

As Supremas Corte durante a ocupação nazista: Carl Schmitt e a expansão do projeto nazista de poder

Supreme Courts under nazi occupation: Carl Schmitt and the expansion of the nazi power project

Francisco Kliemann a Campis¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/Brasil
fkcampis@hotmail.com

Lenio Luiz Streck²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/Brasil
lenio@unisinos.br

Gabriel Tedesco Wedy³

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS/Brasil
gabrielwedy@unisinos.br

Resumo

Partindo de uma releitura crítica do Livro: *Supreme Courts Under Nazi Occupation* dirigido pelo professor da Universidade de Amsterdam, Derk Venema, busca-se analisar as consequências práticas da suposta ética nazista na decadência da República de Weimar e na sua ocupação pelo nacional socialismo, bem como essas consequências se deram nas nações que foram ocupadas pelos nazistas. O ensaio se divide em dois grandes capítulos: O

¹ Doutorando e Mestre em Direito, com bolsa Capes/PROEX, pela UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, CEP 93.022-750, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional — ABDConst. Coordenador do Dasein — Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, CEP 93.022-750, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

³ Juiz Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe). Pós-Doutor em Direito. Visiting Scholar pela Columbia Law School e pela Universität Heidelberg. Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, CEP 93.022-750, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil.

primeiro busca analisar o que motivou a nazificação da república de Weimar, quem foram seus mentores intelectuais no campo jurídico e como as instituições alemãs, especialmente o *Reichsgericht*, foram dominadas e ocupadas pelos nazistas. O segundo capítulo busca compreender como esta ocupação se deu no exterior e como os juízes e as Supremas Cortes se comportaram diante da referida ocupação de seus países.

Palavras-chave: Supremas Cortes; Ocupação nazista; Carl Schmitt; Derk Venema.

Abstract

Starting from a critical review of the book *Supreme courts under nazi occupation*, directed by University of Amsterdam professor Derk Venema, this paper seeks to analyze the practical consequences of Nazi ethics in the decay of the Weimar Republic and its nazification, as well as these consequences were in the nations that were occupied by the Nazis. For this, the work is divided into two major chapters: The first seeks to analyze what motivated the nazification of the Weimar Republic, who were its intellectual mentors in the legal field and how the German institutions, especially the *Reichsgericht*, were dominated and occupied by the Nazis. The second chapter seeks to understand how this occupation took place abroad and how the judges and supreme courts behaved in the face of the Nazi occupation of their countries.

Keywords: Supreme Courts; Nazi occupation; Carl Schmitt; Derk Venema.

Introdução

Em 1939, quando o jovem canadense de origem dinamarquesa, Kim Malthe-Bruun, tinha dezessete anos, a mais brutal e violenta de todas as guerras que se tem conhecimento estourou e ele testemunhou a profanação de importantes valores humanos por parte de uma potência estrangeira invasora. Após pouco mais de um ano, em 1941, Kim foi ser marinheiro, mas no outono de 1944 desembarcou na Dinamarca onde ainda residiam muitos de seus familiares e amigos e entrou no movimento de resistência.

Em 19 de dezembro de 1944, Kim foi preso pelos ocupantes alemães em um apartamento na *Classen Street* com dois amigos. Ele estava desarmado e carregando apenas seus documentos de identificação. Kim foi enviado para a prisão de *Vestre Fængsel*, e em abril de 1945 foi condenado à morte e fuzilado (GAARDER, 2013).

Era comum, como se sabe, que jovens assumissem a luta contra a ditadura nazista e acabassem morrendo nesse processo. Após o malsinado veredito, o jovem escreveu uma última carta para sua mãe com a seguinte passagem:

Hoje Jörgen, Niels, Ludvig e eu nos apresentamos diante de um tribunal militar. Fomos condenados à morte. Sei que você é uma mulher forte e conseguirá suportar tudo isso, mas quero que compreenda. Eu sou apenas uma coisa insignificante, e como pessoa logo serei esquecido; mas a ideia, a vida, a inspiração de que estou imbuído

continuarão a viver. Você as verá em todo lugar- nas árvores na primavera, nas pessoas que encontrar, num sorriso carinhoso (GAARDER, 2013, p. 12).

A história de Kim Bruun ilustra bem como operavam os regimes de exceção que os nazistas instalaram nos países que invadiram, e os efeitos que suas administrações tiveram sobre a população local e na deformação do Estado de Direito.

O presente trabalho busca investigar como a ideologia nazista influenciou e moldou os sistemas jurídicos em países ocupados durante a Segunda Guerra Mundial, com um foco específico nas decisões das Supremas Cortes. Para tanto, a pesquisa será orientada por dois problemas principais: (1) Quais foram os fatores que permitiram a nazificação da República de Weimar, incluindo os seus mentores intelectuais e o domínio das instituições jurídicas alemãs, especialmente o *Reichsgericht*? (2) De que maneira essa ocupação jurídica se estendeu a outros países e como as Supremas Cortes dessas nações reagiram ao domínio nazista? No primeiro capítulo, analisaremos os antecedentes e os fatores que propiciaram a nazificação da República de Weimar. Examinaremos o papel de figuras chave, como Carl Schmitt, na construção do arcabouço teórico que justificou a adoção de medidas totalitárias. Além disso, exploraremos como o *Reichsgerichte* outras instituições foram gradualmente dominadas pelos nazistas, servindo como instrumentos para a consolidação do poder.

O segundo capítulo se concentrará na extensão dessa ocupação jurídica para fora da Alemanha. Utilizando como base o estudo detalhado de Derk Venema (2022) sobre as Supremas Cortes durante a ocupação nazista, discutiremos como os regimes administrativos nazistas foram instaurados em pelo menos 15 países ou grandes territórios. Analisaremos como as Supremas Cortes de países como Dinamarca, Áustria, Itália, França, Holanda, entre outros, reagiram à ocupação e de que maneira suas decisões foram influenciadas pela ideologia nazista.

A conclusão deste trabalho visa integrar as análises dos dois capítulos, demonstrando como a nazificação do sistema jurídico alemão serviu como modelo para a ocupação jurídica de outros países. Discutiremos as implicações dessa ocupação para a teoria do direito e do estado, destacando a relevância do pensamento de Carl Schmitt e as conclusões de Derk Venema. Além disso, refletiremos sobre os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o manto do Direito evidenciam a necessidade de conceber o Direito como mais do que um mero instrumento, técnica ou procedimento de dominação.

O objetivo deste ensaio é apresentar e relacionar, a partir de uma pesquisa bibliográfica conduzida sob o “método” fenomenológico (subjacente à tradição da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck), a teoria do direito e do estado de Carl Schmitt e o estudo de Derk Venema sobre as Supremas Cortes durante a ocupação nazista. Pretende-se demonstrar como a ideologia nazista contaminou e exerceu poder sobre sociedades e as instituições liberais da Europa, revelando o que ocorre quando o Direito é reduzido a uma mera técnica de dominação. Na esteira de Streck (2017, p. 9) quando diz que “os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o pálio do Direito deveriam ter-nos ensinado que o Direito deve ser mais do que instrumento, técnica ou procedimento”. A pesquisa é relevante do ponto de vista científico por introduzir aos leitores brasileiros a importante análise dirigida por Derk Venema sobre a

ocupação nazista das Supremas Cortes. Além disso, ao contextualizar a teoria de Carl Schmitt e examinar suas consequências práticas, o trabalho contribui para uma compreensão crítica dos riscos de instrumentalização antiliberal do Direito em contextos totalitários.

A ideologia nazista e a decadência da República de Weimar

(a) Carl Schmitt, o jurista do Reich

Num certo dia de abril de 1933, o filósofo Martin Heidegger envia uma carta ao jovem e recém-empossado professor de Direito Constitucional da Universidade de Berlim, Carl Schmitt. O conteúdo da carta, para dizer o mínimo, é certamente uma das partes mais sombrias da história dos dois. Nesse documento, convida Schmitt para se juntar ao Partido Nacional-Socialista. O convite é prontamente aceito por Schmitt, que já em primeiro de maio de 1933 ingressa no partido e se torna um de seus mais proeminentes juristas e organizadores no campo do Direito. (KOONZ, 2003)

Em poucos dias após o seu ingresso no partido, Schmitt já apoiava a queima de livros de autores judeus, e comemorava a destruição de material "não-alemão" e "antialeão", auxiliando em uma "limpeza" ainda mais extensa, para que fossem incluídas obras de autores supostamente "influenciados por ideologias judaicas". Em julho, ele foi nomeado Conselheiro de Estado da Prússia por seu admirador e protetor Hermann Göring e, em novembro, tornou-se presidente da "União dos Juristas Nacional-Socialistas", importantíssimo órgão de controle que em sequência passaria a substituir o Poder Judiciário oficial em várias áreas.

Ele também substituiu Hermann Heller como professor da Universidade Humboldt de Berlim, cargo que ocupou até o fim da Segunda Guerra Mundial. Schmitt apresentou suas teorias como base ideológica da ditadura nazista e justificativa do Estado autoritário enquanto filosofia jurídica, especialmente pelo emprego do conceito de *auctoritas*.

Schmitt rapidamente obteve uma posição influente entre os operadores do direito nos altos escalões nazistas, passando a ser reconhecido e celebrado como "O Jurista do Reich" (RÜTHERS, 1990).

Em excelente verbete sobre Carl Schmitt que pode ser encontrado na Enciclopédia de Stanford, Vinx (2022) revela que Schmitt dedicou-se, com um entusiasmo, a tarefas como a defesa dos assassinatos extrajudiciais que vitimaram opositores políticos de Hitler, bem como no expurgo da suposta influência judaica na legislação e na cultura alemã. As ideias antissemitas e autoritárias são evidentes em vários dos escritos de Schmitt que falam sobre homogeneização social e destruição dos diferentes. (SCHMITT, 1996) A sua filosofia política também é fortemente caracterizada pelo antiliberalismo (o que inclusive faz setores da esquerda contemporânea antiliberal o revisitarem).

O jurista do Reich dedicou-se ao estudo do movimento político liberal, e acreditava que o liberalismo e a democracia eram mutuamente excludentes. Schmitt argumentava que as democracias liberais não buscavam uma solução para o bem-estar da população, mas sim atendiam aos interesses privados de grupos específicos. Segundo o autor, a democracia de

verdade só seria alcançada nas mãos de um soberano, que teria a sensibilidade e a percepção de encarnar em si as vontades e os desejos da população. Ele foi um crítico do parlamentarismo, pois o considerava antidemocrático, e para ele a democracia somente seria alcançada nas mãos de um soberano com poderes ilimitados que interpretasse a vontade da população e em que os cidadãos fossem homogeneizados por processos de dominação e se necessária até mesmo a destruição dos diferentes. (SCHMITT, 1996)

A sua visão sobre soberania é controversa e remonta as ideias originárias das obras de Thomas Hobbes, para justificar uma ditadura de um soberano superdotado. Segundo a sua lógica, que ele chamou de *decisionismo*, o soberano é o criador da lei, e justamente por isso não está vinculado a segui-la, já que ele mesmo a criou. Tribunais, portanto, são subordinados ao Soberano e à sua interpretação da lei. E caso entrem em conflito quem decide é o soberano (Essa inclusive foi a razão do grande debate de Schmitt com Hans Kelsen, que era judeu). Vejamos seus próprios escritos:

Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando. (SCHMITT, 1934).

Franz Neumann, jurista que viveu na república de Weimar durante a ascensão de Hitler, constatou que “Não existe mais lei na Alemanha, porque a lei é agora exclusivamente uma técnica de transformar a vontade política do líder em realidade constitucional. A Lei não é nada mais do que uma *arcanum dominationis*”⁴(NEUMANN, 1986, p. 311).

Schmitt argumentava que o problema da tomada de decisão no sistema liberal era a falta de legitimidade dos *grupos* que tomavam decisões importantes, que para ele eram o mercado, os sindicatos, os parlamentares e os judeus. Schmitt opunha-se à política parlamentar em que o debate institucional ditava os rumos da sociedade, e por isso ele defendia a necessidade de um líder forte e com poder de decisão que representasse a vontade popular:

A vontade do povo é naturalmente sempre idêntica à vontade do povo, quando é feita uma opção por meio do sim e do não registrada em milhões de cédulas, ou quando um único indivíduo, mesmo sem eleições, encarna a vontade desse povo, ou é, de algum modo aclamado por ele. (SCHMITT, 1996 p. 27.)

Schmitt sustentou abertamente a emergência da estrutura do poder totalitário no seu trabalho *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. A situação histórica-intelectual do parlamentarismo atual (SCHMITT, 1996). Nesta obra, o jurista criticou as práticas institucionais das políticas liberais, argumentando que são justificadas pela fé no discurso racional e na franqueza e que esta é uma postura que claramente entra em conflito com a democracia. Pois isso, segundo ele, acaba excluindo a vontade da população em face de “negociatas tomadas em salas escuras com interesses escusos”. Schmitt também apresentou uma divisão essencial entre a doutrina liberal da separação dos poderes e o que ele acreditava

⁴ Tradução livre de: We therefore sum up: That law does not exist in Germany, because law is now exclusively a technique of transforming the political will of the Leader into constitutional reality. Law is nothing but na *arcanum dominationis*. (NEUMANN, 1986, p. 311).

ser a natureza da democracia por si só, a identidade das regras e os governados⁵.

Schmitt acreditava ser um defensor da verdadeira democracia, no modelo Rousseauiano. Segundo a sua obra, a ideologia e a vontade popular só poderiam ser devidamente concretizadas com um líder que não prestasse contas a ninguém, nem mesmo à própria lei. Esse líder soberano do Reich acabou sendo personificado na liderança de Adolf Hitler.

Em 1936, depois de brigas internas com concorrentes acadêmicos (patrocinados por importantes nomes dentro do partido nazista) Schmitt foi expulso de sua posição de poder dentro da academia jurídica, seus oponentes o acusaram de ser um vira-casaca que havia se convertido ao nazismo apenas para avançar em sua carreira.

Há, de fato, um considerável debate sobre as causas da disposição de Schmitt de se associar aos nazistas. Alguns autores apontam para a forte ambição de Schmitt e de seu caráter oportunista, mas negam afinidade ideológica. Existe, no entanto, um poderoso argumento de que a doutrina antiliberal de Schmitt, bem como seu fervoroso antisemitismo, levaram-no a apoiar o regime nazista (DYZENHAUS, 1997 in VINX, 2022) o que pode ser confirmado na leitura de suas obras sobre política.

Durante todo o período, chamado de nazismo posterior, o trabalho de Schmitt concentrou-se em questões de direito internacional. A motivação imediata para essa virada parece ter sido o objetivo de justificar o expansionismo nazista e aplicar a ideologia nazista de maneira pragmática aos países que estavam sendo invadidos e dominados pelo terceiro Reich. (VINX, 2022)

Schmitt foi muito influente nas ideias de estruturação interna do Estado alemão, e de maneira direta também influenciou nos projetos de estruturação burocrática dos outros países invadidos pelos alemães. Tal como Francisco Campos, que escreveu o AI-1 e AI-2, foi "o jurista" da ditadura militar brasileira, Schmitt foi o Jurista do Reich.

Vinx (2022) afirma que "Schmitt era um observador perspicaz e analista das fragilidades e das falhas do constitucionalismo liberal e do cosmopolitismo liberal. Mas existe pouca dúvida de que o seu remédio preferido para a cura (do liberalismo) acabou sendo infinitamente pior do que a doença".

(b) O Reichsgericht e a decadência da República de Weimar

A cidade de Weimar, localizada no estado alemão da Turíngia, próxima a outras cidades com influência marxista, como Erfurt, Görlitz e Jena, é conhecida por sua rica história artística e cultural. No final do século XVIII, a cidade, com apenas 6.000 habitantes, abrigou dois grandes escritores alemães, Goethe e Schiller, além do músico Franz Liszt, e também foi o lugar onde o filósofo Friedrich Nietzsche morreu e onde surgiu o movimento arquitetônico da escola Bauhaus. (RICHARD, 1989)

Entretanto, Weimar também é associada ao fracasso da democracia liberal parlamentar, já que a primeira Constituição democrática da Alemanha, redigida e aprovada em 1919, não foi

⁵ Embora muitos críticos de Schmitt hoje levam exceção à sua perspectiva autoritária fundamental, a noção que há incompatibilidade entre liberalismo e democracia é uma razão por que seu trabalho continua interessando vertentes à esquerda radical.

suficiente para impedir a ascensão do nazismo. Atualmente, a expressão "síndrome de Weimar" refere-se às tensões que ameaçam a estabilidade da democracia liberal.

A Constituição de Weimar, cujo nome foi dado em homenagem à cidade onde foi redigida e aprovada, foi a primeira Constituição democrática da jovem Alemanha e estabeleceu o país como uma democracia parlamentar moderna. No entanto, as contradições do período resultaram em uma crise econômica, social e política que culminou na ascensão do nazismo.

O *Reichsgericht* (Tribunal do Reich) era o mais alto tribunal da República de Weimar, na Alemanha, e existiu entre 1878 e 1945. Ele tinha jurisdição sobre todo o território alemão e foi responsável por julgar casos constitucionais, recursos contra decisões de tribunais inferiores e outras questões legais importantes. Durante a República de Weimar, o *Reichsgericht* desempenhou um papel importante, mas não perfeito na proteção dos direitos, das liberdades individuais e na defesa da Constituição. (WEDY, 2022)

Entretanto após a chegada do regime nazista ao poder, o *Reichsgericht* foi submetido a uma série de mudanças políticas, e suas diretrizes recrudesceram, de forma que o Tribunal se tornou uma ferramenta importante na perseguição dos oponentes políticos e de estruturação do regime nazista. Após a Segunda Guerra Mundial, o *Reichsgericht* foi dissolvido como uma imposição dos aliados e de uma nova Alemanha que nascia.

Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, a "Lei de Admissão à Ordem dos Advogados" obrigou juízes e agentes políticos judeus e social-democratas (entre eles o presidente do Senado Alfons David e o *Reichsgerichtsrat* Hermann Grossmann) a renunciarem e impediu advogados e funcionários judeus do *Reichsgericht* de continuarem exercendo suas atividades.

Venema (2022, p. 20) revela que "a desconfiança de Hitler em relação à lei e aos advogados está bem documentada. Embora ele próprio usasse leis para implementar suas políticas, ele não gostava da ideia de leis existentes que impedissem a realização de seus objetivos."

Isso aponta para o caráter de "duplo estado" do domínio nazista: por um lado, ainda existia todo o sistema administrativo de leis e formalidades, chamado de "estado de normas", que era necessário para manter a ordem na administração e na sociedade. Por outro lado, simultaneamente um "estado de medidas"/"estado de exceção" operava na forma de organizações como a SS, que poderiam agir em completo desrespeito à lei e às autoridades legalmente competentes para perseguir pessoas percebidas como indesejadas ou perigosas para a ordem nacional-socialista.

Os administradores alemães nos territórios ocupados, muitos dos quais tinham diplomas de direito, sabiam muito bem que precisavam confiar no sistema legal local e em outras instituições administrativas para manter a ordem pública. É por isso que em todos os países democráticos ocupados eles mantiveram a maior parte desta estrutura formalmente intacta. Eles também entenderam que qualquer organização deve ser bem lubrificada por regras para funcionar. Nos Países Baixos, por exemplo, o diário oficial de ocupação (*Verordnungsblatt*) publicou mais de 800 portarias de maio de 1940 a março de 1945. Não era necessário Hitler manifestar o seu sincero repúdio aos juízes e aos juristas, pois estes, na ampla maioria das vezes, sempre tentavam contentá-lo, agradá-lo e consolidar o regime nacional socialista por receio de represálias ou pela busca de benesses, vejamos o que diz (Venema, 2022, p. 21):

a maioria dos advogados alemães, incluindo juízes, era leal à Alemanha nacional-socialista e muitas vezes encontrava maneiras de interpretar ou dobrar a lei existente para produzir os resultados desejados em seu "trabalho em direção ao Führer."

O *Reichsgericht* não se opôs às ações autoritárias e ilegais de violência implementadas pelo regime nazista. Em vez disso, tornou-se fortemente envolvido na cultura de injustiça do regime, tendo condenado o comunista holandês Marinus van der Lubbe à morte no julgamento de incêndio do *Reichstag*, baseado em uma lei que violava o Estado de Direito. A Corte foi o braço de apoio do regime nazista durante todo o seu império. (LÖHNIG, 2022)

O capítulo escrito por Martin Löhnig (2022) no livro *Supreme Courts under Nazi Occupation* apresenta um relato do *Reichsgericht* alemão sob a presidência da Corte pelo juiz Bumke durante o governo nazista. O autor discute a competência do tribunal e as medidas do governo que o adaptaram, como a introdução de tribunais especiais. Descreve ainda a função da desformalização, ou "materialização", da adjudicação na implementação da ideologia e da política nacional-socialista.

A mudança da Justiça liberal e soberana da República de Weimar para um instrumento nas mãos dos detentores do poder do Terceiro Reich começou logo após os nazistas assumirem o governo alemão. A perseguição a juízes de origem judaica e funcionários do Judiciário foi apenas o início. Em 22 de abril de 1933, Hans Frank⁶ foi nomeado "comissário do Reich para a submissão da Justiça nos Estados e para a renovação da ordem de Direito" (KINKARTZ, 2022). Uma de suas primeiras ações afetou os representantes do Judiciário, substituindo as associações existentes pela Aliança dos Juristas Nacional-Socialistas Alemães, que em sequência, como já referido, seria liderada por ninguém menos que Carl Schmitt.

O controle da Justiça pelo regime de Hitler visava principalmente controlar os juízes, que agora tinham que defender a causa nazista. Muitos juristas, majoritariamente de origem burguesa conservadora, adequaram-se às exigências do governo, mas houve muitas demissões, perseguições e proibições de exercer a profissão por motivos políticos e racistas. Sob o comando de Schmitt, a visão de direito decisionista que descrevemos se tornou realidade e o "Direito" foi usado para reprimir os "inimigos do Reich" e aqueles que impediam a homogeneização da população.

Apenas homens eram permitidos de trabalhar no aparelho do Judiciário. Para as mulheres, trabalhar no setor tornou-se proibido. A ordem jurídica do Estado foi adaptada às imposições nazistas e Hitler tornou-se o líder supremo de um sistema que proclamava a defesa "da ordem, do Direito e da liberdade". No entanto, o *Direito* acabou sendo usado como instrumento de repressão contra minorias étnicas e a oposição. Em 1935, o processo de vinculação da Justiça ao Estado nazista foi concluído. Um ano antes, em 1934, o *Volksgerichtshof* (Tribunal Popular) foi criado em Leipzig e se tornou um importante instrumento de terror durante a Segunda Guerra Mundial. (KINKARTZ, 2022)

⁶ Hans Michael Frank (May 23, 1900 - October 16, 1946), conhecido como "o carneiro da Polônia", era um advogado e político alemão, membro do Partido Nazi. Ele foi um dos primeiros a se juntar ao Partido nazista, e participou do fracassado golpe de Estado em Munique. Posteriormente, tornou-se o conselheiro jurídico pessoal de Hitler e advogado do NSDAP. Em 1933, Frank se juntou ao gabinete de Hitler como ministro do Reich. Depois da guerra, foi preso, julgado em Nuremberg e executado na forca por crimes de guerra e contra a humanidade. (HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA, 2022)

Em 1º de outubro de 1879, quando o *Reichsgericht* começou a funcionar em Leipzig, foi estabelecida uma nova jurisdição em nível nacional, baseada no § 12 da Lei de Constituição do Tribunal (GVG). Como o mais alto tribunal civil e criminal do país, o *Reichsgericht* tinha prioridade sobre todos os tribunais federais. Isso não podia ser dado como garantido, já que na Alemanha a organização da jurisdição sempre foi - e ainda é - uma questão dos estados federados. Essa era uma das razões para se basear o *Reichsgericht* em Leipzig e não na capital do país, Berlim. Importante registrar que, antes disso, houve um amplo debate político sobre o propósito do tribunal em geral. (LÖHNIG, 2022)

Por várias décadas, os juristas pós-guerra ignoraram a possibilidade de "aprender lições" se referindo a abordagens positivistas⁷: "Na verdade, não havia como decidir de maneira diferente". Foi Bernd Rüthers quem pôs fim a essa declaração auto interessada em 1968, examinando e revelando com precisão os métodos de trabalho e margens de discricionariedade nos procedimentos de tomada de decisão aplicados pelo *Reichsgericht* e outros juízes do Terceiro Reich. É particularmente revelador o fato de que colegas acadêmicos de Rüthers tentaram impedir que ele trabalhasse neste tópico, pois esperavam que isso acabasse com sua carreira acadêmica (LÖHNIG, 2022)

Rüthers (1990) refere que em alguns casos, os juízes também usaram a ampla margem de discricionariedade dada pela legislação nazista para minar o sistema, por exemplo, garantindo reivindicações de aposentadoria de antigos funcionários ou membros do conselho judiciário que fossem judeus - o que demonstra alguma parca margem de resistência judicial ao Reich. Porém, na maior parte dos casos, o *Reichsgericht*, valendo-se do *direito penal*, compatível com a ideologia nazista, anulou direitos civis, ultrapassando as intenções originais do legislativo e fortalecendo o regime.

O *Reichsgericht* não se opôs às ações autoritárias e ilegais de violência implementadas pelo regime nazista. Em vez disso, tornou-se fortemente envolvido na cultura de injustiça do regime, tendo criminalizado e condenado judeus e rebeldes à morte. Exatamente como Franz Neumann (1986) afirmou sobre as decisões da Corte, que se valia "exclusivamente de uma técnica de transformar a vontade política do líder em realidade constitucional. A Lei nada mais era do que uma *arcanum dominationis*, exatamente como desenhou Carl Schmitt.

Expansão e ocupação nazista

Após fazer referência aos vínculos da vida e obra de Carl Schmitt com o nacional-socialismo, bem como realizar uma análise preliminar da ética nazista e sua ascensão, que culminou na decadência da República de Weimar, este segundo capítulo será integralmente dedicado a uma análise do livro "*Supreme Courts under Nazi Occupation*" e dos eventos por ele narrados. O livro dirigido pelo professor Derk Venema da Universidade de Amsterdam é composto por 13 capítulos, sendo o primeiro uma introdução sobre o contexto da guerra, da ocupação, da

⁷ Aqui é importante destacar que é extremamente equivocado associar o Positivismo Jurídico à legitimação do nazismo, mas como este não é o tema do presente artigo remetemos o leitor ao texto de Campis e Abel (2023) no Conjur intitulado: A "lenda urbana" de que o positivismo jurídico "legitimou" o nazismo. O link para o texto está disponível nas referências.

sociedade e das cortes constitucionais. Os 11 capítulos seguintes são estudos de casos por país/região de ocupação sendo eles:

1. Estudo de caso da corte sobre a ocupação na Bélgica ainda na primeira guerra;
2. O *Reichsgericht* alemão de 1933-1945;
3. A Suprema Corte Dinamarquesa Durante a ocupação;
4. A *cour de cassation* Francesa durante o período de Vichy;
5. O *Conseil d'État* durante o período de Vichy;
6. A Suprema Corte Norueguesa durante a ocupação;
7. A Suprema Corte Belga, agora na segunda ocupação;
8. A *Hoge Raad* (Suprema Corte da Holanda) durante a ocupação;
9. A Suprema Corte nos protetorados da Bohemia e Moravia;
10. A *Cour superior de justice* e o colapso do Estado de Luxemburgo;
11. A Suprema corte italiana durante o regime fascista e a ocupação alemã.

Ao final será elaborado um capítulo no qual se fará uma análise e uma síntese sobre as supremas cortes durante a ocupação e os esforços para que a ordem e a identidade nacional fossem mantidas.

Uma questão chama a atenção em todas as ocupações, pois em nenhum caso as cortes constitucionais foram totalmente desmanteladas, tampouco foram todos os seus membros presos ou mortos.

O leitor familiarizado apenas com o tema da crise das democracias constitucionais que vemos em best-sellers contemporâneos como o livro de Levitsky e Ziblatt (2018), pode ter começado a leitura pensando em paralelos com o que aconteceu com a derrocada de Supremas cortes nas Democracias liberais contemporâneas como na Venezuela, na Hungria ou na Polônia contemporânea. Mas a lógica do que aconteceu nas ocupações nazista é diferente, principalmente porque nesses casos a questão é de política interna (e não de ocupação militar por outro país). Os casos mais parecidos com o que os ditadores e déspotas contemporâneos tentaram fazer são os da própria Alemanha e da Itália que se basearam nas ideias de estruturação do judiciário em que o soberano do país, e não uma potência externa, são os responsáveis pela invasão e a destruição da ordem constitucional.

Com certeza nestes casos podemos traçar paralelos com o que os nazistas fizeram em sua estrutura interna, mas não com o que fizeram nos países que ocuparam. Pois bem, por meio de uma breve reconstrução analítica do que consta nestes capítulos, é hora de buscar as razões e os modos de como as ocupações tinham como um dos seus principais alvos as supremas cortes.

(a) As Supremas cortes estrangeiras durante a ocupação nazista:

No primeiro capítulo do livro de Venema a função dos tribunais em um Estado de direito democrático, as ideias e estratégias alemãs de domínio de ocupação, as leis internacionais e nacionais relativas à ocupação militar (os Regulamentos de Haia para a Guerra Terrestre) e as relações entre ocupante e ocupado são introduzidas. A realidade da ocupação é caracterizada

em termos sociológicos e antropológicos, distinguindo-se de uma abordagem moral. A escolha dos casos e a estrutura do livro são explicadas, e a possibilidade de responder à pergunta "como os tribunais se saíram?" é abordada.

Sobre a diferenciação entre processos de tomada do poder judiciário por agentes internos e externos, um fator importante e complicador é a identidade cultural e nacional. Quando a ocupação é percebida como "estrangeira", o que na maioria dos casos será, a diferença de identidade é enfatizada e os habitantes do país ocupado experimentam sua identidade como estando sob estresse ou ameaça, o que impulsiona o processo dinâmico de grupo de manutenção e autopreservação. Venema (2022), nos mostra que esses sentimentos são evidentes nas cartas do professor Cleveringa⁸, em que ele chama de "dever de todo cidadão para com seu povo" "proteger seus valores espirituais (moral, linguagem, lei) da melhor maneira possível". Em seu famoso discurso de protesto em novembro de 1940 como decano da faculdade de direito contra a demissão de professores judeus pelo ocupante, Cleveringa chamou seu colega e amigo judeu Eduard Meijers de "nobre e verdadeiro filho de nosso povo", em oposição ao "estrangeiro, que o presente reina hostilmente sobre nós". Essas citações enfatizam fortemente valores compartilhados, tradição e lealdade ao grupo como os principais fundamentos para a legitimidade. Sob essa luz, não é de surpreender que fazer e manter distinções entre "nós" e "eles", ou "amigo" e "inimigo" tenha sido identificado como a função mais fundamental da política. "As distinções entre amigo e inimigo, compatriota e estrangeiro, vítima e agressor, nós e eles, certo e errado, estão tão arraigados no vocabulário dos povos ocupados, que chegam a apontar para o caráter normativo e moral de uma ocupação." (VENEMA, 2022, p.26).

Neste primeiro capítulo, os autores demonstram que as Supremas Cortes têm um lugar especialmente significativo nos regimes de ocupação. Como já mencionado, os órgãos judiciais altamente especializados geralmente são deixados relativamente intactos. Isso torna suas instâncias mais altas de grande importância para ambos os lados: para o ocupante, para seu governo, poder confiar nos mais altos órgãos do Estado é a maneira mais eficiente de governar. Para as elites nativas não leais e seus apoiadores, o mais alto órgão judicial é visto como um protetor muito significativo de seus interesses materiais, bem como de sua identidade nacional contra as tentativas do ocupante de miná-las.

Com esta leitura desse capítulo, pode-se perceber que ser tão importante e útil para ambos os lados torna a posição da suprema corte precária. Isso ocorre, pois, ao cooperar com o ocupante, ela suja suas mãos e corre o risco de contaminação com a identidade do ocupante e, conseqüentemente, perde legitimidade. Isso, por sua vez, pode tornar o uso do tribunal pelo ocupante menos eficiente, porque ele pode precisar recorrer a outros meios para garantir que os tribunais inferiores e outras organizações de controle continuem reconhecendo a autoridade jurídica e moral do tribunal. Esses meios serão mais repressivos e menos eficientes. (VENEMA,

⁸ Rudolph Pabus Cleveringa (2 de abril de 1894, Appingedam, Países Baixos - 15 de dezembro de 1980, Oegstgeest, Países Baixos) era professor de direito na Universidade de Leiden. Ele é conhecido por seu discurso de 26 de novembro de 1940, no qual protestou contra a demissão de colegas judeus ordenada pelas autoridades de ocupação alemãs. Cleveringa nasceu em Appingedam. Quando tinha quatro anos, sua família se mudou para Heerenveen. Ele recebeu sua educação secundária em Leeuwarden e estudou com van Kleffens na Universidade de Leiden. Em junho de 1917, ele concluiu seus estudos de doutorado e, em 1919, obteve seu PhD cum laude.

2022)

Quando o tribunal consegue manter sua autoridade com os funcionários inferiores e o povo, criticando e atacando as ações do ocupante e não simplesmente cooperando automaticamente, o ocupante pode ser tentado a tentar inclinar a balança a seu favor, nomeando juristas de sua elite leais no tribunal. Isso, no entanto, também contaminaria o tribunal e poderia comprometer sua autoridade. (VENEMA, 2022)

Novamente, isso pode fazer com que os tribunais inferiores e outros funcionários públicos cumpram menos ordens judiciais e, do ponto de vista do ocupante, tornem-se necessárias medidas mais repressivas. A luta pelo bem-estar material e pela identidade, obviamente, do ponto de vista político, é uma luta pelo poder, exigindo muitas táticas sutis.

Ao final do primeiro capítulo o autor estabelece dois modelos de Juízes que se contrapõe e que são usados durante todo o livro: O que podemos chamar de “realista/pragmático” que por meio de sua abordagem tenta mitigar os danos causados pela ocupação e o que seria um “objetivista moral” que não renuncia a seus valores, vejamos:

O juiz Losecaat Vermeer tentou colocar a insistência do professor Cleveringa nos valores nacionais e na higiene moral em perspectiva, chamando-a de atitude de "*fiat iustitia, pereat mundus*" (que a justiça seja feita, embora o mundo pereça). Ele mesmo estava pensando em linhas estratégicas e insistiu na legitimidade das considerações racionais e utilitárias, pesando as consequências materiais da posição de Cleveringa contra as suas. Os dilemas de permanecer ou sair do cargo, cooperar ou protestar, são parte integrante da proverbial "situação do prefeito em tempo de guerra", que caracteriza a posição dos funcionários públicos e dos funcionários públicos sob ocupação inimiga. (VENEMA, 2022, p.29).

A postura dos dois modelos de juízes pode surtir efeitos interessantes na resistência ao ocupante, e apenas compreendendo as muitas subjetividades momentâneas seria possível dizer qual era mais correta ou eficiente do ponto de vista político. Este tema será tratado mais a frente novamente.

(b) Casos específicos de ocupação nacional

O capítulo de abertura sobre a *Cour de Cassation* belga durante a ocupação alemã na Primeira Guerra Mundial apresenta o precedente (anterior aquele momento histórico) mais importante de uma ocupação militar recente e prolongada e, portanto, comparável.

A continuidade do serviço judicial foi prescrita pelo governo belga, que, em 1 de agosto de 1914, pouco antes da invasão alemã, havia deixado instruções confidenciais para os magistrados. Essas instruções delinearam os princípios gerais que devem orientar os magistrados no contexto de uma ocupação. De acordo com esse documento, todos os magistrados devem continuar em suas funções, desde que o ocupante não lhes imponha obrigações prejudiciais à sua honra ou incompatível com seus deveres patrióticos, como um juramento de lealdade. Este era o princípio geral que deveria ser observado. Mais precisamente, as instruções previam, entre outras coisas, que todos os órgãos jurisdicionais continuassem a aplicar a Constituição belga e as leis belgas, com exceção das que estavam em conflito com as prerrogativas do ocupante, tal como reconhecidas pelo direito internacional. O governo admitiu

antecipadamente algumas consequências de uma eventual ocupação militar, como a criação de tribunais militares pelo ocupante e a proclamação da lei marcial. Reconheceu ao ocupante o exercício de um poder legislativo limitado e chegou a considerar que poderia ser exigido um juramento de lealdade dos magistrados. Em suma, longe de encorajar qualquer resistência civil, essas instruções dadas ao judiciário favoreceram uma cooperação neutra e leal com as forças de ocupação. (VENEMA, 2022)

Além de ser uma experiência da qual as instituições belgas puderam tirar lições, era o caso mais recente e relevante com base no qual outros juízes e advogados na Europa poderiam estar familiarizados e poderiam procurar orientação quando da segunda onda de ocupações alemãs.

O capítulo seguinte do livro apresenta uma breve história do *Reichsgericht* alemão durante o domínio nazista. E serve a dois propósitos: 1. Mostra como uma suprema corte funcionava em um estado sob o domínio doméstico nazista, onde cooperou na destruição da democracia e do Estado de Direito. 2 Demonstra com o que os ocupantes estavam familiarizados e o que eles, como consequência, poderiam ter esperado e exigido das supremas cortes dos países ocupados, em relação ao nível e aos métodos de cooperação.

Os casos estudados estão ordenados do regime de ocupação mais leve da Dinamarca para o regime mais extenso em Luxemburgo, que foi anexado de fato. Essa ordem apresenta os métodos de opressão e incorporação em medidas crescentes de intensidade.

Antes do capítulo final é apresentado um caso muito diferente: a da *Corte di Cassazione* no estado fantoche da República Social Italiana (1943-1945), criada pelos ocupantes alemães e liderada por *il Duce* Benito Mussolini. Este breve olhar sobre a suprema corte de uma nação ocupada, (parcialmente) amigável e anteriormente aliada mostrará o que era diferente em um país fascista e, mais interessante, o que não era.

(b1) Como os tribunais se saíram?

Finalmente, os autores tentam responder à grande questão: como os tribunais se saíram?

Segundo os autores, se nós, vivendo no século 21, quisermos tirar conclusões avaliativas sobre o comportamento dos juízes da Suprema Corte sob ocupação nazista, temos que ter em mente três aspectos do projeto expansionista alemão. Primeiro, o principal objetivo de guerra era o *Lebensraum* no leste, o que exigia ocupações estratégicas para afastar as ameaças militares britânicas e francesas. Em segundo lugar, embora um *Großraum* alemão fosse um objetivo mais distante a ser perseguido adequadamente depois que a guerra fosse conquistada, as políticas culturais e racistas dos nazistas, incluindo a perseguição aos judeus, já haviam começado. Em terceiro lugar, a guerra em curso contra a Rússia (entre outros fatores) exigiu uma exploração cada vez maior dos países ocidentais ocupados, o que incluiu a desapropriação de bens dos judeus para financiar a guerra. A natureza gradualmente intensificada desses três fatores afetou as sociedades ocupadas, especialmente quando a Rússia começou a empurrar o exército alemão para trás em 1943, e fez da manutenção da ordem pública um problema crescente. No meio dessas forças, as supremas cortes tiveram que levar em conta os dois tipos de interesses do povo, que foram discutidos acima. Por um lado, estavam em jogo os interesses materiais: a vida dos cidadãos, as liberdades, os bens e o que restava da normalidade da vida cotidiana.

Para os autores, estes aspectos são fortemente dependentes de um sistema jurídico que funcione bem, que é a espinha dorsal de todas as sociedades e economias. Preservá-lo, portanto, parece uma prioridade óbvia. Por outro lado, os interesses identitários nacionais estavam em jogo: a demarcação do "nós" em oposição a "eles", a democracia *versus* o nazismo, especialmente nos países onde a nazificação cultural estava sendo implementada. E como um sistema jurídico nacional é uma parte importante da identidade nacional, sua preservação também serve aos interesses identitários.

Mas como o direito é um instrumento nas mãos de criaturas inventivas e de intérpretes, chamadas seres humanos, ele pode ser usado para promover objetivos muito diferentes, na verdade opostos: em muitos casos, o direito nacional pode ser invocado contra as políticas do ocupante, bem como empregado para promovê-las. O fato de alguns interesses serem compartilhados por ambas as partes, como a ordem pública, tornou o uso da lei potencialmente ambíguo. A ambiguidade é precária, especialmente em uma situação volátil e tensa, onde a distinção entre pessoas e ações moralmente certas e erradas torna-se muito importante. As fontes não permitem comparações completas e detalhadas de todos os aspectos imagináveis do julgamento da Suprema Corte sob a ocupação nazista, como refletido na diferença de comprimento e conteúdo dos estudos do país. Além disso, as diferentes situações dos países ocupados – tamanho, localização, acessibilidade, recursos, política, direito, composição étnica, história etc. – apresentam muitas formas e aspectos diferentes das relações ocupante-suprema corte, suas interações e lutas pelo poder. Tomada em conjunto com os muitos fatores relevantes em cada país separado, no entanto, essa infinidade de possibilidades torna qualquer contrafactualismo um experimento mental acadêmico, no máximo. Levando em conta também o ônus da retrospectiva, a aprovação de um julgamento moral sobre as decisões das Supremas Cortes parece um tanto presunçosa. (VENEMA, 2022)

Então, o que podemos aprender com essa pesquisa? Se não for uma resposta à pergunta o que os juízes deveriam ter feito, ela fornece uma resposta à pergunta o que os tribunais supremos consideraram necessários ou bons cursos de ação para promover o bem-estar material e / ou a identidade nacional e quais resultados eles produziram. Também lança luz sobre as possibilidades e os limites do sistema jurídico e dos tribunais na proteção da democracia e do Estado de Direito. Portanto, o que os autores defendem nesse livro, não é apenas o que se poderia esperar dos tribunais sob um regime opressivo, mas também, o que não se poderia esperar deles.

(c) Ocupação Nazista: A Luta pela Ordem e Identidade

Este item discute, em primeiro lugar, as maneiras pelas quais os ocupantes alemães nazistas garantiram seu poder e lidaram com os tribunais nos países estudados, e quanto do Estado de Direito foi destruído, para em seguida dar uma visão geral de como as supremas cortes se comportaram sob o domínio inimigo, o que fizeram para tentar preservar alguma coisa das instituições democráticas, e como suas ações e políticas foram julgadas após a guerra. Finalmente, são tiradas conclusões sobre o papel e as possibilidades dos tribunais supremos e da lei sob o regime do ocupante alemão nazista e do governo autocrático em geral.

O choque entre as políticas dos ocupantes alemães e os objetivos das administrações nacionais e dos tribunais desenrolaram-se de forma diferente em cada um dos países ocupados. No entanto, muitas medidas e reações apareceram em mais de um lugar. Para a realização dos objetivos do ocupante – governar a Europa, criar o *Lebensraum* e eliminar os judeus – duas coisas eram essenciais: o poder e a identidade. Para consolidar seu poder, os alemães precisavam de regimes de ocupação bem-organizados, consistindo em uma supervisão alemã, ao estilo ariano, e a cooperação de órgãos administrativos locais. Sua identidade foi expressa por meio de propaganda, leis e outras medidas políticas.

Enquanto na maioria dos países democráticos ocupados o legislativo e as mais altas autoridades executivas foram dissolvidas, ausentes ou nazifizadas, as mais altas autoridades judiciais foram todas deixadas no lugar⁹ (embora no caso de Luxemburgo em uma forma fortemente germanizada). Os conquistadores alemães entenderam que um judiciário funcional é a espinha dorsal de um sistema legal, que por sua vez é um pilar importante de uma sociedade bem-organizada. Especialistas em direito internacional haviam concordado antes mesmo de 1914 que a continuidade judicial era uma chave importante para um regime de ocupação bem-sucedido. (VENEMA, 2022) Evidentemente, nos tempos em que as ocupações aconteceram, elas conviviam com um conceito de Estado de Direito ainda não tão lapidado como nos tempos do constitucionalismo e das ciências políticas dos dias atuais.

É também por isso que a ameaça de uma greve poderia ser eficaz contra a tirania, como foi na Bélgica, na Segunda Guerra Mundial, quando os alemães provavelmente se lembraram da greve judicial real sob a ocupação anterior (na primeira guerra). Além disso, nos exatos termos usados na introdução do presente ensaio, a autoridade das "organizações representativas" (administração governamental) depende, em grande medida, da "legitimação da base", tornando imprudente substituir as "elites nativas" na administração imediatamente por "elites leais" (simpatizantes nazistas) ou alemães. É por isso que as organizações representativas existentes com suas elites nativas e conservadoras foram preferencialmente usadas como "organizações de controle". Mesmo na Itália fascista, o ministro da Justiça Pisenti acreditava na independência judicial e protegia a *Corte di Cassazione* (cujos membros eram monarquistas e não fascistas) contra a influência indevida do executivo. E os alemães aceitaram. Em suma, os ocupantes alemães tiveram o cuidado de assegurar a continuidade da administração, incluindo o funcionamento do poder judiciário. Isso também havia sido feito na própria Alemanha, embora especialmente Hitler e a SS continuassem reclamando da atitude independente e não revolucionária das cortes alemãs. (VENEMA, 2022)

(c1) Colaboração e não colaboração: eis a questão?

No Judiciário, o colaborador estereotipado pode ser imaginado como um nazista ardente –

⁹ É interessante relembrarmos que durante as ditaduras latino-americanas do séc. XX nenhuma suprema corte foi fechada e tal qual nas ocupações nazistas, a independência judicial foi frequentemente comprometida, com as Supremas Cortes sendo forçadas a seguir as diretrizes impostas pelos governos militares. Alguns juízes foram cassados, e muitas vezes, as Supremas Cortes foram usadas para processar e punir opositores políticos, ativistas e dissidentes. Tal como nos casos narrados, julgamentos injustos e processos ilegais eram comuns, com o objetivo de reprimir a dissidência.

como Hans Frank, o carniceiro da Polônia- tomando ou forçando a tomada de decisões pró-ocupantes. Aliás, a natureza sempre permite que seres humanos de caráter pusilânime, infelizmente alguns investidos no cargo de magistrados, sejam corrompidos pelos detentores do poder político como demonstram exemplos que vêm desde Roma, da antiga Grécia e nos acompanham de perto nos dias atuais.

Isso aconteceu na Alemanha, onde um juiz do *Reichsgericht* interpretou o termo "normalidade" no direito matrimonial como "fertilidade". O presidente do tribunal bloqueou a emigração de um ex-membro para Luxemburgo porque era judeu. Os juízes em geral eram reacionários e antidemocráticos, mas muitos não eram nazistas. No entanto, quase todos permaneceram prestando jurisdição, fazendo o sistema funcionar, aplicavam as leis nazistas e, gradualmente, se envolveram profundamente no regime nazista. (RUTHERS, 1990).

Os juízes luxemburgueses aplicaram de bom grado leis antisemitas e trataram os judeus como uma categoria discriminada *legalmente* já antes da guerra. Na França, os tribunais superiores participaram ativamente das políticas antisemitas amigáveis aos nazistas do regime de *Vichy*, o que surpreendeu até mesmo os alemães em sua grande disposição de colaborar com o novo *establishment*. O regime de *Vichy* e seus mais altos tribunais não precisavam de nenhum incentivo para se dizerem purificados do povo judeu, e o *Conseil d'Etat* interpretou as medidas antijudaicas em sua jurisprudência de forma mais dura do que o necessário ou do que o imaginado pelos próprios ocupantes/invasores do país.

Na Noruega, Luxemburgo e Holanda, os juízes pró-nazistas estavam entre os membros das mais altas cortes. Além disso, na Noruega e nos Países Baixos, os casos politicamente sensíveis foram mantidos longe dos tribunais regulares, de modo que mesmo os juízes pró-alemães dificilmente tiveram a chance de promover os interesses do ocupante por meio de suas decisões, e nem sempre se esforçaram para isso. (VENEMA, 2022). Em um raro exemplo, em uma decisão de 1943, o tribunal holandês *Hoge Raad* garantiu uma ampla aplicação da portaria "*Kultuurkamer*" (Câmara de Cultura), exigindo a adesão a essa organização nazista para lidar com objetos de arte. O Tribunal Superior composto por dois colaboracionistas e três outros membros, decidiu contra os tribunais inferiores que as pinturas produzidas em massa também deveriam ser consideradas "arte", ampliando o escopo da obrigação de adesão ao *Kultuurkamer*. (VENEMA, 2022)

O *Højesteret* dinamarquês também proferiu uma sentença que foi além do necessário para determinar o alcance de um decreto de ocupação. Para apaziguar os alemães e não encorajar uma resistência problemática, aplicou uma lei contra o discurso público subversivo a uma palestra não pública, porque as intenções do orador eram julgadas mais importantes do que a natureza privada e a literalidade da palestra. Como mencionado, as ações autônomas do presidente de *Højesteret* em relação à criação da legislação anticomunista, foram ainda além do desejado pelos alemães. Embora sua intenção fosse fornecer uma base jurídica sólida para as medidas do governo relativas à detenção de comunistas, ele foi fortemente criticado por fazê-lo, e por não consultar seus colegas em virtude dos exageros. (VENEMA, 2022)

Nenhum dos membros belgas da *Cour de Cassation* colaborou com os alemães, nem a corte como um todo. Dois fatores foram provavelmente cruciais a este respeito. Ao contrário, por exemplo, dos Países Baixos vizinhos, nenhum juiz foi nomeado para o tribunal pelo regime de

ocupação e, diferentemente da sua outra vizinha, a França, não havia uma administração nacional colaboracionista. Também não há relatos de colaboracionismo ativo do Protetorado.

Esta visão geral sugere que as políticas de nazificação em relação aos judiciários, que não eram seu foco principal, não causaram uma mudança significativa na adjudicação pelos supremos tribunais.

A introdução de novos tribunais, no entanto, reduziu o âmbito da sua competência. O poder judiciário luxemburguês constitui uma exceção a esta regra, uma vez que o seu mais alto tribunal foi dividido e integrado na estrutura jurisdicional alemã, tornando os juízes alemães competentes em Luxemburgo.

O colaboracionismo por definição implica uma atitude menos independente em relação ao poder executivo. Até que ponto a integridade pública dos juízes colaboradores foi prejudicada depende de princípios adotados pelos cidadãos: na França, por exemplo, o apoio popular ao governo colaboracionista de Pétain era maior do que o apoio ao partido nazista norueguês (*Nasjonal Samling*) e seu líder, Quisling, estava na Noruega. *Como ficou claro, atos diretos de resistência ou protesto por parte das Supremas Cortes eram raros contra o regime de ocupação nazista.* (VENEMA, 2022)

É importante separar os protestos coletivos dos tribunais enquanto instituições e as ações de protesto de juízes, antes de mencionar vários atos individuais de juízes que se negaram a corromper-se por vantagens pessoais e benesses nas carreiras.

O Tribunal norueguês *Høyesterett* mostrou, sendo a única Suprema Corte a sinalizar, que um sinal de protesto público muito forte poderia ser dado: a renúncia coletiva dos seus membros. Curiosamente, porém, seu tribunal sucessor colaborador também resistiu a algumas políticas nazistas e chegou a aconselhar, em resposta a uma consulta do ministro da Justiça Riisnaes, a manter o parlamento em funcionamento. Este não era o parecer que o ministro estava procurando, no entanto, após o que ele retirou seu pedido consultivo. O tribunal colaborador também tratou os litigantes judeus da mesma forma que qualquer outro – assim como o *Reichsgericht* alemão até 1942. Durante a primeira ocupação alemã da Bélgica, a votação sobre o protesto contra as políticas alemãs foi repetidamente vencida pela maioria relutante de 9 a 8, e apenas uma vez pelos defensores do protesto. Sob a segunda ocupação alemã da Bélgica, a mais alta corte foi uma das mais ativas de todas as cortes na negociação com os alemães sobre suas políticas, culminando em uma ameaça de greve e na publicação de uma carta de protesto contra o esquema de trabalho forçado. No entanto os juízes, mantiveram a mesma política de 25 anos antes: a permanência no cargo como membros da Corte para proteger os interesses belgas. (VENEMA, 2022)

Nos Países Baixos, com o *Hoge Raad*, nunca houve uma maioria a favor do protesto público. Ao contrário da corte belga, no entanto, ela havia sido mutilada desde o início pela suspensão de seu presidente judeu, e ainda mais limitada em sua influência pela nomeação de um nazista como Secretário-Geral da Justiça. Além disso, não tinha um mediador proeminente e incansável como os procuradores-gerais belgas Terlinden e Termicourt (durante a primeira e a segunda ocupação alemã, respectivamente).

O tribunal holandês, no entanto, resistiu de outras maneiras. Impediu a introdução de uma nova lei de divórcio baseada na ideologia nazista proposta pelo ocupante, atrasando o seu

parecer e, conseqüentemente, emitindo um parecer negativo com base em artigo do Regulamento de Haia. Pelo menos um juiz foi ativo, por exemplo, no *lobby* para o fechamento de um infame campo de detenção. Embora a resistência judicial em Luxemburgo também fosse mínima, os juizes criticaram a nova fórmula executiva "Em nome do povo alemão" e protestaram contra a adesão obrigatória ao *Volkdeutsche Bund*, apelando à sua consciência e às Regras de Haia. Alguns deles devolveram seus cartões de membro em protesto contra a mobilização forçada, mas pediram para permanecer em funções, porque temiam que a renúncia só provocasse os alemães a retaliar e causar a perda da renda familiar (embora esta última não fosse para muitos juizes aristocráticos da Suprema Corte um risco muito sério). (VENEMA, 2022)

O *Conseil d'État* francês reverteu algumas demissões de funcionários públicos, que haviam sido expulsos como judeus ou políticos "não confiáveis". A mitigação de sentenças para pequenos comerciantes do mercado negro pela *Cour de Cassation* francesa baseou-se, predominantemente em considerações de relações públicas e fins de exoneração do pós-guerra.

Embora o ministro italiano Pisenti, como as autoridades alemãs, quisesse punição rigorosa dos crimes ligados ao mercado negro, ele não interferiu quando a *Corte di Cassazione*, em uma importante decisão, absolveu pessoas que haviam roubado ou escondido bens porque estavam em extrema necessidade, indo contra a intenção do legislador. Mesmo na própria Alemanha, o judiciário, que em geral não era antipático ao nazismo, protestou contra as incursões em sua independência.

Bumke, presidente da Suprema Corte alemã durante todo o período nazista, queria protestar ao tribunal contra a lei que permitia a demissão de "não-arianos" do serviço público, mas ele foi derrotado. Um vice-presidente do tribunal renunciou em 1939 porque não queria se tornar um membro do NSDAP. Foram comunicadas ações privadas não cooperantes de vários países, não excluindo a Alemanha. Um caso famoso é o juiz do *Reichsgericht* Hans Von Dohnanyi¹⁰, que foi demitido em 1941 e participou de um ataque a Hitler em 1943, pelo qual foi executado. (VENEMA, 2022)

Nos países ocupados, vários juizes também agiram como pessoas privadas contra os interesses dos nazistas alemães. Um membro da *Cour de Cassation* belga na Primeira Guerra Mundial criticou anonimamente a decisão de seu próprio tribunal de não rever a lei de ocupação na imprensa clandestina. O presidente da *Høyesterett*, Juiz Paal Berg, e dois de seus colegas tornaram-se ativos como líderes da resistência norueguesa, mas até então eles não estavam mais ativos como juizes. O juiz holandês do *Hoge Raad*, Donner, que estava envolvido em atividades de resistência da igreja, escreveu em sua diligentemente preenchida e devolvida "Declaração Ariana" (o formulário de linhagem não-judaica obrigatório para todos os membros da administração pública), que a informação fornecida "não deve, no mínimo, ser considerada como cooperação" com quaisquer medidas subsequentes. Sua natureza simbólica e o fato de que a forma mais tarde encontrou seu caminho de volta para o arquivo do *Hoge Raad* sugerem uma função de exoneração (pós-guerra) em vez da intenção de causar qualquer efeito real na

¹⁰ Von Dohnanyi foi um jurista alemão que usou de sua posição privilegiada para ajudar os judeus a escapar da Alemanha, trabalhou com a resistência alemã contra o regime nazista e, após a fracassada Conspiração de 20 de Julho, foi acusado de ser o "líder espiritual" da conspiração para assassinar Hitler, e foi executado pela SS em 1945.

época.

O juiz francês da *Cour de Cassation*, que se recusou sob a mira de uma arma a saudar uma bandeira de milícia, por outro lado, fez uma declaração pública direta e assumiu um grande risco. Um colega do mesmo tribunal deu conselhos ao Ministério da Justiça clandestino, e outro ainda editou um jornal de resistência. Surpreendentemente, o colaboracionista holandês presidente do *Hoge Raad*, Van Loon ajudou privadamente os cidadãos judeus. Há vários outros relatórios da Bélgica e dos Países Baixos de juízes que ajudam colegas e outras pessoas necessitadas. Embora faltem detalhes biográficos da maioria dos juízes da Suprema Corte de outros países sobre esse ponto, mais deles provavelmente ajudaram os concidadãos em particular.

O ativismo judicial, o protesto e a resistência revelam uma atitude independente, que pode gerar apreciação popular, mas que também poderiam gerar duras represálias e retrocessos nos direitos ainda exercidos pelo povo do Estado ocupado. Talvez, o caso norueguês, em um exercício contrafactual, seja interpretado pelo público como uma demonstração de integridade de membros do Poder Judiciário. Quando o resultado não for tão inequívoco, como no caso belga, as reações do público serão mistas. (VENEMA, 2022)

Conclusões

Os juízes, por dever, precisam declarar em suas decisões a defesa do Estado de Direito, da democracia, dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Estas decisões, no entanto, possuem pouca compatibilidade política e de concretização em cenários de ocupações armadas que violam o direito internacional de Estados Soberanos e de povos livres. Todavia, seria apressado culpar juízes e Tribunais que não agiram por impulso diretamente e publicamente para impedir as políticas nazistas em territórios já ocupados até mesmo por impossibilidade física, em virtude da ameaça armada de um exército. A ocupação dos aparatos estatais e de controle social foi enorme e muitas vezes total durante as ocupações nazista. A coerção contra boa parte dos juízes era, para além de moral, também física, colocando em risco as suas próprias famílias. Não se ignora, é bem verdade, que muitos juízes de Estados ocupados foram pusilânimes, e aproveitaram-se da situação para receber benesses financeiras, políticas e, especialmente, em suas carreiras por acreditarem que as referidas ocupações seriam definitivas e eles como colaboracionistas permaneceriam no Poder com os invasores nazistas em um Império de mil anos.

A visão radical e autoritária sobre o papel do soberano e a natureza da democracia explicitada e organizada nas teorias de Carl Schmitt teve um papel muitas vezes menosprezado na ascensão e constituição ideológica do nazismo. Suas ideias, que incluíam a homogeneização dos cidadãos e a eliminação dos diferentes, serviram como uma base intelectual para a consolidação do regime nazista. Ele acreditava que apenas um líder com poderes ilimitados poderia realmente representar a vontade popular, crítico do parlamentarismo e das práticas institucionais das políticas liberais. Schmitt via o parlamentarismo como antidemocrático e defendia que a verdadeira democracia só seria alcançada com um soberano que não prestasse

contas a ninguém, nem mesmo à própria lei.

A aplicação prática dessas ideias durante o regime nazista revelou uma brutalidade que já estava demonstrada em seus escritos como *A crise da democracia parlamentar*. Schmitt argumentava que a autoridade do soberano permitia uma decisão final acima da lei, o que, na prática, facilitou a transformação da vontade política do líder nazista em realidade constitucional. Essa abordagem desumanizou a lei, transformando-a em mera técnica de dominação.

Embora nem todas as ideias de Schmitt tenham sido diretamente aplicadas, sua teoria decisionista e visão autoritária forneceram uma justificativa intelectual para o expansionismo e as práticas brutais do regime nazista. A ambiguidade nas ações dos juízes durante esse período, ora tentando mitigar as políticas do ocupante, ora legitimando violências, ilustra a complexidade dos dilemas enfrentados.

O sangue derramado de milhões de seres humanos durante o regime nazista como o do jovem Kim Malthe-Brunn não está apenas nas mãos dos juristas do Reich, mas também nas mãos de políticos, propagandistas, de elites empresariais e, especialmente, de uma cúpula política irresponsável, mas composta de líderes intelectualmente geniais no aspecto intelectual, mas que eram más pessoas agindo em desvarios reacionários inspirados pelas ideias do romantismo e do idealismo. Esta visão míope mutilou a República de Weimar e as ideias da Democracia Constitucional e do próprio parlamentarismo democrático e liberal criticado por Schmitt.

É de se depreender que a permanência no cargo de Juiz durante uma ocupação, em tempos com menos circulação de informação, sem computadores ou internet, tratava-se de decisão quase sobre humana, uma *Escolha de Sofia*. Permanecer ou deixar o cargo de magistrado em um regime de ocupação Nazista, o que fazer (aqui vestindo o véu da ignorância de John Rawls)?

O que se demonstrou na prática foi uma ambiguidade precária e insolúvel nas decisões dos juízes, estes confrontaram demandas e dilemas morais irreconciliáveis.

E para o Tribunal da História a situação ganha graus muito mais elevados de complexidade e ainda dramáticos, pois grande parte dos juízes dos territórios ocupados não podem ser separados dos nazistas, ainda que tenham realizado os esforços possíveis para mitigar as políticas do ocupante e tenham salvado ou melhorado as vidas de algumas vítimas dessas ocupações, também legitimaram boa parte das violências contra os seus próprios povos. Também moral e eticamente corretos foram os juízes que se rebelaram contra o regime de ocupação, mas que nada ou pouco conseguiram em sua maioria para proteger os seus povos por questões até mesmo de impossibilidade física, pois acabaram em boa parte mortos ou presos.

A despeito das ações e das omissões de juízes, colaboracionistas ou não, dos países ocupados pelo regime nazista, restam os exemplos, que não podem ser esquecidos, dos milhões de mortos, como Kim Malthe-Bruun, vítimas da guerra, da assimilação brutal do poder pelos nazistas, das atrocidades e, acima de tudo, de pessoas que chamam de *Direito* a mera técnica de poder e dominação que pode ser manejada, até mesmo, por um líder autoritário e um grupo de fanáticos delirantes sem virtudes éticas, morais e, no mais das vezes, intelectivas.

Bibliografia

- CAMPIS, F. K.; ABEL, H. 2023. A "lenda urbana" de que o positivismo jurídico "legitimou" o nazismo. *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-24/diario-classe-porque-positivismo-juridico-nao-legitimou-nazismo>. Acesso em 23 de Ago de 2023.
- DYZENHAUS, D. 1998. *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham, Duke University Press, 313 p.
- GAARDER, J. 2013. *O livro das religiões*. São Paulo, Companhia das Letras, 432 p.
- HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. 2023. *Hans Frank*. United States Holocaust Memorial Museum. Consultado em 18 de janeiro de 2023.
- KINKARTZ, S. 2022. *1934: Regime nazista começou a intervir na Justiça*. *DEUTSCH WELLE*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1934-regime-nazista-come%C3%A7ou-a-intervir-na-justi%C3%A7a/a-687746>. Acesso em 8 de Jan de 2023.
- LÖHNIG, M. 2022. *Germany: The Reichsgericht 1933-1945*. In: D. VENEMA, *Supreme Courts under Nazi Occupation*. Amsterdam, Amsterdam University Press.
- NEUMANN, F. 1986. *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington, 500 p.
- RICHARD, L. 1989. *A República de Weimar*. São Paulo, Companhia das Letras, 288 p.
- SCHMITT, C. 1996. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo, Scritta, 144 p.
- SCHMITT, C. 2007. *O Guardiã Da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. São Paulo, Editora Del Rey, 9 v.
- SCHMITT, C. 1934. *Über die drei Artendes Rechts-wissenschaftlichen Denkens (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico)*. Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt.
- STRECK, L. 2017. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 192 p.
- STRECK, L.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. 2014. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 384 p.
- ROYAL NETHERLANDS ACADEMY OF ARTS AND SCIENCES. 2022. *Rudolph Pabus Cleveringa*. Consultado em 10 de jan de 2023.
- RÜTHERS, B. 1990. *Carl Schmitt im Dritten Reich: Wissenschaftals Zeitgeistverstärkung?* München, C.H. Beck, 320 p.
- VENEMA, D. 2022. *Supreme Courts under Nazi Occupation*. Amsterdam, Amsterdam University Press, 400 p.
- WEDY, G.; BERTOLUZZI, F. (Org.). 2022. *Estado de Direito e os Riscos do Totalitarismo*. Blumenau, Dom Modesto, 320 p.
- VINX, L. 2022. Carl Schmitt. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab. Stanford, Stanford University Press.
- KOONZ, C. 2003. *The Nazi Conscience*. Cambridge, Belknap Press, 362 p.

Submetido: 28/08/2023

Aceito: 29/07/2024