a luta pela hegemonia da Europa.

REFERÊNCIAS

ELIAS, Norbert. **Zum Begriff des Alltags**. HAMMERICH, Kurt; KLEIN, Michael (orgs.), Materialien zur Soziologie des Alltags, Colônia: Westdeutscher Verlag, 1978.

ELIAS, Norbert. **Os alemães: a luta pelo poder e a evolução dos *habitus* nos séculos XIX e XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

FULBROOK, Mary. **História concisa da Alemanha**. Tradução de Bárbara Duarte. São Paulo: EDIPRO, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Hermeneutik I**. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Gesammelte Werke. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990a.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode: Hermeneutik II**. Ergänzungen. Gesammelte Werke. Tübingen: J. C..B. Mohr, 1990b.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GOTHEIN, Eberhard. **Die Aufgaben der Kulturgeschichte**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1889.

KEMPCKE, Günter. **Wörterbuch Deutsch als Fremdsprache**. Deutschland: De Gruyter, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Gesamtausgabe**. Teil: Bd. 3. Rechtsphilosophie. 3. Bearb. Von HASSEMER, Winfried. Heidelberg: Müller Mehrteiliges Werk, 1990b.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.