

JUÍZES DE SANGUE: reflexões sobre direito, moral, direitos humanos em tempos descoloniais

JUDGES OF BLOOD: reflections on law, morals, human rights in decolonial times

Guilherme Roman Borges*

Resumo: O texto procura apresentar ao leitor a discussão tradicional na teoria do direito entre "direito e moral" e "direitos humanos", revisitando-o a partir de um caso singular que foi o dos "juízes de sangue", juízes nazistas que julgaram nos termos do direito hitleriano e tensionaram a legalidade. Reapresentada a discussão, inicia-se breve reflexão sobre os limites desta temática em tempos descoloniais e a necessidade de sua superação por "direitos e morais" diante da plurinormatividade, multiculturalidade e plurinacionalidade do país.

Palavras-chave: direito, moral, direitos humanos, direito nazista, descolonização.

Abstract

The text aims to introduce the reader to the traditional discussion in the theory of law between "law and moral" and "human rights", revisiting it from a singular case named the "blood judges", Nazi judges who judged under the terms Hitler's law and strained legality. Once the discussion is re-presented, a brief reflection begins on the limits of this theme in decolonial times and the need to overcome it by "rights and morals" in view of the country's plurinormativity, multiculturalism and plurinationality.

Keywords: right, moral, human rights, Nazi right, decolonization.

Recebido em: 28.02.2023. Aprovado em: 29.03.2023.

* Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG-DIR) da Universidade Católica de Brasília (UCB). Livre-Docente, Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Estágio pós-doutoral em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP e em Teoria do Direito e Direito Comparado na Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne. Estudos de Filosofia Clássica com bolsa anual da CAPES na Faculdade de Filosofia da Universidade de Patras/Grécia. Ex-Pesquisador visitante de Direito Grego e Direito Romano na Biblioteca Universitária de Bolonha Antonio Cicu e na Biblioteca Comunale dell'Archiginnasio/Itália. Ex-Bolsista no Max Planck de História do Direito de Frankfurt. Mestre em Sociologia do Direito e Bacharel em Direito na UFPR. Professor na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Juiz Federal Substituto. E-mail: guilherme.borges@p.ucb.br.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. A CATEGORIA DOS (*BLUTRICHTER*) "JUÍZES DE SANGUE" NAZISTAS — 2. DA SEPARAÇÃO À CONEXÃO TEÓRICA ENTRE "DIREITO" E "MORAL"— 3. OS "ELEMENTOS MORAIS PRÉ-CONVENCIONAIS" E OS DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA TEÓRICA TRADICIONAL – 4. DO “DIREITO VS MORAL” DA TEORIA EUROCÊNTRICA AOS “DIREITOS VS MORAIS” EM TEMPOS DESCOLONIAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre direito, moral, direitos humanos não é tema novo na teoria do direito, certamente, e talvez se possa dizer que seu despertar foi no entre-guerras e no pós-guerra do século passado. Lá o tema foi posto de modo emblemático, quando o “agir de acordo com a lei” pôs em xeque a segurança, certeza, previsibilidade de condutas etc, máximas do Estado de Direito em termos estruturais, e do positivismo jurídico em termos teóricos.

Não foram poucos os textos que gastaram suas linhas discutindo os limites de um agir de acordo com o “ordenamento jurídico” positivo, especialmente num momento em que as Constituições estavam por ganhar um lugar mais efetivo que a mera ideia de anseios políticos e vetores governamentais do Estado. Na aurora da normatividade constitucional, o tema de rigor era compreender como “direito e moral” se relacionavam quando seus limites eram ultrapassados. Diante das “extremas injustiças” radbruchianas, a legalidade estatal sucumbia em suas primeiras vozes para vertentes jusnaturalistas.

Ali, nas tensões dos regimes de exceção, a discussão foi posta, e neste aspecto surgiu uma questão peculiar, interessante e até mesmo pitoresca, aqui entre nós pouco estudada, que é a dos “juízes de sangue” (*Blutrichter*) nazistas – juízes togados, que a serviço do regime do III^o Reich, cumprindo o “direito hitleriano”, impuseram penas de mortes a centenas de “cidadãos” que descumpriam o estado de terror imposto pelo nazismo. Encerrada a guerra, o que fazer com estes juízes, que apenas estavam a “cumprir o direito posto pelo Estado alemão”?

O tema “direito e moral”, mas também “direitos humanos” vêm à tona de modo cristalino neste caso, razão pela qual, quando se quer conhecer o debate legalidade vs moralidade, o recurso ao caso dos “juízes de sangue” é pedagógico e ostensivo, e conhecê-lo parece oportuno. Eis porque o texto abaixo gasta grande parte de suas linhas no tema.

Contudo, “direito e moral” ainda deve ser posto apenas nos termos em que lá em solo europeu nasceu, mesmo aqui entre nós?

A resposta parece sugerir que o caminho precisa ser diversificado. Não são poucos os estudos descoloniais dos dias de hoje que mostram a insuficiência em se pensar a realidade brasileira, a episteme aqui produzida, e, hoje de modo incipiente, na teoria do direito, a própria teoria do direito brasileira. Sugere-se neste ensaio que o tema “direito vs moral” precisa ser expandido, tornado mais complexo, talvez no que se poderia denominar de “direitos vs morais”.

Num país multicultural, plurinacional, com uma sociodiversidade múltipla, parece bastante necessário desdobrar esta discussão. A questão não pode ser apenas saber se o agir de um cidadão ou de um agente público está ou não a serviço da lei posta pelo Estado, e, portanto, se cumpre este agir um plano de moralidade, mas, sim, estar ciente de que “estar a serviço da lei” é estar a serviço de uma lei uninormativa, de um “direito oficial” que negligencia, como o fez também historicamente, inúmeras formas de expressão cultural, subjetiva e existencial diversas, marginalizando pessoas, experiências psicológicas, manifestações religiosas, narrativas, organizações comunitárias etc.

É preciso repensar esta imensidão de existências possíveis que há na sociedade brasileira, mas que foram sempre subalternizadas em sua pluralidade em favor de uma única moralidade, de um único “direito oficial”, e portanto, de uma única forma de visibilidade jurídica possível. Portanto, a questão parece não ser apenas saber se os juízes de hoje estão ou não agindo de acordo com a lei e de acordo com a moral (para não desbordarem os limites das extremas injustiças como os “juízes de sangue”), mas sim se os juízes de hoje estão ou não abertos a pluralidade de direitos, de racionalidades jurídicas diversas, de experiências normativas possíveis (como indígenas, quilombolas, caiçaras, ribeirinhas, ciganas, faxinalenses, imigrantes etc.), e, portanto, de formas de manifestações morais plurais, que não apenas a oficial e tradicional, nitidamente eurocêntrica. Talvez postas estas questões, “juízes de direito”, para não serem vistos no futuro como “juízes de sangue”, precisam ter em conta esta discussão, e serem “juízes de direitos”, “juízes de morais plurais”.

1. A categoria dos (Blutrichter) "juízes de sangue" nazistas

Questões. Os juízes alemães que exerceram suas funções durante o III^o Reich e que condenaram inúmeros cidadãos a penas drásticas, como a pena de morte, nos termos da legislação criminal hitleriana, ficaram conhecidos na Alemanha Oriental do pós-guerra como "juízes de sangue" (*Blutrichter*). Considerados por muitos como "instrumentos da injustiça e do terror" não apenas porque exerceram papéis burocráticos no estado nazista, mas certamente porque tiveram considerável reconhecimento e importância institucional a partir de 1933.

A vinculação e auto-imbricação entre os magistrados e o nazismo era tamanha, que os Acordos de Potsdam, que encerram parcela da 2^a GM, fizeram questão de impedir que continuassem tais juízes a exercerem suas funções, devendo desde logo serem substituídos por outros com "melhores qualidades políticas e morais" (Seção III, 6), assim como atentos a princípios como "democracia, legalidade e legalidade dos direitos para todos os cidadãos sem distinção de raça, nacionalidade ou religião", os quais serviriam de base para reestruturação do Poder Judiciário Alemão (Seção III, 8).

Dados históricos de livros de sentença que não foram queimados pelos nazistas na suas partidas (como em Praga, de que se tem acesso apenas a 5% dos registros que sobraram), encontrados na Alemanha Oriental, na Polônia e na Tchecoslováquia, apresentam cerca de 1.155 juízes que condenaram à morte mais de 3.891 pessoas, dentre as quais 2.216 foram proferidas por apenas 326 juízes. Isto apenas ao que se tem acesso formal, embora se estime que mais de um milhão de condenações foram proferidas.

Das assinaturas apostas nestes livros, chegaram-se aos nomes dos "juízes de sangue" que estiveram nos tribunais de exceção nazistas. Muito deles foram encontrados, destituídos dos cargos e processados, com penas de trabalho forçado cumpridas. Outros contudo, e o que parece intrigante, continuaram a exercer a magistratura apesar da fiscalização do Conselho de Controle instaurado com Potsdam, nos tribunais de primeiro grau da Alemanha Ocidental, e, até mesmo nos tribunais superiores, questão esta que chocou a opinião pública internacional.

Direito penal hitleriano. A questão se torna complexa porque não se trata de simples desvio de poder ou excessos praticados pelos magistrados, porque se assim o fosse o próprio sistema nazista daria conta, ou se o fosse em tempos democráticos, respostas mais simples e já bastante institucionalizadas haveria. Então os atos praticados de condenações e penas cruéis impostas possuíam justificativa racional, nada arbitrárias do ponto de vista sistêmico, já que o direito penal hitleriano assim os permitia agir.

Se tradicionalmente as culturas ocidentais, sobretudo as de formação cristã, expressaram pelo rigor do direito penal a proteção à ofensa aos valores fundamentais de suas comunidades, não poderia o ser diferente o ordenamento nazista. Ele era, como afirmara o mais famoso juiz dos tribunais de exceção alemão Roland Freisler, o "espelho da alma do povo" (*der Spiegel der Seele des Volkes*).¹ Muito além de uma forma de ler a justiça pela repressão, seguramente era visto como uma "vontade de extermínio".

Esta "vontade de extermínio" já é historicamente confirmada: a pequena e média burguesia alemã, os empresários, os incomodados com a alta inflacionária, justamente foi quem colocou Hitler no poder com o fim de eliminar inimigos. O terror contra os adversários se afirma nas ruas pela SS, mas no poder judiciário pelos *Blutrichter*. Tudo estava baseado no Führer, eis o que se costumou chamar de *princípio do Führer*, pois o fundamento não estava na vontade do legislador ou dos burocratas do Reich, mas no chanceler do Reich.

Os valores supremos do nazismo da missão da "raça" alemã na história mundial de prevalecer sobre as "inferiores" como judeus, escravos, ciganos e negros bem como da construção de um espaço vital (*Lebensraum*) transformaram os tribunais de exceção mais que julgadores de atos contrários ao regime imposto e sim como julgadores de "essências", já que o terror era imposto pelo simples pertencimento à social-democracia ou ao partido comunista. Mostrava-se claramente a passagem daquilo que se configurou no séc. XIX como a terrível "eugenia positiva" (que visava a construir de maneira torta seres humanos supostamente "melhores") à não menos trágica "eugenia negativa" (com a eliminação dos espúrios sociais e biológicos).

Os *Blutrichter*, então na obsessão do "inimigo interior", passam a ser autorizados pelo sistema para aplicar leis atrozes e injustas, que se não a pena de morte, a de trabalho

1 FREISLER, Roland. *Nationalsozialistisches Strafrecht*. In.: *Denkschrift des Preussischen Justiz Ministers*, v. 9, Berlin, 1933, p. 6.

forçado, inicialmente cumprida numa *Zuchthaus*, depois em campos de concentração K2, ditos também de "campos de morte lenta" quando assumidos pela Gestapo. Um sistema que passou à reinterpretação de conceitos que já estavam no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) (arts. 80 e segs) em torno do que seria "traição" (*Landesverrat*) e "alta traição" (*Hochverrat*). De igual modo, a pena de morte, que já existia para a *alta traição*, então passava a ser autorizada para a maioria dos delitos políticos.

Além da reinterpretação do SGB, leis mais odiosas surgiram, como a lei de Nuremberg de 15.set.1935 para "proteção do sangue e da honra alemã"², que tornava crime relações sexuais entre alemães e judeus, chegando muitas vezes ter levado os envolvidos à pena de morte, por aplicação analógica da "lei contra os inimigos do povo" de 05.set.1939, mesmo por atos até menores, como vizinhos que denunciavam situações de "flerte" entre alemães e judias (*caso Katzenberger-Seiler*, Tribunal de Nuremberg-Furth, mar/1942).

Numa escalada, aprova-se um "direito penal especial em tempo de guerra" (*Kriegssondernstrafrechtsverordnung*) de 17.ago.1938, seguida à criminalização do uso do rádio (Lei de 05.set.1939) e dos considerados "inimigos do povo" (*Volksschädlinge*).³ Inimigos por serem inimigos e não por seus atos, ou seja, em razão da raça, crenças e visões políticas de mundo. Novos decretos específicos surgiram, como o de 25.nov.1939, o de 04.dez.1941, para organizar o ataque à Polônia, e passam a falar expressamente em criminalizar condutas de poloneses, judeus, franco-maçons, jesuítas etc. por "razão de estado". Este último abriu espaço para que juízes pudessem aplicar pena de morte que o caso não o previsse abstratamente, se entendessem que manifestavam "intenções graves e prejudiciais". Um direito penal nitidamente para eliminar o inimigo, mesmo que o ato pudesse não ter grandes consequências. Falava-se em respeitar a "sã expressão do sentimento do povo" (*der gesunde Ausdruck des Volksgefühls*).

Ato derradeiro foi quando se aprovou o decreto *Nacht und Nebel* (Noite e Nevoeiro), editado pelo Marechal von Keitel por ordem do Führer, o mais grave de todos, que determinou o sigilo dos processos⁴, impedindo qualquer controle de sua publicidade. A

² *Reichsgesetzblatt*, I, p. 1146.

³ POLIAKOV, L.; WULF, J. *Das dritte Reich und seine Diener*. Berlin, 1956, p. 255 e segs.; BOULIER, Jean. *Les juges nazis dans l'appareil d'État de la République fédérale allemande*. Bruxelles: Éditions de l'Association Internationale des Juristes Démocrates, 1962.

⁴ POLIAKOV, L.; WULF, J. *Das dritte Reich und seine Diener*. Berlin, 1956, p. 495.

partir de então, os resistentes poderiam livremente ser executados ou enviados aos campos de concentração para a "morte lenta". Assim, em breves linhas, construía-se o regime formalmente mais bárbaro de que se teve consciência no Ocidente. Não por outra razão, o *direito penal hitleriano* foi expressamente abolido nas linhas do acordo de Potsdam.

Os tribunais nazistas. Como a legislação era radicalmente diversa, e como ele desconfiava da capacidade dos juízes weimarianos seguirem suas ordens, Hitler fez questão de criar novos tribunais, fortalecendo a competência dos juízes de primeiro grau por novos Tribunais do Povo (*Volksgerichte*) e seus Órgãos Especiais (*Sondergerichte*), bem assim os Tribunais Regionais (*Oberlandesgerichte*), e, naturalmente, esvaziando o poder da Suprema Corte (*Reichsgerichte*)⁵.

Os Tribunais do Povo e seus Órgãos Especiais passam a deter a principal competência para os crimes em geral e para os delitos políticos, sendo tribunais reconhecidamente tidos como de exceção, inclusive pela Suprema Corte (Aktenzeichen 5 T 537/38), para julgar casos na Alemanha e nos territórios ocupados pela *Wehrmacht*, com único intuito de eliminação dos inimigos. Foram na grande maioria das vezes situados justamente nas cidades de maior resistência ao nazismo. Os juízes foram escolhidos entre nazistas, obrigatoriamente de visão nacional-socialistas, sobretudo os mais fiéis e fanáticos, não por outra razão, ser juiz neste momento já gozava de *status* privilegiado.⁶ Os que integraram o *Voksgerichte*, foram nomeados diretamente por Hitler (e os funcionários pelo Ministro da Justiça).

Por força do decreto de 28.fev.33, estes tribunais se tornam responsáveis pela proteção da nação e do Estado, do "sentimento do povo" (*Volksgefühl*), julgando crimes comuns e políticos que envolvessem a alta traição e a subversão (de origens já medievais da época dos *Raubritten* e *Landfriedensbuch*), logo, à condenação de atos que atentassem contra a paz da região. Também por meio deste decreto os juízes poderiam levar em conta as garantias que estavam suspensas: liberdade pessoal, de opinião, de associação e reunião, bem como o segredo de correspondências.

Os procuradores também desempenharam funções relevantes e todos estavam vinculados ao nazismo, pois cabia a eles a escolha de denunciar perante os tribunais

5 Tecnicamente Tribunal do Império, criado em 1879 (embora de origens medievais) e mantido por toda a República de Weimar até o fim da Segunda-Guerra em 1945.

6 BOULIER, Jean. *Les juges nazis* ..., p. 83.

ordinários ou perante os tribunais de exceção. Por isso a partir dos anos quarenta (decreto de 21.fev.1940), os tribunais de exceção passaram a julgar alta traição, escuta de rádio estrangeiro, controle econômico, leis contra pragas e crimes à mão armada. Com isso também se modificava o processo penal, cujos parágrafos 21 e segs. previram: a extinção da instrução penal preliminar; a denúncia que obrigava a partir de então o processamento, não havendo juízo de não recebimento ou desistência; obrigatoriedade da rápida intervenção judicial, sendo punido o atraso processual; e de que da sentença não teria mais recurso. Quando a guerra se inicia, novo decreto (16.set.39) cria recurso exclusivo por parte do Procurador Geral do Führer, o qual passa ter o direito (discricionário) de avocar o processo para a Câmara Criminal Especial na Suprema Corte (*Besondere Strafsenat des Reichsgericht*), e questionar a sentença proferida se houvesse "razões graves", com vistas a determinar que novo processamento fosse realizado e novo julgamento proferido, tudo desde o início (*von neuem*). É a partir deste instante que a Corte Suprema começa novamente a aparecer na estrutura nazista, a fim de gerir toda a máquina judiciária repressiva.

Durante a república weimariana, os Conselhos de Guerra tinham sido abolidos enquanto tempo de paz, logo, todos os crimes cometidos por militares iriam para os tribunais de direito comum, contudo, a partir do decreto de 26.jun.36, são recriados pelo Conselho de Guerra do Reich (*Reichskriegsgericht*). Ainda mais repressivos, criam uma "justiça sumária" (*Vereinfachten Verfahren*), de modo que a acusação só é conhecida já no curso audiência de instrução. Ainda, não havia tradução, de modo que os estrangeiros passam a ter julgamento integralmente em alemão, impedindo total direito de defesa, assim como os próprios juízes poderiam fixar as regras procedimentais, numa espécie de corte marcial.

O avanço da guerra faz reforçar ainda mais o direito hitleriano (decreto de 06.jun.40), que endurece suas penas, a ponto de impor pena de morte a quem desobedecesse a uma ordem imposta por um membro das forças militares alemãs, ou cometesse algum crime contra a administração alemã ou os seus serviços. Ao final, ainda prescreve a pena de morte a qualquer um cometesse qualquer violência contra algum cidadão alemão. E o pior, foram também incriminadas e condenadas a pena de morte inúmeras pessoas que eram cientes de

alguém que havia cometido algo contra algum alemão e que havia silenciado, mas que preferira não denunciar.

A responsabilização à época dos Blutrichter. A questão que foi superada desde logo, tão logo encerrada a guerra, diz com o fato destes "juízes de sangue" não estarem fazendo propriamente "justiça", conforme os ditames sociais e culturais em comum acordo de uma sociedade, mas sim, simples atos de "vingança". Nos tribunais em que estes juízes foram processados pelos seus atos, argumentou-se que eles perderam a "dignidade de magistrados", reduziram a sua "integridade moral", o que passava a impedir de exercer qualquer ofício similar ou ter assento em um juízo. Não foram poucas as sentenças condenatórias que expressamente, rememorando Juvenal, afirmaram que um juiz deveria colocar a sua honra à frente de sua própria vida e jamais para salvar a vida, abrir mão das razões de viver (*propter vitam vitae perdere causas*).

Foram afastados argumentos de defesa como o fato de eles serem "simples engrenagens" numa estrutura de leis inumanas, e não teriam sido eles que modificaram ou criaram as leis existentes. A imoralidade estava nas leis e não em sua aplicação. Apesar de argumentos perigosos, em muitos tribunais de apelação pela Alemanha pós-guerra, como de Hamburgo, em 1947, aceitou-se a tese de que a validade de uma ordem de autoridade superior, como a lei, não dependia de sua conformidade a leis morais ou a uma filosofia geral do direito, logo, não perderia sua obrigatoriedade.⁷ Tratava-se da rememoração das perspectivas cesarianas do direito, em que mesmo tirânicas, as leis são leis. O problema passava então a ser: pode a vontade geral ser contrária às leis da natureza ou mesmo da humanidade?

Prevaleceu o entendimento de que não era possível separar o direito da consciência individual ou coletiva que o aprovara ou impusera, por isso, não poderia o direito ser visto como simples "manifestação da vontade do povo", mas sim uma ordem concebida e promulgada pela razão. A ideia essencial de justiça e de humanidade, de igualdade, os direitos comuns de todos os povos civilizados (como disseram à época), as noções de valor e dignidade da pessoa humana, se desrespeitados não podem criar nenhuma expressão de "direito", ao contrário, sua fonte inevitavelmente seria criminosa. A sua passividade diante

⁷ *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1958, p. 35.

de leis bárbaras os tornava cúmplices dos crimes de guerra e contra a humanidade. A parcialidade e a falta de autonomia necessárias à justiça foram suprimidas por servidores do "terror nazista". A condenação a penas cruéis e à tortura por atos banais, em sentenças muitas vezes dadas oralmente, numa tentativa de "germanizar o país" como se disse à época, equipara-se a uma atividade criminosa, já que o propósito não era fazer justiça e sim eliminar cidadãos.⁸

Outro argumento bastante levantado, que diz com a consciência de que estes juízes tinham sobre o que faziam, é que muitos acabaram se suicidando após a queda do regime. Muitos, não concordando com a aplicação do direito e a eliminação dos adversários políticos do III^o Reich, pediram demissão, o que se apresentava, então, como uma possibilidade. Durante os julgamentos em Bonn a partir do final dos anos quarenta destes juízes, suas defesas tentaram se contrapor a estes argumentos, afirmando que, de fato, eram gestos admiráveis dos que se demitiram ou se suicidaram, contudo, não se poderia reprovar os outros por não ter imitado. Todavia, restaram sufragados sob a seguinte conclusão: se os ordenamentos jurídicos exigem que seus cidadãos se oponham ao crime, quando o podem praticar, então os "juízes de sangue" poderiam ter sucumbido ao dever de não executar nem leis e nem ordens criminosas.

O Tribunal de Nuremberg, em relação aos combatentes alemães, entendeu que na posição em que estavam hierarquicamente obedientes ao Führer, não teria como se sobrelevar a prática do crime, mas tão somente se mensurar a pena diante do grau de determinação e independência de suas condutas. Quanto aos juízes, por muito menos razão entenderam os julgadores de Bonn, porque a sua responsabilidade não era apenas moral, e sim jurídica à medida que se tornaram cúmplices dos crimes de guerra, contra humanidade seja como instigação ou participação.

Afastou-se também o argumento de "consciência perdida" (*Bewusstsein verloren*),⁹ isto é, como foi entendido, de que por alguma razão de poder ou emoção, estariam eclipsadas as consciências destes magistrados e por essa razão haveria de se ponderar que eram tanto quanto qualquer cidadão afetado pelo que estava acontecendo. Se a função do

8 SCHORN, M. *Der Richter in dritten Reich*. Frankfurt: Klostermann, 1959.

9 *Jugement des juristes par le tribunal américain de Nuremberg*, Partie Générale, Hambourg, 1948, p. 42 e 43.

magistrado, por excelência, é restabelecer os fatos, as "verdades" envolvidas e ponderá-las justamente diante de sua consciência, então tudo o que fizeram foi realmente consciente.

Implicações dos Blutrichter na Alemanha Ocidental e Oriental. Diante destes argumentos, as medidas adotadas nas duas Alemanhas não se assemelharam na integralidade. Na Alemanha Oriental, em razão da Lei n. 4 do Conselho de Controle Aliado de 30 de outubro de 1945, todos os juízes nazistas, por lei, tiveram seus atos de posse revogados. Os tribunais regionais, então, começaram a receber as denúncias contra os *Blutrichter* e os julgar. A grande maioria foi condenada a trabalhos forçados entre 6 e 10 anos, sem indenização às vítimas. A partir de 1959, os juízes passaram a ser eleitos, e, embora nada impedisse que os *Blutrichter* pudessem ser eleitos, dificilmente conseguiriam, já que deveriam prestar contas à população.

Na Alemanha Ocidental, muito industriais, que se enriqueceram se valendo da mão de obra dos campos de concentração, assim como banqueiros, monopolistas, apesar do fim do nazismo, e da destruição de inúmeras fábricas, saíram ilesos e ainda mais ricos, podendo naturalmente infiltrar dirigentes no Estado. Por essa razão, muitos destes *Blutrichter* foram nomeados para os cargos de Bonn, mesmo com seu passado nazista. Apesar do silêncio inicial, o governo teve de ceder à pressão popular e à reprovação mundial, formando uma comissão supostamente para procurar ex-nazistas entre magistrados. Inúmeros dossiers foram enviados ao Procurador Geral, contendo nomes de mais de mil juízes nazistas ainda na ativa, mas sempre rejeitados sob o argumento de ser mera propaganda contrária à situação. O máximo que se fez foi, nos anos sessenta, o ministério de justiça pedir para que estes juízes se explicarem sobre as condenações que haviam proferido. Muitos desses juízes que pela Alemanha Ocidental não conseguiram ser protegidos pela política, acabaram se livrando do julgamento em razão da prescrição, já que se entendeu que eles não seriam co-autores de crimes contra a humanidade e sim de homicídio.

Grande esforço foi feito pela Associação Internacional dos Juristas Democratas a partir de 1960 a fim de identificar e denunciar os *Blutrichter* que ainda estavam no poder, apesar das reticências da jurisprudência alemã em manter a prescrição dos crimes e refutar a tese de crime contra humanidade ou genocídio. Em suma, enquanto na Alemanha Oriental

muitos "juízes de sangue" processados e condenados, na Alemanha Ocidental não, quando muito houve pedidos de aposentadoria ou aposentadoria compulsória.

Os dilemas que se colocam a partir do caso dos Blutrichter. O fato desses juízes nazistas terem ou não sido julgados, como visto, acabou sendo uma questão muito mais política do que propriamente jurídica, sobretudo na Alemanha Ocidental. No entanto, ele recoloca um clássico problema essencial da teoria do direito já presente desde a virada do séc. XVIII para o séc. XIX de modo específico: até aonde vai o direito e até aonde vai a moral ou se há uma eventual superposição entre eles. No entanto, é atualizado no séc. XX pelos limites ou contornos impostos pelo aparecimento da categoria dos "direitos humanos". Portanto, o velho debate entre as correntes jusnaturalistas vs juspositivistas, direito e moral, são reconfigurados no século passado, sobretudo no pós-guerra com a instituição dos direitos e das garantias em torno dos "direitos humanos".

Não há dúvida de que os *Blutrichter* estiveram, tal como bem retratado de modo hipotético por Lon Fuller no renomado excerto de 1964 em *The Morality of Law*, a serviço de uma lei positiva existente e de ordens de cumprimento do direito oficial¹⁰. E é justamente por estarem a serviço de um ordenamento jurídico é que a questão se tornou historicamente problemática: como cumprir o direito, descumprindo noções elementares de justiça? como cumprir regras cujos fins levam à destruição do próprio sentido de humanidade? é possível realizar um direito imoral? direito e moral se identificam a ponto de excluïrem como atos normais todos aqueles que exorbitarem às suas esferas?

Lon Fuller levantou questões fundamentais para o debate, seja neste texto, seja no original de 1949 *The Case of the Speluncian Explores*.¹¹ Retomando, apenas a título de conhecimento:

(i) O caso dos exploradores de caverna traz um caso hipotético (embora tenha se valido de dois casos reais do séc. XIX, um de navio que afundou, e os que se salvaram em bote, decidem matar um deles, por causa do peso que estava afundando, e, outro, semelhante, em que decidem matar um deles para poder comer a carne e se manter vivos) de cinco exploradores de caverna que, num dado momento, ficaram presos por força de um

10 FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

11 FULLER, Lon L. *The case of the speluncean explorers*. In.: Harvard Law Review, v. 62, n. 4, p. 1-27, feb. 1949.

soterramento. Passados alguns dias e após contato com médico de fora para saber em quanto tempo haveria resgate e por quanto tempo sobreviveriam com os mantimentos que tinham, dão-se conta de que não haveria possibilidade de sobrevivência, exceto se comessem carne humana. Então Roger Whetmore, um dos cinco, diz ser necessário escolher um para ser morto. Após discussões, entendem os quatros restantes como justo que Whetmore fosse o sacrificado, como o foi. Ao saírem da caverna os quatro vivos são julgados por uma comissão de juízes, e, cada qual, reflete se deveriam ou não ser punidos por homicídio. O juiz Foster propõe a absolvição, sob o argumento de que a legislação não se aplicaria a eles por eles não estarem em situação de liberdade (valendo a lei natural de sobrevivência); o juiz Tatting, titubeando, propõe que a legislação seja aplicada, pois o argumento de Foster de leis naturais é frágil, pois não se sabe se essa lei existe e desde quando e para quem; o juiz Keen, embora seja simpatizante da ideia deles sob perspectiva moral, diz que lhe cumpre aplicar a lei, logo, haveriam de ser condenados por homicídio; o juiz Handy, embora reflita sobre a validade do acordo celebrados pelos réus, diz que a opinião pública deve ser levada em consideração, e esta é majoritariamente favorável à absolvição dos acusados; então, a corte, divida, decide manter a condenação de todos. A discussão, portanto, leva em conta, no fundo, os grandes temas do direito, e, mais precisamente, a questão direito natural vs direito positivo;

(ii) O caso dos denunciantes invejosos, igualmente hipotético, traz a situação de um país de vivia sob regime pacífico, constitucional e democrático, todavia, passado um período de crises institucionais, é tomado em golpe político pelos camisas-púrpuras, que infligem terror sobre a população, desrespeitando todas as garantias jurídicas construídas ao longo do tempo: perseguições, condenações e punições arbitrárias. Nesta situação, algumas pessoas, apenas para poderem garantir certos direitos e proteção, passaram a denunciar seus inimigos ao regime, ainda que não fossem partidários muitas vezes da punição (pena capital) que sofreriam. Encerrado o regime, restabelecido o Estado Constitucional, estes informantes (*grudge informers*) passaram a ser ofendidos publicamente, obrigando o Ministro da Justiça a tomar uma medida de estabilização. Para tanto, convoca alguns deputados para emitir opinião e lhe auxiliar na decisão: o primeiro deputado defende em geral a não punição, sob o fundamento de que as denúncias foram feitas nos termos da

legislação vigente e pensar o contrário levaria a mesma atuação, mas em sentido oposto, que tiveram os camisas púrpuras; o segundo deputado propõe também a não punição, mas pelo esquecimento que haveria de se ter, sobretudo porque não se pode julgar alguém em tempos de paz que viveu em regime de terror (guerra de todos contra todos); o terceiro deputado prefere não opinar, mas discorda deste regime total de exceção, pois salvo as barbáries, atos jurídicos cotidianos continuavam a ser praticados, mostrando que havia, sim, uma ordem jurídica estabelecida; o quarto deputado propõe a criação de uma legislação especial de transição, apenas para julgar tais denunciante, para não se aplicar nem a legislação antecedente e nem a atual, e, sobretudo, enfrentar o próprio conceito de inveja; por fim, o quinto deputado, embora entendendo que era necessário uma atuação mais forte por parte dos camisas-púrpura para se manterem no poder, o melhor a se fazer neste momento era não se envolver, deixando com que a opinião pública se manifestasse e acabasse fazendo a sua própria justiça.

Outro autor que traz debate semelhante, é Robert Alexy, quando discute o caso dos atiradores do muro (*Mauerschützen Prozess*)¹². W e H, policiais que estavam de serviço na madrugada de 01.02.84, viram a luz da cerca interna do muro de Berlim acender, porque Michael-Hort Schmidt (20 anos), estava tentando ultrapassar a fronteira. Então, saíram em busca de Michael, e, pelas costas, deram-lhe tiros. Este, conseguiu ainda pular para a parte Ocidental, contudo, em razão da falta de socorro, morreu na manhã seguinte. Ambos, então, foram processados, tão logo ocorrido a queda do muro e a reunificação da Alemanha. Em 05.02.92, o Tribunal Territorial de Berlim (*Landgericht*) condena ambos por homicídios, uma a 1 ano e 6 meses e o outro a 1 ano e 9 meses. Os argumentos foram: ofensa ao Estado de Direito; ofensa ao princípio da proporcionalidade e ausência de justificação na Lei das Fronteiras (art. 27) da DDR (arma de fogo para deter crimes). Em 03.11.93, o Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) mantém a condenação e alguns argumentos são levantados: uso da arma de fogo desproporcional (já que não houve troca de tiro e sim disparadas sucessivas por parte dos policiais); a prevenção de crime não pode ser superior à vida; o direito suprapositivo suprime a justificação (*überpositives Rechts*); há dúvida quanto à extrema injustiça, sobretudo por força do socialismo; o fundamento da proteção à

12 ALEXY, Robert. *Mauerschützen: zum Verhältniss von Recht, Unrecht und Strafbarkeit*. Hamburg: Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.

vida/liberdade de saída do Pacto do Direito Civis (embora a DDR jamais o tenha internalizado); não há ofensa a irretroatividade a lei penal (art. 103, § 2º da GG), porque o art. 27 da Lei de Fronteiras permite uma "interpretação favorável aos direitos humanos", bem como que o próprio art. 30 da Constituição da DDR já protegia a vida e admitia somente exceções proporcionais, logo, sob a lei da época, já não se sustentaria a causa de justificação (aqui Alexy discorda do tribunal - pois não é questão de retroatividade a partir da fórmula, e, sim de saber o panorama jurídico da época); a facticidade da lei perde validade jurídica no limiar da injustiça extrema; há também o risco de não se confiar mais nas causas de justificação, sob um risco de prevenção geral caso o regime caia; afaste-se a argumentação de ausência de culpa por obediência hierárquica de ordens ou erro de proibição, porque uma pessoa doutrinada, com base no código militar, sabe reconhecer a razoabilidade da proibição de matar (Alexy discorda, e diz que se trata de um caso de "cegueira moral", comuns entre os jovens soldados da DDA, que atrapalhava o juízo, por isso, deveriam ser absolvidos). Em 24.10.96, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) manteve o entendimento pela condenação dos acusados. O princípio da irretroatividade é de validade estrita, absoluta, vinculado às noções de democracia, separação dos poderes e vigência dos direitos humanos, logo, não sendo aquele regime vinculado a tais princípios, a irretroatividade não está violada, pois perde sua natureza absoluta, podendo ser compreendida com limitações (Alexy discorda e diz que o tribunal é confuso, porque fala em direitos absolutos limitados mesmo quando não há nada escrito neste sentido na GG). De qualquer forma, foi adotada a fórmula de Radbruch das "injustiças extremas não serem direito". Para o BVerfG, apesar de pouco analisar a fórmula, na contradição entre o direito positivo e a justiça, o princípio da segurança jurídica pode ser menos valioso que o da justiça material.

Esclarecendo, Gustav Radbruch escreve *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*¹³ (Cinco Minutos de Filosofia do Direito) e *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*¹⁴ (Arbitrariedade legal e direito supralegal). Nelas, concentra suas discussões sobre direito e

13 RADBRUCH, Gustav Radbruch. *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*. in: Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.9.1945, zitiert nach dem Neuabdruck in: ders., *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., hrsgg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart, P. 327-345 e segs., 1973:

14 RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. In: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1, p. 105-108, 1946.

moral de modo bastante didático. Sendo uma obra de caráter programático, reflete a situação da Alemanha. *Em Fünf Minuten* assim afirma (resgatando por completo o jusnaturalismo: Primeiro minuto: *Befehl ist Befehl* (uma ordem é uma ordem), quando afirma que para o soldado carece de obrigatoriedade se o que se está ordenando é um crime; também *Gesetz ist Gesetz* (a lei é a lei) não admite exceções para o positivismo: pois vincula direito e poder (a grande crítica que opera é ao positivismo exclusivamente legalista); Segundo minuto: *Recht ist, was dem Volke nützi* (o direito é o que beneficia ao povo) mostra que o direito está ao capricho do detentor do poder, decidindo o que é lei, devendo ser o contrário, pois apenas é direito o que beneficia ao povo; Terceiro minuto: *Recht ist Wille zur Gerechtigkeit* (o direito é a vontade da justiça), portanto, o direito não é e nem pode ser apenas expressão da lei; Quarto minuto: O problema da segurança jurídica não pode prevalecer sobre conteúdos injustos de normatividade, logo, leis injustas ou que atentam contra o bem comum devem ter sua validade negada; Quinto minuto: proclama os princípios de direito natural/racional através dos séculos previstos nas declarações de direitos dos homens.

De outro lado, ainda que sucintamente, o texto *Gesetzliches Unrecht* tem por objetivo apresentar expressões contraditórias. Analisa a decisão do Tribunal de Wiesbaden que entendeu contrária ao direito natural a lei que declarava caducas as propriedades judias frente ao Estado. Comenta, então, a condenação do funcionário judicial Puttfarken, o qual havia provocado a condenação do judeu Güttig. Também, o caso do soldado que desertou por causa do tratamento inumano dados aos prisioneiros. Então, acaba por sustentar, criticando o positivismo, que a lei, além da segurança, deve promover a justiça e a conveniência. Assim, afirma que onde surge um conflito entre segurança vs justiça, entre lei injusta vs direito subjetivo, há um conflito entre justiça aparente vs justiça real. Então, termina enaltecendo a democracia como grande valor do direito natural.

A consequência desta teoria foi que o que se convencionou denominar de *cláusula de Radbruch*, isto é, em situações de extremas injustiças, a legalidade não poderia prevalecer. De modo mais específico, quando houver conflito entre a justiça e a segurança, o direito positivo deve ser aplicado, a menos que a lei se revele insuportavelmente injusta,

mostrando um direito injusto. Sua teoria foi sustentada, seja nos julgamentos internacionais pós-guerra, seja pós-guerra fria.

Cada uma dessas reflexões, seja dos exploradores soterrados que sobrevivem à custa da aniquilação do outro, seja dos denunciadores invejosos, seja mesmo dos atiradores do muro, colocam problemas semelhantes ao caso dos *Blutrichter*: como cumprir o "direito" e cumprir a "moral" ao mesmo tempo realizando a "justiça", ou, como nos casos, é possível não seguir esta liturgia de proximidades e mesmo assim estar dentro de uma esfera de juridicidade? Até aonde vai a esfera de juridicidade, a moralidade e a justiça?

As conclusões permitem não apenas definir campos de saber e até mesmo de ciências humanas, mas antes evitar juízos apressados sobre os fatos da existência humana e da vida em sociedade. A boa compreensão deste tema, evita equívocos cegos, expõe equívocos conscientes e mal intencionados, desnuda posições políticas de mundo, algo tão corriqueiro na formação das opiniões jurídicas do mundo, quanto, sobretudo, na prática profissional de juízes, promotores, defensores, advogados etc.

Esclarecidas as conclusões a que se consegue chegar, ou melhor dizendo, estabelecidos ao menos os pontos de partida e os *topoi* argumentativos, é possível então se posicionar sobre os *Blutrichter* em dois níveis: (a) um primeiro, sobre as suas decisões judiciais se situarem no âmbito da moralidade/juridicidade; e (b) um segundo, se considerados não jurídicos, qual o seu destino existencial: podem continuar a ser juízes, já que cumpriram condenações e ninguém pode sofrer pena eterna? não podem continuar a ser juízes, porque, apesar de já terem cumprido as suas condenações, dada a magnitude de seus atos, e o anseio social e internacional, devem ser impedidos pela simbologia que eventual aceitação pode ocasionar? não podem ser novamente juízes, porque a dimensão catastrófica dos seus atos impede que qualquer empatia pelo ser humano possa vir a existir novamente? podem continuar a ser juízes, porque se mostraram bons cumpridores de regras, já que cumpriram bem o *direito hitleriano* e também muitos cumpriram bem o então novo *direito democrático*?

Nenhuma resposta é suficientemente segura, e nenhuma resposta é satisfatoriamente correta. O debate, no entanto, é o importante. A relevância das questões postas por estes casos, sobretudo o dos *Blutrichter*, está presente no dia do direito oficial e

sua aplicação nos processos judiciais. Nem sempre ela é tão simbólica ou emblemática quanto estas, mas não são poucos os casos mezinhos nos fóruns que o tema revive, quando, por exemplo, se discute os limites da atuação policial e logo do ato do executivo diante de manifestações populares nas ruas; de atos de extradição ou deportação e demandas por parte de delegados e autoridades para que pessoas sejam sedadas e impeçam a boa manutenção da ordem em aeronaves e navios; de condenados que já estão em livramento condicional ou progrediram o regime para o semi-aberto ou aberto e desejam autorização para exercer atividades de alto impacto midiático, enfim, o cotidiano das lides judiciais levam sempre ao mesmo problema posto já neste caso: até aonde pode ir o Estados e seus agentes, no cumprimento do que se entende como "direito", agir, quando o limiar da imoralidade e da injustiça está esfacelado? Em suma, como agir cumprindo direito e moral, quando "direitos humanos" chacoalham estes limites?

A isso, por fim, antes de seguir o debate, ainda se deve agregar um problema maior: como discutir "direito oficial" vs "direito inoficial", na clássica distinção já posta por Tercio Sampaio no início dos anos 1980, e portanto, entre "direito posto", "moral institucionalizada" e "morais não postas", num país como o Brasil, e suas matrizes coloniais e eurocêntricas claramente anacrônicas, que geram tanto um direito quanto uma teoria etnocêntricos incompatíveis com a multiculturalidade a plurinacionalidade do povo brasileiro, e num país cujos excluídos e invisibilizados passam ao largo de qualquer formalidade de um "direito oficial"? A atualidade do tema ainda se mostra, especialmente, pelos ecos lavajatistas e pelo bolsonarismo ainda vivos no simbólico brasileiro.

2. Da separação à conexão teórica entre "direito" e "moral"

Qualquer resposta passa, portanto, pela tentativa de separação ou de conexão entre "direito" e "moral". São inúmeras possibilidades de pensar o problema, são inúmeros autores possíveis, enfim, qualquer escolha é parcial.¹⁵ E por assim ser, opta-se por Robert

15 No Brasil, o melhor livro ao nosso ver que melhor tratou do tema em termos de Teoria do Direito é este: FERREIRA NETO, Arthur. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2018.

Alexy,¹⁶ que de uma maneira bastante didática coloca o problema e consegue o levar para os estratos dos direitos humanos, com o qual se quer trabalhar aqui ao final.

Os "elementos morais objetivos, absolutos e necessários existem", porque os "direitos humanos" existem, e estes existem porque são "fundamentais". A preocupação de Robert Alexy é encontrar a "justificação" (*Rechtfertigung*), talvez mais preciso fosse o termo da "fundamentação" (*Begründung*) dos direitos humanos. No entanto, parte de um problema central, que é uma questão fundamental do positivismo: a existência de elementos morais absolutos *a priori* (necessários) ou também denominada de "tese da existência". Sua conclusão para este problema seria, então, uma "teoria dos direitos humanos".

A discussão sobre o "positivismo" pressupõe compreender três elementos fundamentais: "legalidade", "eficácia social" e "correção de conteúdo" (aqui também a "correção moral"). Qualquer teoria "positivista", na busca pela definição do "direito", limita suas discussões em torno da "legalidade" (relação de pertencimento ao ordenamento jurídico) e da "eficácia social". Logo, os "positivistas" sustentam a tese da "separação" ou da "separabilidade" entre direito e moral.

Ao contrário, as teorias "não juspositivistas" ou "jusnaturalistas" defendem a tese da "conexão", logo, o conceito de "direito" inclui "elementos morais". O direito, debatido por ambas correntes, tem duas "dimensões": uma "real/fática", na qual estão os elementos da legalidade e da eficácia social, pois ambos são "fatos sociais"; e outra "ideal/crítica", na qual está o elemento da "correção moral".

Como resultado desta divisão entre dimensões, é possível concluir que se a indagação sobre o que é ou não o direito (indagação ontológica) é posta, e os fatos sociais é que embasam a conceituação, então se está num ambiente de teoria positivista. Do contrário, se há uma perspectiva de correção moral, então se avança para uma teoria "não positivista". Consequentemente, é possível afirmar que a discussão sobre a "dupla dimensão do direito" só faz sentido no âmbito das teorias "não positivistas", já que levam em conta a "correção moral".

16 Reflexões feitas a partir das leituras de Robert Alexy, sobretudo: ALEXY, Robert. *Direito, moral e a existência dos direitos humanos*. In.: Ratio Juris, v. 25, n. 1, março de 2012, p. 2-14.

Feitas estas considerações, é possível sustentar as seguintes formas de "*positivismo*" a partir do debate direito vs moral: (i) "positivismo excludente" (sobretudo Joseph Raz), que parte da concepção de que a moral não faz parte da conceituação do direito, por isso, é a teoria mais oposta ao "não positivismo"; e (ii) "positivismo inclusivo" (especialmente Jules Coleman), que parte da compreensão de que a moral não está necessariamente incluída ou excluída da conceituação do direito, pois tudo se trata de uma questão "convencional", e, portanto, contingente.

Com isso se instaura algo que se convencionou denominar de *tríada da necessidade*: "positivismo excludente" - a moral é excluída do conceito de direito; "positivismo inclusivo" - a moral é um fato contingente/convencional que pode ou não fazer parte do conceito de direito (a depender de uma "regra de reconhecimento"); e "não positivismo" - moral é elemento fundamental no conceito de direito.

Noutra ponta, são formas de "*não positivismo*" a partir do debate direito vs moral - ou melhor, a partir da ideia de "validade jurídica" diante de "defeitos morais": (i) "não positivismo excludente" - entende que defeitos morais *anulam* a validade jurídica (originada em Santo Agostinho e sua máxima "*nam lex mihi esse no videtur, quae iusta non fuerit*" - "a mim não me parece ser lei o que não lei justa"); (ii) "não positivismo super-inclusivo" - crê que leis injustas *não anulam* a validade jurídica, apenas deixam de ser direito na sua integralidade (exposta por São Tomás de Aquino e sua máxima "*lex tyrannica non est simpliciter lex*" - "lei tirânica é lei não em seu sentido pleno" ou "*lex iniura non est lex*" - "lei injusta não é lei" - porque pode ser descumprida diante de uma objeção de consciência e não ser lei propriamente dita Brian Bix); e (iii) "não positivismo inclusivo" - parte da concepção de que nem sempre os defeitos morais podem levar a uma invalidade jurídica - (naquela linha acima descrita de Gustav Radbruch e sua máxima "*extrema injustiça não é direito*"), logo, apenas o defeito moral qualificado como "extrema injustiça" é que anula a validade jurídica.

Então, para o "não positivismo exclusivo" a *conexão entre direito e moral* é "classificadora", já que gira entorno da eliminação da validade jurídica (ou a moral está ou não presente); enquanto no "não positivismo super-inclusivo", a *conexão entre direito e*

moral é "qualificadora", já que não levará à perda da validade jurídica (a moral está presente em que termos).

Para Robert Alexy, é o "não positivismo inclusivo" é o que melhor oferece uma valoração adequada sobre a dimensão real e ideal do direito, logo, tanto à discussão sobre a "certeza jurídica" quanto à "justiça". Porque se não há "elementos morais necessários" (direitos humanos ou princípios universais de justiça), então não há porque se falar em "não positivismo" ou em "extrema injustiça". A "injustiça extrema" só existe porque existem elementos morais necessários, ou seja, "direitos humanos" que servem para anular ou não a validade jurídica.

3. Os "elementos morais pré-convencionais" e os direitos humanos em perspectiva teórica tradicional

Compreendidas as diversas formas de interação entre "direito" e "moral", a qual redundará na melhor percepção em torno da "extrema injustiça" como um limitador ou um balanceador entre as esferas, pode-se então aceitar o que se denomina de *tese da existência* - tese de que existem elementos morais necessários, em suma, é o pressuposto "não positivista". É pela *conexão* que os elementos morais corrigem o direito ou a sua validade (pretensão de correção).

A partir disso, uma proposição essencial em torno do "relativismo" é posta por Robert Alexy¹⁷ a partir dos "direitos humanos": "a destruição física e material de uma minoria por questão de raça é injustiça extrema," pois *racionalmente* justificada. Se "elementos morais" são necessários e se conectam com a própria definição do direito para o "não positivismo", então eles valem como "direitos humanos", embora haja outros elementos morais (como a ideia de justiça).

17 Estas ideias de Robert Alexy estão presentes, sobretudo, em: ALEXY, Robert. *On the concept and the nature of law*. In.: Ratio Juris, v. 21, p. 281-299, 2008.; _____. *Some reflexions on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis*. In.: The American Journal of Jurisprudence, n. 58, p. 97-110, 2013.; _____. *The Dual Nature of Law*. In.: Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, 2010., e, _____. *The nature of arguments about the nature of law*. In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko (eds.), Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16.

A questão posta então é: por que os "elementos morais" devem contar como "direitos humanos"?

Como tese central, tem-se: qualquer violação aos direitos humanos é injusta, mas nem toda injustiça é uma violação aos direitos humanos. Logo, direitos humanos e justiça estão vinculados, mas há na justiça algo maior, sendo os direitos humanos apenas o núcleo da justiça. De consequência, qualquer violação aos direitos humanos é uma violação da justiça, logo, os direitos humanos têm consigo "princípios de justiça".

Quando se fala em "moralidade", está-se falando tanto em direitos humanos, quanto em justiça, quanto também em "identidade individuais" (questões existenciais) e "identidade coletivas" (questões ético-políticas). Nesse sentido, os direitos humanos, enquanto norma, pretendem ter prioridade em relação às demais, no entanto, eles são controvertidos por razões filosóficas e políticas em sua existência.

Os direitos morais são morais, universais, fundamentais, abstratos e preferenciais. Todos estes elementos ajudam a qualificar a existência dos direitos humanos. Enquanto os "direitos", uma vez existentes, são válidos, os "direitos humanos" só existem se forem válidos e "fundamentais", logo, dependem de sua *fundamentação*.

As teorias da fundamentação dos direitos humanos podem ser colocadas em duas categorias: (i) cépticas ou negativistas - aquelas que negam a possibilidade de qualquer fundamentação, tendo suas bases no subjetivismo ético (emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo, naturalismo ou desconstrutivismo); e as (ii) não-cépticas ou afirmativas - aquelas que entendem haver alguma fundamentação para os direitos humanos, mesmo que algum elemento céptico haja, logo, buscam "objetividade", "exatidão" e "verdade".

As teorias "não positivistas", contudo, acreditam que algum elemento não céptico pode fundamentar-se.

Robert Alexy acredita que é possível buscar a "fundamentação" dos direitos humanos em oito aproximações não-céticas, a partir de seus enfoques: religioso, intuicionista, consensual, biológico, instrumental, cultural, explicativo e existencial. Contudo, crê que apenas os argumentos "explicativo" e "existencial" são aptos a melhor fundamentar os direitos humanos, ou ao menos apresentam mais pontos fortes do que defeitos.

O "argumento explicativo" se coloca, enfim: fala-se que é explicativa a justificação quando quer tornar explícito o que está implícito na prática humana - i. e., para além de questões transcendentais, quando se "afirma", "pergunta" e se "discute" a fundamentação, então passa a ter esta uma *dimensão discursivo-teórica*. Afirmar/Perguntar/Discutir (ou "dar e pedir razões") pressupõem regras do discurso que expressam: *liberdade e igualdade*. E aqui está a questão: liberdade e igualdade discursivas são a base dos "direitos humanos", pois implica no reconhecimento do outro como livre e igual, ao tempo que lhe atribui dignidade. Quando se atribui dignidade a alguém, está-se-lhe reconhecendo "direitos humanos".

É, contudo, possível fazer críticas a fundamentação dos direitos humanos a partir do seu carácter explicativo: (i) ignora que não afirmar, não perguntar ou não discutir seria uma maneira então de não pertencer à forma essencial de vida dos seres humanos; e (ii) "problema do interesse" - os direitos humanos não são direitos concernentes apenas ao "discurso", mas também da "ação", logo, possuem uma dimensão de correção prática inevitável.

De outro lado, ainda mais robusto, está o "argumento existencial": aceitando-se a capacidade discursiva do ser humano, ou as possibilidades discursivas, então, a pergunta sobre se queremos ou não nos vermos como "criaturas discursivas" passa a ser uma questão sobre "quem somos nós?" - logo, uma questão existencial.

Logo, não há como separar o argumento explicativo do existencial, pois a decisão de quem somos nós respalda algo que, pela explicação, é uma capacidade necessariamente conectada com os seres humanos (uma possibilidade necessária). Ser nesta medida pressupõe esta capacidade de explicação em conexão com os demais. Os seres humanos, então, têm uma "natureza discursiva" (dimensão ideal do indivíduo).

Esta dimensão ideal, portanto, esta natureza discursiva do ser humano, possui elementos objetivos e subjetivos relacionados. A *dimensão objetiva*: possibilidades discursivas necessárias e carácter ideal - o *a priori* kantiano, já a *dimensão subjetiva*: decisão existencial que transforma estas possibilidades em realidade.

Os "direitos humanos" então só podem ser fundamentados nesta conexão dialética objetivo-subjetiva. Por essa razão é que se pode dizer que os direitos humanos são, enfim,

"direitos morais", e por existirem, é que podem ser "violados" (em grau brando ou extremo), por isso a *fórmula de Radbruch* é aplicável e o argumento do relativismo é refutado.

4. Do “direito vs moral” da teoria eurocêntrica aos “direitos vs morais” em tempos descoloniais

A identificação dos direitos humanos como direito moral se tornou uma das questões mais complexas para a teoria do direito, especialmente no pós-guerra. Todavia, com as discussões descoloniais que hoje se abrem no Sul Global, parece ainda mais salutar evidenciar como a teoria tradicional e eurocêntrica aborda o tema em suas últimas vozes, sobretudo para que eventual crítica possa ser feita.

O caso dos juízes de sangue, embora bastante desconhecido ainda hoje na doutrina, é emblemático, e, ao lado dos tribunais de exceção da Segunda Guerra Mundial tencionou a sutil relação entre direito e moral nos Estados Contemporâneos. Os processos, as decisões, e o alinhamento a regimes ditatoriais dos “juízes de sangue”, assim como o próprio indiciamento e criminalização de suas condutas, uma vez encerrado o nazismo, pôs de modo original esta tensão moralidade e legalidade, especialmente na atuação dos agentes públicos. E o estabelecimento dos limites e possíveis contornos em sociedades já democráticas tensionou a teoria do direito a esgarçar o tecido frágil já entre autores jusnaturalistas e juspositivistas.

Contudo, em tempos descoloniais, o tema reaparece hoje com nova roupagem, já que o conflito não está mais em sociedades apenas modernas, liberais, eurocêntricas propiciado por regimes de exceção versus regimes legítimos, mas entre regimes legítimos com feições planificadoras no âmbito moral e cultural versus regimes marginais, historicamente excluídos e subalternizados.¹⁸

Se a discussão dos “juízes de sangue” foi o início de um grande dilema teórico entre direito e moral no século passado, certamente hoje o tema se desdobra nos países em processo de descolonização, ainda entre direito e moral, mas como “direitos” e “morais”, na

18 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2020.

pluralidade típica de países multiculturais e plurinacionais como o Brasil. Estudar as origens, que aqui se apresentam, é um lugar necessário, seja para dirigir os olhares de modo mais acurado ao problema atual dos países do Sul Global, seja para compreender as diferenças evidentes entre os “juízes de sangue” que lá agiam sob a exceção de um regime, e os “juízes de lei”, que hoje operam a serviço de um “direito posto”, mas absolutamente distante e incompatível em termos morais com a sociodiversidade e pluriculturalidade de seus jurisdicionados.

Enfim, hoje temos juízes que agem nos estritos termos da legalidade posta pelo direito oficial, e certamente podemos dizer que estariam bastante distantes dos “juízes de sangue” alemães, justamente por tudo que acima foi explorado, já que agiram na lógica de que extremas injustiças não são direito, portanto, não seriam juízes de lei. No entanto, à medida que temos um “direito oficial” absolutamente em descompasso com a nossa própria realidade; que protege na categoria “sujeito de direito” uma gama quase irrisória diante da pluralidade de subjetividades que aqui existem, agir de acordo com a lei não significa necessariamente agir no plano da moralidade, a não se que se mantenha ainda a leitura de uma única e epicêntrica moralidade, qual seja, a do homem heterossexual, branco, urbano, trabalhador, católico etc.

Quem sabe um dia seja possível pensar, tal como se pensou a respeito dos juízes de sangue, que um dia foram apenas juízes cumprindo seus ofícios, que os atuais juízes, em princípio, juízes apenas cumprindo seus ofícios, não o sejam realmente, já que a serviço de uma legalidade e de uma moralidade única, eurocêntrica, excludente, marginalizadora e hostil à diversidade existencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto que se encerra, encerra-se apenas por ora, pelas suas necessidades intrínsecas. Contudo, a discussão apenas tem começado a respeito sobre “direito e moral” em tempos descoloniais. Mas antes de avançar com mais vigor nas críticas, é sempre necessário compreender a importância das discussões já tradicionalmente postas na teoria do direito, especialmente atento ao fato de que, mesmo nas discussões descoloniais não se propõe o abandono das reflexões e das leituras eurocêntricas.

Portanto, conhecer o debate teórico sobre “direito e moral” e seu achego aos direitos humanos é indispensável mesmo para aqueles que querem repensar seus fundamentos. Por isso, entendeu-se por bem revisitar a discussão clássica da teoria do direito, que fez historicamente duelarem jusnaturalistas e juspositivistas, agregando uma questão pouco estudada e difundida que é o tema dos “juízes de sangue” do regime de exceção alemão.

REFERÊNCIAS

- ANGERMUND, Ralph, 1990: ***Deutsche Richterschaft 1919-1945. Krisenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung.*** Fráncfort del Meno, Fischer Taschenbuch Verlag.
- ALEX, Robert. *An Answer to Joseph Raz.* In: PAVLAKOS, George (Ed.). ***Law, rights and discourse.*** Themes from the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007.
- _____. ***Mauerschützen: zum Verhältniss von Recht, Unrecht und Strafbarkeit.*** Hamburg: Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.
- _____. ***On the concept and the nature of law.*** In.: Ratio Juris, v. 21, p. 281-299, 2008.
- _____. *Some reflexions on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis.* In.: ***The American Journal of Jurisprudence***, n. 58, p. 97-110, 2013.
- _____. *The Dual Nature of Law.* In.: ***Ratio Juris***, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, 2010.
- _____. *The nature of arguments about the nature of law.* In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko (eds.), ***Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz.*** Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16.
- BOULIER, Jean. ***Les juges nazis dans l'appareil d'État de la République fédérale allemande.*** Bruxelles: Éditions de l'Association Internationale des Juristes Démocrates, 1962.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. ***A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro.*** São Paulo: Almedina, 2020.
- FERREIRA NETO, Arthur. ***Metaética e a fundamentação do direito.*** Porto Alegre: Elegancia Juris, 2018.
- FREISLER, Roland. *Nationalsozialistisches Strafrecht.* In.: ***Denkschrift des Preussischen Justiz Ministers***, v. 9, Berlin, 1933.
- FULLER, Lon L. ***The Morality of Law.*** Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.
- _____. *The case of the specluncean explorers.* In.: ***Harvard Law Review***, v. 62, n. 4, p. 1-27, feb. 1949.



POLIAKOV, L.; WULF, J. **Das dritte Reich und seine Diener**. Berlin, 1956.

RADBRUCH, Gustav Radbruch. **Fünf Minuten Rechtsphilosophie**. in: Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.9.1945, zitiert nach dem Neuabdruck in: ders., Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsgg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart, P. 327-345 e segs., 1973.

_____. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. In: **Süddeutsche Juristenzeitung** 1, p. 105-108, 1946.

SCHORN, M. **Der Richter in dritten Reich**. Frankfurt: Klostermann, 1959.

WROBEL, Hans. *Die Richter und das Recht in der Weimarer Republik*, en **Gerhard Ringshausen y Rüdiger von Voss, Widerstand und Verteidigung des Rechts**. Bonn, Bouvier Verlag. 1997.

